

PACTOS MATRIMONIALES. CONCEPTO Y TIPOS  
*MARRIAGE COVENANTS, CONCEPT AND TYPES*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 764-785*

Lucía ROZALÉN  
CREUS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 13 de mayo de 2022

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de junio de 2022

**RESUMEN:** Los pactos matrimoniales es un tema de actualidad en nuestra sociedad. Cada vez son más los matrimonios que de decantan por proceder haciendo uso de la autonomía de la voluntad a autorregular los efectos tanto personales como patrimoniales derivados de su unión o de su futura ruptura. Son varios los instrumentos que disponen para llevar a cabo ésta tarea. En el ordenamiento jurídico español no existe una regulación precisa y completa acerca de esta figura, sino que son algunos derechos forales los que han legislado sobre la materia. Es un tema eminentemente práctico que trata de resolver problemas, evitar futuros conflictos, dando respuesta a las nuevas demandas que existen en el Derecho de Familia.

**PALABRAS CLAVE:** Pactos matrimoniales; capitulaciones matrimoniales; convenio regulador; régimen económico matrimonial; Derecho de familia.

**ABSTRACT:** *The covenant marriage is a current issue in our society. More and more marriages are choosing to proceed by using the autonomy of the will to self-regulate the effects both personal and patrimonial arising from their union or their future break. There are several instruments available to carry out this task. In the Spanish legal system there is no precise and complete regulation said concept apart from the municipal rights that have been passed on the matter. It is an eminently practical subject that hopes to solve problems, avoid future conflicts and is a response to the new demands that exist in a family law.*

**KEY WORDS:** *Convenant marriage; marriage contract; regulatory agreement; matrimonial economic regime; Family Law.*

**SUMARIO.- I. CONCEPTO.- II. TIPOS.- I. Capitulaciones matrimoniales.- 2. Pactos prematrimoniales.- 3. Convenio regulador.- 4. Convenio no aprobado judicialmente.**

---

## **I. CONCEPTO.**

Podemos definir los pactos matrimoniales como aquellos acuerdos que dos personas que van a casarse o que ya son cónyuges otorgan con el fin de regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su matrimonio. Pueden contener disposiciones acerca del régimen económico matrimonial que ha de regir constante matrimonio, reglas para su liquidación, fijar aspectos de su convivencia, respecto de los hijos, o determinados acuerdos respecto de derechos sucesorios (como la promesa de mejorar o no mejorar), normas acerca de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, o cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.

Tenemos en este punto que hacer una breve reflexión acerca de las formas en que la autonomía de la voluntad puede ser expresada por los cónyuges según el momento y las circunstancias en que se produzca.

En primer lugar, las capitulaciones matrimoniales, cuyo principal fin es el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial, aunque como dice el Código Civil pueden contener cualquier otra u otras disposiciones por razón del matrimonio.

Como segunda figura que recoge también la voluntad de las partes, tenemos el convenio regulador aprobado judicialmente, el cual establece los efectos personales y/o patrimoniales derivados de la nueva situación creada por la separación de los cónyuges o disolución de su matrimonio, creado una vez ya aparecida la crisis conyugal.

Por otro lado tenemos el convenio privado no homologado judicialmente, el cual puede pactarse en el seno de una separación de hecho o por cualquier otra circunstancia que haya impedido su homologación ante el Juez, los cuales también se habrán acordado una vez surgida la crisis matrimonial e igualmente tendrá por finalidad la regulación de la nueva situación tanto en las relaciones de los cónyuges entre sí como de éstos con los hijos si los hubiere, con una eficacia más limitada que los anteriores, circunscrita a las partes.

### **• Lucía Rozalén Creus**

Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio Abogados Valencia, Colegiada 13.104. Desde 2005 por cuenta propia. Turno de Oficio, I.C.A.V. 2008-actualidad. Profesor-Tutor UNED Valencia. Cursos 2006/2007 y 2007/2008. Doctora en Derecho por la Universitat de València. Licenciada en Derecho por la UNED. Autora de la monografía Validez y eficacia de los Pactos Matrimoniales (Aranzadi). Correo electrónico: luciarozalen@icav.es.

Y los acuerdos prematrimoniales, los cuales pese a su nombre pueden ser otorgados antes o después de la celebración de matrimonio, aunque usualmente suelen pactarse antes de contraerlo, cuyo objeto principal es el pacto de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, realizándolo antes de que surja la crisis conyugal.

MORENO VELASCO<sup>1</sup> recoge respecto de estos últimos: “Dos son las características de estos pactos, según GONZÁLEZ DEL POZO, que los diferencian de otros negocios jurídicos de Derecho de Familia; son condicionales y preventivos.

En primer lugar, son condicionales, ya que su eficacia queda supeditada a la efectiva celebración del matrimonio. De esta forma, aunque puedan pactarse tras la celebración del matrimonio los pactos prenupciales suelen firmarse antes de contraerse el matrimonio. Si toman la forma de capitulaciones matrimoniales, deberá contraerse el matrimonio en el plazo de un año desde su firma, tal y como prevé el art. 1334 CC.

En segundo lugar, son preventivos, ya que son pactos proyectados para una situación eventual o contingente, ya que prevén los efectos de una crisis matrimonial futura que podrá no existir. En definitiva, anticipándose a los problemas o conflictos que puedan surgir ante una eventual crisis matrimonial dan una solución consensuada a sus efectos”.

Según GARCÍA RUBIO<sup>2</sup>, los partidarios de estos acuerdos afirman su conveniencia, “ya que a través de ellos las partes afrontan de manera más realista su relación y pueden regularla de conformidad con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre los efectos del divorcio o de la muerte de uno de los cónyuges”.

Otras de las ventajas que cita la autora son el especial interés que tienen en el caso de las familias reconstituidas, también la reducción de costes financieros y emocionales que puede suponer una ruptura que ya se encuentra regulada<sup>3</sup>.

1 MORENO VELASCO, V: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2013, p. 35.

2 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, Segunda ponencia. Las relaciones económicas en la crisis familiar, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán a Tossa de Mar, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 95-121.

3 También hay autores que señalan los posibles inconvenientes o desventajas que pueden derivarse de los pactos prematrimoniales, como BARRIO GALLARDO, A: “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 13, núm. 46, 2016, pp. 74-87, que recoge: “En contra de los pactos previsoros de la crisis se alega que la perfección de estos acuerdos tiende a proteger a las grandes fortunas y evita el acceso a su propiedad por parte de extraños. La suscripción de estos acuerdos prematrimoniales responde a la defensa del vínculo consanguíneo, a favor de la descendencia, y en general de la parentela, frente al vínculo conyugal, en detrimento del intrusismo de quien sólo ingresa en el seno de la familia merced al casamiento. Los abogados matrimonialistas norteamericanos explican la historia de los pactos antenuupciales como

En nuestro ordenamiento jurídico español estos pactos carecen de un concepto autónomo que los identifique. Aunque en principio se reconoce a los cónyuges el poder de contratar y realizar negocios jurídicos de diversa índole, lo cierto es que nuestra legislación no los reconoce como tal. En algunos derechos forales sí que están expresamente recogidos y normados, como en el Derecho catalán pionero en esta materia.

