



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**PRINCIPIO DE
AUTONOMÍA DE LA
VOLUNTAD Y RUPTURAS
MATRIMONIALES**

Alumno: Macarena Miranda Sánchez

Enero, 2017

RESUMEN

El objetivo fundamental del trabajo es investigar un poco más sobre el principio de autonomía de la voluntad y los pactos prematrimoniales a los que pueden llegar los cónyuges en previsión de una ruptura de su matrimonio. Hablaremos de los límites de dicho principio, de la relación del mismo con el concepto de “libertad” y de cómo ha visto incrementado su campo de actuación en materia de Derecho de Familia. Además, hablaremos de rupturas matrimoniales y de los acuerdos a los que pueden llegar los cónyuges en momentos previos a dichas rupturas o incluso ya producidas las mismas, haciendo especial referencia en este último punto al convenio regulador y al convenio que no ha sido aprobado judicialmente.

ABSTRACT

The fundamental objective of the work is to investigate a little more about the principle of autonomy of the will and the premarital agreements to which the spouses can arrive in anticipation of a rupture of their marriage. We will talk about the limits of this principle, about its relation to the concept of "freedom" and how it has increased its field of action in the area of Family Law. In addition, we will discuss marital disruptions and agreements to which the spouses can arrive in moments prior to these ruptures or even already produced, with special reference in this last point to the regulatory agreement and to the agreement that has not been judicially approved.

ÍNDICE

Abreviaturas

1. Introducción

- 1.1 Tema sobre el que se trata en el Trabajo de Fin de Grado
- 1.2 El porqué de haber elegido este tema y justificación
- 1.3 Métodos a seguir en el trabajo

2. Principio de autonomía de la voluntad y el Derecho de Familia

- 2.1 Concepto jurídico
- 2.2 Límites
- 2.3 En el ordenamiento jurídico español
- 2.4 La Ley 15/2015 del 2 de julio

3. Principio de autonomía de la voluntad en relación con la ruptura matrimonial

- 3.1 Acuerdos en previsión de la crisis matrimonial
 - A. Concepción
 - B. Regulación legal
 - C. Condicionantes de validez según la doctrina y la jurisprudencia
 - D. Concreción en la Jurisprudencia española
- 3.2 Acuerdos una vez aparecida la crisis matrimonial
 - A. Convenio regulador
 - B. Convenio no aprobado judicialmente
 - Materias disponibles
 - Materias indisponibles

4. Conclusiones

5. Bibliografía

6. Sentencias y resoluciones utilizadas

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Cc.	Código Civil
CDFA	Código de Derecho Foral Aragonés
Cit.	Citado
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Pág.	Página
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFG	Trabajo de Fin de Grado
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Tema sobre el que se trata en el Trabajo de Fin de Grado

El tema de mi Trabajo de Fin de Grado (en adelante TFG), es la investigación sobre la autonomía de la voluntad que tienen los cónyuges a la hora de resolver las cuestiones jurídicas que se planteen en la ruptura de su matrimonio.

El Derecho de familia es un campo del Derecho Civil que ha experimentado numerosos cambios a lo largo del tiempo. Concretamente, el cambio o evolución que más nos interesa de este aspecto es el que se refiere al principio de autonomía de la voluntad. Cabe decir que la realidad que vive la sociedad va por delante del Derecho en numerosas ocasiones. Tal es así, que Moreno Velasco¹ afirmaba que el que la sociedad vaya por delante del Derecho es una realidad innegable, pero que cuando se trata de Derecho de familia, es entonces, una constante.²

El principio de autonomía de la voluntad, como veremos en este trabajo, no se trata de un principio absoluto, sino que tiene una serie de límites tanto en la Constitución Española como en otros preceptos legales. En el ámbito del Derecho matrimonial se trata de un principio básico e indispensable para que los cónyuges presten su consentimiento, no sólo a contraer matrimonio, sino en lo sucesivo de su relación. El reconocimiento de dicho principio ha ido experimentando una ampliación gradual en favor de los particulares, pero existe cierto vacío legal respecto a los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura que hará que tengamos que basarnos principalmente en texto jurisprudencial.

Todo ello en cuanto a la primera parte de mi TFG, en la que hablaré fundamentalmente del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia, de sus límites y de su posicionamiento en el ordenamiento jurídico español.

¹ MORENO VELASCO, V. (2011) El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad. En: La Ley, núm. 7609, p.2.

² MARTÍNEZ CALVO, J., (2013), Los pactos prenupciales en previsión de ruptura. Evolución, clases, validez, límites y eficacia de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho español, TFM de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (dirigido por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz).

En una segunda parte del TFG, abordo cuestiones relativas al mismo principio, pero concretamente respecto a las rupturas matrimoniales. Hablaré tanto de los acuerdos que surgen entre los cónyuges pudiendo prever una crisis matrimonial, como de los acuerdos una vez producida dicha crisis. En la línea de los acuerdos que surgen producida la crisis matrimonial, haré referencia al convenio regulador, el cual me parece una figura interesante a tratar, y también a los acuerdos que no están aprobados judicialmente pero que son válidos.

1.2 El porqué de haber elegido este tema y justificación

El motivo principal por el que he elegido el tema de “Principio de autonomía de la voluntad y rupturas matrimoniales” es porque me parece un asunto de lo más interesante, a la par que presente. Es un tema sobre el que quizá no se haya investigado demasiado o no haya amplitud de publicaciones al respecto.

En la sociedad actual, es cada vez más frecuente que los matrimonios se separen o se divorcien. Con la Ley 15/2005 se ha eliminado la necesidad de alegar motivo alguno por el que se produce el divorcio, lo cual ha permitido que uno de los dos miembros del matrimonio, es decir, uno de los cónyuges pueda instarlo unilateralmente sin que se requiera causa o razón que lo justifiquen. ¿Cuál ha sido la primera y principal consecuencia de ello? que la sociedad haya quitado importancia a la institución del matrimonio, convirtiendo el mismo casi en un “contrato basura”, término que utiliza Gabriel García Cantero³ en su trabajo “El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?”.

Podemos fijarnos en los propios datos del Consejo General del Poder Judicial, los cuales reflejan un mayor número de divorcios consensuados que los no consensuados. Un ejemplo, en el año 2011 el número de divorcios consensuados ascendía a 68.851 frente a los 48.328 divorcios no consensuados. En el año 2015, ambas cifras se vieron aumentadas, ascendiendo finalmente a 73.414 y 49.963 respectivamente⁴.

³ GARCÍA CANTERO, G. De su aportación “Vértigo sobre el abismo” a la obra colectiva: “El matrimonio: ¿contrato basura o bien social? Thomson Aranzadi, Madrid 2007, p. 50.

⁴ Consejo General del Poder Judicial: Datos de nulidades, separaciones y divorcios – Datos desde 2007 hasta el tercer trimestre de 2016. Vía: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Demandas-presentadas-de-separaciones--nulidades-y-divorcios/>

Gracias a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 se le ha concedido al principio de autonomía de la voluntad un mayor reconocimiento dentro del Derecho de familia. Es importante mencionar que su Exposición de Motivos es inspiradora respecto al principio anteriormente nombrado y el cual tiene como pretensión la ampliación de la libertad de los cónyuges en diversos aspectos de su matrimonio. Esta ley no sólo ha ampliado el principio del que venimos tratando, sino que también ha simplificado la tramitación de la demanda de divorcio, haciendo que resulte más fácil a los cónyuges.

1.3 Métodos a seguir en el trabajo

Primeramente, he procedido a la lectura de diversos documentos que tienen relación con el tema de mi TFG. Entre ellos, he podido leer trabajos doctrinales de autores como PINTO ANDRADE o GASPAR LERA.

También he tratado artículos de revistas jurídicas como “Revista de Derecho de familia” o “InDret, revista para el análisis del Derecho” y blogs que tratan sobre temas de Derecho, tal es el caso de “¿Hay Derecho?, el blog sobre la actividad jurídica y política.”

Finalmente, he investigado diversas sentencias tanto de Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo, las cuales se verán reflejadas en la bibliografía de este trabajo.

2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE FAMILIA

2.1 Concepto jurídico

Partimos de la libertad plasmada en la Constitución Española⁵ como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico para explicar el principio de autonomía de la voluntad. La libertad supone que las personas podamos decidir

⁵ Art. 1 de la Constitución Española: “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”

nuestras distintas conductas con autonomía, en función de nuestras ideas y de nuestras intenciones. La voluntad se concibe como aquello que nos permite controlar nuestras actuaciones, gobernarlas y decidir por nosotros mismos cuál va a ser nuestra conducta respecto a ello. He aquí la estrecha relación entre libertad del individuo y voluntad.

En el ámbito del Derecho matrimonial concretamente, la autonomía de la voluntad se convierte en requisito indispensable a través del cual los cónyuges prestan su consentimiento para contraer matrimonio entre sí, produciendo consecutivamente una serie de efectos jurídicos para los interesados. Si bien es cierto que, en cualquier negocio jurídico, los efectos del mismo serán los queridos por los contratantes, en el matrimonio los efectos jurídicos vienen determinados por la ley y los cónyuges podrán decidir sobre aspectos patrimoniales y poco más. En el Derecho de familia, se le ha ido dando cada vez más importancia al marco de la libertad personal y ello ha traído consigo la ampliación del campo del principio de autonomía de la voluntad, convirtiendo por tanto el matrimonio en un verdadero negocio jurídico. Y no sólo eso, sino que algunos de los deberes matrimoniales o conyugales se han convertido actualmente en algo ciertamente irrelevante (por ejemplo, vivir juntos) ya que ni se puede exigir de forma coactiva ni tienen consecuencias a la hora de producirse la separación o el divorcio.

En una visión general, el principio de autonomía de la voluntad no es algo que pueda examinarse al margen de nuestro ordenamiento jurídico, pues su existencia proviene de él, requisito indispensable para su ejercicio.

