

MEMENTO

EXPERTO
FRANCIS LEFEBVRE

Crisis Matrimoniales

5ª Edición

Fecha de edición: 25 de junio de 2021



Esta es una obra colectiva,
realizada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

Coordinadora:

Encarnación ROCA TRÍAS

Magistrada del Tribunal Constitucional. Catedrática de Derecho Civil

Autores:

María PÉREZ GALVÁN

Abogado de familia

Capítulo 1

Encarnación ROCA TRÍAS

Magistrada del Tribunal Constitucional. Catedrática de Derecho civil

Capítulo 2

Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

Letrada del Tribunal Constitucional. Profesora Titular de Derecho civil (Universidad Autónoma de Madrid)

Capítulo 3

Marta SÁNCHEZ ALONSO

Magistrada. Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid

Capítulos 4 y 5

Pascual ORTUÑO MUÑOZ

Magistrado. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª

Capítulo 6

Alejandro José GALÁN RODRÍGUEZ

Magistrado. Titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 10 de Madrid

Capítulo 7

Joaquín BAYO DELGADO

Abogado. Ex Magistrado Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª

Capítulos 8 y 9

Colaboraron en ediciones anteriores: Mercedes Caso Señal y Camino Serrano Fernández.

© Francis Lefebvre

Lefebvre-El Derecho, S. A.

Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00

clientes@lefebvre.es

www.efl.es

Precio: 49,92 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-18405-96-9

Depósito legal: M-22154-2021

Impreso en España

por Printing'94

Paseo de la Castellana, 93, 2º - 28046 Madrid

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



Plan general

	<u>Nº marginal</u>
Capítulo 1. Convenio regulador	300
Capítulo 2. Procedimiento	700
Capítulo 3. Medidas en relación con los hijos.....	1300
Capítulo 4. Atribución del uso de la vivienda familiar	2200
Capítulo 5. Prestación compensatoria.....	2700
Capítulo 6. Mediación.....	3200
Capítulo 7. Competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer	4000
Capítulo 8. Derecho interterritorial.....	4600
Capítulo 9. Derecho internacional.....	4800
Anexos	6000
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética	655

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCC	Código Civil de Cataluña
CCom	Código de Comercio
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón (DLeg Aragón 1/2011)
CE	Comunidad Europea
Circ	Circular
Const	Constitución española
CP	Código Penal (LO 10/1995)
D	Decreto
DF	Decreto Foral
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Dict	Dictamen
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.derog.	disposición derogatoria
disp.trans.	disposición transitoria
DLeg	Decreto legislativo
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
Instr	Instrucción
IRPF	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
ITP y AJD	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
L	Ley
LAU	Ley de arrendamientos urbanos (L 29/1994)
LEC	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
LH	Ley hipotecaria (D 8-2-1946)
LO	Ley orgánica
LOPJ	Ley orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
LRC	Ley del Registro Civil (L 8-6-1957)
OM	Orden ministerial
RD	Real decreto
RDL	Real decreto ley
RDLeg	Real decreto legislativo
Rec	Recurso
Resol	Resolución
RH	Reglamento hipotecario (D 14-2-1947)
RN	Reglamento notarial (D 2-6-1944)
RRC	Reglamento del Registro Civil (D 14-11-1958)
TCo	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO 1

Convenio regulador

A.	Consideraciones previas.....	305	300
B.	Regulación legal.....	308	
C.	Naturaleza jurídica.....	312	
D.	Características.....	315	
E.	Elementos personales.....	330	
F.	Forma.....	350	
G.	Estructura.....	365	
H.	Contenido mínimo.....	385	
I.	Medidas que configuran necesariamente el convenio.....	395	
J.	Otros pactos.....	610	
K.	Vigencia del convenio y entrada en vigor.....	625	
L.	Ratificación judicial.....	630	
M.	Homologación.....	635	
N.	Plasmación del convenio regulador en la sentencia.....	658	
O.	Inscripción en el Registro de la Propiedad y/o Mercantil.....	665	
P.	Conveniencia o no de mantener el convenio de separación en la solicitud de divorcio.....	684	
Q.	Incumplimiento.....	686	
R.	Modificación.....	688	

A. Consideraciones previas

El convenio regulador es un **contrato** por el que las partes intervinientes, establecen los **acuerdos** que van a regir las futuras relaciones económicas y las relativas a los hijos comunes, en los casos de nulidad, separación, divorcio y en los ulteriores procedimientos de modificación de medidas. Es una manifestación de la **libre autonomía de la voluntad de las partes** y se aplica a los hijos habidos de toda relación matrimonial y no matrimonial.

