

# **Trabajo final del curso de experto en** **derecho de familia**

Convenios Prematrimoniales como forma anticipada de  
minorar los conflictos y la problemática que pueden  
devenir en una eventual crisis matrimonial. Una  
propuesta de lege ferenda a partir del análisis del  
Derecho comparado.

Autor: María del Mar Hernández Cortés

Tutor: Juan José Reyes Gallur

## ÍNDICE:

- **INTRODUCCIÓN** ..... 4
- **CONSIDERACIONES SOBRE LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO A LA REALIDAD SOCIAL QUE ESTÁ LLAMADO A REGULAR** ..... 5
  - A. CONSIDERACIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA AXIOLÓGICO TEMPORAL
  - B. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA
- **MARCO LEGISLATIVO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO DE FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN** ..... 7
  - A. EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
  - B. EN EL CÓDIGO CIVIL
  - C. ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO
- **LA CONVENIENCIA DE FOMENTAR LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE FAMILIA** ..... 12
- **NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES** ..... 14
  - A. CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE SI EL DERECHO DE FAMILIA ES DE NATURALEZA PÚBLICA O PRIVADA
  - B. NEGOCIOS JURÍDICOS DE DERECHO DE FAMILIA
  - C. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON LOS CONVENIOS REGULADORES NO RATIFICADOS JUDICIALMENTE
  - D. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE LOS CONVENIOS REGULADORES NO RATIFICADOS JUDICIALMENTE Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE SU VALIDEZ Y EFICACIA A LOS PACTOS MATRIMONIALES REGULADORES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO Y DE CARÁCTER PREVENTIVO
- **SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES Y LA CALIFICACIÓN NOTARIAL DE LOS MISMOS** ..... 24
- **LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SU INCIDENCIA EN LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES** ..... 26
  - A. COMENTARIOS DOCTRINALES A LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PREVISTOS EN EL ART 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL.
  - B. COMENTARIOS DOCTRINALES AL ART 1.325 DEL CÓDIGO CIVIL

- **POSIBLES PACTOS A INCLUIR EN UN CONTRATO MATRIMONIAL PREVENTIVO DE UNA CRISIS** ..... 30
  - A. LIMITAR CONTRACTUALMENTE LAS POSIBILIDADES LEGALES DE OBTENER LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO.
  - B. PACTOS DESTINADOS A ESTABLECER CAUSAS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO
  - C. PACTOS DIRIGIDOS A EXCLUIR EL DEBER DE CONVIVENCIA
  - D. OTROS PACTOS QUE HACEN NULO EL MATRIMONIO CELEBRADO SEGÚN LAS NORMAS CANÓNICAS
  - E. PACTOS PREVIOS QUE CONCRETEN DERECHOS Y DEBERES SIN ELIMINARLOS
  - F. PACTOS QUE MODIFIQUEN EL DOMICILIO CONYUGAL
  - G. PACTOS DURANTE LA RELACIÓN JURÍDICO MATRIMONIAL QUE ELIMINEN PARA SIEMPRE EL DEBER DE CONVIVENCIA EN SITUACIÓN DE CRISIS DEL MATRIMONIO.
  - H. PACTOS RELATIVOS A LA VIDA FUTURA DE LOS CÓNYUGES.
  - I. PACTOS RELATIVOS AL DOMICILIO CONYUGAL
  - J. PACTOS SOBRE LOS HIJOS.
  - K. PACTOS SOBRE LOS ALIMENTOS
  - L. OTROS PACTOS DE ORDEN ECONÓMICO:
    - L.1. RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ART 97 DEL CC.
    - L.2. RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ART 1.438 DEL CC.
    - L.3. PACTOS ACORDANDO UNA INDEMNIZACIÓN EN EL SUPUESTO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO.
  - M. PACTOS RELATIVOS A LA CREACIÓN DE UN PROTOCOLO FAMILIAR
  
- **LOS PACTOS MATRIMONIALES EN DERECHO CATALÁN**..... 43
  
- **POSICIÓN DEL DERECHO DEL REINO UNIDO SOBRE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES** ..... 43
  
- **CONTRATOS MATRIMONIALES EN DERECHO ALEMÁN** ..... 45
  - 1. SORGERECHT ( O PATRIA POTESTAD O GUARDA Y CUSTODIA)
  - 2. DERECHO DE VISITAS
  - 3. UNTERHALT FÜR MINDJÄHRIGE KINDER O ALIMENTOS PARA MENORES DE EDAD
  - 4. UNTERHALT FÜR VOLLJÄHRIGE KINDER O ALIMENTOS PARA MAYORES DE EDAD
  - 5. TRENNUNGSUNTERHALT O ALIMENTOS POR SEPARACIÓN
  - 6. NACHEHELICHER UNTERHALT O ALIMENTOS POSTERIORES AL MATRIMONIO
  - 7. GARANTÍA DE VALOR O DE ESTABILIDAD DE VALOR

## 8. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

- **CONCLUSIONES** ..... 52
  
- **PROPUESTAS DE MODELOS DE CONTRATOS MATRIMONIALES O CONVENIOS REGULADORES PREVENTIVOS** ..... 53
  - A. PACTO PREVISORIO DE LOS EFECTOS DE LA RUPTURA OTORGADO ANTES DEL MATRIMONIO DE LUIS ZARRALUQUI.
  - B. OTROS PACTOS DE DISTINTAS ASOCIACIONES

## INTRODUCCIÓN

El trabajo se va centrar esencialmente en analizar la validez y eficacia que en el sistema legal español pueden tener los contratos matrimoniales, ya sean anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio, no en cuanto a su contenido patrimonial, cuya admisibilidad es indiscutida, sino en cuanto a los aspectos de carácter no patrimonial que en el mismo se puedan regular, analizándolos tanto en el marco legal como en la realidad social de la familia.

El enfoque va a ser básicamente considerar la posibilidad de que los futuros cónyuges o quienes ya lo sean puedan convenir también las consecuencias no patrimoniales de una eventual ruptura, entendiendo tales acuerdos como unos pactos en previsión de la ruptura, a fin de evitar una litigiosidad innecesaria, otorgando a los interesados protagonismo y responsabilidad en la resolución de los efectos de una posible crisis futura.

Es cierto que no existe en España tradición de otorgamiento de pactos previsores de los efectos de una crisis o ruptura matrimonial. Tal vez ello se deba a que hasta hace no tanto, el matrimonio era indisoluble, a que la familia tradicional era el núcleo de la estructura social en nuestro país y a que el concepto de orden público y buenas costumbres estaba íntimamente ligado a la concepción de la familia.

Hoy día sin embargo, no podemos negar que la evolución de la sociedad y con ella de la familia, su estructura, sus planteamientos y evolución han sufrido un cambio que no ha sido rápido, sino vertiginoso.

Todo lo anterior se refleja en el hecho de que hoy sea normal encontrar familias monoparentales, que alguien contraiga matrimonio dos o más veces aportando hijos de anteriores matrimonios, que ambos cónyuges trabajen en distintas localidades y compartan domicilio sólo los fines de semana, que los padres quieran compartir la guarda y custodia de sus hijos, etc, etc.

Fruto de esta evolución de la familia, lo que antes no era necesario se ha vuelto ahora absolutamente imprescindible, si además lo unimos al hecho de que se ha incrementado notablemente el número de divorcios.

Tal vez por esa falta de costumbre, es difícil encontrar esta demanda en los futuros contrayentes de un primer matrimonio, pero en el día a día de los despachos de abogados y de las propias notarías, se pone de manifiesto poco a poco el incremento de esa demanda en los supuestos de segundas o posteriores nupcias, o incluso de primer matrimonio en edad más avanzada, pues en estos casos, las traumáticas experiencias anteriores o de personas cercanas motivan la necesidad de los contrayentes de decidir sobre el futuro de sus vidas y sus familias.

Al estudiar este tema ha sido particularmente difícil encontrar material para desarrollarlo, por la antes referida falta de costumbre de acordar tales pactos. Es sin duda un tema polémico y controvertido, pero no por ello menos interesante, que será tarde o temprano admitido, regulado y de práctica generalizada, sin lugar a dudas.

El estudio se va a centrar en la influencia del principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, para ahondar en su extensión y límites, que es el núcleo fundamental para poder concluir si estos pactos preventivos referidos a aspectos no patrimoniales son o no lícitos, válidos y eficaces.

Y para ello, comenzamos estudiando qué funciones, características y naturaleza tiene el Derecho y si ha de adaptarse o no a la evolución social que está llamado a regular.

## **CONSIDERACIONES SOBRE LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO A LA REALIDAD SOCIAL QUE ESTÁ LLAMADO A REGULAR: <sup>1</sup>**

El Derecho ha de funcionar como una herramienta que ha de servir para regular las relaciones sociales con agilidad y eficacia. Su distanciamiento de la realidad social que está llamado a regular tiene como consecuencia la ineptitud de la norma y la dificultad de aplicación de la misma, porque carece de conexión con el objeto para el que fue creada. Por ello, es de gran relevancia ante la rapidísima evolución que la estructura de la familia está sufriendo, plantearse en qué medida ha de evolucionar el Derecho para adaptarse a la misma.

### **A. CONSIDERACIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA AXIOLÓGICO TEMPORAL:**

- VON KIRCHMANN: "...La primera peculiaridad con la que tropezamos, es la mutabilidad del Derecho Natural como objeto de la jurisprudencia. El Sol, la luna, las estrellas, brillan hoy como hace miles de años; el Derecho, en cambio, se ha transformado desde entonces. El matrimonio, la familia, el Estado, la propiedad, han pasado por las más diversas modalidades. Ahora bien, ¿qué efectos tiene sobre la ciencia esta movilidad del objeto? Cuando la ciencia jurídica, tras largos años de esfuerzos ha logrado encontrar el verdadero concepto, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede alcanzar la actualidad, ese es el fundamental defecto de la ciencia jurídica ..."

---

<sup>1</sup> *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia*. Luis Fernando SAURA. Tirant Lo Blanch. 1.995.

- DÍEZ PICAZO: “ Lo que hay en la base misma de todo sistema jurídico es un conjunto de creencias y de convicciones más o menos reflexivamente profesadas por el grupo humano que vive la historia”
- VALLET DE LARENZ: “ ... Un cambio en la situación puede producir cambios de estructura de todo el orden jurídico, lo que conlleva una nueva conversión de la ratio legis o de los criterios teleológico-objetivos, dando lugar a que la interpretación, que antes era correcta, ahora no lo sea”.
- DÍEZ PICAZO: “ ...el proceso de aplicación de la ley no es de tal simpleza, empezando porque, a diferencia de antes, no se concibe la idea de que el Derecho es algo que se encuentra cristalizado en la norma. Hoy al pensamiento puramente conceptual se opone la experiencia vivida.”

De estas reflexiones podemos deducir sin temor a equivocarnos que el Derecho no puede estar jamás desvinculado de su finalidad consustancial: dar soluciones a la realidad social, entendiéndola como una realidad compleja y dinámica, en constante evolución, lo que requiere que tanto el legislador como el intérprete de la norma, sean conscientes de la misma, a fin de no restarle eficacia.

#### B. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA:

La evolución de la estructura, funcionamiento y papel de la familia en nuestros días es una realidad incontestable. Entre otros aspectos que reflejan esta evolución, podemos destacar los siguientes cambios, especialmente marcados a partir del último cuarto del siglo XX. Y así:

- En España la familia nuclear monogámica sigue siendo la más frecuente, pero esto está cambiando, pues cada vez nos encontramos con formas más diversas, plurales y complejas en la estructura y organización familiar.
- La edad para contraer matrimonio es cada vez más tardía, lo que implica que los contrayentes aporten cada uno su propio patrimonio al matrimonio o que ambos estén formados profesionalmente, siendo por tanto independientes económicamente.
- Se ha dado un notable aumento de los hogares monoparentales, como consecuencia de distintas situaciones, tales como la maternidad en solitario, separaciones de parejas de hecho, incremento notable del número de separaciones y divorcios, etc.
- No es infrecuente tampoco la celebración de dos o tres matrimonios por la misma persona, después de haber pasado por anteriores divorcios, soportando las consecuencias de los mismos, impuestas casi siempre desde fuera, sin satisfacer a ninguna de las partes.
- Como consecuencia de lo anterior, también se ha incrementado el número de nuevas familias en las que cada uno de los cónyuges aporta hijos anteriores, y en cuyo seno nacen nuevos hijos comunes.

## **MARCO LEGISLATIVO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO DE FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN**

En España, a raíz de la instauración de la democracia y subsiguiente aprobación de nuestra Carta Magna en 1.978, hace sólo tres décadas, la regulación del Derecho de Familia no ha sufrido simples modificaciones, sino que éstas han supuesto reformas verdaderamente revolucionarias, que, como hemos apuntado antes, no han respondido a otra cosa que a una profunda transformación del funcionamiento y realidad de la familia en la sociedad española, respondiendo a demandas sociales en algunos casos con mucho más retraso del deseable.

De lo que no cabe la menor duda es de que el Derecho de Familia es una de las ramas del Derecho que más profundas reformas ha soportado y seguirá haciéndolo, pues la realidad social que ha de regular es una realidad en constante evolución y por ello demanda soluciones eficaces y ágiles.

Y en el curso de este cambio ha ido entrando cada vez con más fuerza el juego de la autonomía de la voluntad de las partes para regular no sólo los efectos en los supuestos de crisis matrimoniales, sino más aún, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, para posibilitar que uno solo de los cónyuges, sin tener que alegar ni justificar causa alguna, pueda instar la declaración de separación o divorcio.

El marco legal básico que debemos analizar para el análisis de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, es:

### **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA:**

- **Art 1 de la Constitución:**  
1.1: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.
- **Art. 10 de la Constitución:**  
10.1: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
- **Art 14 de la Constitución:** Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- **Art 32 de la Constitución:**  
32.1: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.  
32.2: La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.
- **Art. 39 de la Constitución:**  
39.1: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

39.2: Los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

39.3: Los padres deben prestar asistencia de todo tipo a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

39.4: Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Según DÍEZ PICAZO, podemos reconocer el principio general de autonomía privada en la Constitución Española a través del juego del principio de igualdad del art 14 de la Constitución Española, en lo que se refiere a relaciones interconyugales en el art 32 de la misma, así como en el pluralismo político reconocido en el art 1 de la Carta Magna, que es fruto del pluralismo social.

Conjugando la libertad del individuo (art 1.1), el principio de seguridad jurídica (art 9.3), el derecho a la intimidad (art 18.1), y los arts 9.2 en relación con el 10, por los cuales los poderes públicos han de remover los obstáculos para que la libertad e igualdad jurídica de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, entiende la autora que se puede deducir la existencia implícita de un principio general de la autonomía privada en la Constitución, que permitiría la posibilidad, licitud y eficacia de ciertos pactos que, sobre las relaciones personales y patrimoniales pueden celebrarse en el ámbito familiar, independientemente incluso de que la familia esté o no basada en el matrimonio.

### **CÓDIGO CIVIL:**

- Art 1.255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.
- Art 1.325: “En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”, en el que indudablemente se deduce que el contenido de las capitulaciones matrimoniales se puede referir a otros aspectos relativos al matrimonio, y no sólo a los patrimoniales.
- Art 1.091: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.”
- Art 1.278 : “ Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.”

En cuanto al papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia y en el Derecho patrimonial, ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO<sup>2</sup> se plantea el alcance de la autonomía privada en sendos ámbitos del Derecho. Para este planteamiento, parte de la situación anterior al Código Civil de 1.889, en

---

<sup>2</sup> *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges.* Ana María PÉREZ VALLEJO. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000.

que existía un principio general prohibitivo de los contratos entre cónyuges. Con posterioridad a este Código Civil, se establecen sólo normas prohibitivas determinadas, dejando de ser ya la prohibición un principio general. En este sentido se pronuncian igualmente CABANILLAS SÁNCHEZ y NÚÑEZ BOLUDA, según los cuales los cónyuges conservan su individualidad y su personalidad, dentro de la personalidad jurídica familiar<sup>3</sup>. En cualquier caso, esta cuestión está resuelta tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1.981, con su reflejo en el art 1.323.

Tal y como comenta DE LA CÁMARA <sup>4</sup> “ que se permita a la voluntad de los particulares un margen de actuación mayor que antaño no significa que el interés individual prime sobre el interés del grupo familiar, sino solamente que, respetando éste, no haya que atenerse siempre y obligadamente a los esquemas previstos por el legislador”.

Como hemos comentado, el Derecho de Familia ha sufrido constantes y muy importantes reformas en los últimos tiempos, de las cuales queremos destacar especialmente la introducida por la Ley 15/2005 de 8 de julio que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, porque declara en su Exposición de Motivos, como principio inspirador de la misma el de libertad de los cónyuges. Y así cabe destacar el siguiente extracto incompleto de tal Exposición de Motivos, en la que se han subrayado los aspectos más interesantes para la propuesta que defendemos, que merece una atenta lectura por su interesante contenido:

*EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO* La Constitución de 1978 contiene en su [artículo 32](#) un mandato al legislador para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, así como las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.

...

*La determinación de tales causas y, en concreto, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción.*

*...En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes.*

*Estas disposiciones han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, tiempo durante el que se han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus carencias como las disfunciones por ellas provocadas...*

...

---

<sup>3</sup> La contratación entre cónyuges, CABANILLAS SÁNCHEZ.

<sup>4</sup> La autonomía de la voluntad en el actual Derecho Español sobre la Familia. Manuel de la Cámara Álvarez. Academia Granadina del Notariado. Mayo 1.986.

*El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales.*

*Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas.*

*La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.*

*En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.*

*Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.*

...

*En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos.*

*Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.*

*Se pretende, así, que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el Juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas.*

*De esta forma, las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.*

*La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.*

*La ley prevé, junto a la anterior posibilidad, que ambos cónyuges soliciten conjuntamente la separación o el divorcio. En este caso, los requisitos que deben concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio. Por lo demás, las partes, necesariamente, deben acompañar a su solicitud una propuesta de convenio regulador redactada de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 90 del Código Civil](#).*

*Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.*

*Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.*

*Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.*

...

*Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.*

*Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.*

El espíritu inspirador de esta reforma se deduce del total contenido de su Exposición de Motivos, si bien se condensa en las expresiones subrayadas, que, a fin de no resultar reiterativos no repetimos, pero insistimos en que intenta reforzar el principio constitucional de libertad de los cónyuges en la regulación del matrimonio, así como intenta fomentar y potenciar la capacidad de los cónyuges de regular de forma consensuada y aún mejor, extrajudicial, las consecuencias de la celebración del matrimonio. No olvidemos que permite que sean los propios cónyuges los que libremente decidan sobre la disolución del vínculo conyugal, sin necesidad de alegar ni probar causa alguna, además de que les permite regular los efectos de la separación, divorcio o nulidad consensuadamente, si bien una vez surgida la crisis.

A los efectos del posicionamiento que este trabajo defiende en cuanto a la potenciación del principio de libertad en la regulación de las consecuencias de una eventual crisis así como en la solución extrajudicial por medio del consenso, resulta esta Exposición de Motivos de gran trascendencia.