2.2 Límites

Dentro del ámbito del Derecho, el principio de la autonomía de la voluntad supone que las personas podamos tomar decisiones respecto de los actos jurídicos que queramos realizar; eso sí, este principio no es admitido de forma absoluta, ya que tiene unos límites previstos en la ley y otros que se desprenden de determinadas circunstancias. Por ello es preciso considerar el principio de autonomía de la voluntad dentro de un marco legal determinado y no como un principio de libertad absoluto. Sí que es cierto que la ley máxima, hablando de los límites del principio de autonomía de la voluntad, es la propia voluntad de las partes.

La palabra límite⁶ significa término o confín, el espacio donde se moverá la autonomía de la voluntad.

Entonces, los límites son normas o restricciones inevitables e ineludibles que integran el contenido de un contrato específico. Son intrínsecos al principio de autonomía de la voluntad, toda vez que forman parte del mismo.

Así pues, los límites del principio del que tratamos, podrían quedar englobados en la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Respecto de los límites legales, podemos encontrar los mismos tanto en la Constitución Española como en el propio Código Civil, entre otros. Este tipo de límite se convierte en el más importante, ya que además de que los propios contratantes, en este caso los cónyuges puedan decidir sobre aspectos dispositivos, también se han de someter a los aspectos imperativos de la ley sobre los cuales no puede existir modificación alguna ni intervención de la voluntad de ámbito privado.

Refiriéndome primeramente a los establecidos en la Constitución Española (en adelante CE) caben destacar como límites al principio de autonomía de la voluntad los artículos 10, 14, 32 y 39.⁷

El artículo 10 CE, el cual se encuentra en el Título I que trata de los Derechos y Deberes Fundamentales, hace referencia al respeto a la ley y a los derechos de los demás, que son fundamento del orden político y de la paz social. Así pues, los cónyuges al regular sus relaciones jurídicas y patrimoniales, no podrán éstas contener ninguna disposición contraria a la ley o a los derechos de los demás o a los suyos propios.

El artículo 14 CE, contenido también en el Título I, habla de la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin distinción o discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Concepto ligado al artículo 32 del mismo texto, que proclama la igualdad de los cónyuges para contraer matrimonio. Por tanto, el límite radica en que los cónyuges no podrán realizar ningún tipo de pacto que coarte su libertad o los

⁶ DE CASSO Y ROMERO, I. Y CERVERA, F. Diccionario de Derecho Privado. Madrid: Editorial Labor S.A.

⁷ PERA NAVARRO, V., (2015), *La autonomía de la voluntad en la determinación de los efectos de la ruptura matrimonial*, TFG de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (dirigido por M^a Ángeles Parra Lucán).

coloque a alguno de los dos en una posición inferior. Además, el artículo 32.2 CE dice lo siguiente: “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.” Lo cual refleja fielmente el carácter imperativo de dicho artículo por el que los cónyuges no podrán disponer de estas materias ni decidir al respecto.

Por último, el artículo 39 CE, en su apartado primero habla de la protección social, económica y jurídica que los poderes públicos otorgan a la familia y, en su apartado segundo, de la protección integral de los hijos y de las madres. Por tanto, establece el interés del menor como materia indisponible e innegociable en pactos que pudieran vulnerarlo.

Vistos los límites constitucionales que encontramos ante el principio de autonomía de la voluntad, corresponde ahora, en segundo lugar, tratar los términos incorporados en el Código Civil (en adelante Cc.), tales como los artículos 1255, 1328 y 90.

El artículo 1255 Cc. establece como limitación que las personas pueden establecer los pactos, cláusulas o las condiciones que estimen oportunas, mientras no sean contrarios a la ley, la moral o el orden público.

El artículo 1328 Cc. instaure la nulidad de cualquier determinación opuesta a la Ley, a las buenas costumbres o que limite la igualdad de los correspondientes derechos de los cónyuges. Este precepto de igualdad está íntimamente ligado con el ya nombrado artículo 14 CE.

En el artículo 90 Cc. están incluidos el contenido mínimo y necesario de un convenio regulador, así como los preceptos limitativos, que en el caso de sobrepasarse o no cumplirse, el convenio regulador no contaría con la aprobación judicial. Y respecto al ámbito matrimonial, se establecen como límites el no ser dañosos para los hijos o perjudiciales para alguno de los cónyuges.

Los artículos del Cc anteriormente nombrados tienen carácter imperativo y, como consecuencia de esa imperatividad, suponen unos límites legales concretos al principio de autonomía de la voluntad.

Para PINTO ANDRADE, C⁸ las cuestiones indisponibles en materia de pactos matrimoniales son las relativas al estado civil del matrimonio y a la configuración legal del mismo como institución y aquellos pactos que perjudiquen el interés de los hijos. Entran dentro del “ius cogens” los derechos de los hijos menores de edad, por lo que son defendidos por el Ministerio Fiscal de oficio.

Para el Tribunal Supremo, los pactos adoptados por los cónyuges son definidos de la siguiente manera:

En una primera sentencia⁹: «El convenio regulador que contempla el artículo 90 del Código Civil a falta de aprobación judicial, conditio iuris de su eficacia, es un negocio jurídico de derecho de familia.». «El acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes. 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 y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico.»¹⁰

En una segunda sentencia¹¹: «El contrato celebrado entre las partes, con el nombre de “convenio regulador”, constituye un contrato entre los cónyuges atípico, valido, de acuerdo con la autonomía de la voluntad. Reúne los requisitos exigidos en el artículo 1261 Cc. para la validez de los contratos e impone obligaciones a una de las partes del mismo.»

Se nombraban anteriormente la moral y las buenas costumbres como cuestión a tratar en tercer lugar respecto de los límites al principio de la autonomía de la voluntad. La moral es un conjunto de certezas o convicciones de ética social vigentes en un determinado momento, pero con carácter general en la sociedad jurídica. En este concepto se encuentran los intereses y motivaciones de la sociedad descritos en un orden ético-moral por lo que no existe la necesidad de plasmar estos intereses en

⁸ PINTO ANDRADE, C. (2010), «La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura», en la Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación; núm. 49, 2010, págs. 63-74.

⁹ STS de 31 de marzo de 2011 (Roj: STS 2158/2011) en su Fundamento Jurídico Séptimo.

¹⁰ BERROCAL LANZAROT, A. I., (2015), “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en: La Ley-Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, N°. 5, (Ejemplar dedicado a: Autonomía de la voluntad y Derecho de familia), págs. 48-67.

¹¹ STS de 22 de abril 1997 (Roj: STS 2817/1997) en su Fundamento Jurídico Tercero.

actuaciones concretas. Mantiene la moral una estrecha relación con las buenas costumbres, las cuales aparecen en Códigos¹² como restricciones a la autonomía de la voluntad. Las buenas costumbres son un conjunto de actuaciones o prácticas en las que se positivizan las convicciones contenidas en la moral.

Guardando relación a lo nombrado sobre moral y buenas costumbres, cabe hacer la apreciación de que las buenas costumbres se aplican por el juez de forma discrecional y no por el legislador, mientras que la moral no es creación de un magistrado, pero sí puede ser el auxilio de las alteraciones de la conciencia humana.¹³

En último lugar, en lo relativo al orden público, podemos decir que es el resultado de que todos los habitantes respeten los principios de convivencia fundamentales, sobre los que recae la forma de organizarse de un colectivo determinado. En otras palabras, son un conjunto de normas jurídicas que se vuelven indispensables para la convivencia normal de una colectividad. Algunos autores¹⁴ afirman que, pese a que el orden público deba encontrar su fuente en la ley, no puede ser ésta una norma imperativa; toda vez que las normas imperativas son dictadas para proteger los intereses generales y de particulares y el orden público tiene como especificidad la protección de intereses generales. Por tanto, sería de total ineficacia aquél contrato que fuese contrario al orden público.

2.3 En el ordenamiento jurídico español

El Derecho de familia en España ha ido cada vez ampliando más su margen de actuación y, por tanto, el margen de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Como prueba de ello, podemos citar algunas de las disposiciones legales aprobadas en los últimos años¹⁵. Por ejemplo, la *Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges*, erradicó los

¹² Ver Artículo 6 del Code Civil francés, que se refiere al término “bonnes mœurs”, Artículo 1255 del Código Civil español que hace referencia a la “moral”, y en idéntica posición los artículos 1207, 1547 y 1106 de los Códigos Civiles de Puerto Rico, Honduras y Panamá, respectivamente, que inspirados en su precedente español lo toman textualmente.

¹³ ESPÍN CÁNOVAS, D. (1963). Anuario de Derecho Civil.

¹⁴ Tal es el caso de autores como Capitant, De Page, Malaurie.

¹⁵ GASPÁR LERA, S. (2013). Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. XXII Jornadas Ius Familiae. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza, p.1043.

límites de la capacidad de obrar de la mujer casada; o la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, la cual reconoció la libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualquier acto y contrato; o la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, que incluyó el convenio regulador que autoriza a los cónyuges acordar los efectos de su ruptura; o la reciente *Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, que amplía el campo de actuación del principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para decidir unilateralmente finalizar su matrimonio; por último, pero no menos importante, podemos nombrar la *Ley 15/2015 del 2 de julio* por la que se le da un papel fundamental a figuras como Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y Secretarios judiciales en aspectos en los que antes eran competentes los jueces.

Antes de que apareciera la *Ley 30/1981, de 7 de julio* por la que se introduce la figura del divorcio, el Derecho de familia se entendía en nuestro código como un conjunto de normas imperativas que anteponían el interés público al interés individual. Hasta entonces, el Derecho de familia se concebía como una materia de orden público, por lo que resultaba inderogable e imperativa. Además, en las relaciones patrimoniales se asentaba un carácter de superioridad, frente a la igualdad que se asienta actualmente. El artículo 86 determinaba una lista de causas concretas por las cuales podía presentarse la demanda de divorcio. Todas ellas (exceptuando la quita causa, que hablaba de la existencia de una condena sentenciada firmemente por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes) tenían lugar tras la finalización de la convivencia conyugal y estaban unidas a un plazo de tiempo que debía transcurrir desde la finalización de la convivencia. Ahora, el Derecho de familia se entiende como “el conjunto de disposiciones que regulan las relaciones de las personas pertenecientes a la institución familiar entre sí y respecto de terceros, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales.”¹⁶

La *Ley 15/2005, de 8 de julio*, ha sido la reforma que ha servido de respuesta a los cambios de la sociedad y, con ellos, a la nueva forma de concebir el matrimonio y las relaciones de pareja. Ahora los cónyuges pueden optar por divorcio o separación según

¹⁶ <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-de-familia/derecho-de-familia.htm>

la voluntad de ambas partes y se asientan dos tipos de divorcio: el consensuado y el contencioso, dependiendo de si se produce a petición de ambas partes o a petición de uno con el consentimiento del otro o, si se produce a petición de uno de los cónyuges, respectivamente.