La **presentación** del convenio regulador es obligatoria cuando la nulidad, la separación, el divorcio o la regulación de hijos menores, se va a tramitar de **mutuo acuerdo**, y debe ser aportado con la demanda [CC art.82 y 86; LEC art.777.2]. Su complejidad o no, depende de las cuestiones objeto de regulación y del hecho de basarse en el acuerdo alcanzado por las partes, previo **asesoramiento y negociación** dirigida por abogado, siendo necesaria la **aprobación judicial** [CC art.90; LEC art.777.4 s.).

[Precisiones] 1) La L 15/2015, de jurisdicción voluntaria, en relación a las separaciones y divorcios en los casos de **mutuo acuerdo e inexistencia de hijos menores** o con medidas de apoyo adoptadas por resolución judicial, permite a los ciudadanos acudir al juzgado o al notario, según entiendan más conveniente para sus intereses [L 15/2015 disp.final primera, que modifica el Código Civil en esta materia].

2) Esta posibilidad de acudir al **notario**, ya fue prevista en L Cataluña 25/2010, para los **pactos en previsión de una ruptura matrimonial**, señalando en su Exposición de Motivos que entre sus requisitos destacan la posibilidad de adoptarlos en una escritura que no sea capitular y el papel capital que se atribuye al notario que autoriza la escritura, para garantizar que los pactos, particularmente de renuncia, han sido de suficiente información sobre las respectivas situaciones patrimoniales y expectativas económicas.

3) El **divorcio notarial** solo cabe en España si el matrimonio ha durado al menos 3 meses, los cónyuges no tienen hijos menores de edad no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, y exige además la formulación de un convenio regulador. Se prevé además que los cónyuges han de intervenir en el otorgamiento de escritura pública de manera personal, que han de estar asistidos por letrado y que es necesario que los hijos mayores de edad o menores emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar presten su consentimiento respecto de las medidas que les afecten [CC art.81, 82 y 87; LN art.54.1 redacc L 8/2021 -con efectos 3-9-2021-].

305

4) El profundo cambio de modelo social y matrimonial que se viene experimentando, que obliga a interpretar las normas conforme al mismo (CC art.3.1), aconseja un sistema menos encorsetado que ofrezca mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la **libertad de pacto** entre cónyuges proclamada en el CC art.1255, que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales previos de la crisis conyugal en el CCC art.231-19, y la tuvo en la L.C. Valenciana 10/2007 art.25, declarada inconstitucional por razones de competencia (TS 24-6-15, EDJ 112273; 19-10-15, EDJ 182103; 15-10-18, EDJ 601790).

B. Regulación legal

(CC art.82; LEC art.777)

308 Los cónyuges pueden acordar su **separación de mutuo acuerdo** transcurridos 3 meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el CC art.90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario. Igualmente, los **hijos mayores o menores emancipados** deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

No se aplica lo aquí dispuesto cuando existan hijos en la situación a la que se refiere el CC art.81, esto es, hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente **medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores** (CC art.82 redacc L 8/2021 –con efectos 3-9-2021–).

Se establece la **obligatoriedad de presentar la propuesta** de convenio regulador con la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo. Ambos cónyuges deben finalmente coincidir en los acuerdos que lo forman, **aceptando todas las cláusulas** plasmadas en virtud de la autonomía de la voluntad. En él se regulan las relaciones futuras de las partes y adquiere plena **eficacia** al aprobarlo el juez, previa ratificación por las mismas.

La LEC y el CC refieren en su articulado, tanto «propuesta de convenio regulador» como simplemente «convenio regulador». Así, la LEC art.777 aptdo 2, 4, 7, 8, hablan de «propuesta de convenio regulador» o del «convenio regulador propuesto», y en los apartados 5 y 6 se refieren al «**convenio**» o «convenio regulador» sin más. A la demanda se acompañará una **propuesta de convenio regulador** redactada conforme al CC art.90 (CC art.81 párr 1º). Este precepto no menciona el término «propuesta», solo se refiere al contenido de «el convenio regulador». También en el Código Civil se habla indistintamente de «convenio regulador» (CC art.92.4), y de «propuesta de convenio regulador» (CC art.92.5).

Se pueden utilizar **indistintamente** ambos términos.

309

Precisiones 1) Esta obligación es recogida también por las normas civiles autonómicas:

- En **Aragón** (DLeg Aragón 1/2011, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón –en adelante, CDFA–), se contempla el **pacto de relaciones familiares** que los padres pueden otorgar en caso de ruptura de su convivencia, pacto, que igual que en el caso de la Comunidad Valenciana, tiene un contenido similar al del convenio regulador previsto en el derecho común (CDFA art.77).
- En **Cataluña**, se dispone la obligatoriedad de acompañar al escrito inicial un convenio regulador, cuando se pretenda **instar de mutuo acuerdo** el divorcio, la separación judicial o la adopción o modificación de medidas reguladoras de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, o si lo hace uno con el consentimiento del otro (CCC art.233-2).