Y ello se pone de manifiesto en esta reforma especialmente en el hecho de que son los propios cónyuges quienes a partir de su entrada en vigor tienen la libertad y capacidad de decidir sobre la propia subsistencia del vínculo matrimonial, siendo la voluntad, no sólo de ambos consensuadamente, sino de uno solo de ellos, sin vincularla a la concurrencia de ninguna causa, la que es suficiente para la disolución del vínculo matrimonial, teniendo pues ambos cónyuges libertad en cualquier momento ( tan sólo tras el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio) para decidir al respecto.

Y de todas las declaraciones expuestas en la Exposición de Motivos, insistimos en la siguiente: “pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio “.

## **LA CONVENIENCIA DE FOMENTAR LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE FAMILIA:**

La autonomía de la voluntad supone dejar en manos de los interesados la regulación de sus propios intereses, permitiendo a estos la regulación de sus propios derechos y deberes sin la intervención estatal. En la evolución del Derecho de Familia en nuestro país, y en la mayoría, por no decir todos, los circundantes, este principio de autonomía de la voluntad, se ha ido abriendo paso frente al

intervencionismo del Estado basado siempre en limitar la libertad de actuación de los interesados con base al respeto al denominado orden público.

El contenido y extensión del concepto de orden público se ha ido adaptando a los cambios sociales, flexibilizándose en aras del respeto del individuo y de su participación en la solución de los conflictos que le afectan directamente y en la regulación de sus intereses, aunque nunca desapareciendo, como es lógico, pues hay en Derecho de Familia un principio básico y nuclear que es la protección de los menores e incapaces, que debe gozar siempre de la máxima seguridad y vigilancia, sin que ello signifique necesariamente que los poderes públicos, puedan cumplir esta misión mejor que los progenitores de los menores, auténticos conocedores de la realidad que ha de ser regulada y de todos sus pormenores.

La autonomía de la voluntad, pues, como principio inspirador de cualquier regulación relativa a la resolución de los conflictos surgidos en el seno de una familia, aporta la posibilidad de dar a los sujetos afectados la capacidad de resolver sus problemas, sin perjuicio de que a posteriori, a fin de garantizar el supremo principio de protección a menores e incapaces, intervenga el Estado, pero siempre como garante de esa protección, y no como determinante del contenido de las soluciones sin atención a la voluntad de los sujetos intervinientes, que deben poder regular sus relaciones personales en todos sus aspectos, siempre y cuando no vulneren los intereses de los menores e incapaces.

Y así es como sucede en nuestro sistema legal cuando ya ha surgido la crisis: las partes implicadas pueden decidir de mutuo acuerdo, insistimos, una vez surgida la crisis, cómo regular todos los aspectos, patrimoniales y no patrimoniales, derivados de la misma, mediante los convenios reguladores.

A lo que aún no he encontrado respuesta, y he tratado de encontrarla a lo largo del estudio y confección de este trabajo, es a por qué no rige la misma libertad de las partes para regular los mismos extremos que se contienen en un convenio regulador con anterioridad a que surja la crisis, previendo que eventualmente pueda sobrevenir, en un momento en que con más claridad y de modo más ecuánime se puede negociar y convenir sobre lo más adecuado para los cónyuges y su descendencia.

Y todo lo anterior, a fin de que, al igual que sucede con los convenios reguladores (nacidos siempre en el seno de la crisis familiar), un convenio pre- o post-matrimonial, pero anterior a una crisis (de naturaleza eminentemente preventiva y práctica), se homologue judicialmente, siempre que no perjudique los intereses de los menores o incapaces.

Sería deseable - y tenemos la certeza de que será así en un futuro no muy lejano - que los Jueces valorasen estos acuerdos pre- o post-matrimoniales, con el mismo criterio con el que valoran los convenios reguladores.

Claro está que su naturaleza jurídica es distinta (lo que se tratará más abajo), pues estarían sometidos a condición de que surja efectivamente la crisis, pero en cuanto a la aplicación del principio de autonomía de voluntad, debería regir del mismo modo que cuando se acuerda un convenio regulador, sin que el momento deba ser un criterio determinante para otorgar o restar eficacia o validez a unos u otros.

Igualmente pueden haber cambiado las circunstancias que determinaron acordar algunos de los extremos del acuerdo matrimonial, pero eso no es óbice para que la libertad de las partes no sea tenida en cuenta, sin perjuicio, como sucede con los convenios reguladores, de que posteriormente, por una modificación sustancial de las circunstancias, se pueda, bien de mutuo acuerdo, bien de modo contencioso, alterar esos aspectos a los que la modificación de circunstancias ha afectado, sin que el resto

del contrato deba verse por ello alterado. Es decir, sería de aplicación el principio pacta sunt servanda, sin perjuicio de considerar la subsistencia de las circunstancias tenidas en cuenta al celebrar el acuerdo, rebus sic stantibus.

Día a día se va fomentando más y más la intervención de las partes en la resolución de sus conflictos familiares, y las estadísticas nos hablan que las soluciones acordadas por los interesados son las que menos se incumplen, al margen de todos los beneficios de toda índole que para los cónyuges y su descendencia conlleva.

Lo que carece de sentido y explicación o fundamentación lógica alguna, es que esta solución negociada de los conflictos haya de ser válida y eficaz y tenida en cuenta para su homologación judicial, sólo si se ha adoptado una vez surgida la crisis, porque a mi juicio, tal requisito es un contrasentido, pues adoptar acuerdos en momentos de gran tensión emocional, es mucho menos recomendable que hacerlo en un momento de mayor serenidad, donde se puede ser mucho más ecuánime.

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES**

Analizamos, siguiendo a Ana María Pérez Vallejo <sup>5</sup>, la naturaleza pública o privada del Derecho de Familia, pues a juicio de esta autora, esta cuestión nos permitirá hablar o no de negocios jurídicos de Derecho de Familia o no:

- A) DERECHO PÚBLICO: Si bien CICU encuadró en principio el Derecho de Familia en el Derecho Público, posteriormente sostuvo: “Aquella semejanza de estructura no justificaba la subsunción del Derecho de Familia en el Derecho Público, porque siendo éste el Derecho del Estado, no podía la familia entrar a formar parte del mismo, porque es una institución típicamente privada, la más privada de todas las instituciones”.
- B) DERECHO PRIVADO: autores de la talla de Díez Picazo y Gullón, Royo Martínez o incluso Castán, opinan que el Derecho de Familia forma parte del ámbito del Derecho Privado.

### **A) NEGOCIOS JURÍDICOS DE DERECHO DE FAMILIA**

La idea de existencia de negocios jurídicos de familia es bastante reciente y aún se discute sobre la misma.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS son los más conocidos defensores de la existencia de los “negocios jurídicos de familia”. Según ellos: “Los negadores de la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en Derecho de Familia, se apoyaban en la premisa de que este campo jurídico está dominado por el interés público de cuya tutela se encargan los órganos del estado y los órganos familiares. Los actos familiares de declaración de voluntad serían, según esta opinión, actos de heteronomía y no de autonomía: actos de poder estatal o actos de poder familiar. A nuestro juicio, los

---

<sup>5</sup> El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges. Ana María Pérez Vallejo. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000.

actos jurídico-familiares (por ejemplo, matrimonio o adopción), no pueden en rigor llamarse actos estatales. El acto es esencialmente un acto jurídico privado, en el que por razones de orden técnico político (certidumbre, claridad, publicidad, control), se adiciona la intervención estatal, que no traspasa la naturaleza de una solemnidad constitutiva. Reducir a actos de ejercicio de un poder familiar aquellos actos en los que libremente se extinguen, modifican o constituyen relaciones familiares o estados civiles, nos parece equivocado.”

En cuanto al llamado “negocio jurídico familiar”:<sup>6</sup>

Pero cada vez es mayor el número de autores que consideran, de un modo u otro, la existencia de los negocios jurídicos de familia. Tal es el caso de ALBALADEJO, que contrapone el negocio jurídico familiar al patrimonial, o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que igualmente reconoce que caben tales negocios en el ámbito familiar, aunque con carácter mucho más reducido.

Siendo muchos los autores que han negado o cuestionado la existencia de los negocios jurídicos de familia, hay que evidenciar que esta cuestión es hoy en día y cada vez más, una cuestión menos controvertida y progresivamente más admitida, incluso en la jurisprudencia.

Como definición de los mismos, valga la propuesta por DIEZ-PICAZO, quien entiende que negocio jurídico familiar es “aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar”, si bien considerando que los límites a la autonomía de la voluntad de la moral y el orden público, juegan aquí un papel más significativo, que en cualquier caso han de ser considerados atendiendo al caso concreto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las sentencias de 27.4.1997 y 27.1.1998 y 21.12.1998, insisten en que la falta de aprobación judicial no supone un obstáculo a su validez o eficacia, pues si carece de aquélla, ello le impide eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico, y si bien tales convenios no pueden hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes, siempre que concurren los requisitos generales para su validez.

## B) ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON LOS CONVENIOS REGULADORES NO RATIFICADOS JUDICIALMENTE:

Las similitudes de los contratos prematrimoniales con los convenios reguladores no homologados judicialmente se han puesto de manifiesto en incontables ocasiones y son indiscutibles. La única diferencia sin embargo, sería el hecho de que haya surgido o no la crisis matrimonial en el momento de concluir tales acuerdos, ya que consideramos que estos acuerdos pueden ser adoptados tanto antes como después de celebrado el matrimonio, pero siempre con anterioridad a la ruptura, con carácter eminentemente preventivo. Y así, en relación a las analogías, diferencias y matizaciones de los mismos con los convenios reguladores, cabe hacer las siguientes reflexiones:

---

<sup>6</sup> El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges. Ana María Pérez Vallejo. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000.

- A. El MOMENTO DE ESTIPULACIÓN de un contrato matrimonial regulador de los efectos de una eventual crisis matrimonial, sería siempre anterior al surgimiento de la crisis misma, pero puede ser pactado antes o después de haberse contraído matrimonio, a diferencia del convenio regulador, que se gesta y acuerda una vez surgida la crisis, siendo entonces más complicado aunar voluntades y ver el problema con más ecuanimidad y sentido común.

Y en relación a este extremo es inevitable reflexionar sobre una cuestión que carece de cualquier respuesta o fundamento lógico: ¿Por qué gozan de eficacia y validez los convenios reguladores no homologados judicialmente, generados en el seno de la crisis matrimonial, y no pueden gozar de la misma eficacia los pactos en los que los futuros contrayentes o ya cónyuges establezcan las consecuencias derivadas de una posible ruptura de la convivencia? ¿Qué fundamentos pueden sostener que en un caso sean considerados válidos negocios jurídicos de Derecho de Familia y en otros carezcan de toda eficacia?

- B) MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS: Se argumenta en contra de la validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales o preventivos con frecuencia, que las circunstancias pueden cambiar ostensiblemente desde el momento de celebración del acuerdo hasta la aparición de la crisis, cuyos efectos va a regular el acuerdo, lo que carece de la más mínima consistencia, una vez que, al igual que sucede con los efectos contenidos en los convenios reguladores, el hecho de su existencia no impide su posterior modificación por mutuo acuerdo o vía contenciosa, en el supuesto de modificación sustancial de las circunstancias en que fueron concertados.

Entra pues aquí en juego el principio/cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual los pactos acordados serían válidos en tanto en cuanto no se hubiese dado una modificación sustancial de las circunstancias respecto al momento en que se convinieron.

- C) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD/EFECTOS PATRIMONIALES: Igualmente se argumenta en contra de su validez y eficacia, que el principio de autonomía de la voluntad tan sólo pueden regularse los efectos patrimoniales, sin que aspectos tales como el uso de la vivienda familiar o la guarda y custodia puedan ser acordados libremente. Esto choca frontalmente con la posibilidad que existe de regular todos y cada uno de los aspectos no patrimoniales en los convenios reguladores, una vez surgida la crisis, y de la validez y eficacia otorgada por la jurisprudencia a tales convenios sin necesidad de su homologación judicial.

- D) ACUERDO SOMETIDO A CONDICIÓN SUSPENSIVA : El contrato matrimonial preventivo desplegará su eficacia tan sólo si sobreviene la ruptura para la cual se han acordado las consecuencias, careciendo de eficacia alguna en otro supuesto, a diferencia del convenio regulador, que la despliega desde el mismo momento de su firma.

E) **EXISTENCIA DE MENORES:** Al igual que sucede con los convenios reguladores, en el caso de existir menores o incapacitados en el supuesto de que efectivamente se produjese la crisis matrimonial, los contratos matrimoniales acordados no sólo antes sino también después de contraerse matrimonio, con carácter preventivo, deberían homologarse judicialmente en el procedimiento pertinente, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, para garantizar la aplicación del principio de protección a los menores o incapacitados.

Del análisis de estos aspectos se deduce que si bien los contratos matrimoniales preventivos tienen ciertamente similitudes con los convenios reguladores, son sin embargo negocios jurídicos distintos, siendo además los primeros claramente respaldados por el art 90 del Código Civil, y estando los segundos huérfanos de una regulación legal específica.

No obstante lo anterior, es imprescindible analizar brevemente en el siguiente apartado la jurisprudencia y doctrina sobre la validez y eficacia de los convenios reguladores no ratificados judicialmente, pues de este análisis podremos sacar consecuencias para nuestro objetivo y en el mismo descubriremos la aplicación del principio de autonomía de la voluntad a la regulación de los efectos de la crisis matrimonial.

No debemos olvidar que en un principio no se otorgó validez y eficacia a los convenios reguladores no homologados judicialmente, siendo hoy ésta una batalla ya ganada, pues es unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia en este sentido, pese a que ha debido transcurrir un tiempo y numerosas discusiones, debates y resoluciones judiciales, antes de admitirlo así.

### **JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA SOBRE LOS CONVENIOS REGULADORES NO RATIFICADOS JUDICIALMENTE Y SU POSIBLE APLICACIÓN A LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS PACTOS REGULADORES DE SEPARACIÓN DE HECHO Y A LOS PACTOS MATRIMONIALES DE CARÁCTER PREVENTIVO**<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Información aportada por Juan José Reyes Gallur:

Es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias provinciales la validez y eficacia del convenio regulador no ratificado respecto de las cuestiones sobre las que los esposos tienen pleno poder de disposición. Así como botón de muestra, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de diciembre de 1.997 se pronunciaba en el mismo sentido señalando que : “El documento privado en el que los cónyuges establecían la separación de hecho y pactaban unas adjudicaciones de bienes, tiene eficacia ya que “en dicho pacto existen compromisos con todos los requisitos propios para obligarse por parte de los interesados... se hace constar expresamente con carácter constitutivo, que se adjudica a la esposa la vivienda”. Dicha estipulación es válida y eficaz como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, pues no hay obstáculo a su validez en esa significación, en que ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa, y sin que contenga ningún motivo de invalidez, como no lo hay tampoco para su ineficacia”.

El Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 15 de febrero de 2.002. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández declara la validez y eficacia de un convenio regulador que suscribieron extrajudicialmente los cónyuges que no se redactó como propuesta para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial.

ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO <sup>8</sup> realiza un análisis comparativo entre los pactos privados y los que resultan del convenio en la separación convencional regulado en los arts 81.1 y 90 del CC, conteniendo aspectos tanto de índole patrimonial como personal, y en concreto de los convenios que no han sido homologados judicialmente.

Se adhiere esta autora a la tesis que considera que el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia, expresivo del principio de la autonomía privada, considerando al respecto:

- 1º. El convenio regulador, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de Derecho de Familia
- 2º. Si es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con la subsiguiente eficacia procesal.
- 3º. El convenio que no ha sido ratificado judicialmente tiene la eficacia inherente a todo negocio jurídico, aún más si parte de su contenido es ajeno al previsto en el art 90 del CC.

Igualmente el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de abril de 1.997 (que veremos después detalladamente), establece que la falta de homologación judicial del convenio regulador, le priva de eficacia procesal, en tanto en cuanto no puede ser incorporado al proceso, pero no le resta su eficacia en cuanto negocio jurídico, al que serían pues de aplicación los artículos 1.255, 1.256, 1.281, etc del CC.

La cuestión es plantearnos si esta doctrina y jurisprudencia sería aplicable a los pactos privados de regulación de una eventual crisis, o de regulación de una separación de hecho.

Seguimos, para resolver esta cuestión, el planteamiento que ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO realiza para estudiar la eficacia y validez de los pactos privados de separación de hecho, y aplicar éste, no sólo a estos, sino también a los pactos o contratos matrimoniales, se hayan concluido antes o después de contraer matrimonio, pero siempre en previsión de una eventual crisis matrimonial.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 01 de abril de 1.997 en relación a los pactos reguladores de la separación de hecho, no tiene el más mínimo desperdicio: "...En ningún caso, los convenios de separación de hecho no homologables por el Juez pueden carecer de valor o eficacia siempre, claro está, que respeten los límites en que la autonomía de la voluntad ha de moverse, dada su innegable naturaleza jurídica contractual, y en consecuencia en caso de incumplimiento por una de las partes, pueden ser exigibles en vía jurisdiccional, sin que el hecho de que el ordenamiento jurídico no conceda efectos vinculantes para el Juez a la autorregulación de las consecuencias de la separación o el divorcio, dado sujetarlos al control judicial a fin de rechazar aquéllos pactos que fuesen dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, suponga nulidad de los pactos, ya que de serlo ni podrían ser aprobados, ni caso de serlo producirían efectos quod ad initium vitiosum est tractu temporis convallescere non potest, y así expresamente regulado en el art 90 del Código Civil, el convenio

---

La Audiencia Provincial de Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2.008: Ponente: Ilmo Sr D José Javier Díez Núñez "Eficacia del convenio regulador no ratificado respecto a las cuestiones sobre las que los esposos no tienen pleno poder de disposición, ya que dichos acuerdos se enmarcan en el ejercicio de su autonomía privada ya que el que los pactos en cuestión sean articulados en función de la crisis de un matrimonio no es obstáculo para ello, pues no se ve por qué si unos cónyuges, estando casados, pueden contratar libremente entre ellos, en la forma que tengan por conveniente, no han de poderlo hacer en el momento en que se separan".

<sup>8</sup> El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000.

regulador de los efectos de la crisis matrimonial, la licitud del negocio jurídico y de los pactos en él contenidos no depende de la posterior aprobación del convenio por el Juez, pues lo acordado por los cónyuges será lícito o ilícito, con anterioridad a que en su caso el Juez, apruebe o rechace lo acordado a fin de que se constituya en virtud de sentencia, el estado de separación o divorciado.”

Para salvar el escollo de la “fragilidad “ de los pactos de separación de hecho, que nosotros aplicamos igualmente a los pactos preventivos o contratos matrimoniales, se plantea la cuestión de la conveniencia o tal vez necesidad de reforzar la seguridad jurídica y publicidad de tales pactos. Y es por ello que la intervención notarial como mecanismo de control de la legalidad se podría sugerir como medio para fortalecer estos contratos.

Los contratos matrimoniales o pactos preventivos, tal y como los venimos planteando en este trabajo, tendrían las limitaciones propias del art 1.255 CC, suponiendo el interés familiar, en el supuesto de que haya menores o incapaces, como el interés máximo a respetar, constituyendo así este interés el orden público familiar.

Con ZARRALUQUI <sup>9</sup> entendemos que el único ámbito donde puede actuar el Juez, restando eficacia a lo pactado y obligando a su modificación, es en lo referente a los menores en el único supuesto en que lo acordado les perjudique realmente.