## II. TIPOS.

Veamos someramente cada uno de estos tipos de pactos.

### I. Capitulaciones matrimoniales.

Una de las principales razones por las que los cónyuges o futuros cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales es para establecer, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial.

El matrimonio además de producir determinados efectos personales, también tiene consecuencias en la esfera patrimonial de los cónyuges.

Podemos decir que el régimen económico patrimonial es el conjunto de normas que el ordenamiento jurídico destina a regular las relaciones económicas de los esposos entre sí y con los terceros, y los efectos patrimoniales derivados del matrimonio.

“En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”. De esta manera el Código Civil en su art. 1325 sin llegar a darnos una verdadera definición de las capitulaciones matrimoniales, abre el capítulo II del Título III del Libro IV fijando el contenido típico de las capitulaciones matrimoniales y dejando la puerta abierta a que quepa otra clase de estipulaciones, que constituirían lo que la doctrina ha dado en llamar el contenido atípico de las mismas.

---

la de los ricos buscando mantener el control de su patrimonio después del matrimonio (Katz, 2003), una fortuna que por regla general ha sido recibida del tronco familiar por título de herencia o legado. La tendencia a beneficiar al cónyuge en la sucesión, muy extendida en la actual cultura occidental, no tiene por qué contraponerse necesariamente con esta idea en tanto que la conservación del estatus conyugal depende de la subsistencia del matrimonio; extinguido éste, tras el divorcio, ya no queda consorte al que beneficiar, como no se trate de una persona diferente. Los detractores de la figura suelen presentarla como instrumento de opresión sobre aquella parte cuyos condicionamientos de partida (medios económicos, habilidades negociadoras, etc.) lo limitan a la hora de obtener un acuerdo más ventajoso. Se aduce, en suma, que el acuerdo prematrimonial perjudica al miembro de la pareja “más necesitado de protección” que se identifica, todavía hoy aunque sólo por parte de algunos autores, con la mujer, en una suerte de percepción estereotipada, que siempre la concibe en su papel de esposa y madre, a quien parece quedar reservado el cometido, dentro del matrimonio, del cuidado del hogar y la crianza de los hijos”.

Por lo tanto podemos afirmar que las capitulaciones matrimoniales son el acuerdo mediante el cual los cónyuges o futuros cónyuges establecen su régimen matrimonial, realizan modificaciones en el que ya tienen o constituyen uno nuevo, el cual debe constar en escritura pública, que puede contener otras estipulaciones o disposiciones que tengan su razón de ser por razón del matrimonio, y que no podrán ser contrarias a las Leyes ni a las buenas costumbres ni tampoco limitar los derechos que le correspondan a cada cónyuge.

O como dice CHAPARRO MATAMOROS<sup>4</sup>, “Con la denominación de capitulaciones matrimoniales se alude al negocio jurídico celebrado por los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio (art. 1326 CC), y accesorio a éste, por el que se establece el régimen económico matrimonial que va a regir las relaciones económicas de la familia... Pero, además, pueden los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales para sustituir aquél por otro (ya sea previsto legalmente, o atípico), o modificarlo (art. 1325 CC)... Puede ocurrir que las capitulaciones matrimoniales contengan disposiciones que no revistan naturaleza capitular (art. 1325 CC). Éstas, no obstante lo anterior, serán válidas aun sin concurrir el formalismo previsto en el art. 1327 CC. De la misma forma, la modificación de estas estipulaciones que, contenidas en las capitulaciones matrimoniales, no revistan carácter capitular, no requerirá de escritura pública”.

Esta posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales, con más o menos restricciones siempre ha sido aceptada por el Código Civil, el cual desde su redacción originaria ha reconocido esta facultad.

Hasta la reforma de 1975 su regulación era bastante estricta y se restringía a poder establecer el régimen económico<sup>5</sup> y sin que se pudieran establecerlas ni modificarlas una vez contraído el matrimonio. Posteriormente se presentan modificaciones tendentes a ampliar la libertad de los otorgantes al permitir que las mismas se otorguen, y modifiquen, antes y después del matrimonio y suprimiendo también la referencia a la autoridad marital como uno de los límites que no podían contravenir anteriormente el contenido de las capitulaciones matrimoniales. Luego la reforma de 1981 se amplía el contenido de las mismas y se amplía considerablemente la libertad de pacto.

4 CHAPARRO MATAMOROS, P: “Lección 8”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, p. 143.

5 El art. 1315 del Texto original del Código Civil decía “Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, son otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá que el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales”.

Esta evolución está en sintonía con el modelo europeo y su avance. Como pone de manifiesto CERVILLA GARZÓN<sup>6</sup> los acuerdos matrimoniales son una institución típica y propia del Derecho europeo continental, y la regulación que cada uno de los países tiene es presenta semejanzas entre ellos puesto que todos derivan del modelo francés o alemán.

La citada autora afirma que estos acuerdos van a determinar cuál es el régimen económico del matrimonio y que “no son pactos que estén mirando al momento de la ruptura, aunque los acuerdos que en ellos se alcancen sobre los bienes puedan repercutir, qué duda cabe, en las consecuencias económicas derivadas de la crisis. De entrada, pues, el pacto capitular excluye el acuerdo prematrimonial con previsiones para el caso de ruptura, caracterizándose estos ordenamientos por sentir una cierta repugnancia a su reconocimiento”.

No todos los países tienen establecido un régimen económico matrimonial, así es el caso del Derecho matrimonial de Inglaterra y Gales donde no existe un régimen económico matrimonial como tal. El régimen económico matrimonial español está regulado en el Título III del Libro IV del Código Civil, arts. 1315 al 1444. El primero de ellos establece “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”.

Por tanto el régimen económico del matrimonio será, en primer lugar, el que los cónyuges hayan pactado en capitulaciones matrimoniales, con amplia libertad, respetando solamente la limitación que le impone el precepto, alcanzando tal autonomía no solamente a su elección, sino también como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo<sup>7</sup>, a su cambio o modificación, constituyendo éste, como hemos dicho, el principal objeto de las capitulaciones, aunque como veremos más adelante las mismas pueden contener otros muchos pactos que tengan su razón de ser en el matrimonio.