Se habla solo de «convenio regulador» en CCC art.233-2, 233-3, 233-4, sin embargo, en CCC art.233-5, referente a los **pactos fuera de convenio regulador**, se dispone que los pactos que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges.

- En la **Comunidad Valenciana**, se hacía referencia a un **pacto de convivencia familiar**, que se asemejaba en su contenido a un convenio regulador [L.C.Valenciana 5/2011 art.4, declarado inconstitucional por TCo 192/2016: el recuso se basa en la creencia de que dicha ley invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil derivada de Const art.149.1.8 y, singularmente, la doctrina establecida en TCo 121/1992, que limita el ámbito de la competencia asumible por la Comunidad Valenciana en la materia al Derecho consuetudinario].

- En **País Vasco**, se contempla la posibilidad de **pactos en previsión de ruptura de la convivencia**, que tendrán, en todo o en parte, el contenido previsto para el convenio regulador [L.País Vasco 7/2015 art.4 y 5]. Asimismo, se habla tanto de «propuesta de convenio regulador», como de «convenio regulador» [L.País Vasco 7/2015 art.5.1 y 2]. También se planteó **cuestión de constitucionalidad** por L.País Vasco 7/2015 art.11.3, 4 y 5, que resultó finalmente inadmitida por inadecuada formulación del juicio de relevancia [TCo 77/2018].

2) La terminología utilizada puede tener una extraordinaria importancia, dado que si se utiliza la frase «Propuesta de convenio regulador...» se está sometiendo la **validez y eficacia** de todas las cláusulas que se contienen en aquel a la **condición suspensiva de aprobación judicial**, y si esto no llega a producirse, bien por no colaborar las partes a ello –negativa de ratificación, no acompañar los documentos solicitados por el tribunal o por el Ministerio Fiscal, etc.– o por no aprobación judicial de alguna de las cláusulas, seguido de un **desistimiento de las partes**, en puridad, la totalidad del convenio no tiene ninguna eficacia, puesto que no se ha cumplido la condición exigida.

En cambio si se utiliza la frase «convenio regulador», su eficacia será más amplia, puesto que podrá ser utilizado en un **procedimiento consensual** o, en caso de no ser posible, en uno **contencioso**, e incluso pedir el cumplimiento de algunas cláusulas en un procedimiento ordinario, dado que las partes no ponen **ninguna condición a la validez del convenio**, sirviendo para regular tanto la separación de hecho como la judicial [Pérez Martín, «Pactos prematrimoniales, capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, procedimiento consensual», 2009].

3) Los efectos de la separación o el divorcio de mutuo acuerdo cuando este se realice ante notario, se producirán desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el CC art.82 [CC art.83].

4) Por L 8/2021 se han modificado LEC art.777.5, 8 y 10 para adaptarlos a la nueva regulación sobre las **personas con discapacidad**, en vigor a partir del 3-9-2021.

C. Naturaleza jurídica

La jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció en los años 90 que, en principio, el convenio regulador debe ser considerado como un **negocio jurídico de derecho de familia**, expresión del principio de autonomía privada que puede contener tanto pactos típicos como atípicos [TS 12-3-19, EDJ 524670] y que, como tal convenio regulador, requiere la **aprobación judicial**, como «conditio iuris», determinante de su eficacia jurídica. Así lo entendió la sentencia TS 22-4-97, EDJ 2156, que sirve de fundamentación hoy a las audiencias provinciales, y que distingue tres **supuestos** diferentes, que han sido nuevamente confirmados por el Tribunal Supremo [TS 31-3-11, EDJ 51243; 4-11-11, EDJ 251307; 20-11-12, EDJ 258966; 19-10-15, EDJ 182103; 15-10-18, EDJ 601790]:

En primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un **negocio jurídico** de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la **eficacia procesal** que ello conlleva; en tercer lugar, el **convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente** tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el CC art.90.

El Tribunal Supremo declara expresamente que, «se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las **relaciones económicas entre los cónyuges**, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial» [TS 25-6-87].

Añade que «la **aprobación judicial del convenio regulador** no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes» [TS 26-1-93, EDJ 509].

La sentencia de referencia complementó lo anterior señalando que, «la naturaleza de los convenios reguladores viene representada por constituir un **efectivo negocio de naturaleza mixta**, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la **voluntad de los otorgantes** que se expresa en el acto material de llevar a cabo la división y adjudicación del haber ganancial (TS 10-12-03, EDJ 174027).