La abundante y copiosa jurisprudencia que da validez y eficacia a los convenios reguladores no ratificados judicialmente, lo hace con fundamento en la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y entendemos que las argumentaciones y razonamientos que les sirven de base, serían plenamente aplicables en el caso en que el convenio objeto de enjuiciamiento fuera un contrato pre- o post-matrimonial o convenio regulador preventivo, como queramos denominarlo.

A continuación transcribimos parcialmente la fundamentación jurídica de algunas de las innumerables sentencias que se han pronunciado a favor de la autonomía de la voluntad en la regulación de los efectos de las crisis matrimoniales, subrayando en las mismas las frases que más interesan al objeto de este trabajo:

#### **SAP MÁLAGA DE 20 DE MAYO DE 2.002:**

**SEGUNDO.** Debe entenderse el convenio suscrito «inter partes» como un negocio jurídico de Derecho de familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1255 y siguientes del Código Civil. Por tanto, el valor del convenio regulador es indudable, y así lo entiende también el Tribunal Supremo, al proclamar en su Sentencia de 22 Abr. 1997 que: «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». En consecuencia, el convenio no homologado judicialmente, debe ser tomado en consideración como manifestación de voluntad de las partes, como

---

<sup>9</sup> *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal.* Economist and Jurist , marzo 2.008, Luis Zarraluqui .

negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 1255 del Código Civil y no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad...”

**SAP VIZCAYA 03.11.08:**

*Aceptando la doctrina y jurisprudencia expuesta por la parte apelante, es cierto que la falta de ratificación del convenio regulador no le priva a éste de eficacia, puesto que, si no se ha probado la concurrencia de algún vicio del consentimiento, debe entenderse el convenio suscrito "inter partes" como un negocio jurídico de derecho de familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1255 y siguientes del Código Civil. Por tanto, el valor del convenio regulador de la separación, no aprobado judicialmente, es indudable, y así lo entiende también el Tribunal Supremo, al proclamar en sus sentencias de 22 de abril de 1997 y 21 de diciembre de 1998, que: "No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico". En consecuencia, el convenio no homologado judicialmente, debe ser tomado en consideración como manifestación de voluntad de las partes, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 1255 del Código Civil y no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad.*

**SAPMÁLAGA 24.09.2008:**

**PRIMERO.-** *Acierta el juzgador de primer grado en su planteamiento de tesis inicial atribuyendo valor de negocio jurídico privado al acuerdo que adoptaran los cónyuges en convenio regulador de veintiuno de junio de dos mil cuatro (folios 109 a 113) que se presentara en demanda de separación de mutuo acuerdo presentada en fecha veintitrés de junio del mismo año (folio 106), ya que es incuestionable que si el convenio pactado no queda ratificado a presencia judicial por los cónyuges, lo primero es que se acuerde el inmediato archivo de las actuaciones procesales, sin ulterior recurso, lo cual no obsta a que posteriormente cualquiera de los cónyuges promueva nuevo procedimiento matrimonial por la vía contenciosa del artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como así fue al tramitarse bajo el número 1254/2004 ante el mismo órgano judicial dictando sentencia definitiva el quince de abril de dos mil cinco, y posteriormente proceso de divorcio número 1261/2005 en donde recayó sentencia definitiva disolviendo el matrimonio, por divorcio, el uno de febrero de dos mil seis, lo que ciertamente no obsta a darle virtualidad y eficacia a lo pactado en el convenio regulador de la separación que no quedara ratificado a presencia judicial en el inicio del conflicto matrimonial, pues sobre este particular extremo habrá de diferenciar el pacto concertado en función de la naturaleza de la medida que en el mismo se contengan, de manera que si se trata de cuestión sobre la que los esposos tienen pleno poder de disposición, se debe entender que producirá efectos entre ellos, no frente a terceros, con plena y absoluta independencia de que no*

quedara homologado judicialmente, enmarcándose todos esos acuerdos en el ejercicio de su autonomía privada -artículos 1255 CC -, ya que el que los pactos en cuestión sean articulados en función de la crisis de un matrimonio no es obstáculo para ello, pues no se ve porqué si unos cónyuges, estando casados, pueden contratar libremente entre ellos, en la forma que tengan por conveniente, no han de poderlo hacer en el momento en que se separan; momento en el que, por otra parte, más indicada aparece la necesidad de que se regulen aspectos patrimoniales, conforme lo ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002 , lo que no sucede con todas aquellas otras medidas que sean de carácter indisponible como lo son las que afectan al ámbito de la personalidad, y en especial a los menores de edad, cuando no hubieran contado con la necesario y preceptivo refrendo judicial. Sobre este particular extremo preliminar la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado progresivamente en torno a materia tan controvertida, y así en un primer momento se mostró absolutamente contraria a admitir la eficacia de los convenios privados de separación que entendía nulos en unos casos por ser contrarios al orden público - SSTS de 30 de enero de 1917 y 14 de junio de 1943 -, a la ley y a la moral, a la obligación de convivir juntos impuesta por el artículo 56 del Código Civil -SSTS de 19 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1948 -, y en otros porque vulneraba el sistema de inalterabilidad del régimen económico matrimonial consagrado en el primitivo artículo 1392 del Código Civil -SSTS de 18 de noviembre de 1964 y 20 de mayo de 1965 -, implicando una transacción prohibida por la ley -SSTS de 14 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1949 -; posteriormente vino a admitirlos como fenómeno jurídico digno de atención reconociendo primero el derecho de los cónyuges separados a la prestación alimenticia -SSTS de 25 de junio y 28 de febrero de 1989 -, aún vigente el vínculo matrimonial y teniéndola después como causa eficiente y válida de disolución de la sociedad de gananciales -SSTS de 18 de junio de 1986, 26 de enero de 1987 y 17 de junio 1988 -. Expone la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1988 que la Ley de 7 de julio de 1981 supuso un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, teniendo los convenios así establecidos un carácter contractualista, por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que con carácter general establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261 del Código Civil , siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código Civil . un requisito o conditio iuris de eficacia del convenio regulador no de su validez y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia, de forma que es claro que la jurisprudencia reconoce plena validez a dichos convenios que considera como negocios jurídicos de derecho de familia que cuando es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva y que, cuando no es aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, distinguiéndose en la sentencia de 22 de abril de 1997 tres supuestos, en primer lugar, el convenio, que en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia, en segundo lugar, el convenio regulador que al quedar aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; y en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, el cual tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del

*Código Civil , reseñando la sentencia de 15 de febrero de 2002 , que se concibe esa disposición de los cónyuges como una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas reconocida por la jurisprudencia -SSTS de 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1995, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998- y la doctrina registral -RR. DGRN de 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998 -, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial. En este sentido, señala con pleno acierto la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 14 de enero de 2005 , como se está diciendo en forma reiterada, que el convenio regulador es un negocio jurídico familiar que tiene como finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio mediante la manifestación de su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los mencionados efectos, pero la exigencia de presentación en los casos de ruptura familiar de mutuo acuerdo, de un documento que recoja el acuerdo de las partes sobre un contenido mínimo (art. 90 CC), no significa en modo alguno que los cónyuges no puedan establecer obligaciones entre sí al margen del procedimiento de separación o divorcio, bastando para ello que el convenio celebrado al efecto cumpla los requisitos esenciales para la validez de los contratos que impone el artículo 1261 del Código Civil y que el contenido de lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral ni al orden público (artículo 1255 CC). La ratificación judicial del acuerdo a presencia judicial no constituye un requisito de forma ad solemnitatem para la validez del mismo, ni resulta preciso por el hecho de que el acuerdo privado varíe los términos del convenio regulador; para la doctrina científica el convenio regulador no es más que un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir en él los particulares y la autoridad pública, de forma que, la facultad que se concede a los esposos de regular los efectos sustantivos del mismo no supone un reconocimiento ilimitado de su autonomía, al menos en los extremos del mismo que afectan a materias indisponibles para las partes tales como los acuerdos referentes a los hijos menores de edad si no interviene como es preceptivo el Ministerio Fiscal y si no resulta luego aprobado judicialmente.*

Entendemos que la totalidad del contenido de este fundamento jurídico es relevante por los siguientes motivos:

- Pone de manifiesto la existencia de la evolución de la jurisprudencia en la valoración de esta cuestión, así como el carácter muy controvertido de la misma. Del mismo modo que ha evolucionado esta interpretación, entendemos que la realidad y demanda sociales, darán lugar sin la menor duda a que se conceda validez y eficacia jurídica a los contratos matrimoniales, en cuanto a todos los pronunciamientos contenidos en el art 90 del CC. Esta cuestión es tan controvertida porque tiene como trasfondo siempre la ruptura entre una situación largamente admitida y la demanda social de que este estancamiento desaparezca para dar respuesta a la realidad.
- Finalmente, en las últimas líneas subrayadas, reconoce que la única materia indisponible es la que afecte a los hijos menores de edad, admitiendo a sensu contrario que cualquier otro aspecto puede ser regulado libremente por los cónyuges.

**SAP BARCELONA 27.07.2009:**

*“ ... los pactos contenidos en el convenio regulador referidos a materias de orden público, como ocurre con aquellas relativas a los hijos menores de edad - guarda y custodia, pensión de alimentos - no condicionan ni vinculan los acuerdos que se han de adoptar respecto a los menores en la sentencia, aunque puedan constituir un dato importante y deban tenerse en consideración como un elemento más de prueba, para acordar lo que resulte más adecuado para los hijos.” (sentencia sec. 18 de 3 de marzo de 2006) y que “el objeto contractual queda limitado a la autorregulación de intereses patrimoniales propios de los cónyuges, no pudiendo tener eficacia los pactos que respecto de los hijos menores de edad establezcan las partes en dichos contratos extrajudiciales que caen en la órbita del “ius cogens”, pactos que deben pasar por el control judicial para tener validez.” (sentencia sec. 12 de 11 de marzo de 2006)...*

*Ciertamente y como se ha señalado de forma reiterada, la medida relativa a la guarda y custodia de los hijos menores debe obedecer al interés prioritario del menor, debiendo concretar en cada supuesto dicho interés. La primacía del interés superior del niño aparece consagrada en el artículo 39 de la Constitución, en el artículo 1º de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 , Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27 , Convención sobre los derechos del Niño, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (B.O.E. de 31 de diciembre de 1990), en el Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980 , sobre custodia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 . Esta exigencia también ha sido recogida por el artículo 82 del Codi de Família cuando señala que “A la hora de decidir sobre la guarda de los hijos, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos”.*

Entendemos que lo importante en esta sentencia es que hoy por hoy, los acuerdos adoptados por los cónyuges en materia no patrimonial, al menos se deban tener en cuenta por el Juzgador, al tomar decisiones al respecto. Por ello, entendemos será siempre conveniente aportar estos acuerdos, que deberían dar luz al Juzgador sobre la conveniencia de tener en cuenta la opinión de los progenitores en relación a las medidas referentes a los hijos.

**SAP BARCELONA 23.07.2009:**

*En primer lugar ha de indicarse la fuerza vinculante que tiene entre los cónyuges lo pactado en el convenio regulador<sup>11</sup>, incluso en el supuesto de que no hubiera merecido la aprobación judicial (entre muchas otras, sentencias de 22 de abril de 1997 , 19 diciembre de 1998 o 15 de febrero de 2205)*

## **SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES Y LA CALIFICACIÓN NOTARIAL DE LOS MISMOS**

Se plantea ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO<sup>10</sup> si es necesario para el control de la legalidad la intervención judicial o bastaría con la calificación notarial del contrato matrimonial. Para ello vuelve a insistir en que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad en Derecho de Familia no es otro que la protección del menor, debiéndose negar validez a los pactos que supongan una lesión o perjuicio a los hijos menores. Y añade la autora que en todo lo demás debe existir total libertad. Y queremos hacer extensivos a los incapaces todas las menciones a los menores que se hagan en este trabajo. El notario no debe autorizar ninguna escritura cuyo contenido sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, conforme establece el art 145 del Reglamento Notarial. Entiende RUEDA PÉREZ que en el Código Civil se contempla claramente la ilicitud de los pactos contrarios al interés del menor así como el de igualdad de los cónyuges, pudiendo entonces el notario, en aplicación de tales preceptos y cumpliendo su función de calificación y control de la legalidad, rechazarlos si estima que así ha de hacerlo.

En cuanto a la función de la homologación judicial de los convenios reguladores, cabe destacar la Resolución de 10 de noviembre de 1.995 de la DGRN, según la cual "... existen importantes razones que obligan a concluir que esa aprobación judicial no se ha de predicar de todos los acuerdos recogidos en el convenio regulador, sino exclusivamente de los que afectan a los hijos o de aquellos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, como el eventual derecho de alimentos". Es un hecho actualmente nada controvertido que la homologación judicial de los convenios reguladores está limitada a la protección y supervisión del interés de los menores o incapaces.

VALPUESTA entiende que salvo que exista una circunstancia que lo justifique o se hayan alterado los presupuestos fácticos sobre los que se sustentaron los acuerdos, no debe establecer unos efectos jurídicos distintos a los regulados convencionalmente, a no ser que por su contenido, sean perjudiciales para los hijos o para uno de los cónyuges.

Si esto es de aplicación a los convenios reguladores, por qué no ha de serlo a los pactos relativos a la separación de hecho o a los acordados con carácter preventivo para el supuesto de surgimiento de una crisis matrimonial.

Y es que en el caso de que se adoptase un acuerdo preventivo, regulando los mismos extremos contemplados en el art 90 del CC y una vez surgida la crisis, podrían darse los siguientes supuestos:

A) Que ambas partes en cumplimiento de ese acuerdo adoptado se separen de hecho ateniéndose a lo estipulado en el mismo, no habiendo necesidad alguna de intervención judicial, aunque sí la conveniencia de que ese acuerdo se haya otorgado, como hemos dicho, ante notario, por las razones expuestas.

---

<sup>10</sup> El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges. Ana María Pérez Vallejo. Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000.

B) Que ambas partes quieran solicitar la separación judicial o divorcio e igualmente respeten lo estipulado en el contrato matrimonial preventivo: en este caso, hoy por hoy deberían darle la forma de convenio regulador, o aportarlo ratificando su contenido al estar de acuerdo plenamente con lo en él estipulado, si es que el Juzgado así lo admite, aunque entendemos que debería igualmente ser válido el contrato matrimonial adoptado, si ambas partes consienten en ratificar su contenido en el seno de un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo.

C) Que una de las partes, en la turbulencia de la plenitud de la crisis, se niegue a cumplir lo acordado en otro tiempo. En este caso entendemos que la otra parte puede pretender judicialmente la plena validez y eficacia de lo acordado, especialmente si se ha otorgado en un documento ante notario, que ha controlado la legalidad de su contenido y la libre prestación del consentimiento de los contratantes, y siempre que el Juez verifique, tan sólo en los extremos relativos a menores e incapaces, si sus intereses están convenientemente protegidos en este acuerdo.

Y ello en consideración a que así se contempla en el art 1.255 del CC, art 39 y 10 de la Constitución, entre todo el articulado antes indicado, y a que el único orden público familiar que hoy se puede considerar tal es la protección a los hijos menores e incapaces.

En análogo sentido se ha pronunciado JUAN PÉREZ HEREZA <sup>11</sup>, notario, concedor de la realidad y demanda social que percibe en el día a día de su oficina, quien se ha pronunciado en los siguientes términos: "Urge promulgar una normativa estatal que reconozca la validez y eficacia de los pactos reguladores de las situaciones de crisis matrimonial al margen del convenio regulador", así como indica a continuación: "El ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las demandas sociales, de lo contrario, se verá desbordado por las pretensiones de los ciudadanos y estos acudirán a figuras atípicas causantes de controversias judiciales". En cuanto a la forma exigible a tales pactos, añade: "Sería lógico exigir la escritura pública como forma esencial, pues los mayores problemas que plantean éstos pactos sobretodo cuando son preventivos derivan de la sospecha en torno a una anómala formación del consentimiento contractual".

En cuanto a la eficacia de estos contratos matrimoniales preventivos, indica JUAN PÉREZ HEREZA que encuentran su dificultad en la práctica porque es poco frecuente que a través del pacto formalizado en escritura pública se permita acudir al juicio de carácter ejecutivo para exigir su cumplimiento e incluso el reconocimiento de efectos en un juicio declarativo en ocasiones se ve limitada por la existencia de un proceso matrimonial posterior al acuerdo. Y concluye que aunque la doctrina y jurisprudencia mayoritaria proclama la validez de lo acordado al margen del convenio, la falta de una normativa expresa hace que existan prejuicios que dificultan la eficacia plena de estos pactos antes de la aprobación judicial. A su juicio, urge promulgar una normativa estatal que reconozca la validez y eficacia de los pactos reguladores de las situaciones de crisis matrimonial al margen del convenio y, en atención a su especial problemática, establezca para los mismos unos requisitos específicos. En esta línea terminó proponiendo la escritura pública como forma esencial, pues el mayor problema que plantean estos pactos sobre todo cuando son preventivos deriva de la sospecha en torno a una anómala

---

<sup>11</sup> La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales. Conferencia de 14 de marzo de 2.008. Academia Matritense del Notariado. Juan Pérez Hereza

formación del consentimiento contractual. Y la intervención del notario en su doble función de asesoramiento y control de legalidad asegura que el consentimiento de los contrayentes responda a una conformación libre de su voluntad.

## **LÍMITES A LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES:**

Es cuestión ampliamente admitida que el principio de autonomía de la voluntad va extendiéndose cada vez más en Derecho de Familia, a medida que la institución de la familia y el concepto y regulación del matrimonio van cambiando tanto socialmente como desde la perspectiva de su regulación legal. La cuestión nuclear se centra en analizar hasta dónde llega el alcance de esta autonomía de la voluntad, es decir, se centra en sus límites.

Para estudiar los límites legalmente previstos hemos de considerar principalmente los siguientes preceptos legales, tanto de la Constitución como del Código Civil:

- Arts 14 y 32 CE: Principio constitucional de igualdad entre los cónyuges
- Art 39 CE: Principio constitucional de protección al menor
- Art 1.328 CC: “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”.
- Art 1.255 CC: “ Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”
- Art 1.265 CC: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”
- Art 90 CC: “... Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges... La denegación de los acuerdos deberá hacerse mediante resolución motivada...”
- Art 92 CC: “ La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.
- Art 45 CC: “ No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo, se tendrá por no puesta”

### **A) COMENTARIOS DOCTRINALES A LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL PREVISTOS EN EL ART 1.255:**

A.1) COMENTARIOS DE JOSÉ ALMAGRO NOSETE ART 1.255 CC:<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> *Comentarios al Código Civil* de Bosch, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Límites a la autonomía de la voluntad:

- A) La ley
- B) La moral: Es un límite muy impreciso por su carácter subjetivo. Sin embargo, como en Derecho los conceptos hay que establecerlos desde una óptica interpersonal, debe relacionarse con la ética social, o sea, con aquellos criterios que rigen la conducta humana por encima de sus propias inclinaciones, no con fuerza de obligar, pero sí con la convicción de no ser reprochado socialmente si se actúa de conformidad con ellos en una comunidad determinada. La valoración del reproche social dentro de una línea de flexibilidad que toma como referencia el criterio medio aceptable, opera con independencia de la voluntad del sujeto enjuiciado.
- C) Orden público: este concepto revela todas las dificultades de los conceptos jurídicos indeterminados, por su carácter flexible y necesariamente referencial. El orden público viene determinado por los principios generales y constitucionales que configuran la sociedad y sus fundamentos, de tal manera que la inobservancia supondría riesgo grave o daño para estos pilares de la convivencia. En sociedades como la nuestra cuyo substrato organizativo lo constituye un sistema económico y un régimen político liberal, el contenido del orden público tiende a restringirse. No obstante, la salvaguarda de los valores constitucionales básicos y los derechos y principios irrenunciables sirve como imprescindible elemento de referencia para fijar en cada caso su contenido frente a la libertad contractual.