De esta manera lo expresa SILVIA GASPAS<sup>8</sup> “Como es sabido, uno de los principios básicos que informan el Derecho patrimonial de la familia es el relativo a la autonomía de la voluntad o libertad de estipulación, en cuya virtud los cónyuges pueden ordenar convencionalmente, a través de las denominadas capitulaciones matrimoniales, las relaciones que a partir del matrimonio se establecen entre ellos

6 CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 19.

7 En la STS 17 Julio 1997 “El art. 1315 fija el principio de libertad de estipulación capitular de régimen económico-matrimonial, en relación no sólo a su elección, sino también a su cambio o modificación, incluso durante el momento de vigencia del vínculo conyugal, teniendo únicamente como límite el contenido del art. 1328 CC”.

8 GASPAS LERA, S: “La ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 130, 2007, pp. 325-367.

y frente a terceros. El papel primordial de la autonomía de la voluntad en materia de régimen económico permite afirmar que el llamado régimen legal, más bien puede considerarse subsidiario de ella”.

Aunque esto no siempre ha sido así puesto que el Código Civil, en principio, establecía la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio, pudiendo solamente modificarlas antes de contraerlo, sin que tampoco se pudieran otorgar tras el matrimonio, siendo así las cosas hasta la reforma operada por la Ley de 2 de mayo de 1975.

Tenemos que decir que el número de contrayentes o cónyuges que se decantan por realizar este tipo de acuerdos ha ido en aumento en los últimos años. Como dice anteriormente citada autora “en el siglo pasado la escasez de capitulaciones viniera más marcada en las regiones de Derecho común -inmutabilidad del régimen económico y prohibición de los pactos sucesorios- que en los territorios con Derecho foral propio; en segundo lugar, que la curva descendente del número de capítulos que se pronuncia particularmente a partir de 1947 -cambio de estructura económica familiar rural por otra de corte urbana- afectara particularmente a las regiones forales; en tercer lugar, que el ligero incremento de la frecuencia de las capitulaciones que se observa a partir de 1975 se refiere a los matrimonios sometidos al Derecho común, con el fin de salir de la comunidad y pactar la separación de bienes, por cierto, en no pocas ocasiones como estrategia de compartimentación de la masa común frente a eventuales acreedores de uno de ellos.

El cambio de siglo viene aparejado de un incremento relevante en términos globales -es decir, al margen de diferencias territoriales- del número de capitulaciones matrimoniales, respecto de las que se venían otorgando en los años inmediatamente precedentes. La decisión de las partes de acoger un régimen de separación de bienes, excluyendo el sistema de comunidad que en defecto de pacto se aplicaría automáticamente a la ordenación de su economía, permite explicar fundamentalmente, sin perjuicio de otras razones, el actual papel de la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial de la familia en España”.

Como vemos el Código Civil deja amplio margen a la autonomía de la voluntad para que los cónyuges determinen cual es el régimen económico que ha de regir en su matrimonio, existiendo gran flexibilidad a la hora de una vez elegido el régimen introducir cuantas disposiciones tengan por conveniente, con la única limitación que anteriormente hemos recogido.

Esta libertad llevada al extremo, dejaría al arbitrio de los cónyuges determinadas cuestiones que son básicas para el desarrollo de las relaciones patrimoniales conyugales, y su falta de regulación por los cónyuges dificultaría en extremo el



normal desarrollo de las relaciones económicas de un matrimonio. Para evitar esta situación la Ley prevé unas normas básicas, aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen económico que rija en el mismo.

Este conjunto de normas que rigen cualquier matrimonio, independientemente de su régimen económico, es lo que se conoce con la expresión régimen económico matrimonial primario<sup>9</sup>.

GASPAR<sup>10</sup> lo expresa de la siguiente manera: “La excepción a la libertad de estipulación de los cónyuges viene determinada por las normas que confirman el llamado por la doctrina “régimen económico matrimonial primario”. Se trata de un conjunto de preceptos heterogéneos que constituyen el estatuto jurídico fundamental del matrimonio y que, en esa medida, son punto de referencia obligado cualquiera que sea el sistema económico al que los contrayentes o cónyuges se someten. Dichos preceptos vienen a disciplinar, como regla general, los aspectos siguientes esenciales de toda comunidad de vida matrimonial: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, la responsabilidad de éstos por las deudas que traen causa de dichas cargas y el límite a la libertad de disposición de la vivienda familiar aunque ésta sea de propiedad de uno solo de los cónyuges”.

Estas normas están recogidas en el primer capítulo del título III del Libro IV, titulado “Disposiciones Generales”. Son normas de diversa índole, las cuales no son todas aplicables de manera imperativa a todos los regímenes, existiendo alguna más específica según del que se trate. Ahora bien, además de determinar el régimen económico matrimonial, se prevé la posibilidad de incluir otros aspectos relacionados con el matrimonio.

9 Una definición de régimen económico primario nos lo da BAYO DELGADO, J: “Régimen económico matrimonial primario y terceros. Medidas cautelares en el proceso de familia”, en ROMÁN MORENO, J. R. SAN (Director): “Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 82.

El citado autor expresa “El matrimonio, como institución, produce una serie de efectos obligacionales de contenido económico que se derivan directamente de los arts. 67 y 68 del Código Civil. Podemos decir, aunque con matizadamente, que para esos efectos es indistinto el régimen económico matrimonial, o lo que es lo mismo que son los efectos obligacionales comunes a todos los regímenes. Ese conjunto de obligaciones y derechos constituyen el régimen económico matrimonial primario”.

En palabras de QUINZÁ REDONDO, J: *Régimen Económico Matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 44. “En los ordenamientos jurídicos de derecho civil de la Unión Europea bajo la noción de régimen económico matrimonial primario o derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico se enmarcan una serie de disposiciones legales a las que se encuentran sujetos todos los matrimonios con carácter imperativo y sobre las que se articulan derechos y deberes generales de los cónyuges. Su contenido integrador es esencialmente económico o patrimonial y constituye una cuestión de orden público, pues se aplica con independencia del régimen económico matrimonial secundario, ya sea éste uno pactado por las partes –régimen económico matrimonial pactado– o, en defecto del anterior, uno de naturaleza legal –régimen económico legal–. Además no cabe aquí hacer referencia a la autonomía de voluntad por cuanto el simple hecho de que dos personas contraigan matrimonio provoca la aplicación automática de estas disposiciones, que obligan a los cónyuges de forma imperativa y solidaria”.