Precisiones 1) Siguiendo la anterior línea jurisprudencial, en la actualidad, prevalece la concepción del convenio como un **negocio jurídico de Derecho de Familia**, aun cuando esta conceptualización no figura en nuestro ordenamiento, y ha de deducirse del conjunto de sus normas, añadiendo que «estamos ante un negocio jurídico de **naturaleza contractual**, y de ahí la posibilidad de lograr la **nulidad de los acuerdos** por las mismas causas que anulan los contratos, y en un **proceso declarativo ordinario**, cuando estos pactos sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público, conforme a la teoría general de los contratos» (Pilar González Vicente).

2) La L 15/2015, de jurisdicción voluntaria, no cambia la naturaleza jurídica del convenio regulador, pero introduce la posibilidad de que los cónyuges puedan tramitar la separación o el divorcio de su matrimonio de mutuo acuerdo si no existen hijos menores o con medidas de apoyo adoptadas judicialmente, mediante la formulación de un **convenio regulador en escritura pública**, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la ruptura en los términos establecidos en el CC art.90, por lo que la aprobación judicial deja de ser *conditio iuris* única para su eficacia jurídica, pudiendo desplegar los mismos efectos realizándose en escritura pública.

D. Características

315 Negocio jurídico En cuanto al contenido de este acuerdo, es la **voluntad de las partes**, con el debido asesoramiento por abogado, la que da lugar a dicho acto, y el juez, si procede, la respetará.

La **homologación del convenio**, es decir, su aprobación judicial, tiene como función velar por los intereses de los menores y los derechos y deberes de las partes de ahí que se excluya la opción de acudir a la vía notarial en caso de existir hijos menores o con medidas de apoyo adoptadas judicialmente.

Precisiones 1) La condición de negocio jurídico se recuerda en TS 22-4-97, EDJ 2156 (nº 312).

2) Es jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que el convenio regulador constituye un negocio jurídico de Derecho de Familia que precisa de la **autorización judicial** como *conditio iuris* determinante de su fuerza ejecutiva al incorporarse a la sentencia; ahora bien, la falta de aprobación judicial no le priva de validez, pues tendrá la propia de los negocios jurídicos (TS 7-11-18, EDJ 628884; 12-11-20 EDJ 715650).

317 Carácter mixto Por intervenir los particulares y la autoridad judicial o notarial y **contractual**, siéndole aplicable las normas relativas a los contratos (CC art.1254 s.).

319 Ausencia de carácter transaccional En un convenio regulador, las partes **no** tienen que hacerse **prestaciones o concesiones recíprocas**. Tampoco es necesario que las **cargas** sean equivalentes, puesto que una de las partes podría, dentro de los límites de la ley, contraer cargas mucho más pesadas que el otro.

Las **cuestiones relacionadas con los hijos** como la guarda y custodia, el ejercicio de la patria potestad o la obligación de prestar alimentos, no pueden ser objeto de transacción y, por ello, debe intervenir el Ministerio Fiscal (LEC art.777.5; L 50/1981 art.3.7).

Precisiones 1) El negocio jurídico que representa el convenio regulador no es propia transacción, pues **las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad** y aceptan transformar sus cuotas (participaciones abstractas) en titularidades concretas sobre objetos singulares por propias conveniencias (TS 8-3-95, EDJ 585; 10-12-03, EDJ 174027).

2) De acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, el convenio regular puede contener tanto **pactos típicos** como **atípicos**. Ahora bien, la autonomía de la voluntad tiene un **límite** que establece el CC art.1255: la ley, la moral y el orden público (TS 12-3-19, EDJ 524670; 4-11-11, EDJ 251307).

Causa específica (CC art.90 párr 2º) La causa debe ser el **interés superior de los menores**, cuando los hay, y buscar lo más justo y equitativo para las partes. Los **acuerdos de los cónyuges**, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán **aprobados por el juez**, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. **322**

Precisiones 1) Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el CC art.1814, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del **derecho del menor a la pensión de alimentos**, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores (TS 15-10-18, EDJ 601790).

2) En nuestra opinión, en estos supuestos, se priva a las partes que se separan o divorcian ante notario del **control jurisdiccional** de esos pactos que puedan resultar perjudiciales o dañosos para una de las partes, y que se acuerden pactos que no puedan ejecutarse en su caso.

En algunas **normas autonómicas**, como la catalana, el legislador no ha querido amparar a los cónyuges en su regulación, previéndose solo la posibilidad de no aprobar las cláusulas que sean perjudiciales para los hijos menores.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha establecido que no queda limitado a lo que resulte perjudicial para los hijos, sino que alcanza también a los **pactos contrarios a la ley, a la moral o al orden público** (TSJ Cataluña 10-9-10, EDJ 284934).