A.2) COMENTARIOS AL ART 1.255 DE DÍEZ PICAZO: <sup>13</sup>

Siguiendo a DÍEZ PICAZO, el principio de la libertad contractual, que este precepto consagra, permite la modificación por la voluntad de las partes de la regulación legal establecida para un tipo de contrato, que debe entenderse, por tanto, como Derecho de carácter dispositivo. Permite asimismo la creación de tipos contractuales nuevos o el establecimiento de contratos que sean atípicos por falta de una regulación legal. El control del ordenamiento jurídico respecto de esta clase de contratos habrá de realizarse a través del juicio que merezca la causa de los mismos (arts 1.274 y ss).

Los límites de la autonomía privada y de la libertad contractual:

1. La ley
2. La moral: “... por moral debe entenderse el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica... Ante todo el código civil no recibe ninguna moral de signo específicamente religioso, aunque no pueda discutirse que una gran parte de la moral cristiana impregna la sociedad regida por el código civil. Además de ello, ha de tenerse en cuenta que, al regularse en el código relaciones interindividuales...La moral en sí misma considerada, es un conjunto de convicciones de orden ético...Al establecer la moral como límite de la autonomía contractual, quedan

---

<sup>13</sup> *Comentarios al Código Civil* editado por el Ministerio de Justicia. 1.993.

impedidos los contratos inmorales. La inmoralidad del contrato afecta al mismo y lo hace ineficaz o nulo. El art 1.275 dice que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Del mismo modo, el párrafo III del art 1.271 prohíbe que puedan ser objeto de contrato los servicios contrarios a las buenas costumbres.

### A.3) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS LÍMITES CONTEMPLADOS EN EL ART 1.255:

STS 13.05.1959: El art 1.255 CC proclama el principio de autonomía de la voluntad juntamente con sus límites naturales, al declarar que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, afirmando rotundamente respecto a los contratos el art 1.091, que las obligaciones que nacen de ellos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos, y las reglas referentes a la interpretación, rindiendo particular homenaje a dicho principio, los arts 1.281 y 1.282, se inspiran en la supuesta común intención de los contratantes, declarando el art 1.289 que si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no puede venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”*.

---

El orden público familiar ha de estar presidido, ante todo, por el respeto a la libertad, no discriminación ante la ley y el pluralismo. Principios estos, que sólo el intérprete, en cada caso concreto, debe valorar al enfrentarse a la realidad jurídica, sopesando su concurrencia con esos otros pilares fundamentales en los que se asienta la convivencia, y determinando si se conculca o no ese orden público familiar que actuaría, en caso afirmativo, como verdadero límite a la autonomía de la voluntad familiar...

Sin embargo, a pesar de advertirse una crisis en la configuración positiva del orden público, que no debe confundirse con su ineficacia, como indica DE BARTOLOMÉ CENZANO, consideramos que existe, y debe existir todavía, un orden público familiar... A nuestro entender, debe reducirse y de hecho creemos que se ha reducido considerablemente, a aquellos pactos que, especialmente tras la ruptura de la relación familiar, lesionen o puedan ser perjudiciales para los hijos”.

Defiende ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO que la mayor “presión a los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia se debe a la existencia del “interés familiar”, al que están subordinados todos los intereses individuales de los miembros que conforman la unidad familiar. Por eso cree la autora que “en atención precisamente a ese interés familiar y, dado que las controversias que surgen en el interior de la familia son tan delicadas, habría de intentarse por todos los medios que fuera en esa propia esfera interna, donde encontrarán su adecuada solución, y es que nadie mejor que los propios interesados conocen cuál sería la forma menos traumática para resolverlas. No obstante, cuando esas divergencias no encuentren debido acomodo en esa intimidad familiar, saldrán de esa esfera interna y será el Juez quien las resuelva, teniendo en cuenta el interés de la familia”.

El interés familiar actuará pues como principio que habrá de regir todos los pactos en el ámbito familiar, así como actuará como límite a los acuerdos que puedan contravenirlo o contrariarlo.

No deja de ser cierto que una vez sobrevenida la crisis, al solicitarse el divorcio, junto con la demanda ha de presentarse el convenio regulador, pero entendemos que en este caso debería ser válido un acuerdo que los cónyuges hubieran adoptado sobre los extremos habituales del convenio regulador antes de que hubiera surgido la crisis, y no en el punto álgido de la misma, pues, de acuerdo con DELGADO ECHEVERRÍA entendemos que “son muchas las razones que exigen ciertamente actos de valoración del Juez, pero éstas no pueden ser, de acuerdo con los principios constitucionales, un cheque en blanco para que el intérprete pueda rellenar de acuerdo con sus convicciones personales, por más que éste las considere mejores o, incluso, las únicas verdaderas. La sociedad es plural, y también la apreciación de sus valores. El intérprete no puede sustituir las convicciones del pueblo, del que emana la justicia, por las suyas propias.”

#### B ) COMENTARIOS AL ART 1.325 DEL CÓDIGO CIVIL:<sup>14</sup>

---

MANUEL DE LA CÁMARA, ya en el año **1.986**, manifestaba: “***Hasta hace no muchos años, poner en relación los conceptos de autonomía privada y Derecho de Familia, habría sonado a herejía jurídica***”. Las reflexiones sobre la validez de los contratos matrimoniales preventivos realizadas por este autor hace ya veinticuatro años, merecen una muy especial atención: “¿Es posible que aquellos extremos que constituyen el contenido de un convenio regulador o, tal vez para ser más exactos, algunos de los extremos que pueden ser objeto de acuerdo, se pacten entre los cónyuges preventivamente, es decir, antes de que se plantee la ruptura y sólo en contemplación a la posibilidad de que aquélla llegue a producirse?” El tema se relaciona estrechamente con el contenido que pueden abarcar las capitulaciones matrimoniales, extremo sobre el que nos ilustra el nuevo art 1.325 in fine: “... o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”. A juicio de este autor, hemos de centrarnos en este último inciso, que según él responde a la distinción entre “negotium” e “instrumentum”, o lo que es lo mismo, entre lo que constituye el contenido típico de los capítulos (que es la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial) y otros pactos, estipulaciones o declaraciones que guarden relación inmediata con el matrimonio. Se pregunta si cabría regular en la escritura de capitulaciones algún pacto que, de alguna manera, contemple la eventualidad de que los cónyuges se separen o divorcien, y para responder se plantea no el caso de que se contraigan primeras nupcias, sino el supuesto muy frecuente hoy de segundo o posterior matrimonio, con la experiencia de una ruptura anterior. A juicio de Manuel de la Cámara esta experiencia estimulará el talante previsor del nuevo contrayente, a quien probablemente le gustaría regular de antemano las consecuencias de una posible crisis.

---

<sup>14</sup> *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho Español sobre la familia*. Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. Academia Granadina del Notariado. Boletín de información. Mayo 1.986.

Un sector de la doctrina entiende que el 1.325 se refiere a aspectos patrimoniales y aunque no excluyen del todo que se regulen también aspectos derivados de las relaciones personales, entienden que no puede formar parte de las capitulaciones matrimoniales el convenio regulador. Los que así piensan se fundan en dos tipos de razones:

A ) El convenio regulador tiene como fin reglamentar relaciones no matrimoniales porque han dejado de serlo en virtud del divorcio, o disciplina una situación anormal en el matrimonio que probablemente desembocará en su disolución.

B ) En segundo término se apunta que la eficacia de los convenios de que se ocupa el Código Civil exige la homologación o aprobación judicial que sólo puede solicitarse una vez iniciado el proceso.

El autor opina que ninguno de estos dos argumentos está bien fundados, y que un pacto capitular cuyo objeto sea prever y regular algún efecto consiguiente a la separación o al divorcio tiene, en principio, valor meramente preventivo, y sólo estará llamado a surtir efecto si los cónyuges se separan o divorcian, pero si se da esta circunstancia, no hay razón para que el acuerdo carezca de fuerza vinculante y la tendrá en la medida en que la tienen todos los convenios a que alude el art 90 y deberá pasar por el tamiz de la homologación judicial que no puede ser negada discrecionalmente.

### **POSIBLES PACTOS A INCLUIR EN UN CONTRATO MATRIMONIAL PREVENTIVO DE CRISIS:**

Son numerosos los pactos que se pueden acordar en previsión de las consecuencias de una eventual crisis conyugal. Poniendo los mismos en relación con los límites que hemos tratado, nos planteamos a continuación la validez y eficacia de los siguientes pactos que pudieran incluirse en los mismos:

---

#### **A) LIMITAR CONTRACTUALMENTE LAS POSIBILIDADES LEGALES DE OBTENER LA SEPARACIÓN O DIVORCIO:**<sup>15</sup>

Estaríamos en el supuesto en que los interesados desearan incluir un plazo previo de separación de hecho, antes de interponer demanda de divorcio, o que éstos sólo sean posibles cuando concurra una causa que ellos concreten en el acuerdo, etc. Hay que considerar entonces si esta estipulación podría ser contraria a la ley, la moral o el orden público, como prescribe el art 1.255 del Código Civil. Entiende Zarraluqui que no contravendría ni la ley, puesto que no existe ninguna norma que lo prohíba, ni la moral, que hasta ahora ha sido más bien proclive a la permanencia y duración de la familia. Analiza posteriormente si sería contrario al orden público, y para llegar a una conclusión al respecto se plantea si existe un derecho a la separación y al divorcio, a partir de la reforma de la Ley 15/2.005, para concluir

---

<sup>15</sup> *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal.* Revista Economist and Jurist , marzo 2.008. Artículo de Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.

que sí sería contrario al orden público denegar el derecho a la separación o al divorcio, pero no lo sería el convenir las causas por las que se habría de producir esa separación o divorcio. Esta respetabilísima opinión de Luis Zarraluqui no es compartida por quien firma este trabajo, pese a que le consta que su conocimiento de la materia dista mucho del altísimo nivel y dominio de la misma que tiene quien la defiende. Entendemos que condicionar la declaración de la separación o el divorcio a la concurrencia de una causa, es limitar el derecho mismo a la separación y divorcio en el supuesto en que no concurra la causa pactada, lo que conculca el derecho a solicitarlo a una de las partes que en el curso de la convivencia matrimonial pudiera cambiar de opinión.

#### B) PACTOS DESTINADOS A ESTABLECER CAUSAS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO:

En cuanto a los pactos sobre causa de separación y divorcio, tradicionalmente se ha negado la posibilidad de pactar la inclusión de causas convencionales o la exclusión de causas legales de separación y divorcio. En este punto la ley es imperativa, cualquiera de estos pactos vulneraría el derecho fundamental a poner fin al matrimonio que la mayor parte de la doctrina considera el reverso del derecho fundamental a contraer matrimonio del artículo 32 de la Constitución.

#### C) PACTOS DIRIGIDOS A EXCLUIR EL DEBER DE CONVIVENCIA:<sup>16 17</sup>

C.1) Pacto por el cual los futuros cónyuges renuncian a vivir en un domicilio común si existe “justa causa”: Entiende la autora que cabe tanto que los cónyuges compartan domicilio sin convivencia efectiva, como que se dé una separación transitoria sin interrupción de la convivencia, tal y como lo prevé el art 87 del Código Civil. Por tanto la doctrina entiende sin fisuras que el deber de convivencia se puede cumplir aunque no se comparta el domicilio. No obstante lo anterior, estos pactos han de tener carácter excepcional, pues la obligación de convivencia forma parte de la esencia del matrimonio, y habrá que examinar si existe la intención de los cónyuges de reanudar o no la convivencia. Con DE LA CÁMARA entiende la autora que es un pacto válido y lícito el pacto por el que los cónyuges acuerdan que no van a vivir juntos en un domicilio, siempre que exista “justa causa”. Para ello, con DE LA CÁMARA, en aplicación del art 87.2 del Código Civil entendemos que sería justa causa no sólo la concurrencia de motivos laborales o profesionales, sino también “cualesquiera otros de naturaleza análoga”, de lo que este autor deduce que “cualquier causa susceptible objetivamente de justificar la decisión de los cónyuges sirve para afirmar la validez del acuerdo”.

C.2) Pacto previo por el que se renuncia para siempre al deber de vivir juntos: es sin duda un indicio claro de hallarnos ante un supuesto de matrimonio de conveniencia. Con DE LA CÁMARA

---

<sup>16</sup> *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. GARCÍA CANTERO comenta junto con LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho Civil-IV- Derecho de Familia*, 1.982, que el establecimiento de la comunidad de vida entre los cónyuges, en pura teoría, no exigiría siquiera un domicilio familiar para ser vivida; puede darse y ser muy intensa entre nómadas y también en el matrimonio celebrado con un recluso condenado a la pena de privación de libertad.

<sup>17</sup> *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho Español sobre la Familia*. Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada.

entendemos que este acuerdo es cuando menos “sospechoso” y podría interponerse acción de nulidad para determinar si hubo o no consentimiento matrimonial o los contrayentes sólo quisieron crear una apariencia de matrimonio. Entiende que sería un motivo muy fuerte sobre la existencia de simulación que a juicio del autor sería casi invencible si el acuerdo se dirigiera a excluir para siempre la convivencia. Entraría en juego el art 73 del CC, según el cual es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, incluyendo la simulación como un supuesto en el que falta el consentimiento matrimonial, tratándose de simulación absoluta, porque se ha excluido por pacto uno de los efectos principales del matrimonio, como es la convivencia.

#### D) OTROS PACTOS QUE HACEN NULO EL MATRIMONIO CELEBRADO SEGÚN LAS NORMAS CANÓNICAS:<sup>18</sup>

En el matrimonio canónico, son tres los bienes del matrimonio: el de la prole, el de la fidelidad, que establece la unidad y exclusividad del vínculo, y el del sacramento, que determina la indisolubilidad del matrimonio. Así, vamos a ver qué valor tendrían los pactos destinados a excluir cada uno de estos bienes.

D.1) PACTOS DESTINADOS A EXCLUIR LA PROLE: Así como la mayoría de la doctrina, entre otros LUNA SERRANO y JORDANO BAREA, entienden que este pacto en el ámbito civil sería perfectamente válido, en el matrimonio canónico es totalmente distinto, pues se entiende que el matrimonio está destinado a la generación y educación de la prole, por lo que la exclusión de tal fin acordada por ambos cónyuges, supondría un supuesto de simulación parcial, que afectaría al consentimiento, haciendo nulo el matrimonio.

D.2) PACTOS DESTINADOS A EXCLUIR LA FIDELIDAD: Tal y como expone la autora, en el Derecho Canónico, la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento, referido a una realidad configurada con unos perfiles precisos desde esta perspectiva, por lo que tal pacto daría igualmente lugar a una simulación parcial y consecuentemente, el matrimonio canónico en tal caso sería nulo.

Hoy día no cabe en ningún caso considerar como se pudo hacer en otros tiempos el deber de fidelidad como una cuestión de orden público, por lo que un pacto de exclusión de la fidelidad en el ámbito del matrimonio civil es posible y, como añade la autora, es frecuente en la práctica el acordarlo, sino de forma expresa, sí al menos de forma tácita. (hablar aquí del divorcio a causal reforma 2.005).

D.3) PACTOS DIRIGIDOS A EXCLUIR EL SACRAMENTO: Para el Derecho Canónico, un matrimonio entre personas bautizadas es contrato y sacramento, siendo esencialmente indisoluble. En el supuesto de declaración de divorcio de un matrimonio, se produce una negación de efectos civiles al matrimonio canónico, pero en ningún caso el Estado puede decidir sobre la disolución de un matrimonio

---

<sup>18</sup> *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges.* Ana María PÉREZ VALLEJO. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000.

canónico. Estaríamos en un supuesto análogo a los anteriores de simulación parcial, que en caso de su prueba, podría dar lugar a la nulidad de matrimonio canónico.

D.4) PACTO POR EL QUE SE RENUNCIA AL DIVORCIO: A juicio de ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO, sería sin duda alguna nulo tal pacto, porque atentaría contra el derecho a la libertad religiosa, reconocido tanto en el art 10 de la CE, como en la Declaración de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales ratificados por España, según los cuales, no sólo se tiene derecho a elegir y profesar una religión determinada, sino a cambiar la misma o abandonar la que se tenía.

Como resumen a este apartado, y siguiendo a la misma autora, entiende que los pactos previos que excluyan el matrimonio en sí mismo, son nulos por haberse emitido un consentimiento en forma simulada, y esto es de aplicación tanto en el ámbito del matrimonio civil como canónico.

Sin embargo, los pactos que excluyen propiedades inherentes al matrimonio canónico son nulos en este ámbito, siendo perfectamente válidos en el ámbito civil.

#### E) PACTOS PREVIOS QUE CONCRETEN DERECHOS Y DEBERES SIN ELIMINARLOS:

GARCÍA GARCÍA entiende que ha de permitirse estos pactos para la adaptación de la familia a las nuevas circunstancias personales y familiares. En la doctrina francesa, CHAPELLE entiende que estos pactos son instrumentos privilegiados para la paz familiar, señalando además que estos se hallan situados a la vez bajo el signo de la confianza y de la desconfianza. Entre los ejemplos que citan, cabe destacar el supuesto de dos jóvenes esposos que profesan distintas religiones y quieren contraer matrimonio. En este marco, podrán establecer acuerdos relativos a la religión de los hijos que nazcan de ese matrimonio, su educación religiosa o centro educativo al que vayan a acudir.

Por el contrario, entiende esta autora, no cabrían pactos limitativos de la capacidad de las partes, así como la obligación de que la mujer ha de obedecer al marido.

#### F) PACTOS QUE MODIFIQUEN EL DOMICILIO CONYUGAL

Se entiende que este pacto será perfectamente válido siempre que en el desarrollo de la vida conyugal sobrevengan unas circunstancias objetivas que justifiquen el cambio del domicilio, bien temporal, bien para simultañarlo con el que venía siendo habitual. Estas razones, que usualmente suelen ser motivadas por cambios laborales o profesionales, pueden ser de otra índole, como el acercamiento a los padres enfermos para atender a su cuidado, etc. En estos supuestos no se infringiría la norma que impone el deber de convivencia, por lo que son perfectamente válidos.

G) PACTOS DURANTE LA RELACIÓN JURÍDICO MATRIMONIAL QUE ELIMINEN PARA SIEMPRE EL DEBER DE CONVIVENCIA EN SITUACIÓN DE CRISIS DEL MATRIMONIO <sup>19</sup>

En este supuesto compartimos la opinión de DE LA CÁMARA, según el cual en estos supuestos ya no cabe preguntarse si nos hallamos ante un matrimonio válido o nulo, ya que al ser el acuerdo posterior a la celebración del matrimonio, tal acuerdo no puede incidir sobre su validez, pues el matrimonio es nulo “ab initio” o de lo contrario es válido. En parecido sentido ALBALADEJO, quien indica que el deber de convivencia no puede mantenerse que sea un deber que se imponga a ambos cónyuges de forma imperativa.