10 GASPAR LERA, S: “La ordenación de la economía familiar”, cit.

Cada vez más, son más las parejas que aprovechan el instrumento capitular para incluir toda una serie de pactos que exceden de lo damos en llamar el régimen primario. Estos pactos, que no necesariamente necesitan ser otorgados mediante escritura pública, pueden recoger toda una serie de acuerdos, todos ellos por razón del matrimonio, de materias tanto de carácter personal como patrimonial, cuyo contenido podemos calificar de atípico, y que pueden ser orientadas a la vida conyugal pero también a regular los efectos de una crisis matrimonial.

Esta evolución de los pactos matrimoniales o prematrimoniales, la expresa Leonor Aguilar<sup>11</sup> de la siguiente forma: “La figura de los pactos prematrimoniales está dejando de ser una rara avis en la práctica jurídica de nuestro país. Así lo demuestra la cada vez más abundante jurisprudencia menor, destinada a resolver litigios en los que marido y mujer discuten la validez o se reclaman mutuamente el cumplimiento de este tipo de acuerdos prematrimoniales, generalmente en el curso del pleito de separación o divorcio, y al hilo de la determinación de las medidas definitivas. Se trata, en la mayoría de las ocasiones, de matrimonios formados por personas provenientes de divorcios anteriores que, decididas a contraer nuevo matrimonio, acuerdan pactar anticipadamente y de forma consensuada las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de una eventual y futura ruptura. Los pactos prematrimoniales -en su mayor parte, otorgados ante Notario en la misma escritura de capitulaciones matrimoniales en la que el futuro matrimonio elige el régimen de separación absoluta de bienes- son el instrumento que ofrece a los futuros cónyuges nuestro ordenamiento jurídico para encauzar esta manifestación de autonomía de la voluntad. Con una incipiente regulación positiva de ámbito foral -la reforma de 2010 del Código Civil de Cataluña incorpora la que hasta ahora es la regulación más completa de la figura de los acuerdos prenupciales-, inédita en Derecho civil común, los pactos prematrimoniales plantean numerosas zonas “grises” en cuanto a su admisibilidad, soporte formal y contenido exigible judicialmente, que en gran medida dependen de la percepción y la interpretación que el Tribunal de instancia haga de los pactos prematrimoniales sometidos a su jurisdicción”.

Las razones son varias, entre las que se incluyen: incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar; la responsabilidad profesional de los cónyuges; matrimonios tardíos; familias recompuestas, etc. Todo ello ha llevado a que poco a poco el legislador haya ido introduciendo pinceladas de autonomía que van permitiendo a los esposos configurar los efectos de su matrimonio cada vez con mayor libertad. Siendo a partir de la promulgación de la Constitución Española cuando el ordenamiento jurídico ha sido más proclive al cambio.

---

11 AGUILAR RUIZ, L: “Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR 2013, 331848)”.

De esta manera lo explica MORENO VELASCO<sup>12</sup> “A la hora de buscar un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio debemos partir de los principios y derechos constitucionales, en concreto del principio de libertad y al libre desarrollo de la personalidad prevista en el artículo 10 de la Constitución Española.- La libertad es proclamada constitucionalmente como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico, tal y como prevé el artículo 1 de la Constitución Española. Ello supone que el Estado debe garantizar que los individuos puedan organizar libremente, y según sus intereses, su matrimonio y su familia, aunque, evidentemente, con ciertos límites constituidos por otros principios como el de igualdad, previsto en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española; seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 del texto constitucional; protección a la familia, previsto en el artículo 39.1 de la Carta Magna, y otros de menos calado constitucional, pero de igual importancia práctica, como la protección de los acreedores”.

## 2. Pactos Prematrimoniales.

Como hemos apuntado, los pactos en previsión de una futura crisis matrimonial, son aquellos que se otorgan por los cónyuges antes de contraer matrimonio o durante la vigencia del mismo, pero siempre antes de surgida la crisis matrimonial. En virtud de los mismos los otorgantes pactan una serie de acuerdos por los que se deberá regir la situación creada por esa crisis, previniendo una serie de efectos tanto personales como patrimoniales entre ellos y de sus hijos.

BARRIO GALLARDO<sup>13</sup> señala las ventajas de los pactos prematrimoniales: “La facultad de autorregular las relaciones en estos ámbitos está reconocida inequívocamente tanto por la jurisprudencia (STS del 22 abril de 1997 [R] 3251] y del 21 diciembre de 1998 [R] 9649]) como por la doctrina registral (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado GRN) del 31 marzo de 1995 [R] 2669] y del 1 septiembre de 1998 [R] 6593]). Sustituir y acomodar las consecuencias del divorcio, desplazando las previstas por el legislador, es una de las virtudes del poder privado de reglamentación. La doctrina ha puesto de relieve la ventaja que supone para los cónyuges poder corregir convencional y anticipadamente resultados injustos o no queridos que, en otro caso, vendrían determinados por la ley. Ya no es preciso contender acerca de las medidas definitivas de la crisis porque han sido acordadas de antemano; son los mismos cónyuges y no los jueces, quienes establecen el régimen por el que se gobernará la situación postruptura. Se trata de una alternativa beneficiosa puesto que agiliza los trámites procesales y supone un ahorro no sólo en cuanto al acortamiento de los tiempos, sino también económico al reducirse los costes de litigación.

12 MORENO VELASCO, V: *Autonomía de la voluntad*, cit., p. 12.

13 BARRIO GALLARDO, A: “Pactos en previsión de una ruptura”, cit.

Se dice, además, que prever ex ante las consecuencias del divorcio protege las inversiones o aportaciones realizadas por cada cónyuge al matrimonio (PÉREZ HEREZA, 2012). El hecho de pactar la indemnización por dedicación al trabajo doméstico o al cuidado de los hijos y del hogar es sinónimo de garantía en su percepción, por efecto del *pacta sunt servanda*, frente a una demanda judicial cuyo éxito nunca se puede garantizar. Asimismo, el no tener que contender y demostrar la existencia de desequilibrio patrimonial o la concurrencia de los requisitos legales de un enriquecimiento injusto para exigir el cobro de una pensión, aporta seguridad jurídica frente al desenlace siempre incierto de un pleito matrimonial.

El pacto reduce la imprevisibilidad ante la ausencia de una interpretación judicial uniforme, denunciada por algunos autores (AGUILAR Y HORNERO, 2006) y contribuye a minimizar los efectos perjudiciales de la crisis (económicos, emocionales etc.). Es probable que alcanzar un acuerdo, una vez que ha sobrevenido la ruptura, con los consiguientes sentimientos de rechazo, resulte más complicado. Los reproches constantes obstaculizan una solución consensuada a la crisis. Por el contrario, "un acuerdo de guerra, firmado en tiempos de paz" (ANGUITA, 2009) puede a la postre proporcionar una solución mucho más ponderada y equitativa al conflicto".