Otra reforma que trae consigo la ley anteriormente nombrada es la de imponer un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para que se permita a los cónyuges instar el divorcio o la separación, suprimiéndose así las causas y dando lugar como requisitos únicos el encontrarse dentro del plazo de los 3 meses y presentar un convenio regulador (si el divorcio es consensuado) o una proposición de medidas (si es contencioso)¹⁷.

Respecto a la Ley 5/2015 de 2 de julio, me parece de tal importancia, que creo que es preciso dedicarle un apartado propio para hablar de ella de forma más amplia.

2.4 La Ley 15/2015 de 2 de julio

Esta ley es innovadora puesto que trae consigo numerosas reformas de interés. Entre ellas, tal y como he dicho anteriormente, se le permite a un Notario, a un Registrador de la Propiedad y Mercantil y a un Secretario judicial labores que antes le eran encomendadas a los Jueces y Magistrados y ello con el motivo de aligerar o descongestionar ciertamente el ritmo de la Administración de Justicia y de dejar a los jueces que desarrollen su labor principal: juzgar y ejecutar lo juzgado.

Es cierto que son los propios implicados quienes pueden escoger entre una figura u otra de las nombradas anteriormente para la resolución de sus asuntos, pero también es cierto que existen determinados límites ante esta elección. Estos límites de los que hablo se rigen por competencia territorial. Concretamente, son al fin válidos los divorcios ante Notario, pero con los requisitos de que sea por acuerdo mutuo de los cónyuges, no existan hijos menores de edad o incapacitados y que al menos hayan transcurrido 3 meses desde que se contrajo matrimonio. Y, a modo de ejemplo de lo ya citado respecto de la competencia territorial, será competente para este caso el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges solicitantes. Esta reforma concreta, entrará en vigor el 30 de junio de 2017.

¹⁷ Arts. 81 y 86 del Cc.

Pero estas figuras, no investidas hasta ahora de potestad jurisdiccional pueden, al igual que llevar a cabo el divorcio o separación de un matrimonio, celebrar también el mismo. La trascendencia e importancia de esta ley se ve reflejada uno a uno en sus 148 artículos, aunque, de forma más especial o innovadora, en sus disposiciones finales puesto que aportan modificaciones a textos tan relevantes como el propio Código Civil, la Ley de Registro Civil o incluso la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La ley 15/2015 de 2 de julio se estructura de una forma concreta, pero el apartado que más nos interesa es el Título III que va desde el artículo 81 hasta el 90 de esta ley, abarcando 3 capítulos. En dicho apartado o título se regulan los distintos expedientes de jurisdicción voluntaria relacionados en materia de familia. Dentro de estos expedientes podemos observar la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior y el de parentesco para contraer matrimonio del grado tercero entre colaterales, el expediente de intervención de un Juez si se adoptan medidas concretas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o el ejercicio de forma inadecuada de la potestad de guarda o administración de los bienes del menor de edad o incapacitado y, por último, el expediente para los casos en los que se dé desacuerdo conyugal y en la administración de los bienes gananciales. Además, se produce la elevación de la edad para contraer matrimonio, la cual pasa de 14 años a 16. Ante esto último referido a la edad para contraer matrimonio se han mostrado conformes algunas asociaciones como Unicef, la cual cree que es una medida correcta para la protección a la infancia.

Además de este apartado ya citado, nos interesa también, dentro de las disposiciones finales, aquella que modifica numerosos artículos del Código Civil que tienen que ver con el matrimonio, la cual es la disposición final primera. Concretamente, podemos ceñirnos a los artículos 82, 83, 84, 87 y 89 Cc. La modificación que se ha producido en dichos artículos tiene como finalidad última la adaptación de varios de sus preceptos a las previsiones actuales inmersas en esta Ley, a la vez que se introducen variaciones en aspectos relacionados con la concurrencia de requisitos para contraer nupcias y también se regulan la separación y el divorcio por acuerdo mutuo y sin hijos menores de edad fuera del ámbito de los jueces.

Considero que la aportación más importante que introduce esta ley en la materia que nos atañe es la desjudicialización de asuntos relacionados con la familia de tal forma que se reserve para el juez aquellas situaciones que realmente requieran su conocimiento por la envergadura de las mismas, y así, dar la importancia que se

merecen los asuntos relacionados con los derechos fundamentales de personas vulnerables como menores o discapacitados.¹⁸

Es preciso señalar que el que un matrimonio acuda a un Juez o a un Notario para su separación o divorcio depende, además de la voluntad de ambos de acelerar la tramitación del mismo, de los costes que conlleva acudir a un Notario. También es importante añadir que la competencia de un Notario abarca tanto divorcio como separación, pero en ningún caso, la nulidad del matrimonio.

La separación ha de ser siempre judicial si existen hijos menores de edad, no emancipados o con la capacidad de obrar modificada vía judicial, por más que los cónyuges pudieran llegar a un acuerdo. Así se dispone en el artículo 81 Cc, aspecto que también se ve reflejado del mismo modo en el artículo 87 Cc pero respecto del divorcio. Si la separación o el divorcio tienen lugar ante un Secretario Judicial, entonces ha de existir convenio regulador que formule este caso. Sin embargo, si se produce cualquier de los dos casos ante un Notario, los interesados, que en este caso son los cónyuges, pueden formular un convenio regulador, pero en escritura pública.

3 PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN RELACIÓN CON LA RUPTURA MATRIMONIAL

3.3 Acuerdos en previsión de la crisis matrimonial

A. Concepción

Entendemos como acuerdo prenupcial cualquier pacto entre los futuros contrayentes del matrimonio que se lleve a cabo con anterioridad a la celebración del mismo. Pero esta definición que se acaba de dar puede resultar incompleta por cuanto no nos permite distinguir los pactos prenupciales de otras figuras como las capitulaciones matrimoniales. Por ello, recurrimos a Pinto Andrade¹⁹ para definirlos: “...aquellos

¹⁸ ESPINOSA DE SOTO, J.L. (2015) Tendencias actuales en derecho de familia. Escritura pública. Número 95.

¹⁹ PINTO ANDRADE, C., «La genérica validez...», cit.

negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio... regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”. No obstante, en mi opinión, creo que esta definición también podría resultar escasa porque el contenido de los acuerdos prenupciales puede abarcar más temas que los que se refieren sólo a la ruptura por divorcio o separación. Podemos poner como ejemplo los aspectos que regirán la convivencia de los cónyuges y sobre los cuales se puede pactar de forma prenupcial. Además, los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial no solo se limitan a separación o divorcio, sino también a situaciones en las que pudiera declararse nulo el matrimonio. Así pues, entiendo como definición completa aquella que se estructure de la siguiente manera: los pactos prematrimoniales son el negocio jurídico previo al matrimonio, a través de los cuales, los futuros cónyuges pueden establecer acuerdos en lo relativo a las relaciones tanto personales como patrimoniales durante las nupcias y también pueden contener las consecuencias que tendrían para ambos una ruptura matrimonial, ya sea por divorcio, separación o declaración de nulidad.

Estos acuerdos prematrimoniales tienen como característica principal el que han de estar firmados con absoluta libertad y dejar fuera cualquier tipo de coacción, por lo cual se suele recomendar que tengan lugar con bastante antelación a la celebración del matrimonio. Tanto es así que incluso en ocasiones, se han llegado a declarar nulos los acuerdos prenupciales que se hubiesen firmado unos días o una semana antes de contraer nupcias. Ello no quiere decir que a la fuerza tengan que ser celebrados con anterioridad al matrimonio, ya que una vez contraído éste, se pueden acordar y el régimen económico elegido por los cónyuges comenzará a producir sus efectos desde el mismo momento de la firma de ambos. Eso sí, al menos han de estar firmados en situación de convivencia pacífica o normal para evitar la coacción de la que antes hablaba. Los acuerdos prematrimoniales sirven para, entre otras cosas, proteger los activos del matrimonio para los hijos (si los hubiera) y para evitar situaciones en las que uno de los cónyuges se aproveche del patrimonio o riqueza del otro.²⁰ El rasgo que más

²⁰ REBOLLEDO VARELA, A. L., (2008), “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: (reflexiones a la luz del código civil, del código de familia y del anteproyecto de ley del libro II del código civil de Cataluña)”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* / coord. por Francisco Javier Gómez Gállico, Vol. 1, págs. 735-755.

diferencia a los pactos prenupciales de otras figuras es su celebración previa a contraer matrimonio, generalmente, por lo tanto, es una figura que se anticipa a la crisis matrimonial.

Cabe hacer la distinción de los acuerdos prenupciales respecto de otras figuras con las que existe gran semejanza que, pese a dar cabida a un mayor margen de autonomía de la voluntad, no son del todo comparables. Primeramente, diferenciarlos del convenio regulador, el cual prevé también las posibles consecuencias de una ruptura matrimonial, pero con formalización una vez ocurrida la crisis, mientras que los acuerdos prematrimoniales, tal y como he dicho anteriormente, se pactan por lo general, antes de contraer matrimonio o, al menos, siempre antes de que se produzca la crisis matrimonial. Además, el convenio regulador requiere de la aprobación de un Juez, Secretario Judicial o Notario²¹ para el despliegue de sus efectos, mientras que los acuerdos de los que tratamos tienen naturaleza privada y no necesitan dicha aprobación.