Siguiendo a ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO, vamos a plantear en este apartado el supuesto de la separación convencional de hecho, es decir, la propuesta que la autora realiza de regular la separación de hecho sin necesidad de homologación judicial.

G.I) SUPUESTO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE HECHO:

No se puede negar la evidencia: hay parejas que en un momento de crisis deciden regular la situación “al margen del Derecho”, pues no están dispuestas por distintos motivos a pasar por el Juzgado o porque tal vez no tienen seguridad sobre el carácter definitivo de la ruptura y prefieren esperar antes de obtener una declaración judicial al respecto. Regularn pues su situación de ruptura voluntaria de la convivencia, situándose en situación de inequívoco incumplimiento del deber de convivencia.

DE LA CÁMARA señala que el hecho de que la separación de hecho haya sido institucionalizada no significa sin más que haya desaparecido la separación convencional, que de hecho se menciona en el Código Civil en algún que otro precepto, reconociéndole algunos efectos en determinadas circunstancias.

Tal y como entiende ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO, antes de estudiar la eficacia de los pactos de separación amistosa, no hay que olvidar todo lo comentado respecto al retroceso o merma de la influencia del principio de orden público familiar, tanto en nuestro país como en los países de nuestro entorno, cediendo paso a una progresiva influencia de la autonomía de la voluntad.

Los principales inconvenientes planteados por la doctrina para la admisibilidad de los pactos de separación amistosa era que eran contrarios a la ley, a las costumbres y al orden público, que su causa era ilícita, que eran acuerdos prohibidos, etc.

Siguiendo siempre a ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO, nos planteamos hasta qué punto esos pactos son realmente contrarios al art 68 del CC. Se plantea entonces hasta qué punto es exigible el deber de los esposos de vivir juntos, cuando la convivencia es discorde. La convivencia está destinada a servir de marco y de base donde se desarrolla el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los

---

<sup>19</sup> *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges.* Ana María PÉREZ VALLEJO. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. 2.000.

derechos. Por ello entiende, que en los supuestos en que la convivencia no sirve a esos propósitos, el obligar e imponer la misma carece de sentido y añade que el límite y eficacia de una norma tiene que venir dado por los derechos reconocidos a las personas, sin que pueda propugnarse su aplicación desconociendo la lesión que pueda irrogar a las mismas”. Y finaliza concluyendo que si la defensa a ultranza de la familia a través de la imposición del deber de convivencia, establecido en el art 68, lesiona otros intereses igualmente dignos de protección y reconocidos en la Constitución, tales como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, del art 10 de la Carta Magna, el deber de convivencia ha de ceder en favor de estos últimos, sin que se pueda entender que se ha conculcado el art 68 del CC.

Sigue la autora planteándose si se puede entender que estos pactos sean contrarios al orden público familiar, y, sin incidir en los conceptos de orden público tratados antes, sí cabe destacar la pregunta que se hace la autora si interesa al Estado imponer o seguir manteniendo una situación de desarmonía familiar, así como se pregunta si acaso se vulnera el orden público familiar cuando una pareja no puede desarrollar su vida en común de modo armónico y normal, y deciden poner fin a la convivencia en común decidiendo de común acuerdo lo que crean más adecuado para el futuro.

Una vez institucionalizados la separación y el divorcio acausal, sin necesidad de que concurra y se haya que justificar causa alguna, no se ve la diferencia entre la separación judicial y la pactada privadamente.

Como conclusión expone la autora la siguiente reflexión: Si hace no tanto tiempo, los pactos de separación de hecho contravenían el orden público familiar porque vulneraba el antiguo art 56 (hoy 68), que se consideraba entonces de orden público, hoy no puede mantenerse que supongan una ruptura de ese deber, sino que como indica VALPUESTA es la ruptura conyugal la que justifica la celebración de los convenios.

La validez de tales pactos no puede ser pues ya discutida, al no contravenir la ley, la moral ni el orden público, pero nos queda el aspecto de su eficacia.

Según DE LA CÁMARA, su eficacia dependerá, al igual que sucede con el convenio regulador, de que no contradigan lo dispuesto en normas de carácter imperativo, admitiendo incluso que alguna de sus estipulaciones puedan ser sometidas a revisión judicial, aunque si surgen diferencias en su aplicación es muy probable que uno de los cónyuges inicie una separación legal contenciosa.

En cuanto a la eficacia jurídica de los pactos de separación de hecho sin necesidad de homologación judicial, defiende ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO, que ha de ser idéntica a la eficacia de los pactos que resultan de la separación judicial. Propugna que, como hemos visto arriba en el apartado relativo a la conveniencia de otorgamiento de escritura pública, se otorguen en escritura pública de capitulaciones o normal, dejando constancia del hecho y de la fecha de la separación de hecho, teniendo posteriormente este documento acceso al Registro Civil, donde quedase constancia de la separación de hecho. Sería en este caso una separación de hecho en cierto modo semejante a la regulada por el Derecho

Italiano, donde no es preciso acudir a la homologación judicial para hacer eficaces sus convenios de separación, siendo bastante a tal efecto un documento notarial.

H) PACTOS RELATIVOS A LA VIDA FUTURA DE LOS CÓNYUGES<sup>20</sup>: a veces, como consecuencia de anteriores experiencias, alguna de las partes quiere limitar o restringir la vida del otro con posterioridad a que pueda sobrevenir una separación o divorcio. Tales pactos, tales como prohibir al otro que contraiga nuevo matrimonio, conviva de hecho con alguien, o se dedique con posterioridad a alguna actividad concreta o establezca su residencia en determinado lugar, serían por supuesto nulos. Sin embargo, algunas consecuencias derivadas de tales supuestos si serían válidas, como por ejemplo, cesar en el uso de determinada vivienda si se conviviera con persona determinada. Estos efectos pactados por las partes habrían de ser analizados en el caso concreto, y serían válidos, como cualquier estipulación, siempre que no contravinieran la ley, la moral o el orden público.

D) PACTOS RELATIVOS AL DOMICILIO FAMILIAR:

JUAN PÉREZ HERESA<sup>21</sup>: En cuanto a los pactos sobre atribución del uso de la vivienda conyugal, plantean problemas cuando lo que se pretende es excluir la atribución del uso al cónyuge no titular. Cuando es un matrimonio sin hijos la mayor parte de la doctrina entiende que el eventual derecho que pudiese tener el cónyuge no titular -por ser su interés, el más necesitado de protección- es renunciable. En cambio, tratándose de matrimonio con hijos, parece imponerse la tesis de indisponibilidad del derecho. Aún así, creemos que deben admitirse los pactos de exclusión consensuada al menos en el Derecho Común, siempre que se garantice de algún otro modo que los hijos gocen del uso de una vivienda de características similares.

El art 96 CC establece: “ En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. Según este artículo pues, es el acuerdo de los cónyuges al respecto plenamente válido y eficaz, decidiendo el Juez sólo en el supuesto en que no se haya concertado acuerdo. A partir de aquí plantea Zarraluqui<sup>22</sup> la cuestión del siguiente modo: un acuerdo preventivo de los cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar en caso de que cuando sobrevenga la crisis no existiesen hijos sería perfectamente válido y eficaz, pero , ¿ qué sucedería de existir hijos? ¿Sería o no necesaria la homologación judicial de este acuerdo? Sin perjuicio de que pueda entenderse que durante la vida familiar anterior a la crisis puedan producirse muchos cambios de domicilio por diversas circunstancias, sin que ello suponga ningún perjuicio para los hijos, en la práctica, en los supuestos de crisis, al regular el uso del domicilio familiar ha de homologarse judicialmente, en aras del principio supremo de protección de los intereses del menor. Entiendo que si los padres han decidido de mutuo acuerdo que el uso del domicilio familiar sea para el

---

<sup>20</sup> *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal.* Revista Economist and Jurist. Marzo 2.008. LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.

<sup>21</sup> *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho Español sobre la familia.* MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. Academia Granadinad el Notariado. Boletín de información. Mayo 1.986.

<sup>22</sup> *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal.* Revista Economist and Jurist. Marzo 2.008. LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.

progenitor no custodio, pero han acordado y asegurado el uso de otro domicilio de semejantes condiciones para los hijos y el progenitor custodio, debería siempre homologarse, así como cualquier otra decisión al respecto que, aunque no suponga estrictamente el uso del domicilio familiar para los hijos, les garantice una vivienda de idénticas condiciones.

En cuanto a la posibilidad de pactar el cese del uso de la vivienda familiar, incluso en el supuesto de existencia de hijos, cuando el progenitor custodio inicie la convivencia con un tercero, piensa ZARRALUQUI que sería perfectamente válido, siempre que el interés de los hijos no quede desprotegido.

La abogada ISABEL WINKELS ARCE<sup>23</sup> señala otros pactos que se pueden adoptar relativos al uso de la vivienda, tales como: ofrecer el pago total o parcial del alquiler de una vivienda en determinada zona a cambio de adjudicarse el uso de la vivienda familiar, ofrecer una ayuda para la adquisición de otra vivienda al cónyuge custodio no titular de la vivienda o, si la situación no lo permite, acordar el mantenimiento del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio no titular, pero con el compromiso de abonar una parte de la hipoteca.

#### J) PACTOS SOBRE LOS HIJOS:

Como antes hemos indicado, el principio de autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia tiene un límite claro y contundente, que es el principio fundamental y nuclear que ha de inspirar la regulación de cualquier aspecto del Derecho de Familia: la protección del menor e incapaz. Partiendo de esta premisa, hay que analizar hasta qué punto los titulares de la patria potestad, al alcanzar acuerdos sobre el ejercicio de los deberes y derechos que como tales ostentan, están limitados por el Estado, con el pretexto de que tales acuerdos no contravengan el orden público. Tal y como se establece en el art 156 CC, ambos progenitores ostentan la patria potestad, que podrán ejercitar conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social o en situaciones de urgente necesidad. Como muy acertadamente indica Zarraluqui<sup>24</sup>, los padres toman todas y cada una de las decisiones relativas a los hijos constante matrimonio, sin que intervenga ningún poder público, mientras que en el supuesto de tramitación de la separación o divorcio, cualquier acuerdo referente a estos extremos, ha de ser valorado por el Ministerio Fiscal y posteriormente homologado por un juez, ninguno de los cuales, aún ejerciendo su labor con la máxima diligencia, conoce la realidad del supuesto concreto como los progenitores, titulares, insistimos, de la patria potestad. En el art 159 CC se establece que sólo cuando los padres no hayan acordado nada al respecto, será el Juez el que en caso de separación determinará con cuál de los progenitores. Indudablemente este artículo establece de modo inequívoco la preferencia de decidir sobre tal aspecto a los progenitores. Queda pues a voluntad de los padres decidir sobre la custodia y régimen de visitas con total libertad, siendo la homologación judicial

---

<sup>23</sup> *Pactos matrimoniales. Capitulaciones Matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual.* JAVIER PÉREZ MARTÍN. Lex Nova. 2.009.

<sup>24</sup> *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal.* Revista Economist and Jurist. Marzo 2.008. LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.

sólo un instrumento para limitar las convenciones perjudiciales a los menores, pero en ningún caso para modificar lo acordado por los progenitores, si esto no es claramente perjudicial para sus hijos.

En este análisis es relevante la referencia a los siguientes artículos, que limitan la posibilidad de transacción en relación a las materias contenidas en el Título I, Libro IV del Código Civil:

- Art 751.1º LEC, incluido en Título I, Libro IV del Código Civil “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, que trata sobre la indisponibilidad del objeto del proceso: “En los procesos a que se refiere este Título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”.
- Art 1.810 CC: “Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos”.
- Art 166 CC: “ Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar ni gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios , siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

- Art 151 CC: “ No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.

- Art 1.814 CC: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

Sin embargo, junto a los anteriores, no hay que olvidar el art 751.3º LEC, según el cual: “ no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el capítulo cuarto del título primero del Libro Primero de esta ley”. Así, cabe aquí de nuevo el análisis y reflexión sobre la libertad de los titulares de la patria potestad,

los mejores conocedores de la situación a regular y de las necesidades de los menores, para decidir en las decisiones relativas a sus hijos.

Siguiendo a JAVIER PÉREZ MARTÍN<sup>25</sup> es esta una materia que aunque los cónyuges pueden acordar, nunca se podrá, en caso de separación o divorcio, imponer a la decisión del Juez ni tendrá eficacia ejecutiva inmediata. A su juicio, es posible por ejemplo que los esposos acuerden una guarda y custodia compartida, pero en este caso en el supuesto de separación o divorcio consensual o contencioso, tendrá que ser aprobado por el Juez, sirviendo el acuerdo matrimonial como un elemento más de prueba.

El mismo autor cita a M<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO, quien entiende que el pacto que establezca la no exigibilidad de los deberes de uno de los progenitores para con los hijos es indudablemente ilícito, pues contraviene normas de derecho imperativo.

Esta es la opinión de quien ha realizado este trabajo, acorde con la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona aportada y con el Derecho Alemán, es decir, el acuerdo de los cónyuges en esta materia ha de ser tenido en cuenta siempre por el Juzgador, y sólo cuando se considere fundadamente que puede ser perjudicial para el menor o incapaz, será cuando pueda ser sustituido este pacto o cambiado por el Juzgador, siendo la intervención de este mínima.

#### K) PACTOS SOBRE ALIMENTOS:

En cuanto a los pactos de alimentos, a la luz del artículo 159 del Código Civil, está claro que no caben los pactos preventivos. Por ejemplo, no se podría acordar que la separación de hecho o judicial determinada la extinción de la obligación legal de alimentos, puesto que ésta se nos extingue con el divorcio. En cuanto a los acuerdos sobre alimentos presentes, son frecuentes y, de hecho, esta materia forma parte del contenido mínimo del artículo 90, sin embargo, el presunto valor vinculante de estos acuerdos sólo tiene lugar cuando estamos ante alimentos convencionales.

#### N) OTROS PACTOS DE ORDEN ECONÓMICO:

Aunque hemos centrado el objeto de este trabajo a los aspectos no patrimoniales a regular en los contratos matrimoniales, hacemos a continuación una breve referencia a pactos de contenido patrimonial, a fin de examinar brevemente sus aspectos más controvertidos.

Aunque en general, la doctrina y la jurisprudencia no dudan de la amplia variedad de posibilidades de pacto en aspectos patrimoniales, vamos a tratar de algunos pactos posibles de carácter patrimonial:

---

<sup>25</sup> Pactos matrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual. JAVIER PÉREZ MARTÍN. Lex Nova. 2.009.

**N.1.- Renuncia a la pensión compensatoria del art 97 CC:** analiza Zarraluqui las distintas posturas al respecto. Así, los detractores de la validez de tal pacto se apoyan en la base de que la pensión compensatoria sólo existe a partir de la decisión judicial que establece la pensión compensatoria, y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de diciembre de 2.000, que en su fundamentación jurídica remite a la argumentación del Tribunal Supremo según la cual “la renuncia de derechos no puede referirse a otros que los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos y regulados en la legislación posterior.

Otra autora, López Marco, mantiene que el texto vigente del art 6.2 CC establece que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”, es aplicable plenamente a esta cuestión, al igual que lo interpreta nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 07 de junio de 1.983, considerando que son el interés o el orden público o el posible perjuicio a tercero los únicos límites a tal exclusión voluntaria de la ley.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de marzo del 2.000 se reconoce plena validez y eficacia al pacto de renuncia a la pensión compensatoria, por regular una materia de derecho dispositivo, ya que entiende que el art 97 del CC establece como primer criterio a aplicar el acuerdo de las partes al respecto. Entendemos con Zarraluqui que estamos en presencia de un pacto que regula una materia de derecho dispositivo, en el que las partes, por motivos diversos, reconocen anticipadamente que no existe el desequilibrio que origina su nacimiento, o renuncian a la compensación del mismo.

Además de las referidas por Zarraluqui, cabe destacar la sentencia de la AP de Granada, de 14 de mayo de 2.001, que pese a reconocer la eficacia de los pactos prematrimoniales alcanzados en capitulaciones matrimoniales por los cónyuges y, entre ellos, la renuncia a la pensión compensatoria, considera que el cambio de circunstancias operado en la economía del matrimonio, deja sin efecto la aplicación de lo convenido y concede a la esposa una pensión del art 97 del CC. Volvemos entonces al planteamiento arriba expuesto en cuanto a la naturaleza jurídica de los pactos matrimoniales preventivos y la cláusula rebus sic stantibus, en el mismo sentido argumentado por esta sentencia de Granada, que condiciona la validez y eficacia de los pactos prematrimoniales a que las condiciones existentes en el momento en que se pactaron no hayan variado de modo ostensible y notorio.

Y todo lo anterior sin olvidar una cuestión ya nada controvertida, al ser indiscutible que la pensión compensatoria carece de la naturaleza jurídica de los alimentos, y es que la renuncia anticipada a los alimentos no puede caber en ningún caso, al tratarse de materia indisponible.

**N.2.- Renuncia a la indemnización del art 1.438 CC:** en general, este pacto es ampliamente aceptado por la jurisprudencia y doctrina, sin perjuicio de la aplicación del principio rebus sic stantibus, que ha de entrar en juego tan sólo en casos excepcionales, en los que el cambio de las circunstancias sea de gran entidad y trascendencia, pues en otro caso, no se puede excusar el cumplimiento de lo estipulado.

Así sucedió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de mayo de 2.001, que aunque reconoce la validez general de este pacto, lo declara ineficaz en este supuesto, al tratarse de un cambio de circunstancias considerable en la economía del matrimonio. Es decir, la cláusula rebus sic stantibus entraría en juego en supuestos excepcionales en los que la variación de las circunstancias económicas de la familia hubieran sido excepcionales e imprevisibles. Entre las sentencias destacadas por Zarraluqui me quedo con la de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de junio de 2.002, según la cual *“la renuncia de los derechos reconocidos por la ley admitida con carácter general por el art 6.2 CC, siempre que no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros puede ser descrito en general, como la delaración jurídica de voluntad por la cual un sujeto separa de su propia esfera jurídica un Derecho subjetivo, expectativa, facultad, pretensión, beneficio, seguridad, garantía o posición jurídica, distinguiéndose las especies de renuncia abdicativa, preventiva o reconocitiva según que venga referida respectivamente a un derecho adquirido, diferido o simplemente dudoso o controvertido.”*

### **N.3.) Pactos acordando una indemnización en el supuesto de separación o divorcio:**

JUAN PÉREZ HEREDIA<sup>26</sup> opina que son muy variados los pactos en los que se acuerdan indemnizaciones para los casos de ruptura. Estos acuerdos indemnizatorios son, en general, dudosos y además plantean una abundante problemática que dificulta dar soluciones globales. Tratando de simplificar, cabe señalar, como máximas objeciones en contra de su validez, que pueden atentar contra la libertad de los cónyuges a disolver el matrimonio y que pueden suponer la configuración del matrimonio como un negocio generador por su sola existencia de derechos patrimoniales lo que podría considerarse contrario a la moral vigente. Así, a juicio del conferenciante, serían admisibles los acuerdos con causa subjetiva fundados en el incumplimiento de deberes conyugales por el esposo obligado a indemnizar. En cuanto a los acuerdos indemnizatorios con causa objetiva, habrá que analizar en cada caso si del hecho que –ligado a la ruptura- va a generar el deber de indemnizar, puede presumirse la existencia de un perjuicio para el cónyuge acreedor.