En ningún caso se pueden confundir éstos con las capitulaciones matrimoniales. Estos son aquellos que independientemente que se pacten antes (prematrimoniales) o durante (matrimoniales) el matrimonio, su contenido típico es el de establecer las consecuencias de una ruptura ante una eventual crisis matrimonial.

Estos pactos no tienen, en contra de lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales, una larga tradición en nuestro derecho matrimonial, sino que muy al contrario podíamos calificarlos como un tema novedoso.

Nuestro país sigue el fenómeno tendente en Europa durante los últimos años influido por el derecho norteamericano entre otros factores. CERVILLA GARZÓN<sup>14</sup> nos explica cuál ha sido la razón: "Es la sociedad la que demanda un mayor margen de autonomía dentro del Derecho de familia, una de cuyas manifestaciones es el reconocimiento de una parcela de libertad que permita a los futuros contrayentes acordar previsiones para el caso de una hipotética ruptura. Igual que en Europa, esa demanda se presentó en Estado Unidos, y su Derecho, más flexible o receptivo a los cambios, halló la forma de darle salida. Cuando esa demanda tiene lugar en Europa encuentra frente a sí un doble muro: de un lado, la propia estructura del Derecho, menos dúctil al cambio y que, hasta entonces, había manifestado un rechazo, una ignorancia a los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura; de

---

14 CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, cit., p. 24.

otro, las capitulaciones matrimoniales, con un contenido y un régimen jurídico muy definido y consolidado, que parecía era inexpugnable”.

Por lo tanto, pese a lo que pudiera parecer, es en aquellos países donde existía más tradición de capitulaciones matrimoniales, donde más recelo ha existido a la hora de introducir en su ordenamiento jurídico los pactos matrimoniales dada su estructura ya formada y su contenido prefijado.

Otra forma de expresarlo es la que emplea GINÉS CASTELLET<sup>15</sup>: “Cierto es que, desde siempre, se ha respetado un cierto juego de la autonomía privada de los cónyuges a la hora de diseñar las reglas de orden económico que van a regir su vida matrimonial, siendo las capitulaciones matrimoniales el instrumento clásico y básico de canalización de esta acotada libertad contractual. La novedad estriba en la ampliación del campo de acción de la libertad de pacto intraconyugal a terrenos cuyo acceso a la autorregulación estaba, sin lugar a dudas, prohibido o, cuando menos, muy restringido, y uno de estos terrenos es el de la posibilidad de pre-establecer por pacto las consecuencias, de orden económico e, incluso, de otra índole, de la ruptura de una relación matrimonial ya establecida o aún por establecer. Nos referimos, claro está, a los conocidos como pactos prematrimoniales. Advertamos desde ya que no es esta la expresión más completa y correcta, puesto que solo hace mención a una de las posibilidades temporales de celebración de esta suerte de pactos, que, como veremos, pueden ser otorgados antes de las nupcias, pero también después de ellas, esto es durante el matrimonio. A lo que, en todo caso, deben ser previos, so pena de mutar su naturaleza jurídica, es a la crisis matrimonial en cuya eventualidad son otorgados”.

Pero no solamente el derecho norteamericano, como hemos apuntado, pese a su gran influencia, es el único factor que ha incidido en la introducción de los pactos matrimoniales en nuestro derecho patrio. Existen otras muchas causas que han sido decisivas para ello, entre los que podemos citar la secularización del matrimonio, puesto que el cristianismo pugna por un matrimonio único e indisoluble incompatible con la introducción de previsiones para una futura ruptura la cual no se contempla; la introducción de la mujer en el mundo laboral, momento hasta el cual su papel quedaba relegado al cuidado de la casa y los hijos, lo que le privaba de una economía propia, y por lo tanto en la mayoría de los casos no tenía se pactaba un régimen económico que no fuera el legal de gananciales, junto con la autoridad marital existente lo que hacía que no se dieran tampoco otro tipo de pactos de carácter personal; o la introducción del divorcio en 1981, y su gran

15 AÑOVEROS TERRADAS, B. y GINÉS CASTELLET, N.: “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial como mecanismo de prevención y solución de posibles conflictos intraconyugales”, en ABEL LLUCH, X. (Coordinador): *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. Capítulo VI. “Medidas de prevención de conflictos en el ámbito familiar y sucesorio”, José María Bosch Editor, Barcelona, 2014, p. 397.

incremento de número de casos en los últimos años ha contribuido en proliferar los acuerdos matrimoniales, entre otras muchas causas<sup>16</sup>.

A día de hoy con carácter general podemos decir que es unánime su aceptación en España, no siendo tan claros sus límites, o las causas de ineficacia, como veremos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015<sup>17</sup>, confirma la

- 16 En este sentido se pronuncia MORENO VELASCO, V: *Autonomía de la voluntad*, cit., p. 27: “Con la evolución de la sociedad hacia una cultura de independencia personal y patrimonial de los cónyuges, es frecuente encontrarse con modelos matrimoniales en los que son ambos miembros de la pareja los que perciben ingresos. Se percibe una tendencia hacia una independencia económica, y por ende, personal de los cónyuges, si bien, asumiendo conjuntamente las cargas del matrimonio.- A esta independencia económica de los esposos debemos añadir una cultura divorcista que iniciada en el año 1981, ha visto su máxima expresión en la ley 15/2005, de 8 de julio.- La ruptura matrimonial ha dejado de ser algo infrecuente para percibirse socialmente como una posibilidad, y de ahí que se esté observando un interés por regular anticipadamente sus consecuencias.- Proliferan, de esta forma, familias reconstituidas en las que los cónyuges han aprendido de experiencias pasadas y pretenden “asegurarse” de controlar al máximo una eventual ruptura.- Todo ello lleva a la generalización de las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales los cónyuges, o los que van a serlo, acuerdan regirse por el régimen de separación de bienes, o bien deciden pactar aspectos, tanto de su vida matrimonial, como de eventual y futura ruptura”.
- 17 La citada Sentencia afirma la validez de esta clase de pactos: “SEXTO.- Entrando en las concretas cuestiones planteadas debemos declarar, en primer lugar,, que no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos o de renuncia a la ley aplicable, pues lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio, pues ambas partes gozaban de una saneada economía por lo que lo pactado es, como el acuerdo expresa, una renta mensual vitalicia que como pacto atípico tiene perfecto encuadre en el art. 1323 del Código Civil.  
En segundo lugar, los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público, en cuanto se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 del Código Civil.  
En tercer lugar, no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que como acuerdo fue negociado, como se deduce de su posterior modificación y concreción, en cuanto a la fecha de cómputo de la renta, quedando fijada con claridad la condición que provocaría la obligación de pago de la renta vitalicia. Igualmente, no supone promoción de la crisis, pues ninguno de los contrayentes se encontraba en situación económica comprometida, como se deduce de lo declarado probado por la Audiencia Provincial.  
En cuarto lugar, no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior, manteniendo ambos una saneada situación económica, lo que impide limitar los efectos de los pactos que libremente acordaron.  
De los pactos tampoco puede inferirse que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, ni que haya sumido al otro en una clara situación de precariedad que genera la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas.  
Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos (art. 1255 Código Civil).  
No se aprecia que a través de los pactos se haya impuesto una situación de sometimiento a una de las partes, por lo que no se declara infracción del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) ni lesión del derecho a la dignidad (art. 10 de la Constitución) o libertad personal (arts. 17 y 19 de la Constitución).  
En quinto lugar, no podemos analizar si se reúnen los requisitos para fijar o no una pensión, pues no fue eso lo pactado, dado que lo convenido fue una renta vitalicia mensual, que no una pensión compensatoria, por lo que tampoco es de aplicación el art. 97 del Código Civil ni, por la misma razón del art. 100 del Código Civil, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas.  
Sin perjuicio de ello, en cuanto invocada, sí debemos analizar si en aplicación de la doctrina sobre la “cláusula rebus sic stantibus” cabe una moderación de lo pactado.  
Esta Sala, en sentencias de 17 de enero de 2013, recurso 1579 de 2010, 18 de enero de 2013, recurso 1318 de 2011 y 15 de octubre de 2014, recurso 2992 de 2012, exige para la aplicación de la cláusula “rebus”, con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sobrevenida y que concurra aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (art. 9:503 de los Principios Europeos de la Contratación).  
Aplicada la doctrina al caso de autos, hemos de rechazar la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la