En razón a las capitulaciones matrimoniales, éstas se adoptan, por lo general, previamente a la celebración del matrimonio, y ello resulta una semejanza con los acuerdos prematrimoniales. Además, se caracterizan las capitulaciones por comprender principalmente aspectos patrimoniales y ello no impide que los acuerdos prematrimoniales se incluyan en las mismas.

B. Regulación legal

No se regula de forma expresa en nuestro Cc. la figura de los acuerdos prenupciales, pero se pueden utilizar algunos de sus artículos como un marco jurídico regulador de los mismos. Justamente, estos artículos son el 1255 Cc. que se pronuncia sobre el principio de autonomía de la voluntad y sus límites, el art. 1278 Cc. estableciendo el principio de libertad de forma de los contratos, el art. 1323 Cc. que habla sobre la posibilidad de los cónyuges de celebrar mutuamente todo tipo de contratos y sobre la transmisión de bienes y derechos y el art. 1325 Cc. el cual concibe que los cónyuges puedan pactar a través de las capitulaciones matrimoniales las pautas que estimen oportunas según su voluntad.

²¹ Art. 90 Cc.

Me parece interesante comentar ahora algunas leyes civiles forales al respecto.

En primer lugar, voy a hacer referencia al Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, el cual está referido a persona y familia. El artículo 231-19 del mismo en el que se habla del contenido de las capitulaciones matrimoniales, así como de su posibilidad de otorgamiento previo o posterior a la celebración del matrimonio. Me llama poderosamente la atención lo redactado en el artículo 231-20, sobre todo, su apartado 2, que habla de que un Notario ha de informar a las partes, por separado, de las consecuencias que pueden traerles a ambos el optar por una redacción determinada de las capitulaciones matrimoniales. Este apartado está estrechamente relacionado con el 4, ya que habla del deber que tiene el cónyuge que quiera hacer valer un pacto prenupcial, de demostrar que el otro tenía total conocimiento del patrimonio del actuante, así como de sus expectativas económicas. El apartado 5 de este mismo artículo habla de la ineficacia de los pactos que sean perjudiciales de forma grave para alguno de los cónyuges siempre y cuando demuestren que son causa de ciertas circunstancias que ni se han previsto ni se podían prever a la hora de la firma; por tanto, este artículo proporciona cierta protección a ambos cónyuges ante causas sobrevenidas. El artículo 231-26 redacta que los capítulos quedarán sin efecto alguno en el caso de que se produjera la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio a excepción de: “a) El reconocimiento de hijos efectuado por cualquiera de los cónyuges, b) Los pactos efectuados en previsión de ruptura matrimonial, c) Los pactos sucesorios en los casos en que lo establece el presente código, d) Los pactos que tienen los capítulos como instrumento meramente documental.”

En segundo lugar, haré mención de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. En su Capítulo IV se hace referencia a “la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales”. Concretamente, en su artículo 25 se habla del contenido de la misma. Hace una mención o le da una importancia sobresaliente a la libertad civil como una de sus características propias. ¿Por qué? Porque reza lo siguiente: “En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las

buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio.”

En tercer lugar, la Ley Gallega de Derecho Civil, en su Capítulo II, del Título IX, que habla de las capitulaciones matrimoniales, concretamente en el art. 174 dice que el único límite que puede tener el otorgamiento de capitulaciones es la ley, por tanto, mientras se respete dicha limitación, las mismas pueden versar sobre cuestiones familiares, régimen económico y aspectos sucesorios.

En cuarto y último lugar, nombraré el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas bajo el título “Código del Derecho Foral de Aragón” (CDFA). En el Título II, dentro de su Libro Segundo, me gustaría hacer mención del artículo 195, el cual habla del contenido y la forma de los capítulos matrimoniales. Su apartado primero se redacta de forma muy similar a la del artículo 174 de la Ley Gallega de Derecho Civil, a salvo de que en vez de poner como límite la ley, hace referencia al principio “standum est chartae”, que consagra la libertad de la voluntad privada.

C. Condicionantes de validez según la doctrina y la jurisprudencia

Podemos observar, como requisitos de la validez de los acuerdos prematrimoniales, los formales y los materiales. Para GARCÍA RUBIO M.P.²² los acuerdos prenupciales tienen origen contractual, por lo que hay que aplicarles las normas generales sobre los condicionantes de validez de los contratos.

Consentimiento, objeto y causa son los condicionantes o requisitos materiales que se le exigen a cualquier contrato, sea del tipo que sea, ello según el art. 1261 Cc. El primero de ellos establece “la causa eficiente o razón última que explica los efectos preceptivos y vinculantes que, para ellas, tiene el contrato”²³. Dicho contrato será declarado nulo cuando incurra en su prestación error, violencia, intimidación o dolor, de

²² GARCÍA RUBIO, MP. (2004), «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», en: Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponència: Les relacions econòmiques en la crisi familiar.

²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Curso de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones. 3ª Edición, Editorial Codex, Madrid 2011, pág. 352.

forma que, si un pacto prematrimonial incluyese alguno de estos vicios, cualquiera de las partes estaría en disposición de exigir su nulidad²⁴.

Para PINTO ANDRADE²⁵ la corrupción del consentimiento se reconoce de forma restrictiva en la jurisprudencia, favoreciéndose así el modo de conservar los contratos mediante el principio de seguridad jurídica y exigiéndose cierta gravedad del vicio.

Del objeto como requisito para la validez de los pactos prenupciales podríamos decir que los contratos como tal no tienen objeto, sino que tienen como consecuencia principal la creación de obligaciones para las partes contratantes y ya, el objeto de esas obligaciones puede ser dar, hacer o no hacer algo concreto. En el caso de los pactos prematrimoniales, el objeto de las mismas dará lugar a que los esposos lleguen a acuerdos sobre qué hacer en caso de ruptura matrimonial o que deben darse el uno al otro.

De la causa, es importante citar que se vuelve requisito necesario e imprescindible para que un contrato pueda existir. Nos sirve para responder a las preguntas de por qué y para qué se produce la celebración de un contrato, en concreto de un pacto prematrimonial. Esta causa ha de ser veraz, existente y lícita. La respuesta a las preguntas antes mencionadas es simple. Un pacto prenupcial tiene lugar porque los cónyuges dan su conformidad respecto al mismo y quieren dejar sus acuerdos, en caso de crisis matrimonial, plasmados en un contrato para, dicho de un modo coloquial, “cubrirse las espaldas”.

La doctrina no hace ningún tipo de aclaración concreta respecto de los requisitos de objeto y causa más allá de la que ya se ha proporcionado por la propia ley.

Para la validez de las capitulaciones matrimoniales, éstas han de ser documentadas en escritura pública, por lo que se tienen que otorgar ante Notario.

Si los pactos a los que pudieran llegar los cónyuges se concretasen en cualquier otro tipo de documento que no fuera capitulaciones matrimoniales, se establece en el artículo 1278 Cc. la libertad de forma de los contratos. Es más, al no existir regulación propia en

²⁴ De este modo, podemos apelar a las siguientes sentencias: STS de 6 de febrero de 2001 (Roj: STS723/2001), STS de 29 de diciembre de 1999 (Roj: STS 8541/1999), SAP Granada 3ª de 5 de febrero de 2005 (Roj: SAP GR 828/2005) y SAP Madrid 10ª de 11 de noviembre de 2004 (Roj: SAP M 14749/2004).

²⁵ PINTO ANDRADE, C., «La genérica validez...», cit.

las leyes españolas respecto a los acuerdos en previsión de la ruptura matrimonial, pueden ser otorgados los pactos ya sea por documento público o privado, siempre y cuando no se incluyan alguno de los aspectos que la Ley requiere como requisito *ad solemnitatem* el otorgamiento de escritura pública.

El artículo 1280 de nuestro Cc. recoge aquellos pactos en lo que se exige o reivindica una forma *ad solemnitatem* o de solemnidad y por ello, deben ser plasmados en escritura pública. De forma más concreta, en el art. 1280, 4º Cc. se requiere la formalización en escritura pública de la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o los de la sociedad conyugal.

Siguiendo en la misma línea de la exigencia de otorgamiento de escritura pública, podemos nombrar los acuerdos de donación de bienes presentes en el matrimonio o bienes futuros en el caso de muerte, en base a las pautas que se recogen en las disposiciones relativas a la sucesión testada, en base al artículo 1341 Cc.

Es preferible que, pese a la existencia de libertad de forma, se deje constatado mediante escritura pública por cuanto tiene mayor fuerza procesal²⁶. Si se hace mediante escritura pública, se les da a los acuerdos prematrimoniales una mayor garantía respecto a estructura y forma de su contenido, además de tener una fuerza probatoria incrementada²⁷.

Si bien es cierto que los pactos deben contener disposiciones que afecten al régimen económico del matrimonio para poder ser inscritos en el Registro Civil y de la Propiedad²⁸.

Otro requisito o límite al que están sujetos los acuerdos prematrimoniales es a la obediencia a las disposiciones que se encuentran en el artículo 1255 Cc., las cuales son el respeto a la ley, la moral y el orden público.

Se suma también la doctrina a señalar otros dos aspectos referentes a la admisión o no de los acuerdos prematrimoniales. El primero de ellos se refiere a la desmesurada cercanía a la fecha de la celebración del matrimonio que pudiera inmiscuirse en la libre

²⁶ ANGUITA VILLANUEVA, L., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los estados unidos de américa a la realidad española», en: Nul. Estudios sobre validez e ineficacia. nº 1-2010.

²⁷ PINTO ANDRADE, C., «La genérica validez...», cit. .

²⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 2003, en su Fundamento de Derecho tercero.

prestación del consentimiento. El segundo aspecto se refiere a la eventualidad remota de lo que se pretende regular²⁹.

El Tribunal Supremo y su jurisprudencia también dictamina una serie de premisas sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales.

La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 3 de febrero de 2006 (Roj: STS 489/2006) muestra en su quinto Fundamento de Derecho la posibilidad de los cónyuges de llevar a cabo cuantos pactos estime necesarios según la voluntad de ambos y siempre en consonancia con sus intereses, bien sea mediante escritura pública o documento privado, salvo exigencia de la ley de que se formalice mediante escritura pública. Para ello, no se pueden exceder los límites incluidos en el art. 1255 Cc. y se han de cumplir los requisitos del art. 1261 Cc.