Los más dudosos son los acuerdos en los que la existencia o cuantía de la indemnización se vincula a la duración del matrimonio. A juicio del conferenciante, no son admisibles aquellos en los que se impongan una duración mínima al matrimonio bajo la amenaza de indemnización o en los que la indemnización pactada es creciente en función de la duración del matrimonio, por afectar claramente a la libertad para poner fin al matrimonio. Tampoco parecen admisibles las indemnizaciones condicionadas a que el matrimonio sobrepase cierta duración.

### **Ñ ) PACTOS RELATIVOS A LA CREACIÓN DE UN PROTOCOLO FAMILIAR:**

---

<sup>26</sup> *La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales.* Conferencia de 14 de marzo de 2.008. Academia Matritense del Notariado. Juan Pérez Hereza.

En España más del 65% de las empresas son familiares. Este dato, más que relevante, unido al hecho de que la ruptura de los matrimonios, en muchos de los cuales ambos cónyuges han venido participando en la gestión y desarrollo de la empresa familiar, hacen aconsejable que se creen en ciertos supuestos los protocolos familiares que prevean el funcionamiento de la empresa familiar, no sólo en el supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges, sino también en el de separación o divorcio.

Si bien el objeto de este trabajo es analizar la extensión de la autonomía de la voluntad en distintos aspectos no patrimoniales, puesto que su alcance en estos ya ha sido ampliamente tratado y no es tan controvertido, nos parece de gran relevancia por su interés práctico hacer una mención siquiera sea superficial al protocolo familiar materia que, debido a su relativa “juventud” en nuestra práctica jurídica y gran desconocimiento, es menos habitual encontrar en la práctica profesional, a veces por desconocimiento de los propios interesados, lo que los hace no solicitar asesoramiento en tal sentido.

El protocolo es un documento totalmente flexible, carente de una formulación rígida y predefinida, por el cual se puede regular todo lo relativo al funcionamiento, sucesión y gestión de una empresa familiar, útil tanto para el supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges como en caso de separación o divorcio. Su contenido puede variar desde una enumeración de meros principios de intenciones hasta un detallado negocio jurídico plurilateral donde se definan de modo muy pormenorizado distintos aspectos relativos al funcionamiento presente y futuro del negocio familiar. Entre los contenidos más habituales y recomendables del protocolo familiar constan los siguientes:

- Regulación de las reglas de transmisión y administración de las acciones o participaciones de la empresa familiar.
- Derechos y obligaciones de los miembros de la familia
- Normas por las que se regirá la sucesión entre los miembros de la familia
- Política de contratación de miembros de la familia y forma de retribución

El protocolo familiar es un pacto privado entre los familiares, sin formalidades preestablecidas, de contenido variable y adaptable a las circunstancias empresariales y familiares del supuesto concreto.

La autonomía de la voluntad inspira la validez de estos pactos, que apoyándose en el art 1.255 del Código Civil, permite que las partes puedan establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. Es decir, que respetando estos límites, lo convenido entre los firmantes del protocolo familiar tendrá fuerza de ley entre las partes contratantes.

Como antes hemos indicado, en función de su contenido, formulación y alcance, suelen clasificarse en tres tipos:

A ) Pacto “entre caballeros”: que contienen pactos de carácter moral, carentes de exigibilidad en un supuesto de incumplimiento.

B ) Pactos de carácter contractual: que crean derechos y obligaciones frente a los firmantes, pero no frente a terceros, pudiendo exigirse judicialmente su cumplimiento.

C ) Pactos inscribibles en el Registro Mercantil: pactos que igualmente vinculan a los firmantes, pero si acceden a través de los Estatutos corporativos de la sociedad al Registro Mercantil, también son efectivos frente a terceros.

No nos extendemos más en este apartado, que se refiere a materia poco conocida, pero no por ello menos interesante, que poco a poco se va abriendo camino en nuestra práctica, razón por la cual se ha querido hacer una breve mención de la misma.

### **LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN DERECHO CATALÁN**

#### A) LEGISLACIÓN:

El art 15 del Código de Familia de Cataluña indica: “En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, recibir donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”.

En el Anteproyecto de Código Civil, se regulan en los arts 231.20 y 233.5, se reconoce el principio de autonomía de la voluntad y se da entrada a los “prenuptial agreements in contemplation of divorce”, o sea, a los pactos o acuerdos establecidos en previsión de un divorcio, especificando que los pactos relativos a la custodia de los hijos y a los alimentos, sólo son eficaces si son conformes a los intereses de los cónyuges en el momento de pretender su cumplimiento, lo que es consecuencia de la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” en los supuestos en que se pretenda su ejecución una vez transcurrido un largo período de tiempo desde que se celebró el contrato.

### **POSICIÓN DEL DERECHO EN REINO UNIDO SOBRE LOS CONTRATOS PREMATRIMONIALES<sup>27</sup>**

Antes de analizar la posición inglesa en cuanto a los “prenuptial agreements” o contratos prematrimoniales, es imprescindible , en cuanto al aspecto patrimonial de los mismos, poner de manifiesto en la ausencia de cualquier similitud entre el Derecho Inglés y el continental europeo, en tanto en cuanto para el primero nunca ha existido una regulación de las relaciones patrimoniales conyugales que haga la más mínima referencia o tenga rasgo alguno de cualquier tipo de régimen de comunidad de bienes. Como sabemos, la existencia del matrimonio no implica para este Derecho que los cónyuges compartan ganancias o bienes en régimen de comunidad, al margen de que voluntariamente, al igual que

---

<sup>27</sup> Artículo preparado por NIGEL LOWE para unas Jornadas de Derecho de Familia celebradas en Toledo en octubre de 2.007.

podrían hacer dos extraños, puedan adquirir en proindiviso algún bien, o establecer algún régimen de comunidad, pero, repetimos, sin ninguna causalidad en la existencia del matrimonio. No se reconoce en Derecho Inglés pues, ningún concepto que pueda significar la existencia de una “propiedad familiar”.

Una vez bien fijada esta posición inicial, hay que matizar que en los supuestos de divorcio, nulidad y desde la promulgación del “Acta de Parejas Civiles de 2.004”, también en supuestos de disolución de parejas civiles (entendemos parejas de hecho o estables), se ha conferido a los tribunales amplias facultades “distributivas”, que pueden comprender la transferencia de titularidad dominical de un bien de un cónyuge a otro, o incluso de un cónyuge a uno de los hijos del matrimonio, el pago excepcional de una cantidad alzada, puede ordenar que se compartan los derechos a las pensiones, así como que se realicen pagos periódicos de manutención a favor del cónyuge e hijos del matrimonio o pareja.

Ha surgido en torno a las facultades distributivas de los tribunales en Inglaterra un gran debate, que no es objeto de este trabajo, pero que para algunos ha desembocado en la necesidad de celebrar contratos prematrimoniales, a fin de poder prever en los supuestos de crisis las consecuencias patrimoniales de las mismas.

Si bien la postura “oficial”, de acuerdo con la aplicación de la ley vigente, es no conceder apenas validez a los acuerdos prematrimoniales, o en algún caso aislado, valorarlos de forma muy limitada, este tema ha suscitado un intenso debate en la práctica legal en Inglaterra, y ha propiciado que desde distintos sectores académicos, de la judicatura y de la abogacía, propugnando concederles validez y eficacia, proponiendo para ello la reforma de la ley.

Una crítica a la actual ley es calificarla como paternalista y anacrónica. De hecho consideran que rigiendo el régimen legal de separación de bienes, carece totalmente de sentido que dos personas mayores de edad, totalmente capaces, no puedan regir libremente las consecuencias económicas de la disolución del matrimonio. Se argumenta a favor además que si se da plena validez y eficacia a los acuerdos a los que se llega tras surgir la crisis, no hay razón para negárselos a los celebrados con anterioridad a la misma. Los detractores de la conveniencia de celebrar contratos prenupciales han recurrido igualmente al orden público, alegando que tal aceptación implica desde el principio la aceptación de la ruptura, argumento que carece de peso alguno, ante la evidencia del gran número de divorcios en la actualidad, lo que el Derecho ha de regular de modo efectivo.

A favor de la reforma de la ley inglesa para dar eficacia a los contratos prematrimoniales, se ha argumentado la necesidad de armonizar la ley inglesa con la de otros países europeos y con las de Australia y Nueva Zelanda, que han reformado sus leyes en este sentido recientemente, así como con Irlanda, que está estudiando hacerlo.

En 1.998 el Gobierno Inglés, en un documento de “Soporte o ayuda a las familias” sugirió la necesidad de dar validez a los contratos prematrimoniales, pero sujetos a tantos límites o condicionantes

para salvaguardar a las partes, que finalmente, a juicio de algunos juristas ingleses, su admisión no diferiría mucho en la práctica de la actual situación.

En cualquier caso, se citan numerosos casos en el artículo que sirve de referencia a este trabajo, que a juicio de su autor, Nigel Lowe, son una aproximación de la *lex fori* a la aceptación de la validez y eficacia de los contratos prematrimoniales.

Como vemos, el debate en el Derecho Inglés se centra en los aspectos patrimoniales, pero nos interesa al menos extraer la realidad de que este debate ha surgido y está vivo en una sociedad que demanda el planteamiento y discusión de la validez de los contratos matrimoniales.

## **CONTRATOS MATRIMONIALES EN DERECHO ALEMÁN<sup>28</sup>**

En Derecho Alemán se pueden distinguir los siguientes tipos de contratos matrimoniales:

- Contratos matrimoniales anteriores a contraer matrimonio
- Contratos matrimoniales contraídos con posterioridad a la celebración del matrimonio, antes de que surja una eventual crisis
- Contratos matrimoniales contraídos con ocasión de la separación o divorcios

Las materias que se pueden regular en los contratos matrimoniales son:

**1.- SORGERECHT.**- (Las traducciones encontradas para este término, son tanto “*patria potestad*”, como *guarda y custodia*; la traducción en este apartado del término será la traducción de *guarda y custodia*, sin perjuicio de la advertencia antes hecha ).

En la reforma del Derecho de la Infancia de 1.998, se ha sustraído a la regulación obligatoria de los procedimientos de divorcio la regulación de la *guarda y custodia*. El Juzgado decidirá sólo en caso de que uno de los progenitores interponga demanda sobre la *guarda y custodia*. Básicamente corresponde la *guarda y custodia* a cada progenitor conjuntamente con el otro en consideración a los menores.

A) Acuerdo de *guarda y custodia* concedida exclusivamente a uno de los progenitores: Igualmente pueden convenir los progenitores que para el caso de divorcio sólo corresponderá la *guarda y custodia* a uno de los progenitores. Sin embargo, en este caso, no es bastante con acordar que uno solo de los progenitores ostentará la *guarda y custodia* de los menores, sino que este extremo ha de ser aprobado por el Juez, lo que normalmente será así si el progenitor no custodio ratifica durante el procedimiento de divorcio el acuerdo en los mismos términos. Sin embargo, el progenitor al que el acuerdo no otorgó la *custodia* puede desdecirse en el procedimiento y pretender en el mismo que sea a él a quien se otorgue la *custodia* con carácter exclusivo, sin compartirla con el otro progenitor.

---

<sup>28</sup> *EHEVERTRAG, VORTRAG ODER FALLE?* Heike DAHMEN-LÖSCHE, Beck-Rechtsberater im dtv.2.008.

Sin embargo, el hecho de que con anterioridad se hubiere reconocido en un acuerdo la conveniencia de otorgar la guarda y custodia al otro progenitor, siempre va a ser valorado en la práctica de la prueba del procedimiento en cuestión.

B) Acuerdo de guarda y custodia compartida por ambos progenitores: perfectamente posible en cualquier caso, incluso en el supuesto en que por ejemplo, por motivos laborales uno de los progenitores viaje con frecuencia y pueden acordar ambos progenitores que ello no obsta a que ambos ejerzan la patria potestad conjuntamente (aquí la traducción de Sorgerecht se adecúa más al concepto de patria potestad), sin perjuicio de que sea conveniente para los menores por la razón alegada, que vivan en el hogar de la madre.

## **II. DERECHO DE VISITAS**

Con la reforma del Derecho de la Infancia referida se establece la conveniencia para el bienestar del menor de mantener el contacto y relacionarse con ambos progenitores y con otras personas con las que tengan vínculos.

Distinguen entre los menores que estén en período de lactancia, momento en el que el menor necesita de la madre, por lo que el derecho de visitas se fijará atendiendo a períodos medidos por horas.

Para los niños mayores, es normal regular un derecho de visitas de unos catorce días, desde el viernes por la tarde al domingo y algún día entre semana. En todo caso dependerá su regulación de la voluntad de los padres y los intereses de los menores.

De acuerdo con la reforma, se pueden también convenir derechos de visita con terceras personas, como abuelos o hermanos de los padres.

## **III. UNTERHALT FÜR MINDERJÄHRIGE KINDER O ALIMENTOS PARA HIJOS MENORES DE EDAD.**

Con la reforma del derecho de Alimentos de 01 de enero de 2.008 se ampliaron aún más los derechos de los menores, pues tiene su derecho ahora rango absolutamente preferente frente a otras personas legitimadas para reclamar alimentos.

En Derecho Alemán la pensión de alimentos se deduce fácilmente por la aplicación de unas tablas que fijan las cuantías en función de los ingresos de los progenitores y la edad de los menores.

En cuanto a la posibilidad de que los progenitores puedan convenir la pensión de alimentos en favor de los menores, cabe mencionar lo siguiente:

- Será ineficaz cualquier pacto por el que acuerdan la renuncia a la pensión de alimentos a favor del menor.
- Si se permitiría convenir que uno de los progenitores no contribuyese económicamente por ejemplo durante el tiempo en que estuviese terminando su formación para acceder posteriormente al mercado laboral, siempre que no dispusiere de otros ingresos procedentes de otra fuente.
- En cuanto al momento de acordar la pensión de alimentos: Básicamente es posible acordar la pensión de alimentos antes de contraer matrimonio, sin perjuicio de que la previsión a tan largo plazo sea más o menos acertada, pero es posible, así como lo es después de contraerse matrimonio, en cualquier momento antes de que surja la eventual crisis.

En este punto, sería interesante tener en cuenta que en Derecho Alemán, una vez surgida la crisis, al regular la pensión de alimentos por acuerdo, hay que especificar cuál es el modo de calcular la pensión. Es verdad que ello es así porque en Derecho Alemán hay unas tablas que son vinculantes y de las que carece el sistema legal español, pero es recomendable seguir su ejemplo en el sentido de que siempre que se estipule una pensión de alimentos, se debería especificar muy bien la capacidad económica de que gozan los progenitores en el momento de establecer ese acuerdo, independientemente del momento en que se estipule, a fin de poder aplicarlo o no en el momento necesario, o adaptarlo al alta o a la baja, en función del cambio de circunstancias. En este caso, como se recomienda en el Derecho Alemán, sería conveniente añadir una cláusula en la que se establezca que en el supuesto de modificación de los ingresos de los progenitores o de las necesidades de los menores, la pensión de alimentos se adaptará proporcionalmente, sin necesidad de ejercitar ninguna acción para hacer valer tal pretensión.

#### **IV. UNTERHALT FÜR VOLLJÄHRIGE KINDER O ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES DE EDAD**

En la práctica no es frecuente acordar las pensiones de alimentos para los hijos mayores de edad, por el mismo motivo anterior, de referirse a un futuro bastante lejano, para el que normalmente se carece de previsión. No obstante lo anterior, es de nuevo válido y eficaz un acuerdo al respecto, siempre más conveniente, al igual que antes, si se especifican las circunstancias lo más detalladamente posible.

#### **V. TRENNUNGSUNTERHALT O ALIMENTOS POR SEPARACIÓN**

##### **A) ALIMENTOS BÁSICOS:**

En Derecho Alemán tiene derecho a reclamar alimentos por separación al otro, siempre que esté en la situación de no poder atender a su propia subsistencia. Las pretensiones de alimentos en este caso están reguladas legalmente, y dependen de múltiples factores, tales como los ingresos de uno y otro cónyuge, la existencia de hijos y edad de estos, así como el cuidado que necesiten, la edad o enfermedad que imposibiliten la búsqueda de trabajo a uno de los cónyuges, etc.

Los cónyuges pueden en cualquier caso regular esta cantidad por convenio, siendo, al igual que se ha mencionado anteriormente, muy recomendable y necesario detallar los ingresos y circunstancias a partir de los cuales se ha acordado una determinada cantidad como pensión por separación.

#### B) ALIMENTOS DE PREVISIÓN PARA LA VEJEZ O ANCIANIDAD:

También, además de la pensión anterior de carácter elemental, destinada a cubrir gastos de alimentación, vestido o alquiler, existe en Derecho Alemán esta pensión, para cubrir los gastos de la vejez, regulada por la tabla de Bremer.

#### C) RENUNCIA A LA PENSIÓN DE SEPARACIÓN:

Con frecuencia los cónyuges quieren pactar que renuncian a cualquier pretensión contra el otro a partir del momento en que se produce la separación o divorcio, incluso cuando uno de ellos tenga derecho a exigir la pensión de alimentos por separación. Según el art 1614 del Código Civil alemán es ineficaz e inválido este pacto. Es igualmente ineficaz la renuncia parcial a la pensión de alimentos por separación si la renuncia es mayor al 20% de su cuantía.

Sin embargo, es conocido que en la práctica los cónyuges pueden alcanzar un acuerdo de que no van a reclamarse la pensión de alimentos por separación. Tal declaración no es vinculante y no garantiza al deudor de la pensión que no se la reclame el acreedor de la misma, tratándose pues de una mera declaración de intenciones, pero es cierto que está comprobado que en la práctica los cónyuges suelen respetar este acuerdo.

Por el contrario, sí es plenamente eficaz y válido el acuerdo por el cual los cónyuges convienen en renunciar a pensiones de alimentos por separación ya pasadas o vencidas.

### **VI. NACHEHELICHER UNTERHALT O ALIMENTOS POSTERIORES AL MATRIMONIO**

En Derecho Alemán, cada cónyuge ha de atender a su propio mantenimiento después del divorcio.

Según el art 1569 del Código Civil Alemán rige básicamente la regla de la propia responsabilidad. Si uno de los cónyuges no está en condiciones de ello, tiene derecho a ejercer una pretensión frente al otro reclamando alimentos, sólo según las siguientes prescripciones.

Existen los siguientes supuestos en los que hay obligación de abonar la pensión de alimentos posteriormente al divorcio:

- Alimentos por cuidado de hijos menores: al menos hasta los tres años posteriores al nacimiento

- Alimentos por razón de edad: a considerar en el caso concreto, cuando por razón de edad no se puede acceder a una actividad remunerada
- Alimentos por razón de enfermedad: cuando uno de los cónyuges por razones de salud no puede acceder a un empleo.
- Por razones de desempleo: cuando el cónyuge no encuentra un empleo “adecuado”. Que sea o no adecuado se valora en función de su formación, anteriores trabajos, capacidades, edad y condiciones de salud, y siempre que se esfuerce por encontrar ese empleo.
- Por insuficiencia de los ingresos por ejercer esa actividad adecuada, tiene derecho a reclamar al otro cónyuge la diferencia hasta completar lo que cubra su manutención.
- Pensión para formación: cuando el otro cónyuge quiera completar su formación para poder acceder a un puesto de trabajo.
- Pensión por motivos de equidad: cuando por motivos de suficiente peso, no se puede esperar el acceso a un puesto de trabajo de uno de los cónyuges, por lo que éste quedaría sin ingresos de no recibir la pensión de alimentos.