validez de este tipo de acuerdos prematrimoniales en previsión de una futura crisis conyugal. En cuanto a las posibles materias a incluir son numerosas y diversas las que se pueden incluir en un pacto de estas características.

### 3. Convenio Regulador.

La concepción del derecho matrimonial tuvo un gran cambio producido por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Hasta la citada Ley el derecho de familia tenía muy limitada, la autonomía de la voluntad, siendo a partir de esta reforma cuando se introduce la figura del convenio regulador, a través del cual se permitió que los cónyuges pudieran regular los efectos derivados de su separación o divorcio.

El Código Civil, hace alusión al mismo en diferentes artículos para exigir su formulación en los procedimientos de separación o de divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno de los cónyuges con consentimiento del otro, tanto cuando existen hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente, decretado judicialmente, o sin la existencia de éstos o siendo mayores de edad, ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario. Sin embargo, no da un concepto del mismo.

Podemos decir, que el convenio regulador es un negocio jurídico<sup>18</sup> de derecho de familia mediante el cual los otorgantes<sup>19</sup> de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro pactan los efectos por los cuales se registrará su nueva situación de separación o divorcio tras la crisis matrimonial.

---

existente al momento de los pactos, por lo que nos lleva a la aplicación del art. 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos".

- 18 Díez-PICAZO, L: "El negocio Jurídico del Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV, 1962, pp. 171 y ss., ya abogaba por esta consideración de negocio jurídico en el derecho de familia cuando ciertos autores seguían afirmando el carácter de derecho público de la materia, cuando decía: "Los negadores de la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en derecho de Familia, se apoyaban en la premisa de que este campo jurídico está dominado por el interés público de cuya tutela se encargan los órganos del estado y los órganos familiares. Los actos familiares de declaración de voluntad serían, según esta opinión, actos de heteronomía y no de autonomía: actos de poder estatal o actos de poder familiar. A nuestro juicio, los actos jurídico-familiares (por ejemplo, matrimonio o adopción), no pueden en rigor llamarse actos estatales. El acto es esencialmente un acto jurídico privado, en el que por razones de orden técnico político (certidumbre, claridad, publicidad, control), se adiciona la intervención estatal, que no traspasa la naturaleza de una solemnidad constitutiva. Reducir a actos de ejercicio de un poder familiar aquellos actos en los que libremente se extinguen, modifican o constituyen relaciones familiares o estados civiles, nos parece equivocado".
- 19 Los otorgantes serán los cónyuges (o los progenitores en caso de medidas de hijo extramatrimonial). En cuanto a la capacidad, como señala PÉREZ GALVÁN, M: "Convenio Regulador", en ROCAS TRÍAS, E: *Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2014, p. 13, deberán de ser mayores de edad, añadiendo "Cuando un contrato, en este caso el convenio, es ratificado ante el juez en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y es aceptada esa ratificación por éste sin observar en la persona que lo ratifica ninguna alteración de su capacidad de comprender el alcance del documento, se presume que la persona que lo otorga tiene capacidad mental para hacerlo", añadiendo que el menor emancipado por razón de matrimonio también puede suscribirlo, pero "para el caso de que deba transigir sobre bienes inmuebles o constituir garantías reales, será necesario la concurrencia de su tutor o, en su caso, del curador". En los incapacitados se estará al grado de incapacidad, que el Ministerio Fiscal y el Juez analizarán caso por caso.

En cuanto a su naturaleza jurídica, comparto la opinión de TORRERO MUÑOZ<sup>20</sup>, en que se trata de un negocio jurídico sui generis, ya que por una parte interviene la autonomía de la voluntad, y de otra, el control judicial<sup>21</sup>. Pues es precisamente esta aprobación judicial<sup>22</sup> lo que le caracteriza y diferencia de otros pactos a los que los cónyuges pueden llegar tanto antes de surgir la crisis matrimonial, como son los pactos prematrimoniales o las capitulaciones, como una vez ya surgida la misma, que dará lugar a los convenios privados no ratificados ante sede judicial. Esta aprobación será necesaria para su eficacia, pero no para su validez, que la tendrá siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la misma.

El art. 90 del Código Civil en su apartado segundo indica “Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. El convenio regulador, expresión de la autonomía de la voluntad de los otorgantes, aprobado judicialmente, formará parte de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, y por tanto, además de desplegar toda su eficacia, gozará de fuerza ejecutiva.