La STS 31 de marzo de 2011 (Roj: STS 2158/2011) reconoce o concibe de forma expresa la validez de los acuerdos prematrimoniales en su Fundamento de Derecho tercero, el cual se titula: “La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas”.

En la STS 15 de febrero de 2002 (Roj: STS 1024/2002) se señala que los pactos prematrimoniales necesitan para su validez el cumplimiento de los requisitos estructurales del artículo 1261 Cc. y los requisitos de forma especiales que se exigen por la ley con carácter *ad solemnitatem*; todo ello por su carácter contractual.

Así pues, la postura de la doctrina y la de la jurisprudencia son totalmente coincidentes en establecer que para la validez de un pacto prematrimonial se necesita cumplir las pautas estructurales del art. 1261 Cc., cumplir los requisitos formales que establece la ley con carácter *ad solemnitatem* y, por último, la no vulneración de los límites a la autonomía de la voluntad incluidos en el artículo 1255 Cc.

²⁹ ANDERSON, M., «Sentencia de 31 de marzo de 2011. Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria. Validez de la primera y nulidad de la segunda», en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Nº 88, 2012, págs. 379-406.

D. Concreción en la Jurisprudencia española.

Nuestra Jurisprudencia española nos permite observar algunos puntos interesantes sobre los pactos en previsión de rupturas matrimoniales.

Primeramente, la Jurisprudencia española acepta la validez de aquellos pactos que estén relacionados con la pensión compensatoria por tratarse de un derecho dispositivo³⁰. Eso sí, en algunas ocasiones hay que hacer ciertos matices.

Por ejemplo, en la STS de 10 de marzo de 2009 se habla concretamente de la compatibilidad entre el régimen de separación de bienes y la pensión compensatoria.

En este caso, mediante capitulaciones matrimoniales, los cónyuges acordaron llevar a cabo un régimen de separación de bienes, pero pactando a su vez otra cláusula que hablaba de que los gastos de cada uno de ellos, fuere cual fuere el tipo de gasto o la circunstancia en la que se produjeron, correrían a cargo de quien los produjera de los dos, no existiendo posibilidad alguna de repercutir los mismos al otro cónyuge.

Tras esto, el marido se negó a pasarle a su esposa una pensión compensatoria, alegando pues, que ambos habían firmado un acuerdo prematrimonial en régimen de separación de bienes y una cláusula en la que cada uno se hacía cargo de sus propios gastos. Lógicamente, el Tribunal Supremo rechazó estas alegaciones por parte del marido, toda vez que de los pactos que hayan sido suscritos por parte de los cónyuges no puede sustraerse la renuncia a una pensión compensatoria. Por todo ello y, a modo de conclusión, podemos ver la compatibilidad existente entre el régimen de separación de bienes y la existencia de una posterior pensión compensatoria.

Otro ejemplo que podemos traer a colación, es la STS de 9 de febrero de 2010, la cual habla de la reserva del derecho a la pensión compensatoria.

En este supuesto, los cónyuges acordaron, previamente a la separación, que la esposa renunciaría a solicitar inicialmente una pensión compensatoria, pero ello sin perjuicio de poder reservar su derecho a un procedimiento posterior. Pasado un tiempo, concretamente dos años, se produjo la interposición de la demanda de divorcio a la cual

³⁰ PÉREZ MARTÍN, A. J., (2011), “Enfoque actual de la pensión compensatoria”, en: el derecho, 01.09.2011. Consultado en: http://www.elderecho.com/civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_11_310555003.html

contestó la esposa con la solicitud de la conversión de la pensión de alimentos, de la cual era beneficiaria en pensión compensatoria.

A todo esto, el Tribunal Supremo se pronuncia diciendo que el derecho a solicitar la pensión compensatoria es renunciable a la par que dispositivo; y la esposa había decidido reservar dicho derecho para un momento posterior, por lo que dicha reserva resulta válida.

Hay que añadir la distinta naturaleza que tienen la pensión compensatoria y la pensión de alimentos, lo cual hace que no se puedan sustituir entre ellas. Como se produjo una situación de desequilibrio conyugal, finalmente el Tribunal Supremo estima la pensión compensatoria.

En una última mención referente al tema que se trata, puedo nombrar la SAP Granada, 3º, de 19 de mayo de 2001 que admite la pensión compensatoria por modificaciones de circunstancias.

Así pues, se produjo el pacto de capitulaciones matrimoniales de la renuncia a la pensión compensatoria en el caso de que pudiera producirse divorcio o separación, por parte de ambos cónyuges. Ante esta situación, la Audiencia Provincial de Granada se pronuncia admitiendo la validez de estos acuerdos y diciendo que, pese a ser una cláusula ciertamente atípica en cuanto a la definición o a lo que se entiende por capitulaciones matrimoniales, es válida por la disponibilidad del derecho de pensión por desequilibrio. Ello lo reafirma de forma más contundente la STS de 2 de diciembre de 1987.

Habiendo admitido que estos pactos sean válidos, podemos decir en base a la sentencia nombrada anteriormente que, no son comparables las circunstancias en las que pudieran encontrarse los cónyuges previamente a firmar las capitulaciones matrimoniales respecto a las circunstancias actuales. Tanto marido como mujer trabajaban antes de contraer matrimonio, pero una vez contraído éste, la esposa decidió abandonar su trabajo para dedicarse a la compañía de su marido, así como a cuidar a su hijo. Por todo esto, las bases sobre las que se asentó el pacto de los cónyuges, han desaparecido ahora y por ello, procede pedir la pensión compensatoria.

Por lo general, la jurisprudencia tiende a admitir los pactos relacionados con la pensión compensatoria pero también existe otra parte de la jurisprudencia, aunque

minoritaria, que rechaza la admisión de los pactos en los que se renuncie a derechos que aún no hayan nacido. Entre esta jurisprudencia se encuentra la SAP Asturias 5º de 12 de diciembre de 2009.

Existe también un tipo de pacto en el que se produce la imposición, por lo general de carácter económico, a uno de los cónyuges en el supuesto de producirse la ruptura del matrimonio.

Concretando dicho supuesto en un ejemplo, encontramos la STS de 31 de marzo de 2011, en la cual se produce una separación y, tras ella, los cónyuges se reconcilian y pactan que, en caso de producirse de nuevo una separación, el marido se obligaba al pago a su mujer de una cantidad determinada al mes desde que tuvo lugar la firma del acuerdo hasta producirse la separación, así como a la donación de un piso elegido por la esposa.

Habiendo sido aceptada la validez de los pactos previendo una ruptura matrimonial, el TS aclara que no se trata de un convenio regulador, ya que existe cierta atipicidad para calificarlo como tal. Más bien es un acuerdo diferente en el que existe objeto, causa y consentimiento y, siendo así, se cumplen los requisitos de validez.

Además, el TS desestima la aplicación del artículo 1256 Cc. en este caso, que habla de que no se puede dejar al libre arbitrio de alguna de las partes la validez de un contrato. Rechaza la aplicación de este artículo nombrado anteriormente porque en el caso que nos ocupa, el pacto comienza a producir sus efectos una vez dada la separación, independientemente de quien inicie el proceso. También declara el Tribunal que este tipo de pactos son independientes de los pactos en relación a la pensión compensatoria, porque consisten en la atribución a la mujer del derecho a obtener una renta cada mes con cargo a su cónyuge, concurriendo o no los requisitos de la pensión compensatoria.

La sentencia nombrada anteriormente también habla o da ciertos tintes sobre la promesa de donación. En este caso, el marido se comprometía a donar a su esposa el piso que ella eligiera. Esto es realmente incierto y nada determinado, por lo tanto, se considera una vulneración del artículo 635 Cc., que habla de la prohibición de donar bienes futuros. La promesa que aquí tiene lugar es indeterminada e incompleta, no cumple los requisitos legales para ser una donación.

Me parece de especial interés traer aquí un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015³¹. En dicha sentencia, los cónyuges pactan 4 días antes de la boda, en capitulaciones matrimoniales, una pensión por parte del marido en favor de la mujer de 1200 euros que se irían actualizando con el IPC. Producida la separación definitiva, el Juzgado de Primera Instancia declaró nulas las capitulaciones matrimoniales firmadas por los cónyuges por considerar que se daba una situación de desigualdad entre los cónyuges. Esto se debe a que la mujer era médica y el marido abogado. La mujer tenía gran patrimonio y se consideraba que el marido estaba en una situación de inferioridad. Ante este panorama, la mujer acudió a la Audiencia Provincial en apelación, quien dictaminó que no se daba situación de desigualdad ninguna, puesto que no existía anomalías contractuales y sólo se mostraba el ejercicio de la libre disposición en materia patrimonial por parte de ambos cónyuges. Además, el marido, quien había aceptado la cláusula de pagar esa pensión vitalicia a su mujer, era abogado, por lo tanto, sabía lo que estaba firmando y ello resultó especialmente significativo.

Todo esto a modo de resumen. Respecto del comentario que la sentencia merece³², simplemente me parece de lo más acertada pues realiza un recorrido sobre todo lo relacionado con la materia, citando incluso fallos anteriores relacionados con el tema. Creo que se debe primar ante todo la libertad de los esposos a la hora de realizar sus pactos y esto es lo que hicieron ambos. No considera el Supremo que se trate ni mucho menos de una situación de desigualdad, pues ambos estaban trabajando y tenían economías saneadas. También resulta sin peso la alegación del artículo 1256 Cc., ya que, en este caso, el cumplimiento del contrato no queda al arbitrio de uno de los cónyuges puesto que ambos pactaron dicha situación. No había situación de precariedad para ninguno de los contratantes.

³¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., (2015), “La libertad de pacto a la hora de resolver las crisis matrimoniales. La acertada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015”, en: HayDerecho, 4 diciembre, 2015. Consultado en: <http://hayderecho.com/2015/12/04/la-libertad-de-pacto-a-la-hora-de-resolver-las-crisis-matrimoniales-la-acertada-sentencia-del-tribunal-supremo-de-24-de-junio-de-2015/>

³² QUICIOS MOLINA, M. S., (2016), “Sentencia 24 junio 2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa”, en: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC), Nº 101, págs. 191-208.