A) Además, desde la firmeza de la sentencia, existe obligación de pagar al ex-cónyuge una pensión destinada a la asistencia sanitaria, cuando éste no goce de ninguna. Aunque automáticamente se cubre su asistencia sanitaria con el seguro del otro durante la tramitación del divorcio, cesa esta cobertura al producirse la firmeza de la sentencia de divorcio. Se debe calcular en función de la capacidad económica del deudor de la pensión, tanto la pensión básica como esta contribución al seguro médico o sanitario.

B) Límite a la pensión de alimentos y renuncia a la misma: Existe la posibilidad, no sólo de renunciar a la pensión de alimentos, sino también de limitarla, tanto en su cuantía como en su duración.

C) Otras posibles regulaciones: Aunque no se regule ninguna limitación de la cantidad o duración de la pensión de alimentos, hay otras posibilidades de regularla por un largo período de tiempo, sin necesidad de que necesite una modificación transcurridos dos años.

Así, por ejemplo, puede estipularse que los ingresos del cónyuge acreedor de la pensión de alimentos no se tengan en cuenta. Esto ofrece un estímulo para el cónyuge acreedor se establezca profesionalmente, de modo que posteriormente no se pueda exigir una pensión alimenticia.

También se podría estipular que a partir de un determinado momento la obligación de la esposa / cónyuge que atiende a los menores, asuma la obligación de retomar su antigua profesión o actividad laboral o reciclarse o formarse para acceder al mercado laboral, de modo que el cónyuge obligado a abonar la pensión de alimentos, sepa que a partir de un determinado momento, que podría ser la mayoría de edad del hijo menor, por ejemplo, va a poder reducir su obligación de abono de la pensión o incluso puede ésta extinguirse, en función de lo pactado.

Es de enorme interés la regulación de la pensión de alimentos después de la muerte del cónyuge obligado a su prestación. Este acuerdo es exigible en caso de muerte porque la obligación de pago de alimentos del cónyuge fallecido no se extingue automáticamente con la muerte de éste, sino que los herederos están obligados a su abono, siempre que exista masa hereditaria suficiente para ello.

D) Pensión de alimentos consistente en un tanto alzado: por la cual la pensión de alimentos se abona en una suma total, lo que puede convenir a ambos cónyuges en algunos casos, aunque siempre hay que considerar el riesgo de que esa cantidad se pueda consumir o gastar, pues el acuerdo de entrega de tanto alzado suele conllevar la renuncia a la posterior pretensión contra el deudor en caso de necesidad.

#### D) ACUERDO CELEBRADO CON ANTERIORIDAD AL MATRIMONIO:

Básicamente rige el principio de libertad contractual al regir la pensión de alimentos para el caso de separación o divorcio. Como hemos visto, los cónyuges pueden limitar cuantitativa o temporalmente esta pensión. Es igualmente válido el pacto de no prestarse pensión de alimentos en tal caso. A partir de la reforma de 01 de enero de 2.008 hay que tener en cuenta que los acuerdos sobre pensiones de alimentos que se adoptan antes de la firmeza de la sentencia de divorcio, deben formalizarse notarialmente.

Y por supuesto puede regularse en un acuerdo prematrimonial antes de contraerse matrimonio la pensión de alimentos que se abonará con posterioridad a un eventual divorcio. Si tal regulación tiene sentido o es conveniente, dependerá de la edad y de las circunstancias personales y económicas de los futuros cónyuges. Así:

##### A) Primer matrimonio de gente joven:

En el caso de existir una gran diferencia de ingresos entre ambos cónyuges, el que menos ingresos perciba, tendría derecho a una pensión de alimentos en el supuesto de divorcio. Sin embargo, la renuncia a tal pensión supondría un perjuicio para éste, por lo que no tendría sentido que uno renunciase a ella tras un eventual divorcio. Sin embargo, a veces esta renuncia se presenta por el otro futuro cónyuge como condición indispensable para contraer matrimonio, en cuyo caso el cónyuge renunciante ha de decidir si opta por aceptar o no contraer matrimonio.

Según la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tales contratos son válidos, pero su contenido ha de estar sometido a un control. Así, en el supuesto de que hayan nacido hijos de ese primer matrimonio, la renuncia anterior a la pensión de alimentos formalizada notarialmente deviene ineficaz. Por ello, existe la posibilidad de prever en el contrato notarial una cláusula para el caso de que el matrimonio tenga descendencia.

Si los futuros contrayentes prevén tener descendencia, deberían acordar cómo se va a atender a los menores, si con ayuda de terceros, o si uno de los cónyuges va a dejar de trabajar total o parcialmente para atender a los hijos. Como ya indicamos antes, existe un derecho a pensión de alimentos por cuidado

a los hijos hasta que éstos tienen tres años. Después estaría obligado el progenitor que cuida de los hijos a realizar una actividad laboral adecuada a las posibilidades y necesidades de cuidado de los hijos. Si los futuros contrayentes pretendiesen asumir el cuidado de los hijos más allá de los tres años, sería aconsejable un acuerdo sobre la pensión de alimentos durante el período de cuidado y atención personal de los menores.

**B) Celebración de matrimonio con contrayentes con alto nivel económico en edad avanzada:**

En este supuesto, es indiscutible la conveniencia de pactar la exclusión de la pensión de alimentos.

Igualmente con posterioridad al matrimonio se puede estipular la pensión de alimentos para el supuesto de divorcio, pero en la práctica es raro hacerlo así, sino que es mucho más frecuente hacerlo en el marco del proceso de separación o divorcio, donde ya existe constancia del fracaso del matrimonio y las circunstancias y necesidades de cada cónyuge.

**VII. GARANTÍA DE VALOR O DE ESTABILIDAD DE VALOR Y CRÉDITO DE ALIMENTOS:**

Al igual que sucede en nuestro Derecho, en previsión de la depreciación del valor del dinero, es aconsejable, sobre todo en la estipulación de pensiones de larga duración, incluir que las mismas se vayan actualizando con la aplicación de un índice de nivel de vida.

**VIII. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

En un contrato matrimonial también se puede estipular qué miembro de la pareja seguirá en el uso de la vivienda familiar. En este sentido cabe destacar los siguientes supuestos:

**1. VIVIENDA FAMILIAR DE ALQUILER:**

Hay que establecer cuál de los cónyuges continuará como arrendatario en el contrato de arrendamiento de la vivienda. Por supuesto hay que contar aquí con que el arrendador esté de acuerdo con el cambio de arrendatario e igualmente sería interesante incluir en este pacto en poder de quién quedará la fianza, pues en otro caso su devolución podría ser causa posterior de reclamaciones.

Este pacto relativo al uso de la vivienda familiar de alquiler se puede estipular tanto antes como después de contraer matrimonio. Lo ideal sería prever todos los cambios que pueden surgir, tales como el nacimiento de hijos, etc.

Un ejemplo de cláusula en tal sentido, sería:

*“En el supuesto de separación, estamos de acuerdo en que el uso de nuestra vivienda de alquiler sita en XXX, sea usada por la esposa. En tal caso se obligaría al esposo a dejar el hogar familiar en el plazo de dos meses, haciendo entrega de todas las llaves del mismo a la esposa.*

*En relación al arrendador, nos obligamos igualmente a explicar el contenido de tal acuerdo al arrendador, solicitándole exonerar de cualquier responsabilidad relacionada con el contrato de alquiler a partir de la modificación del arrendatario.*

*La esposa se subrogará en el contrato de arrendamiento como única arrendataria, siempre que concurra el consentimiento del arrendador.*

*La fianza corresponderá a la esposa.”*

Es posible también, en situaciones de precariedad económica, que ambos cónyuges pacten la continuación de la convivencia en común en la vivienda alquilada, lo que es conveniente evitar en la práctica, por su difícil realización.

## 2. VIVIENDA FAMILIAR DE PROPIEDAD COMÚN

En el supuesto de que sean ambos cónyuges copropietarios de la vivienda familiar, es en todo caso imprescindible acordar cuál de los cónyuges va a usar la misma en supuesto de separación. Aquí no hay reglas fijas: hay matrimonios que quieren seguir siendo copropietarios de la vivienda, para dejársela con posterioridad a sus hijos, mientras que hay matrimonios que insisten en disolver la comunidad. Se puede entonces pactar un derecho de uso temporal a favor de uno de los cónyuges.

Un ejemplo de tal pacto sería: “ *Don XY y Doña ZZ prevén que para el caso en que se separen, el uso de la vivienda familiar, de la que son copropietarios ambos esposos, corresponderá a la esposa junto a los hijos, hasta que éstos alcancen la mayoría de edad. A partir de la mayoría de edad del hijo menor, convienen los cónyuges en que la vivienda se venderá. Hasta que llegue este momento, ambos cónyuges renuncian a solicitar la división de la cosa común.*”

Incluir una valoración de la regulación del Derecho Alemán

## CONCLUSIONES

La admisibilidad de la validez y eficacia de contratos matrimoniales reguladores de los efectos, no sólo patrimoniales, sino también, no patrimoniales - dada la actual realidad de la familia, en absoluto estática e indisoluble, sino más bien todo lo contrario, cambiante y de muy compleja y variada estructura - es imprescindible para que los cónyuges o futuros contrayentes puedan tener la capacidad de decidir cómo regular todos los efectos que una eventual ruptura pudiera tener.

El único límite a tal admisibilidad debe estar en la protección del menor o incapaz, como principio inviolable en Derecho de Familia, que se habrá de llevar a cabo del mismo modo en que hoy se protege tal principio en los convenios reguladores, es decir, mediante la supervisión de tales extremos si

sobreviene la ruptura y se inicia un procedimiento de separación o divorcio, mediante la intervención del Ministerio Fiscal y la homologación judicial. Pero siempre, al igual que sucede en la práctica de hoy día, que este control judicial sea mínimo y no altere las decisiones de los cónyuges, en tanto en cuanto no exista un perjuicio para el menor o incapaz, puesto que no se puede discutir que nadie está más capacitado que los propios progenitores, para regular de un modo práctico, viable y eficaz, las consecuencias de esa ruptura, especialmente en relación a sus hijos.

Así, compartimos la opinión de JAVIER PÉREZ MARTÍN<sup>29</sup>, quien opina que “ a mayor previsión, mayor seguridad en los resultados y menor judicialización de la crisis. En definitiva, mayor autocomposición de los conflictos conyugales. Igualmente refiere este autor una realidad incontestable: muchos abogados sugieren que es mejor tener un acuerdo prematrimonial que no tenerlo, pues al menos refleja la voluntad de las partes de alguna manera, al modo en que antes se reflejaba la separación de hecho en acuerdos que teóricamente no existían.

Del mismo modo en que hemos visto en Derecho Alemán y hemos apuntado en la jurisprudencia, la existencia de un convenio o contrato preventivo por los futuros o ya cónyuges, acordado en un momento en que no ha sobrevenido la crisis y se puede decidir con ecuanimidad y generosidad, debería ser hoy por hoy al menos un elemento probatorio más a tener muy en cuenta por el Juzgador en un procedimiento en el que por estar inmersos en la crisis, una de las partes pretenda su no aplicación por la ofuscación del momento.

Proponemos igualmente como garantía para reforzar estos pactos, auténticos negocios jurídicos de Derecho de Familia, que los mismos se hayan de otorgar en escritura pública, a fin de garantizar mediante la fe pública notarial, la libre prestación del consentimiento de las partes, así como la capacidad de las mismas.

Como cierre de las conclusiones quisiera reproducir de nuevo la frase de MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ citada antes en este trabajo, que tal vez la podríamos proyectar a un futuro no muy lejano, en relación con los contratos matrimoniales de carácter preventivo:

**“Hasta hace no muchos años, poner en relación los conceptos de autonomía privada y Derecho de Familia, habría sonado a herejía jurídica”.** ( No olvidemos que esta frase es de 1.986).

## **PROPUESTAS DE MODELOS DE CONTRATOS MATRIMONIALES O CONVENIOS REGULADORES PREVENTIVOS:**

---

<sup>29</sup> *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones Matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual.* JAVIER PÉREZ MARTÍN. Lex Nova. 2.009.

**A ) PACTO PREVISORIO DE LOS EFECTOS DE LA RUPTURA OTORGADO ANTES DEL MATRIMONIO DE LUIS ZARRALUQUI:**<sup>30</sup>

*EXPONEN*

*I. Que proyectan contraer matrimonio el día ...*

*II. Que por escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada ante el Notario ....., han convenido que el régimen económico de su matrimonio sea el de absoluta separación de bienes.*

*III. Con independencia de ello, de común acuerdo ambos comparecientes desean regular las consecuencias que pudieran producirse en caso de ruptura de su unión, dejando constancia de su mutua confianza y ferviente deseo de que su matrimonio no sufra ninguna quiebra, pero conscientes de que la previsión de las consecuencias que se puedan derivar de tal hecho, sólo pueden acarrear beneficios para ellos y sus eventuales hijos, evitando posibles contiendas.*

*En consecuencia, suscriben el presente documento, que se registrá por las siguientes*

**CLÁUSULAS**

*PRIMERA.- Para el supuesto de separación o divorcio del matrimonio, y respecto de los eventuales hijo/s/as que pueden tener en común y que en dicho momento sean menores o incapacitados, cuya custodia se haya atribuido a ....., tanto en un procedimiento de mutuo acuerdo como en uno contencioso, el Sr/a ..... abonará al Sr/a ... en concepto de alimentos la cantidad de ..... euros mensuales, por cada uno de ellos. La misma cantidad la pagará por el hijo mayor de edad que no haya finalizado su formación, viva en compañía del Sr/a ... y tenga menos de veinticinco años.*

*La cuantía de la misma será actualizada anualmente, a tenor de las oscilaciones que experimente el índice General de Precios al Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pueda sustituirle en tal función.*

*Con independencia de ello, convienen los otorgantes que los gastos extraordinarios de los mencionados hijos serán sufragados por ellos por partes iguales / en la proporción X% el Sr ... Y X % la Sra X, previo acuerdo entre ellos sobre su procedencia y cuantía.*

*A estos efectos y con independencia de la fecha de la sentencia de separación o divorcio, se tomará como fecha de inicio de la actualización del importe de la pensión alimenticia, la de la firma del presente documento.*

**SEGUNDA.-**

---

<sup>30</sup> *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal. Economist and Jurist. Octubre 2.008. Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.*

#### *Alternativa A*

*Para el supuesto de separación o divorcio de su matrimonio, y respecto de la vivienda familiar sita en ....., Don/Doña ... renuncia a solicitar la asignación del derecho al uso y, en su caso, renuncia al que le pudiera atribuir la sentencia judicial en caso de obtener la guarda y custodia de los posibles hijos comunes, en consideración y compensación a la obligación que adquiere Doña/ Don ... en este momento de arrendar una vivienda donde pueda vivir Doña/Don ... en compañía de los hijos comunes mientras dure la convivencia de estos con la madre, siempre y cuando tengan derecho de alimentos. Consecuentemente, el Sr ... se compromete a abonar la cantidad de X euros mensuales para sufragar el canon arrendaticio de la vivienda que será ocupada por los hijos comunes y el Sr/a ...*

*Por lo tanto, en cualquiera de los eventos antes mencionados, Don/Doña ... se obliga a dejar la vivienda, llevándose únicamente sus pertenencias personales y los objetos y enseres de su exclusiva propiedad, en el plazo que sea requerido al efecto por Doña/Don ...*

#### *Alternativa B*

*Para el supuesto de separación o divorcio de su matrimonio, y respecto de la vivienda familiar sita en ..., propiedad de Don/Doña ...( o de sus padres, otros parientes, etc), Doña/Don ... muestra su absoluta conformidad en que su ocupación lo será en concepto de comodato por un plazo de (... meses/años o igual al que haya existido convivencia entre los esposos, a partir de la fecha de su matrimonio, sin que este plazo pueda exceder de ... años)*

### **TERCERA**

#### *Alternativa A*

*Ambos comparecientes reconocen que en caso de producirse en un futuro la ruptura del matrimonio, la separación o el divorcio produciría al Sr/Sra ... un desequilibrio económico en relación con la Sra/Sr ... que implicaría un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, teniendo en cuenta además (posibles circunstancias).*

*Por otra parte, haciendo uso de la facultad que confiere el art 6.2 del Código Civil (y, en su caso, el art 15.1 del Código de Familia de Cataluña), para el caso de ruptura contemplado en el párrafo anterior, excluyen voluntariamente la aplicación de los arts 97 y 1.438 del mismo código (o, en su caso, de los arts 84 y 41 del Código de Familia de Cataluña), renunciando ambos a los derechos reconocidos a su favor en dichos preceptos.*

*Teniendo en cuenta todo lo anterior, los hoy comparecientes pactan, de común acuerdo en el presente documento, que el Sr/Sra ... abonará en el supuesto de separación o divorcio a la Sra/Sr ... una pensión compensatoria cuyas condiciones serían las siguientes:*

- a. *Si la separación o el divorcio se produjese antes de celebrarse el .. aniversario del matrimonio, es decir, antes del ..., el Sr/Sra ... abonaría al Sr/Sra ...una pensión compensatoria de ... euros mensuales por un período de ... años, a contar desde la fecha de la sentencia de separación o divorcio.*
- b. *En caso de que la separación o divorcio se produjera entre el ... y el ... aniversario de boda, ambos inclusive, la pensión compensatoria ascendería a ... euros al mes durante un período de ... años, a contar desde la fecha de la sentencia de separación o divorcio.*
- c. *Si la separación o divorcio tuviera lugar entre el ... y el ... aniversario de boda, ambos inclusive, el Sr/Sra ... abonaría al Sr/Sra ... una pensión de ... euros mensuales por un período de ... años a contar desde la fecha de la sentencia de separación o divorcio.*
- d. *En caso de producirse la separación o divorcio a partir del ...aniversario del matrimonio, ambos comparecientes de mutuo acuerdo, haciendo uso de la facultad que les confiere el art 99 del Código Civil, acuerdan capitalizar la pensión compensatoria, que consistirá en un único pago de ... euros, que se realizará a la fecha de la Sentencia de separación o divorcio.*
- e. *Todas las cantidades fijadas en este documento serán actualizadas en sus importes a la fecha en que se produzca la ruptura, conforme al Índice de Precios al Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que pudiera sustituirle en tal función.*
- f. *En el caso contemplado de separación o divorcio, el Sr/Sra .. renuncia a reclamar al Sr/Sra ... ninguna otra compensación o indemnización económica diferente de la pensión compensatoria establecida anteriormente.*

#### *Alternativa B*

*Ambos comparecientes debidamente asesorados de forma independiente y conocedores de los derechos que, en su caso, les concede la ley en los supuestos de separación y divorcio, de conformidad con lo prevenido en el art 6.2 del Código Civil, excluyen voluntariamente la aplicación de los arts 97 y 1.438 del mismo código (o, en su caso, de los arts 84 y 41 del Código de Familia de Cataluña), renunciando ambos expresamente a la pensión compensatoria y a las indemnizaciones y compensaciones que por el trabajo de casa pudiera corresponderles en cualquier supuesto respecto del otro.*

#### **CUARTA. SOMETIMIENTO A ARBITRAJE.**

##### *Alternativa A*

*Toda controversia que pueda surgir respecto del presente contrato, su eficacia, aplicación e interpretación, se resolverá definitivamente , mediante arbitraje administrado por ... de acuerdo con su Reglamento o Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y el nombramiento del árbitro/s.*

##### *Alternativa B*

*Conviene a los comparecientes, con renuncia expresa a cualquier otro procedimiento que pudiera corresponderles, en someter la realización de la completa liquidación de su sociedad de gananciales, esto es, la formación de inventario, con calificación y cuantificación de activos y pasivos, avalúo de todas las partidas, liquidación, partición y adjudicación hasta la total conclusión de la misma, a un arbitraje de derecho a realizar en ..., por :*

- a) Un solo árbitro, que las partes han convenido que sea Don/Doña ...*
- b) Si D/Doña ... no aceptase su cargo, los comparecientes acuerdan que el árbitro será nombrado por insaculación entre los abogados inscritos en la Asociación Española de Abogados de Familia residentes en ...*
- c) Acuerdan los comparecientes que el arbitraje será realizado por un tribunal compuesto de tres árbitros, designando cada parte a uno de los árbitros, haciéndolo estos dos con respecto al otro.*

*Los árbitros deberán ser abogados en ejercicio.*

*El sometimiento al arbitraje se iniciará a instancia de cualquiera de las partes, debiendo notificárselo fehacientemente a la otra.*

*Los árbitros establecerán libremente el procedimiento a seguir y sus plazos, pudiendo designar peritos para el avalúo si así lo estimasen conveniente.*

*Las partes deberán hacer frente al 50% del coste del arbitraje realizado, obligándose a solicitar anticipadamente a los árbitros un presupuesto de sus honorarios, que deberá ser acorde con las Normas Orientadoras de Honorarios del Ilustre Colegio de ... vigentes en ese momento.*

*Los comparecientes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre.”*

No incluye este acuerdo nada sobre régimen de visitas, guarda y custodia, etc. Completarlo con las cláusulas más amplias de las propuestas de las asociaciones abajo.