3) Cuando no existiendo hijos menores, los cónyuges formalicen los acuerdos ante notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser **dañoso o gravemente perjudicial** para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (CC art.90.2, tercer párrafo). Cobra mucha importancia el buen asesoramiento previo de las partes por el abogado especializado en Derecho de familia.

Modificación del convenio regulador (CC art.90) Puede ser solicitada su modificación **en cualquier momento**, sobre todo, si su ejecución pudiera perjudicar al menor o si se alteran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta en su día (nº 688). **324**

Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser **modificadas judicialmente** o por **nuevo convenio** cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, mediante el correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

Precisiones 1) Las medidas que hubieran sido convenidas en escritura pública podrán ser modificadas por un **nuevo acuerdo**, sujeto a los mismos requisitos exigidos en el CC formalizado en escritura pública o aprobado judicialmente (CC art.90.3).

2) El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que **hayan variado sustancialmente las circunstancias** tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas (LEC art.775.1 redacc L 8/2021).

Revocabilidad del acuerdo Las partes pueden **retractarse** antes de presentar la demanda o, incluso, ya presentada en el momento en que el juez los cite para su ratificación. No hay que olvidar que aunque el convenio regulador **no haya sido ratificado**, las medidas acordadas sobre las cuestiones de las que pueden disponer libremente, tendrán plena eficacia en virtud de la teoría de los contratos y obligaciones (nº 648 s.). **326**

Precisiones 1) Se viene valorando por las audiencias provinciales **lo pactado inicialmente sobre cuestiones relativas a los hijos**, como es el caso del establecimiento de la guarda y custodia pues, aunque después no fuera ratificado por uno de los progenitores, revela que realmente, valoraron como beneficioso para los menores un tipo de custodia concreto, sobre todo en el caso de las custodias compartidas que luego no llegan a ratificarse por disconformidades económicas fundamentalmente (AP Araba 27-10-14, EDJ 230518).

2) El Tribunal Supremo afirma que el convenio regulador no ratificado, mientras no se acepte por las partes, solo es un **elemento de negociación**, sin que de ello puedan derivar-

se **consecuencias perjudiciales** para quien no lo firmó (CC art.1261) (TS 9-9-15, EDJ 152903).

En este caso se acordó una custodia monoparental en convenio, aunque con un reparto de tiempos muy similar al de una compartida, por lo que, al valorar el resto de pruebas, se acordó la compartida por ser favorable al interés del menor.

3) Posteriormente, el TS mantiene que la falta de ratificación de un convenio regulador, y por ende de homologación, le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde **eficacia procesal** como negocio jurídico. Se trata de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el CC art.1091. No es posible negarle su naturaleza de negocio jurídico familiar como expresión del principio de la autonomía de la voluntad (TS 7-11-2018, EDJ 628884).

E. Elementos personales

- 330** El convenio regulador solo puede ser otorgado por los **cónyuges** que pretendan regular los efectos de su separación o divorcio de mutuo acuerdo (CC art.81, 86 y 90). También pueden otorgarlo los componentes de una pareja con hijos que, tras la ruptura, quieran regular las relaciones futuras de los **hijos menores** nacidos durante la relación de pareja, tanto si esta ha sido de hecho, como si el hijo es fruto de una relación más o menos duradera. En definitiva, para la regulación de los efectos de todo hijo menor no matrimonial (LEC art.770.6ª).

[Precisiones] **1)** No se exige **consentimiento** ni **asentimiento** de los hijos ni mayores ni menores de edad en vía judicial. Los **intereses de los menores de edad e hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores** están salvaguardados por la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal que debe emitir informe favorable antes de homologarse judicialmente el convenio. La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio solo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o en aras de la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de los hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, por el **Ministerio Fiscal** (LEC art.775.5 redacc L 8/2021).

2) Cuando los cónyuges formalicen los acuerdos ante notario, los **hijos mayores o menores emancipados** deberán otorgar el consentimiento ante el mismo respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar (CC art.82.1 párrafo 2º).

3) Las partes pueden proponer un **régimen de visitas** o de comunicación y estancias de los hijos menores con sus abuelos. En estos casos, no suelen figurar como firmantes del convenio en cuestión, pero sí a la hora de ser aprobado judicialmente, el juez deberá darles **audiencia** y en ese momento deberán prestar su consentimiento a tal fin (CC art.90 párr 2º). Por analogía, se podría aplicar también a **terceras personas** vinculadas a la familia. Esto se contempla también en algunas leyes autonómicas, como la L País Vasco 7/2015 art.5.11.

1. Capacidad y legitimación

- 332** Los **cónyuges o miembros de la pareja** que sean mayores de edad están legitimados para suscribir el convenio regulador.