- 
- 20 TORRERO MUÑOZ, M: “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 32.
- 21 Respecto de la naturaleza jurídica DIEZ-PICAZO, L: “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”, en VILADRICH, P. J. (coord.): *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, p. 43. “Por lo que al convenio regulador propiamente se refiere, hay que señalar que el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es consecuencia de un desinterés o abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto. Los que no debe olvidarse... es que la opción aquí no es entre la ley y el negocio, entre la lex publica y la lex privata... Es la elección entre la reglamentación imperativa del Juez y la consentida por las partes. Esto significa ante todo, que el convenio presenta una doble limitación: a) En primer lugar, el convenio es una vía de ejecución de la ley y no de sustitución de la ley. ... b) En segundo lugar, creo que también está en juego, en este lugar, el tema de los límites generales de la autonomía privada, entre los cuales se encuentra la frontera de lo indispensable, por pertenecer a la que le ha llamado, en la técnica del Derecho civil, «el orden público», pues, a mi juicio, orden público y ámbito indisponible son conceptos sinónimos”.
- 22 Como ya hemos adelantado tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha habilitado a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Notarios para conocer de la separación y divorcio de mutuo acuerdo cuando no existan hijos o éstos no sean menores de edad no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, por lo que esa aprobación del convenio deja de ser función exclusiva de los jueces que ahora comparten con los sujetos señalados. Sobre ésta misma reflexión comenta CONDE FUENTES, J: “Aspectos procesales de la separación y divorcio de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia”, en PERALTA CARRASCA, M. (dir.): *Derecho de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 75: “La concepción actual de la institución del matrimonio, tanto en lo que se refiere a sus supervivencia como a su conclusión, se sustentan en la libertad y en la autonomía personal de los cónyuges, sin perjuicio de que el Estado pueda intervenir para controlar las decisiones adoptadas y las medidas que se acompañan. De este modo, el debate suscitado a la hora de legislar en esta materia se ha centrado en si tal control debe atribuirse necesariamente a los órganos jurisdiccionales o si bien puede encomendarse a otros profesionales, como ha hecho la Ley 15/2015 con los Letrados de la Administración de Justicia, en una opción de política legislativa”.



En este sentido, la SAP de Córdoba, de 14 de julio de 2003 recoge “A la luz de esta doctrina, esta misma sección 2ª AP Córdoba Sentencia 24-6-99 (AC 1999\1186) ya declaró que al Convenio Regulador debe reconocérsele un carácter transaccional (ved Sentencia TS 31-1-85 [RJ 1985\210]) que debe someterse a aprobación judicial bien entendido que esa aprobación no le priva del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación de esa autorregulación de los intereses de las partes, limitándose el Juez a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los progenitores o para el hijo. De esta forma podemos definir el Convenio Regulador como una transacción sometida a condición y es precisamente su homologación judicial lo que le dota al convenio regulador de fuerza ejecutiva, circunstancia en la que coinciden tanto el art. 90 Código Civil, como el art. 1816 CC...”.

Para ello, el Juez deberá homologar el mismo, comprobando que no sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges; sin embargo, cuando afecte a los hijos menores de edad deberá aprobar este convenio tras un examen de los principios que aseguran el interés superior del menor. Así de esta manera el Juez se convierte en un garante de los principios constitucionales de igualdad y de protección a los hijos<sup>23</sup>. El convenio regulador deberá respetar los límites que en general el art. 1255 CC impone a la autonomía de la voluntad, no debiendo ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, además de los que hemos señalado que exige el art. 90 del Código Civil, no ser dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Es señalado<sup>24</sup> que “A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos sometidos a la voluntad de las parte, en este ámbito de la regulación de las consecuencias de las rupturas matrimoniales el control judicial se ha impuesto de modo previo. La razón de esta regulación tiene que ver con la existencia de ciertas cuestiones bajo las que subyace un interés público y sobre las que necesariamente se debe producir alguna regulación. Así pues, el control judicial se dirige a verificar que no se deja huérfana de regulación alguna de las materias que la Ley (art. 90 CC) señala como necesaria y que el interés público concurrente no es desprotegido”.

En este punto se deberá tener en cuenta que el convenio puede recoger tanto materias de *ius cogens* como otras de carácter dispositivo. Entre las materias de

23 Para CALAZA LÓPEZ, S: “El proceso consensual de separación y divorcio”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 5, 2009, la función del Juez es: “La labor judicial en materia de pactos, convenios o acuerdos conyugales, tal y como puede fácilmente colegirse de la redacción del precepto recién transcrito, no es, en puridad, de enjuiciamiento, sino de mera vigilancia, supervisión y control de la legalidad. En este sentido, tanto el acuerdo inicialmente propuesto, como el sobrevenido, como consecuencia de una negativa motivada a la aprobación de aquél otro, procederán, en exclusiva, de los cónyuges, quedando limitada, la función del Juez a verificar el equilibrio económico alcanzado en dichos acuerdos y, en su caso, a impedir que uno de los cónyuges o los hijos queden en una situación gravemente perjudicial respecto del otro cónyuge”.

24 ALVÁREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, Mª. A. y SÁNCHEZ MARTÍN, P.: “Las crisis matrimoniales”, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016, p. 201.

derecho necesario se encontrarán aquellas que afecten directamente a los hijos menores de edad, aquí regirá el principio *favor filii*, de modo que el juez deberá determinar de forma especial que estos pactos cumplen con el interés superior del menor. Sin embargo, en aquellas materias de carácter dispositivo, es decir, aquellas materias que no afecten a los menores, y que mayoritariamente tendrán carácter patrimonial, su control se limitará a comprobar que no vulneren los límites generales que hemos expresado, y que no sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

En este sentido podemos citar como ejemplo, el recogido en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo<sup>25</sup>, de 8 de marzo de 2017, con objeto de la interposición de una modificación de medidas, respecto del uso de la vivienda familiar pactado por los cónyuges en convenio regulador<sup>26</sup> siendo éste aprobado por el Juez, y que finalmente fue disputado llegando al Alto Tribunal, que ante los argumentos de la recurrente<sup>27</sup>, se pronuncia en los siguientes términos: “1º. Las sentencias citadas en el motivo, y otras posteriores (entre las más recientes la 117/2017, de 22 de febrero), recogen la siguiente doctrina en la interpretación del art. 96 CC:

“la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

“Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores,

25 STS Sala de lo Civil, N° 168/2017, de 8 de marzo, Recurso N° 117/2006, Ponente José Antonio Seijas Quintana.

26 El pacto recogido en el convenio regulador del que se pretendió la modificación de medias y que finalmente fue objeto del Recurso de Casación al que no referimos reza así: “«el uso del que ha sido domicilio familiar, sito en DIRECCION000, NUM000, UM001 de Pasaia, se atribuye provisionalmente a Dª Rosalía, en tanto en cuanto se le conceda o adjudique una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o de propiedad. En cualquier caso, la Sra. Rosalía abandonará la vivienda que ha sido familiar y propiedad exclusiva del S, Hugo una vez transcurrido el plazo de tres años desde la firma del presente convenio regulador (con independencia de que le hayan entregado la precitada vivienda)»”.