Distintas asociaciones de padres y madres separados abogan por conceder validez y eficacia a los pactos matrimoniales que regulen no sólo aspectos patrimoniales, sino también personales, por todas las razones expuestas en este trabajo, que no repetimos para no resultar reiterativos. La experiencia personal de todos los asociados es el mejor testigo de una realidad social que demanda la autonomía de la voluntad en la regulación de sus intereses, siempre que se respeten los límites arriba citados, cuya existencia no debe ser obstáculo para la validez y eficacia de estos acuerdos.

## **B) OTROS PACTOS :**

---

B.1. PACTO PROPUESTO POR LA ASOCIACIÓN DE PADRES DIVORCIADOS Y SEPARADOS DE ASTURIAS- ASPADISA, con ligeras modificaciones:

**CONVENIO REGULADOR PRE-MATRIMONIAL**

**REUNIDOS**

Don ....., mayor de edad, vecino de ....., con domicilio en ..... y con DNI :  
....., de una parte y Doña ....., mayor de edad, vecina de ....., con  
domicilio en ..... y con DNI: .....

**MANIFIESTAN**

Que conforme al art. 81.2 del Código Civil y a la Disposición Adicional Sexta de la ley 30/81, de 7 de Julio, mediante el presente documento formulan **PROPUESTA DE CONVENIO REGULADOR PRE-MATRIMONIAL**.

**EXPONEN**

**PRIMERO.-** El régimen Económico que habrá de establecerse en lo sucesivo será del de **SEPARACIÓN DE BIENES**, previsto en los arts..... del Código Civil.

**SEGUNDO.-** En el caso de producirse la separación o divorcio, ambos adoptan como medidas para regular las relaciones entre ellos y sus posibles hijos, conforme a lo dispuesto en el art. 90 del Código Civil, las siguientes estipulaciones:

**1.- CUSTODIA COMPARTIDA:** La guardia y custodia de los hijos será compartida, entendiéndose por tal el derecho y deber que tienen ambos padres de tener consigo, cuidar y educar a los hijos en igualdad de condiciones y de tiempo. La **patria potestad** será de ambos padres.

**2. DERECHO DE COMUNICACIÓN:** Se establecerá un régimen de visitas lo más amplio posible, de modo que ambos padres puedan tener a sus hijos hasta el 50% del tiempo cada uno.

**3.-COLEGIOS, MÉDICOS, RELIGIÓN:** Decisiones respecto de a qué **colegios** deben ir los hijos, por qué médicos deben ser asistidos y en qué **religión** y moral deben ser educados serán tomadas conjuntamente por ambos padres. En caso de discrepancia, el colegio al que deberán ir los hijos comunes será público y en la ciudad donde vivían antes de iniciarse el proceso de separación, la asistencia sanitaria también pública y la religión en la que deban educarse será la que mantuviesen antes de la separación. La información respecto de todos estos aspectos será dada por igual a ambos padres.

**4.- MOVILIDAD DE LOS HIJOS:** No se desplazarán nunca más allá de 50 Kms alrededor del sitio donde han vivido hasta antes de la separación, sin el consentimiento de ambos padres. Todo cambio de domicilio por cualquiera de los padres habrá de ser comunicado al otro, para poder hacer viable lo dispuesto en el presente sobre el régimen de comunicación y estancia de los hijos.

**5.- PENSIONES ALIMENTICIAS DE LOS HIJOS:** Serán pagadas en igual proporción por ambos padres, siempre y cuando se pueda acreditar que ambos tienen ingresos suficientes. Si no fuese así, pagarán en proporción a sus ingresos. Gastos extraordinarios serán sufragados del mismo modo antes dicho, debiendo ser autorizados por escrito por ambos progenitores.

**6.- DOMICILIO:** El reparto del domicilio común, será según diferentes posibilidades:

**6.1.- Domicilio común sea propiedad de ambos padres:** Habría alternancia en la educación y en el uso del domicilio común por períodos iguales de tiempo. Saldría del domicilio conyugal aquel que demandase la separación, asignándosele una ayuda razonable por parte del otro para alquilarse un piso, siempre que no se demuestre que puede disponer de un piso propio. Si el que saliese del domicilio no dispusiese de ingresos suficientes tendría derecho a una ayuda también razonable por parte del otro. Una vez terminada la primera etapa acordada, regresaría y se responsabilizaría en la misma medida que lo hizo el primero y así sucesivamente hasta la mayoría de edad de los hijos.

**6.2.- Domicilio común sea propiedad de uno de los padres:** El propietario se ha de quedar en su propiedad. El que saliese del citado domicilio tendría derecho a una ayuda razonable por parte del otro para alquilarse un piso, durante 1 año, siempre que no se demuestre que puede disponer de un piso propio. Si el que saliese del domicilio no dispusiese de ingresos suficientes tendría derecho a una ayuda también razonable durante no más de 2 años por parte del otro.

**6.3.- Domicilio común no sea propiedad de ninguno de los padres:** Ambos deberán buscar sendos pisos de alquiler. Si el domicilio fuese heredado saldría del mismo el que no lo tenga en herencia.

**8.- AJUAR DOMÉSTICO COMÚN:** Se dividirá por igual entre ambos padres.

**9.-PENSIONES COMPENSATORIAS:** Se establecerá una pensión razonable y limitada en el tiempo, si fuese necesaria, hasta que pueda buscar trabajo el padre/madre que no lo tenga, nunca más allá de 2 años.

**B.2) OTRO MODELO PROPUESTO EN LA PÁGINA WEB [NuevoDivorcio.com](http://NuevoDivorcio.com):**

En .....

**REUNIDOS**

*DOÑA ....., mayor de edad, vecina de ..... con Documento Nacional de Identidad n° ..... Y DON ....., mayor de edad, vecino de ....., con Documento Nacional de Identidad n° .....*

*Ambos en su propio nombre y derecho, reconociéndose recíprocamente capacidad para otorgar el presente documento,*

#### **EXPONEN**

*A.- Que pretenden contraer matrimonio el próximo día ... y antes de hacerlo han decidido otorgar Capitulaciones Matrimoniales por las que se ha de regir su régimen económico matrimonial. (Si las capitulaciones se otorgaran constante matrimonio, se indicará que están casados y que van a otorgar las capitulaciones).*

*B.- Que siendo el deseo de los reunidos convenir las conclusiones por las que se habrán de regir ante una eventual separación legal o de hecho o divorcio de su matrimonio, han decidido hacerlo por el presente documento, el que incorporará la escritura de Capitulaciones Matrimoniales para su protocolización y a tal efecto,*

*(En el hipotético caso de no interesar el otorgamiento de Capitulaciones Matrimoniales, se consignará en el exponiendo A) el régimen económico matrimonial por el que se rigen y en el B) el deseo de pactar la supuesta separación y su protocolización. El presente convenio lo redactamos partiendo del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que se acuerda el régimen de separación de bienes).*

#### **CONVIENEN Y PACTAN**

*PRIMERO.- En el domicilio conyugal continuarán, durante un año a contar desde el día de la fecha en que se produzca la separación de hecho y aunque no haya contienda o resolución judicial, los hijos del matrimonio y el cónyuge que tenga la custodia, independientemente del cónyuge que ostente la propiedad de la vivienda. Pasado el primer año, el domicilio conyugal quedará a disposición del cónyuge titular del mismo, habiendo de salir los hijos y el cónyuge ocupante, caso de no coincidir la titularidad y la ocupación en el primer año.*

*Los bienes muebles existentes en el domicilio conyugal serán del cónyuge que acredite documentalmente la titularidad de los mismos al momento de la separación. A falta de esta acreditación, se presume que los bienes son del cónyuge titular del domicilio conyugal.*

*SEGUNDO.- En cuanto a los hijos del matrimonio:*

*A.- Los hijos, de existir y ser menores de 12 años, quedarán bajo la guarda y custodia de la madre, siempre que resida en la misma Comunidad Autónoma donde estaba el domicilio conyugal,*

*correspondiendo al padre si fijara su residencia fuera de esta Comunidad Autónoma y, en cualquier caso, si lo hiciera fuera de España, compartiera residencia con compañero sentimental o contrajera nuevo matrimonio.*

*B.- Los hijos mayores de 12 años permanecerán bajo la custodia del progenitor que libremente elijan. En este supuesto, de ser ese su deseo, podrán separarse los hermanos, comprometiéndose ambos reunidos a respetar, en todo caso, la voluntad de los hijos.*

*C.- La patria potestad sobre los hijos será compartida por ambos cónyuges, con ejercicio conjunto, adoptándose las decisiones ordinarias sobre los menores por el progenitor que en ese momento los tenga en su compañía, y las trascendentes o importantes, de común acuerdo entre ambos esposos.*

*D.- Durante el tiempo en que cada progenitor tenga a los menores en su compañía, vendrá obligado:*

- A tener informado al otro cónyuge de su domicilio, variaciones del mismo y de toda novedad trascendente que afecte a aquellos.*
- A permitir la entrada en su domicilio al otro progenitor para ver y comunicarse con los menores, cuando por razón de enfermedad u otra causa no pudiesen salir al exterior.*
- A facilitar la comunicación de los menores con el otro progenitor, con indicación de un número de teléfono para casos urgentes.*

*E.- Régimen de visitas y estancias:*

*El régimen de visitas del menor de 14 años, a favor del cónyuge que no tiene la custodia, será aquel que libremente pacten ambos consortes. No obstante, para el improbable supuesto de que no se pusiesen de acuerdo, se establece con carácter subsidiario el siguiente régimen de visitas a favor del cónyuge no custodio:*

- A) En cuanto a los fines de semana, el progenitor no custodio tendrá al menor en su compañía, los fines de semana alternos, desde el viernes a las 18:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas. El régimen de visitas se iniciará a partir del primer fin de semana siguiente a la separación de hecho.*
- B) Dos días entre semana, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, los que, de no haber acuerdo, serán los martes y jueves, siempre que no perjudique a las actividades escolares o extraescolares de los menores.*
- C) En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, pasarán la mitad con cada progenitor, iniciándose el primer período el día siguiente a aquel en que finalicen las clases y finalizando el segundo período a las 21:00 horas del día anterior a que empiecen. El primer período finalizará el día que divida las vacaciones en dos mitades iguales, por lo que de ser días impares, la hora de fin del primer período e inicio del siguiente, serán las doce horas del día central de las vacaciones. Los padres se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo el primer período a la madre los años pares y el segundo los años impares, de forma que al padre le corresponderá los años pares el segundo período y en los años impares el primer período.*
- D) En cuanto a las vacaciones estivales, el menor las pasará por mitad con cada uno de los progenitores. A falta de acuerdo en el disfrute de la compañía del hijo en este período vacacional, elegirá el progenitor no custodio, con la salvedad de que ha de coincidir el período*

*elegido con sus vacaciones laborales. Caso de no darse esta coincidencia, el progenitor no custodio elegirá libremente el período de estancia con el hijo, a excepción del período vacacional del progenitor custodio que el corresponda a éste estar con los hijos. Caso de coincidir las vacaciones laborales de ambos progenitores, la elección será del no custodio..*

*E) El progenitor no custodio será quien asume la obligación de recoger y retornar al hijo, tanto en sus períodos vacacionales, como en los de visitas de fines de semana o días entre semana.*

*F) En la medida en que los hijos cumplan la edad de 14 años, el régimen de visitas será el que libremente pacten los hijos y el progenitor no custodio.*

**TERCERO.- Alimentos y cargas del matrimonio:**

*El cónyuge que tenga la custodia a tenor de los pactos precedentes, asume la obligación de pagar todos sus gastos de alimentación, sustento, habitación, educación y vestido, y cuantos otros sean necesarios para el normal desarrollo del mismo, en tanto no tengan capacidad económica suficiente para asumirlo por sí mismos. No obstante, mientras los hijos del matrimonio no se independicen económicamente, el cónyuge no custodio contribuirá a su mantenimiento, sostenimiento y alimentos con el pago a su cónyuge de una cantidad equivalente al 26% de sus ingresos netos, a tenor de la última declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por el primer hijo que exista en el matrimonio no independizado económicamente. Este porcentaje se incrementará en cinco puntos por cada hijo, además del primero, que tengan los reunidos.*

*Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales los ocasionados por enfermedades no cubiertas por la Seguridad Social y los que de común acuerdo establezcan en cada momento los cónyuges, serán satisfechos por mitad.*

**CUARTO.- De la pensión compensatoria:**

*Coinciden en considerar que no procede formular proposición alguna con respecto a la pensión prevista en el art 97 del CC, ya que su separación y en su caso divorcio no producirá el desequilibrio económico al que alude el mencionado precepto, pues ambos están incorporados al mercado laboral en este momento y así continuarán, reconociéndose capacidad para proporcionarse sus propios medios de subsistencia y no deseando, con renuncia expresa, percibir cantidad o compensación alguna del otro cónyuge en el supuesto de que deviniera la separación o el divorcio.*

**QUINTO.-** *Nada es oportuno pactar en cuanto a los bienes gananciales o comunes, ya que el matrimonio se rige por la más absoluta separación de bienes, contribuyendo cada uno al sostenimiento de las cargas familiares proporcionalmente a sus ingresos y no van a adquirir bienes en común de tipo alguno y si lo hiciesen, pactarán en el momento de la adquisición el régimen de los mismos, sistema de administración y liquidación.*

**SEXTO.-** *Los pactos contenidos en el presente documento, es deseo expreso de los reunidos, que constituyan el convenio regulador de su posible separación o divorcio, teniendo el carácter de irrevocables sin el expreso consentimiento de ambos.*

*En su consecuencia, de no haber otro pacto que revoque o varíe el presente, el presente constituirá el convenio de separación o divorcio, obligándose los reunidos a firmar cuantos documentos públicos o privados sean necesarios y en todo caso a comparecer en la presencia judicial para su ratificación.*

Hay además otras asociaciones, como “Padres y madres en acción”, que proponen cláusulas como las siguientes, cuya validez puede ser más o menos controvertida, pero que, al igual que los modelos de pactos propuestos, son fiel reflejo de una demanda social que algún día tanto el legislador como la jurisprudencia habrán de afrontar de un modo resolutivo:

*TERCERO.- Los aquí reunidos manifiestan conocer las múltiples posibilidades que ofrecen las Leyes Civiles (para entrar o salir del matrimonio) y las Leyes de la Iglesia (para reconciliarse), sin necesidad de alegar ninguna causa añadida al propio deseo que pueda tener una de las partes para romper dicha relación.*

*En consideración a lo anterior y caso de denunciar este Convenio Regulador, los aquí reunidos manifiestan su voluntad de abstenerse de prácticas anómalas como puedan ser las Falsas Acusaciones de malos tratos, de abusos deshonestos, o de otra índole semejante.*

*Si se denunciase alguno de los extremos anteriormente mencionados, ambas partes acuerdan para evitar posibles FALSAS DENUNCIAS, una indemnización de ..... euros a pagar a la parte acusada cada vez que se sobresean y archiven provisionalmente las Diligencias Previas abiertas tras la denuncia, mientras sea recurrible.*

*Se añadirán otros ..... euros cada vez que tras recurso de la parte denunciante se vuelvan a sobresear y archivar provisionalmente, mientras sea aún recurrible.*

*Cuento el sobreseimiento y archivo sea firme sin opción a recurso, la indemnización pactada a favor del denunciado será de ..... euros, a los cuales se añadirán las cantidades anteriormente señaladas.*

*CUARTO.- Se establece como pacto obligado caso de pretenderse la ruptura del presente convenio pasar por un SERVICIO DE MEDIACIÓN para evitar judicializar cualquier conflicto o desavenencia familiar. Se establece este punto como cláusula de indemnización para casos de incumplimiento de este Convenio por alguna de las dos partes sin el consentimiento del otro, en la cantidad de .... euros, que deberá ser abonado por quien de modo unilateral decida romperlo a favor de quien pretenda mantenerlo.*

## **BIBLIOGRAFÍA**

- *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho Español sobre la familia*, de Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Boletín de Información de Mayo de 1.986, separata número nueve, del Ilustre Colegio Notarial de Granada.
- *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Ana María PÉREZ VALLEJO, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 2.000.
- *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia*. Luis Fernando SAURA. Tirant Lo Blanch. 1.995.
- *Ehevertrag – Vorteil oder Falle?* Heike DAHMEN-LÖSCHE. Beck-Rechtsberater. 2.008.
- *Prenuptial Agreements: The English position*. Text of the Address Prepared for The ISFL Colloquium on Family Law Toledo Spain, October 11, 2.007.
- Información aportada por Juan José Reyes Gallur.
- *La validez de los acuerdos prematrimoniales*. Víctor MORENO. Diario La Ley, Nº 7.049, Sección Tribuna, 05 de noviembre de 2.008, Año XXIX, Ref. D-313, Editorial LA LEY.
- *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*. Economist and Jurist. Octubre 2.008. Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.
- *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones Matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*. JAVIER PÉREZ MARTÍN. Lex Nova. 2.009.
- *Comentarios al Código Civil* editado por el Ministerio de Justicia. 1.993.
- *Comentarios al Código Civil* de Bosch, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.