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 este 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.

Dicha presunción también es recogida en el Código de Derecho Foral de **Aragón** al indicar que la capacidad de la persona que ha cumplido los 14 años y no ha sido incapacitada se presume siempre (CDFA art.34).

También tendrá capacidad para suscribirlo el **menor emancipado por matrimonio**. Para el caso que deba transigir sobre bienes inmuebles o constituir garantías reales, será necesario la concurrencia de su tutor o, en su caso, del curador (CC art.323).

[Precisiones] El notario controlará la **capacidad de los otorgantes** del convenio en su caso.

Personas con discapacidad y con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica 334

[L 8/2021 –con efectos 3-9-2021–] La nueva regulación viene impuesta por la necesidad de adaptar la legislación civil y procesal a la Convención Nueva York 13-12-2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad; tratado internacional que entró en vigor de forma general en España el 3-5-2008.

La **capacidad jurídica** abarca tanto la facultad de ser titular de derechos como la legitimación para ejercitarlos. Desaparece así la distinción tan enraizada en Derecho entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Lo que hasta la fecha conocíamos como «**capacidad de obrar**» se asimila al ejercicio de la capacidad jurídica –intrínseca a toda persona–, que debe garantizarse mediante los **apoyos necesarios** cuando la persona necesita ayuda y no puede bastarse por sí misma para desenvolverse en algún ámbito de la vida civil.

El Comité de seguimiento de la Convención ha hecho hincapié varias veces en el **incumplimiento** del Estado español respecto del mandato contenido en la Convención Nueva York 13-12-2006 art.12, entendiendo que el régimen tradicional de tutela y de incapacitación, concebido para proteger a la persona, entraña una **sustitución de su voluntad** incompatible con el reconocimiento de su capacidad jurídica. Consecuentemente, la L 8/2021 elimina el estado civil de **incapacitación**, equiparable a una «muerte civil» del individuo. Es importante reseñar que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica solo buscan empoderar a la persona, disponiendo el último inciso del CC art.269 redacc L 8/2021 que en ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos.

La **resolución judicial de provisión de apoyos** no es una resolución de privación de la capacidad, ni tan siquiera de «modificación de la capacidad», pues la capacidad no se restringe ni admite modulaciones. No existe ya un procedimiento judicial de modificación de la capacidad. Desaparece en este sentido la referencia que hacía el CC art.1263 a la imposibilidad de prestar consentimiento por parte de quien tuviera modificada judicialmente la capacidad; este precepto no recoge ya ningún tipo de restricción a la hora de que las **personas con discapacidad puedan contratar**.

Al quedar circunscrita la **tutela** solo para proteger al menor de edad no emancipado, no sujeto a patria potestad o en situación de desamparo [CC art.199 redacc L 8/2021], se limita con la nueva regulación cualquier atisbo de considerar asimilable la situación de la persona con discapacidad mayor de edad a la del menor de edad, connotación que era inherente a las figuras de la **patria potestad prorrogada o rehabilitada** –asimilables a la tutela–, que desaparecen también de nuestro Derecho civil.

Se puede hablar del «interés superior del menor» como factor a tener en cuenta para la adopción de medidas que puedan concernir a este, pero no así del «interés superior» de la persona con discapacidad, ya que cualquier medida de provisión de apoyos ha de atender siempre a la **voluntad, deseos y preferencias** de la persona, y solo en casos excepcionales, cuando sea imposible la manifestación de esa «voluntad, deseos y preferencias», y las medidas de apoyo incluyan facultades representativas, deberá tenerse en cuenta «la **trayectoria vital** de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación», según el CC art.249.

2. Vicios de la voluntad

Un elemento indispensable para que exista acto o negocio jurídico es la declaración de voluntad. Debe estar exenta de vicios para ser válida. La voluntad, tanto en su formación, como en su exteriorización, debe ser **seria, consciente** y estar **libremente emitida**.

En sentido lato, existe vicio de la voluntad negocial cuando esta se ha **formado defectuosamente**. En sentido estricto, se entiende por vicios de la voluntad aquellos defectos que hacen **anulable** la declaración de esta, excluyéndose las anomalías afectantes a la voluntad que hacen que no exista. Estos vicios pueden estar cau-

sados por la falta de conocimiento, espontánea o provocada (error, dolo), o por la falta de libertad, física o moral (violencia, intimidación).

338 Aplicación analógica de la normativa contractual El Código Civil no contiene un tratamiento de los vicios de la voluntad en general, sino disposiciones sobre los requisitos y vicios de algunos negocios en particular –matrimonio (CC art.73), testamento (CC art.673), contratos (CC art.1265)–. No se recoge entre su articulado una norma que se refiera a los vicios de la voluntad a la hora de firmar un convenio regulador.