27 Que eran los siguientes: “En la demanda formulada por doña Rosalía se alegaba que se habían alterado las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del convenio regulador porque: a) no se le había concedido una vivienda de protección oficial; b) no dispone de alojamiento en la vivienda de su madre, al tratarse de una vivienda de reducidas dimensiones, en la que habitan en la actualidad, además de su madre, su hermano y su tío y c) se encuentra en situación de desempleo desde el 19 de junio de 2012. El juzgado estimó la demanda y dejó a doña Rosalía el uso y disfrute del domicilio familiar hasta el momento de la mayoría de edad del hijo, o de su emancipación económica. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocó la del juzgado y desestimó la demanda porque no habían variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que fue suscrito el convenio regulador”.  
Siendo el motivo de casación: “Único.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, por aplicación indebida, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2011 (*unificación de doctrina*), 14 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011”.

que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”.

Por tanto, incluso en materias dispositivas como lo es la atribución del uso de la vivienda, que admite el pacto de los progenitores, debe ser sometido al control judicial para determinar que no vulnera el interés del menor. Si no cumple los requisitos exigidos o es perjudicial podrá rechazarlo y denegar su aprobación, pudiendo ésta ser total o parcial respecto de las cláusulas afectadas. Sucediendo la denegación de la aprobación del convenio el art. 777.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone “Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesto o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente”.

Por su parte, tras las novedades introducidas en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, por la que se regula que la separación o el divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad saca del ámbito judicial estos procedimientos facultando al Secretario Judicial y al Notario para ser quien esté al frente de estos procedimientos, siendo por ende quienes tendrán ejercitar el control del convenio regulador y su aprobación. Así el apartado 10 del citado art. 777 de la L.E.C., al igual que el art. 90 del CC, prevé “Si la competencia fuera del Secretario judicial por no existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Secretario judicial, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador: El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges. Si considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento. En este caso, los cónyuges podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”.

Por tanto, se prevé que el Secretario Judicial, a día de hoy Letrado de la Administración de Justicia, o el Notario quien lleve a cabo esta tarea, como hemos dicho, de control y aprobación del convenio presentado por las partes. Lo que no podrán hacer ni el Secretario Judicial ni el Notario es, una vez denegada la homologación del convenio, dictar las reglas que deben sustituir a las consensuadas

por los cónyuges, sino que deberán dar por terminado el procedimiento y acudir los interesados al Juez para que sea éste quien tome la decisión final de aprobar el convenio, indicar a los cónyuges cuales son las cláusulas que deben modificar concediéndoles el plazo preceptivo para ello, o finalmente ser quien fije las medidas que deben de regir tras la separación o el divorcio.

#### 4. Convenio no aprobado judicialmente.

Finalmente, y de forma muy breve, tenemos que señalar como otra figura en la que tiene cabida la autonomía de la voluntad de los cónyuges o pareja el convenio no aprobado judicialmente.

Como acabamos de ver, el convenio regulador para que despliegue toda su eficacia deberá ser aprobado judicialmente, o en su caso notarialmente, tras la comprobación de la comprobación que no es gravemente perjudicial para uno de los otorgantes, o si hay hijos menores de edad que se cumple con el principio de interés superior del menor.

Un convenio no aprobado judicialmente, sin embargo, no significa que no pueda ser válido. Éste lo será siempre que cumpla con los requisitos exigidos y no vulnere ninguno de los límites impuestos por las leyes o la Constitución. Sí que es cierto que su eficacia es más reducida que el anterior, y quedará circunscrita a las partes firmantes.

La finalidad de esta figura es la misma que en convenio regulador, es decir, ante la nueva situación de crisis producida entre los otorgantes, regular los efectos de ésta, las relaciones entre ellos, y de éstos con sus hijos; o la modificación de las medidas que ya rigen. El momento temporal de otorgarlo es también una vez surgida la crisis matrimonial, diferenciándose como hemos reiterado del convenio regulador solamente por su falta de aprobación judicial. Esta puede darse fundamentalmente por tres motivos, el primero porque no ha pasado el filtro judicial; el segundo porque una vez presentado junto con la demanda de mutuo acuerdo, uno o ambos cónyuges no lo ratifican; y finalmente, porque el mismo se ha firmado en el seno de una separación o hecho, o existiendo ya unas medidas acordadas judicialmente, los interesados deciden de forma privada modificar alguna sin llegar a presentarlo judicialmente.

Para terminar, resaltar que, aunque su finalidad es la misma que la de un pacto prematrimonial, regular los efectos de la ruptura o separación, se diferencia de éste por el momento de su otorgación, dado que éste último se plasmará bien antes de contraer matrimonio o con posterioridad, pero siempre antes de surgida la crisis matrimonial.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L: "Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR 2013, 331848)".

ALVÁREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M<sup>a</sup>. A. y SÁNCHEZ MARTÍN, P.: "Las crisis matrimoniales", Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 2016.

AÑOVEROS TERRADAS, B., GINÉS CASTELLET, N.: "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial como mecanismo de prevención y solución de posibles conflictos intraconyugales", en ABEL LLUCH, X. (Coordinador): *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. Capítulo VI. "Medidas de prevención de conflictos en el ámbito familiar y sucesorio", José María Bosch Editor, Barcelona, 2014.

BARRIO GALLARDO, A: "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 13, núm. 46, 2016.

BAYO DELGADO, J: "Régimen económico matrimonial primario y terceros. Medidas cautelares en el proceso de familia", en ROMÁN MORENO, J.R. SAN (Director): "Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

CALAZA LÓPEZ, S: "El proceso consensual de separación y divorcio", *Revista de Derecho UNED*, núm. 5, 2009.

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Lección 8", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Derecho Civil IV, Derecho de Familia*.

CONDE FUENTES, J: "Aspectos procesales de la separación y divorcio de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia", en PERALTA CARRASCA, M. (dir.): *Derecho de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Dykinson, Madrid, 2017.

DÍEZ-PICAZO, L:

- "El negocio Jurídico del Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV, 1962.

- “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”, en VILADRICH, P. J. (coord.): *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, Segunda ponencia. Las relaciones económicas en la crisis familiar, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán a Tossa de Mar, Documenta Universitaria, Girona, 2005.

GASPAR LERA, S: “La ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 130, 2007.

MORENO VELASCO, V: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2013.

QUINZÁ REDONDO, J: *Régimen Económico Matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PÉREZ GALVÁN, M: “Convenio Regulador”, en ROCAS TRÍAS, E: *Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2014.

TORRERO MUÑOZ, M: “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.