3.4 Acuerdos una vez aparecida la crisis matrimonial

Existe la posibilidad de utilizar los pactos prematrimoniales una vez ocurrida la crisis matrimonial. El más claro ejemplo es el convenio regulador. La diferencia principal entre los acuerdos prenupciales previos a la crisis matrimonial y el convenio regulador es que éste se suscribe producida la crisis mientras que el resto se formalizan previamente a la celebración del matrimonio.

Está claro que los pactos previos a la celebración del matrimonio en los que los cónyuges pueden pactar los efectos de una ruptura matrimonial no son un convenio regulador³³, pero todo ello no impide que puedan tener ambos tipos de pactos un tratamiento similar; ya que los pactos previos a la celebración del matrimonio podrían funcionar como convenio regulador al que aún le falta la homologación del juez para poder desplegar sus efectos.

Cierto sector de la doctrina admite la utilización de los acuerdos prenupciales como si de un convenio regulador se tratasen y ello porque se entiende que los cónyuges pueden pactar de forma pacífica y armoniosa sus valores e intereses, pudiendo estos coincidir o no con lo regulado por el legislador en las leyes sobre los efectos comunes al divorcio y la separación. Un claro ejemplo de esta afirmación de la doctrina es Gaspar Lera³⁴, que admite que los acuerdos prenupciales puedan actuar como convenios reguladores, toda vez que constituyen acuerdos conyugales y que se adoptan para la regulación de crisis matrimoniales (artículo 90, párrafo segundo del Cc.).

En mi opinión, creo que no existe impedimento alguno por el que los pactos que se adopten por los futuros cónyuges previos a la celebración del matrimonio se puedan utilizar en un momento posterior como convenio regulador en el caso de que se produjera una crisis matrimonial. También creo que esto puede beneficiar a ambos cónyuges, entre otras cosas, por el ambiente de armonía que reina entre ambos previamente a la celebración de la boda. Eso sí, se deben de cumplir los requisitos

³³ CASTILLA BAREA, Margarita, Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio: VI. Breve referencia a otros pactos y acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial. En: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (coord.), Tratado de Derecho de Familia, Vol. II. Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2011, 1ª Ed. p. 375.

³⁴ GASPAR LERA, S. (2011) Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad. En: Anuario de Derecho Civil Vol. LXIV, fascículo

contenidos en el artículo 90 Cc. así como contar con la homologación de un juez que, tenga especial cuidado con los acuerdos que afecten a los hijos menores.

Como decía anteriormente, cierto sector de la doctrina admite la actuación de determinados pactos prematrimoniales como convenios reguladores; otro ejemplo lo contiene la STS de 23 de diciembre de 1998, admitiendo que los pactos a los que lleguen los cónyuges previendo una posible crisis matrimonial con la consecuente separación o divorcio, pueden actuar como convenio regulador siempre y cuando haya tenido lugar el control judicial pertinente y se hayan cumplido los requisitos de validez del mismo³⁵.

A. Convenio regulador

En nuestro Código Civil español nos encontramos con el artículo 81, que habla de la separación del matrimonio cuando haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada mediante un juez y que por ello dependa de sus padres, ya sea esta separación a petición de uno de los cónyuges o a petición de ambos. En el caso de que sea a petición de uno sólo de ellos, han de haber transcurrido 3 meses desde la celebración del matrimonio. El artículo 86 que habla de la disolución del matrimonio mediante divorcio (el cual, como sabemos, a partir de la Ley 15/2015 del 2 de julio puede ser otorgado por un Notario). Y el artículo 90 que se refiere al contenido mínimo del convenio regulador y a su posterior aprobación judicial. Vistos estos artículos, observamos que hablan de las formas de disolver el matrimonio, así como del contenido del convenio regulador, pero no nos dan una definición exacta del mismo.

Podríamos entender el convenio regulador como un negocio jurídico en el Derecho de Familia, un acuerdo de voluntades en el que los cónyuges, de mutuo acuerdo y ante

³⁵ La STS de 23 de diciembre de 1998 dispone que «...Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación... Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 Cc. y no sólo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato... En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque, aunque el recurrido alego la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato; y c) causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual».

la existencia de una crisis matrimonial (ya sea separación o divorcio), deciden adoptar medidas sobre los aspectos personales o patrimoniales en los que pudieran verse inmersos.

Es la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que concibe el convenio regulador como “un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos”.³⁶

Según Diez-Picazo y Gullón, el convenio regulador es la identificación de un considerable ámbito de actuación de la autonomía privada en la ordenación de la materia, idea que está relacionada con la continua privatización del Derecho de familia.³⁷

La STS de 23 de diciembre de 1998 habla de la naturaleza jurídica del convenio regulador, la cual es mixta ¿por qué? En primer lugar, porque en él debe de quedar plasmada la voluntad de los cónyuges y, en segundo lugar, porque un juez ha de intervenir en su perfeccionamiento. Ello no es óbice para decir que también tiene naturaleza contractual y que tiene sometimiento a condición, ¿cuál es esta condición? la aprobación de un juez para su validez y perfeccionamiento.³⁸

Ya hemos hablado de la naturaleza mixta del convenio regulador, respecto a los requisitos formales que precisa el mismo podemos nombrar a PÉREZ MARTÍN³⁹ que dice que necesita el convenio constar por escrito, de forma documental, además de su deber de presentación acompañando a la demanda de inicio.

¿Documento público o privado? Concretamente en este caso, da igual porque el Código Civil no especifica nada sobre esto. En el caso de que el convenio regulador incluyera alguno de los temas que se ven reflejados en los artículos 633 y 1280 Cc., entonces sí debería constar en documento público, ya que estos artículos contienen una relación de actos y contratos que han de constatarse de este modo.⁴⁰

³⁶ STS 20 de abril de 2012 (Roj: STS 2906/2012).

³⁷ DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., Sistema de Derecho civil. Volumen IV, Tomo I, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2012.

³⁸ STS 22 abril 1997 (Roj: STS 2817/1997). PEREZ MARTÍN, A. J., Tratado de Derecho de familia. T. II, Pactos prematrimoniales, capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, procedimiento consensual, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 164.

³⁹ PEREZ MARTÍN, A. J., Tratado de Derecho de familia. T. II, Pactos prematrimoniales, capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, procedimiento consensual, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 167.

⁴⁰ PERA NAVARRO, V., (2015), <<La autonomía de la voluntad...>> cit.

Sea como sea, una vez que el convenio regulador es homologado judicialmente, su contenido forma parte de la sentencia y adquiere la forma de documento público.

Comencé este apartado del convenio regulador hablando de la regulación del mismo en el Código Civil español y nombraba los artículos 81, 86 y 90 del mismo. En concreto, los dos primeros artículos, el 81 y 86 Cc. hablan del requerimiento de presentar la propuesta de separación y divorcio, según el caso, cuando el procedimiento tenga su inicio por el acuerdo mutuo de los cónyuges, así como que sea a petición de uno con el consentimiento del otro o a petición de ambas partes.

Por otro lado, la regulación del contenido mínimo del convenio regulador se encuentra plasmada en el artículo 90 Cc., el cual cita desde su apartado A) hasta su apartado F) los extremos que han de ser incluidos inexcusablemente. Pese a esto, sí podemos nombrar como excepción el apartado B) que reza: “Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.”

Así pues, el contenido mínimo del convenio regulador se estructura de la siguiente manera: primeramente, ha de contener un apartado en el que se hable de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos cónyuges, su ejercicio y su cuidado. Después, la atribución del uso de la vivienda familiar, así como el ajuar. En tercer lugar, la contribución de los cónyuges a las cargas referentes al matrimonio y alimentos, sus bases de actualización y las garantías pertinentes. Tras ello, el convenio regulador debe contener la liquidación del régimen económico matrimonial y la pensión que le correspondiese satisfacer a uno de los cónyuges, en base al artículo 97 Cc.

En el caso de que los acuerdos a los que lleguen los cónyuges no se consideren dañinos para ninguna de las partes ni para los hijos menores, entonces el juez procederá a aprobar el convenio. Si el juez encontrase que no se cumple alguno de los requisitos para la aprobación del convenio regulador, deberá motivar su denegación amplia y extensamente.

Pero los tribunales no utilizan la posibilidad de denegar un convenio regulador en el caso de que sea perjudicial para alguno de los cónyuges, sino que sólo tienen en cuenta que el acuerdo no perjudique a los hijos menores de edad, según explica PARRA

LUCÁN, M. A.⁴¹. Tanto es así, que el propio Código Civil de Cataluña prevé en su artículo 233-3.1 que un convenio regulador sólo puede ser denegado por los tribunales si el mismo no es de conformidad con los intereses de los menores de edad y, por tanto, excluyendo el caso del perjuicio de alguno de los cónyuges.

La doctrina de la DGRN en su Resolución de 5 de febrero de 2003, sin llegar a constituir jurisprudencia como tal, determina que pese a la necesidad de aprobación judicial de los acuerdos entre los cónyuges en base al artículo 90 Cc., dicha aprobación será necesaria sólo en el caso de que los pactos afecten a hijos menores o a materias que se encuentren excluidas de la autonomía de la voluntad.

En el caso de que se produjera la alteración importante de las circunstancias en las que se encuentran los cónyuges, las medidas que se hayan adoptado en el convenio podrán modificarse ya sea mediante resolución de un juez o mediante un nuevo pacto al que lleguen los cónyuges.

El Juez está facultado, en base al artículo 90 Cc. para afianzar y asegurar que se cumplen las medidas que se hayan adoptado en el convenio regulador por los cónyuges.

B. Convenio sin aprobación judicial

Es una práctica muy común el que los cónyuges presenten su separación, divorcio o incluso la nulidad de su matrimonio, decidiendo ellos mismos tratar la crisis por acuerdo mutuo. Ciertamente es que, en numerosos casos, los cónyuges, producida su separación, pactan convenios para organizar tanto su situación respecto al patrimonio y a su situación personal, pero estos convenios no son luego convalidados en un posterior divorcio.