La doctrina ha salvado esta carencia con base en la aplicación analógica de los preceptos establecidos para los contratos, por su **carácter contractual** (CC art.1263 a 1279 y 1300 a 1314).

Siendo el **consentimiento** uno de los requisitos esenciales para que pueda existir el contrato, como manifestación libre de la voluntad, para ser **válido**, ha de suponer la equivalencia entre lo querido y lo verdaderamente manifestado, razón por la que cuando ello no ocurre así en la realidad, cuando se da una **discordancia** entre lo uno y lo otro, cuando existe una **disconformidad** entre lo que se tiene la voluntad o determinación de contratar y lo que figura o se expresa por escrito en el contrato, nuestro ordenamiento jurídico permite su remedio mediante el instituto de la **anulabilidad**, por cuanto será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (CC art.1265).

Para que el **error** invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (CC art.1266).

La Compilación **Navarra** dispone que son anulables las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral graves, pero no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de derecho (LF Navarra 1/1973 art.19.2º).

En la misma línea, el CCC art.1265 y 1266.

342 Dolo e intimidación (CC art.1267 párr 2º y 3º; 1269) Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el **temor racional y fundado** de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la **edad** y a la **condición de la persona**.

Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es **inducido el otro a celebrar un contrato** que, sin ellas, no hubiera hecho.

344

Precisiones **1)** En conclusión, si la voluntad de alguna de las partes estuviera viciada a la hora de firmar el convenio regulador, cabría la posibilidad de solicitar la **nulidad** de los acuerdos por las mismas causas que anulan los contratos a través de un proceso declarativo ordinario. Así lo entienden algunas audiencias provinciales, entre ellas, la AP Alicante 18-10-01, EDJ 51225; AP Huelva 30-11-07, EDJ 317067; AP Teruel 12-5-11, EDJ 117078; y la AP Valencia 2-2-11, EDJ 56591.

2) El Tribunal Supremo entiende que se precisa de una **prueba concluyente** de que en el preciso momento de la suscripción del documento y de su ratificación la persona que otorgó el convenio regulador se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realizaba (TS 19-11-04, EDJ 174122).

3) En la práctica, este vicio en el consentimiento es muy **difícil de probar**, por lo que anular un convenio recurriendo a ello es complicado, como así lo entienden algunas audiencias provinciales, que además coinciden en que debe tramitarse dentro de un **proceso declarativo** al ser materia ajena a los procedimientos de familia (AP Pontevedra 9-7-14, EDJ 137197; AP Barcelona 8-1-15, EDJ 18135; AP Madrid 16-1-15, EDJ 15569).

Entendemos que es fundamental el **asesoramiento de abogado especializado en Derecho de familia** en la fase de la negociación y redacción de las cláusulas que componen el convenio por la trascendencia de futuro de los intereses en juego. Es importante que las partes firmantes conozcan de la trascendencia como negocio jurídico del documento que van a firmar, principalmente de los **aspectos económicos**. Se deben tomar todas las precauciones necesarias dado que, en la práctica, los tribunales son reacios a anular los convenios por

vicios de voluntad. Cabría preguntarse, ¿qué eficacia jurídica tendría un convenio regulador firmado por las partes sin asistencia letrada? Entendemos que el vicio no estaría ya en la voluntad, sino en el **desconocimiento de los concretos efectos legales** y de su ajuste a Derecho.

F. Forma

El convenio regulador debe revestir la forma **escrita**. **350**

Presentación Debe ser presentado **con la demanda** de separación y/o de divorcio de mutuo acuerdo, o de medidas definitivas consensuadas relativas a los hijos menores nacidos fuera del matrimonio, sobre su guarda y custodia y alimentos, entre otras medidas o efectos, siendo *conditio sine qua non* para su admisibilidad. Cuando se reconduce un **procedimiento contencioso a mutuo acuerdo**, el convenio regulador será aportado con posterioridad a la presentación de la demanda (LEC art.770.5ª). **352**

En caso de optarse por la **vía notarial**, se remitirá copia de la escritura pública directamente al Registro Civil para su inscripción.