Es obvio que el convenio regulador se basa en la negociación de los cónyuges; podríamos decir que ésta misma es su naturaleza. Por ello, el que exista la necesidad de ser aprobado por un juez no elimina dicha naturaleza, sino que los cónyuges pueden acordar convenios aun sin tener luego la aprobación judicial pertinente.

⁴¹ PARRA LUCÁN, M.A., «Autonomía de la voluntad y Derecho de familia», en Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado [Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado], Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Madrid, 2012, pág. 201.

Ahora, voy a referirme a aquéllas materias disponibles que podemos encontrar en un convenio regulador, como por ejemplo la liquidación del régimen económico del matrimonio, y aquellas materias no disponibles que, por tratarse de los hijos, entre otras cosas, se tornan como “ius cogens”.

➤ **Materias disponibles**

Se hace indispensable el nombramiento de la STS de 22 de abril de 1997⁴² en este tema. Esta sentencia proclama que un convenio regulador que no ha sido ratificado por un juez se equipara, dentro del Derecho de Familia, a un negocio jurídico en el que se expresa íntegramente la autonomía de la voluntad privada. Como se trata de un convenio regulador, según he dicho al principio de este párrafo, necesita de la aprobación de un juez como condición para su eficacia jurídica.⁴³

Pese a ello, se distinguen tres casos. El primero de ellos identifica el convenio como negocio jurídico de Derecho de Familia. El segundo caso, el convenio regulador que haya sido aprobado por el juez, se integra en la resolución judicial, siendo eficazmente procesal como consecuencia de ello. En tercer y último lugar, pese a no tener un convenio la aprobación judicial pertinente, es tan válido o eficaz como cualquier negocio jurídico y más aún si cabe, cuando contiene materias que no se corresponden con el contenido mínimo de un convenio regulador, ello según lo prevé el artículo 90 Cc.

Guarda relación con todo lo dicho anteriormente la STS de 25 de junio de 1987⁴⁴, así como la STS de 26 de enero de 1993⁴⁵. La primera de las citadas sentencias trata de la trascendencia o importancia legal que tienen los pactos que regulan las relaciones económicas conyugales para momentos posteriores a la separación del matrimonio. La segunda sentencia incorpora que el que un juez apruebe un convenio regulador, no significa que ya éste vaya a carecer de su naturaleza de negocio.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 325/1997, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251)

⁴³ MARTÍNEZ CALVO, J., (2013), Los pactos prenupciales en previsión de ruptura. Evolución, clases, validez, límites y eficacia de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho español, TFM de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (dirigido por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz).

⁴⁴ RJ 1987/4553.

⁴⁵ RJ 1993/385.

Sobre la sentencia nombrada y a modo de ejemplo, podemos ver cómo los cónyuges habían pactado el régimen económico matrimonial de separación de bienes. En relación a éste régimen, y al caso en concreto, el TS resolvía diciendo que dicho acuerdo era totalmente válido, así como eficaz y que se aceptaba como un negocio jurídico bilateral, aceptado por ambas partes y firmado por las mismas. No había obstáculo alguno que impidiera su validez como negocio jurídico, ya que concurrían consentimiento, objeto y causa. Tampoco había obstáculo que impidiera su eficacia, pues si carecía de aprobación judicial, lo único que le iba a estar impedido a dicho acuerdo es ser incorporado al proceso y con ello no tener eficacia procesal, pero seguía manteniendo su eficacia como negocio jurídico de Derecho de Familia.

Así pues, el Tribunal, basándose tanto en la STS de 27 de abril de 1997 como en la STS de 27 de enero de 1998⁴⁶, afirmaba que, si los acuerdos inmersos en un convenio regulador que no hubiese sido ratificado por un juez, se desenvolvían en los límites de la autonomía de la voluntad, no podía existir afirmación alguna en referencia a la carencia de eficacia en base a dicha aprobación.

Bajo la misma dirección se pronuncia la STS de 14 de mayo de 2001⁴⁷, que da toda la validez existente al convenio regulador que no haya sido aprobado judicialmente.

Como podemos ver, son muchas las sentencias que dan plena validez y eficacia a los convenios reguladores no aprobados judicialmente que tratan sobre materias de libre disposición.

Por ejemplo, en relación con la liquidación de bienes conyugales, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de mayo de 2005⁴⁸ establecía que el documento que sirve para la liquidación de los bienes tiene validez por tener eficacia como negocio jurídico.

En la misma dirección podemos nombrar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de enero de 2005⁴⁹ que se asentaba en la STS de 27 de abril de 1997 para mantener que no existe discusión sobre la eficacia obligacional con respecto a materias

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 27-1-1998, rec. 3298/1993. (RJ 1998/110).

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, 453/2001, de 14 de mayo de 2001, rec. 1097/1996. (RJ 2001/6205).

⁴⁸ Sentencia de la AP de Málaga (Sección 4ª) núm. 451/2005, de 24 de mayo (JUR 2005/1981909).

⁴⁹ Sentencia de la AP de Murcia, núm. 13/2005 (Sección 1ª) de 18 de enero de 2005. (JUR 2005/267696).

de libre disposición. También dice lo mismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de abril de 2005⁵⁰.

Me parece de vital importancia la actitud que los cónyuges puedan tomar una vez firmado el convenio en referencia a la eficacia de la liquidación de sus bienes, con independencia de su aprobación judicial. Ello quiere decir que si los cónyuges asumen la liquidación, así como su contenido, pagan las deudas contraídas y toman posesión de los bienes que les sean adjudicados, la eficacia se vuelve necesaria.

En este sentido, encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de enero de 2004⁵¹, dándole eficacia a la actitud que toman los cónyuges en el momento de la liquidación, pues ello demuestra que realmente querían estar vinculados.

También cabe hacer mención, en último lugar y, en cuanto a las materias de libre disposición a las que nos referimos, la renuncia a la pensión compensatoria que se pueda realizar en el convenio regulador no aprobado judicialmente, la cual creo que es perfectamente válida.

Guarda relación con ello la Sentencia de la AP de Castellón de 19 de abril de 2005⁵² que señala que el convenio no aprobado judicialmente tiene eficacia plena como negocio jurídico entre las partes contratantes o firmantes y es por esto por lo que resultan vinculadas.

En relación con lo anterior, podemos decir que, si en el convenio regulador no se pacta nada en referencia a la pensión compensatoria a favor de la esposa, esto ha de respetarse y mantenerse, pues se trata de una materia de libre disposición entre ambos cónyuges. Vemos que se utilizan en consonancia la libre disposición de la materia, así como la libre disposición de los actos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de septiembre de 1999⁵³ se muestra estricta también en este sentido, dando eficacia plena a la pensión compensatoria en especie pactada en el convenio regulador.

Los cónyuges llegaron a suscribir un convenio regulador de su separación en la fecha de 24 de febrero de 1997. En la cláusula sexta de dicho convenio se pactaba de

⁵⁰ Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 12ª, de 22 de abril de 2005 (JUR 2005/122311).

⁵¹ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 11ª, de 2 de enero de 2004 (JUR 2004/90260).

⁵² Sentencia de la AP de Castellón, Sección 2ª, de 19 de abril de 2005 (JUR 2005/132330).

⁵³ Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª), de 10 de septiembre de 1999 (AC 1999/2052).

forma expresa por ambos cónyuges, además de otras materias, que: <<... el marido cederá a la esposa su mitad indivisa del piso, en cocepto de pensión compensatoria... Los gastos que ello ocasione serán satisfechos por mitad>>.

La Audiencia se pronuncia considerando que el pacto que suscribieron las partes en ese aspecto estaba carente de cualquier vicio de la voluntad de los mismos, por lo tanto, era tan eficaz como válido. Más si cabe, cuando dicho pacto se registró unos meses después de la separación de hecho del matrimonio y el esposo había presentado la demanda de separación estando la esposa de acuerdo y prestando su consentimiento.

➤ **Materias indisponibles**

Entre las materias indisponibles podemos encontrar que éstas son las que se refieren fundamentalmente a los hijos (por ejemplo, guarda y custodia de los mismos, régimen de visitas, alimentos...). Estas materias son “ius cogens”, que quiere decir que forman parte de un Derecho imperativo o taxativo y que no puede ser excluido por la voluntad de los obligados a su cumplimiento. La pertenencia de estas materias a este tipo de derecho imperativo o taxativo provoca que los Tribunales y juzgados se posicionen a favor de la ineficacia de los pactos o acuerdos que se reflejen en un convenio regulador y tengan que ver con materias indisponibles, por la necesidad y obligatoriedad de que se les dé validez judicial. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de mayo de 2006⁵⁴ es un ejemplo que recoge lo nombrado anteriormente.

Pese a todo ello, viene pisando fuerte una línea jurisprudencial que se abre paso y parece la más correcta una vez entrada en vigor la Ley 15/2005.

¿Cuál es esta línea jurisprudencial? Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2005⁵⁵ que afirma el reconocimiento a los padres de un extenso campo de libertad en el ejercicio de la patria potestad, en base al artículo 39 CE y al conjunto de normas que regulan las relaciones paterno filiales, sobre todo el artículo 154 Cc.

Reflejo ahora de forma textual la idea del TS ante el tema y me posiciono a favor de la misma. Esta idea es la siguiente: “no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que el ejercicio de la función se lesiones o ponga en peligro al menor,

⁵⁴ Auto de la AP de Barcelona, núm. 111/2006 /Sección 12), de 11 de mayo de 2006 (JUR 2006/271650).

⁵⁵ STS núm. 97/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 14 de febrero. RJ 2005/1670.

lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores”.

Además de que el acuerdo al que llegasen los cónyuges sobre materias indisponibles debe ser aprobado por un juez, éste mismo ha de declarar vinculantes dichos acuerdos y más aún si se vienen cumpliendo en un plazo determinado de tiempo.

Por todo ello, tal y como decía anteriormente, me posiciono a favor de que el juez ha de atenerse a lo pactado por los cónyuges en el convenio, con la excepción de dos casos concretos. El primer caso es aquél en el que se vea dañado el interés del menor. El segundo caso o segunda excepción es que se hayan producido cambios importantes respecto de las circunstancias en las que se tomaron las decisiones incluidas en el convenio.

Por supuesto, sin lugar a dudas, cuando hablo de cambios no hablo de uno leve o un cambio de opinión de uno de los cónyuges, sino que me refiero a aquéllos que hacen referencia a la modificación de las circunstancias de forma objetiva, y aquéllos que no utilizan a los hijos como moneda de cambio para que la otra parte se vea en la obligación de aceptar determinadas propuestas de su cónyuge.

Así pues, la Ley 15/2005 redacta en su exposición de motivos, de forma literal: “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 a exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida”. Bajo la misma línea, sigue a continuación: “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, determinarán, en beneficio del menor, como éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurará la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”.

Y, a modo de resumen y una vez expuesto este párrafo de la sentencia, me reitero en que con independencia de que un convenio sea ratificado o no, se le ha de dar suma importancia a los puntos que traten sobre los hijos. Además de que siempre serán sometidos al control judicial pertinente.

4 CONCLUSIONES

PRIMERA. Puedo destacar como primera conclusión que el principio de autonomía de la voluntad va íntimamente ligado con la libertad del individuo y que tiene unos límites concretos, pues no se trata de un principio absoluto. Que estos límites están contenidos tanto en la Constitución Española como en el Código Civil y que también formas parte de ellos la moral, las buenas costumbres y el orden público. Pese a los límites ya nombrados, es cierto que este principio de autonomía de la voluntad ha experimentado un gran cambio en cuanto al campo de actividad que tenía hace ya algunos años. Efectivamente, ha visto ampliado su campo de actividad permitiendo con ello una mayor libertad personal y convirtiendo a veces el matrimonio, en un verdadero negocio jurídico. Tal es así que, incluso algunos de sus deberes conyugales como era el vivir juntos se ha convertido en algo verdaderamente irrelevante.

SEGUNDA. Llamar la atención sobre lo mucho que ha evolucionado también el ordenamiento jurídico español en materia de Derecho matrimonial. Desde la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio hasta la actual Ley 15/2015 por la que se le da un papel fundamental a figuras como Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y Secretarios judiciales en aspectos en los que antes eran competentes los jueces.

La primera de las leyes que he nombrado fue muy importante, pues por primera vez en España se concebía la figura del divorcio y ello supuso un importante hito del que antes hemos hablado y es la ampliación del campo de actividad del principio de autonomía de la voluntad y con ello, dar al individuo más libertad personal.

La segunda ley es también muy importante, pues al fin se ha aprobado el que Notarios, Secretarios Judiciales y Registradores de la Propiedad y Mercantiles puedan desarrollar tareas que hasta entonces sólo hacían los jueces. Al fin un Notario puede resolver una demanda de divorcio, lo cual provoca la agilización del papel de Jueces y Magistrados en otras materias de auténtico interés y agilizar así el ritmo de la justicia en nuestro país.

TERCERA. En este punto nos metemos de lleno en el principio de autonomía de la voluntad en relación con la ruptura matrimonial y traigo con ello el apartado de los acuerdos en previsión de crisis matrimonial. Los acuerdos prematrimoniales, tal y como hemos visto, han de estar libres de cualquier tipo de coacción, por lo que han de firmarse con libertad. Generalmente, se firman con anterioridad a contraer matrimonio, pero también existen casos en los que se firman una vez contraído éste y producen efectos desde ese mismo momento. Es una figura que se anticipa a la crisis matrimonial. Además, me ha llamado la atención, respecto a su regulación que no se refleja como tal en el Cc. pero que es admitida por doctrina y jurisprudencia por entender que existe libertad para contratar.

Destaco también en este punto, la regulación estudiada de algunas comunidades autónomas. Especialmente es llamativa la regulación catalana en el aspecto de que el Notario, a la hora de otorgar capitulaciones matrimoniales ha de informar a ambos cónyuges de las consecuencias que pueden traerles a ambos el optar por una redacción determinada u otra de las capitulaciones.

CUARTA. Siguiendo la línea anterior, abordamos el tema de los pactos matrimoniales una vez aparecida la crisis. El más claro ejemplo es el convenio regulador. Esta figura como tal no se encuentra plasmada en nuestro Código Civil, pero sí que se hace alusiones a la misma en alguno de sus artículos. Refleja fielmente la voluntad de los cónyuges puesto que es un acuerdo de voluntades y dicho acuerdo no sólo se produce cuando se pactan los distintos aspectos del convenio uno a uno, sino que, de producirse una alteración sustancial o un cambio en la situación de alguno de los cónyuges, se puede modificar en cualquier momento.

QUINTA. Hago referencia ahora a que el convenio regulador puede no ser aprobado judicialmente, pero ello no es óbice para que despliegue efectos. Dentro de este tipo de convenios, existen materias disponibles y materias no disponibles.

En las primeras, las materias disponibles, me gustaría destacar que es importante la actitud que los cónyuges tomen a la hora de firmar este tipo de convenios, sobre todo en

temas de liquidación, el contenido de las mismas, pagar las deudas que hayan contraído el uno con el otro, etc.

Respecto a las materias no disponibles, son aquéllas que, generalmente por tratarse de los hijos, se conciben como “ius cogens” y pasan a formar parte de un Derecho taxativo o imperativo, el cual no puede ser excluido por la voluntad de los cónyuges.

5 BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, M., (2012) «Sentencia de 31 de marzo de 2011. Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria. Validez de la primera y nulidad de la segunda», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Nº 88, págs. 379-406.

ANGUITA VILLANUEVA, L. (2010) «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los estados unidos de américa a la realidad española», en: Nul. Estudios sobre validez e ineficacia. Nº 1.

BERROCAL LANZAROT, A. I., (2015), “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en: *La Ley-Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Nº. 5, (Ejemplar dedicado a: Autonomía de la voluntad y Derecho de familia), págs. 48-67.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1976) *Derecho civil español, común y foral*. Tomo V, Volumen I, 9ª edición, Editorial Reus, Madrid.

CASTILLA BAREA, M. (2011) *Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio: VI. Breve referencia a otros pactos y acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial*. En: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (coord.), *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. II. Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 1ª Ed.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., (2015), “La libertad de pacto a la hora de resolver las crisis matrimoniales. La acertada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015”, en: *HayDerecho*, 4 diciembre, 2015. Consultado en:

<http://hayderecho.com/2015/12/04/la-libertad-de-pacto-a-la-hora-de-resolver-las-crisis-matrimoniales-la-acertada-sentencia-del-tribunal-supremo-de-24-de-junio-de-2015/>

DE CASSO Y ROMERO, I. *Diccionario de Derecho Privado*. Madrid. Editorial Labor S.A.

DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. (2011) *Sistema de Derecho civil*. Volumen IV, Tomo I, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2012.

ESPÍN CÁNOVAS, D. (1963). *Anuario de Derecho Civil*. La Habana.

ESPINOSA DE SOTO, J.L. (2015) Tendencias actuales en derecho de familia. *Escritura pública*. Número 95.

GARCÍA CANTERO, G. (2007) De su aportación “Vértigo sobre el abismo” a la obra colectiva: “El matrimonio: ¿contrato basura o bien social? Thomson Aranzadi, Madrid, p. 50.

GARCÍA RUBIO, M. P. «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», en: Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponència: Les relacions econòmiques en la crisi familiar.

GASPAR LERA, S. (2011) Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad. En: *Anuario de Derecho Civil* Vol. LXIV, fascículo 3. Ministerio de Justicia (centro de publicaciones) y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.

GASPAR LERA, S. (2013) Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. XXII Jornadas Ius Familiae. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

MARTÍNEZ CALVO, J., (2013), *Los pactos prenupciales en previsión de ruptura. Evolución, clases, validez, límites y eficacia de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho español*, TFM de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (dirigido por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011) *Curso de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*. 3ª Edición, Editorial COLEX, Madrid.

MORENO VELASCO, V. (2011) *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad*. En: La Ley, núm. 7609.

PARRA LUCÁN, M.A. (2012) «Autonomía de la voluntad y Derecho de familia», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado [Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado]*, Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Madrid.

PÉREZ MARTÍN, A. J. (2009) *Tratado de Derecho de familia. T. II, Pactos prematrimoniales, capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid.

PÉREZ MARTÍN, A. J., (2011), “Enfoque actual de la pensión compensatoria”, en: el derecho, 01.09.2011. Consultado en: http://www.elderecho.com/civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_11_310555003.html

PINTO ANDRADE, C. (2010), «La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura», en la Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación; núm. 49.

QUICIOS MOLINA, M. S., (2016), “Sentencia 24 junio 2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa”, en: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC), Nº 101, págs. 191-208.

REBOLLEDO VARELA, A. L., (2008), “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: (reflexiones a la luz del código civil, del código de familia y del anteproyecto de ley del libro II del código civil de Cataluña)”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* / coord. por Francisco Javier Gómez Gállico, Vol. 1, págs. 735-755.

6 SENTENCIAS Y RESOLUCIONES UTILIZADAS

Tribunal Supremo

STS de 27 de enero de 1993 (RJ 1998/110).

STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251).

STS de 23 de diciembre de 1998 (Roj: STS 7976/1998).

STS de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001/6205).

STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005/1670).

STS de 31 de marzo de 2011 (Roj: STS 2158/2011).

STS de 20 de abril de 2012 (Roj: STS 2906/2012).

STS de 24 de junio de 2015 (Roj: STS 2828/2015).

Audiencia Provincial

SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 10 de septiembre de 1999 (AC 1999/2052).

SAP de Madrid, Sección 11ª, de 2 de enero de 2004 (JUR 2004/90260).

SAP de Murcia, Sección 1ª, de 18 de enero de 2005 (JUR 2005/267696).

SAP de Castellón, Sección 2ª, de 19 de abril de 2005 (JUR 2005/132330).

SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 22 de abril de 2005 (JUR 2005/122311).

SAP de Málaga, Sección 4ª, de 24 de mayo de 2005 (JUR 2005/1981909).