Constancia en documento El Código Civil exige que el convenio regulador conste en un documento, pero no se señala al respecto qué tipo de documento. Hasta ahora, en la práctica se realizaba en documento **privado**, que podía elevarse en su caso a **público**, aunque lo más habitual ha sido siempre la presentación del documento privado para su aprobación judicial (CC art.81 y 86). Tras la entrada en vigor de la L 15/2015 –jurisdicción voluntaria–, se abre la posibilidad de su realización en **escritura pública ante notario**, prescindiéndose de la homologación judicial y accediendo directamente al Registro Civil, siempre que no haya hijos menores. **354**

Precisiones **1)** Cuando las partes pretendan acordar algún tipo de **donación** en el convenio regulador, deben tener en cuenta que se debe hacer en escritura pública ante notario para que la donación tenga validez (CC art.633 y 1280). El Tribunal Supremo ha declarado que toda promesa de donación hecha en convenio regulador es nula de pleno Derecho (TS 31-3-11, EDJ 51243). Si bien el Tribunal Supremo ha dado eficacia y validez a la donación a favor del hijo de la nuda propiedad que hizo el padre en el convenio regulador, entendiendo que no vulnera la jurisprudencia contenida en TS 24-1-08, EDJ 3263 y TS 25-1-08, EDJ 5016 (TS 18-7-14, EDJ 123852). **356**

2) Los **bienes donados** han de ser presentes, determinados y pertenecer a quien lo dona (TS 25-6-15, EDJ 116799).

Contenido Las cláusulas deben ser lo más claras posibles y en **sentido positivo**, sin que pueda dejarse su cumplimiento a la voluntad de una de las partes. Se deben evitar las cláusulas cuyo contenido pueda estar sujeto a criterios de interpretación. Es conveniente que en el mismo se prevean **soluciones con vocación de futuro** para así evitar intervenciones posteriores. **358**

Cláusulas perjudiciales No se admitirán cláusulas que sean **lesivas** para cualquiera de las partes o para los hijos. **360**

Precisiones **1)** Advertimos anteriormente que no todos los derechos civiles autonómicos, y citamos expresamente el catalán, inadmiten las cláusulas perjudiciales para las partes. Así lo recogió la Sentencia del TSJ Cataluña 10-9-10, EDJ 284934: «En efecto, de nuestra Sentencia núm 23/2004, a propósito de las diferentes redacciones de la L Cataluña 9/1998 art.78 –Código de Familia, hoy derogado– y del CC art.90..., advertimos que «la específica previsión de **desaprobación del convenio** cuando se descubren **consecuencias gravemente perjudiciales** para uno de los cónyuges queda extramuros de la legislación catalana, quizás más preocupada por la **libertad individual de contratación** pero sin tener en cuenta lo que antes se decía sobre los momentos de especial tensión en que son concluidos la mayoría de estos pactos (ver TSJ Cataluña 4-10-01). Quizás hubiera sido preferible –hablamos de lege ferenda– seguir la línea trazada por la legislación común, pero no ha sido esto lo querido por el legislador catalán, que clara y tajantemente ha dicho que el convenio debe ser aprobado con la **excepción del daño a los hijos...**».

Si bien, dicha sentencia, termina concluyendo que: «en el Derecho civil catalán el juez tiene atribuida la facultad de **no aprobar de una manera motivada los pactos** de un convenio tan solo cuando de estos se pueda derivar un perjuicio para los hijos». «Esto no debe ser interpretado en el sentido de que cuando los pactos versen sobre **cuestiones patrimoniales**, el juez haya de aceptar sin más cualquier regulación que se le pueda proponer; sin perjuicio, de que en tales casos –por analogía y por economía procesal– el juez asimismo haya de conceder a las partes el plazo de 10 días al que se hace referencia en la LEC art.777.7» (TSJ Cataluña 10-9-10, EDJ 284934).

2) No se puede aprobar cualquier cláusula que contenga el convenio, aunque no dañe ni perjudique en modo alguno a los hijos, toda vez que en el convenio regulador de la separación o divorcio, no caben en absoluto los **pactos contrarios a Derecho**, o sea, los que vayan en contra de la ley, de la moral o del orden público, o afecten a alguno de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico». Luego aunque en un principio no se prevea la no aprobación de las cláusulas perjudiciales para las partes, estas **no quedan del todo desprotegidas**, pues no queda limitado a lo que resulte perjudicial para los hijos, sino que alcanza a los pactos contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

3) Cuando no existiendo hijos menores o emancipados, los cónyuges formalicen los acuerdos ante notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser **dañoso o gravemente perjudicial** para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (CC art.90.2 tercer párrafo).

- 362 Firma** El convenio regulador debe ir firmado por las partes en **todas sus hojas**, y será necesariamente **exhibido** por el juzgado el día de la ratificación, o por el Notario cuando vayan a prestar los cónyuges su consentimiento, a los efectos de advenir que no se han producido inexactitudes, cambios o adiciones al escrito suscrito en su día y que se ha firmado libre y voluntariamente.

Precisiones Una de las razones que se alegan para justificar que las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo se hagan ante notario, es descargar de trabajo a los Juzgados, cuando es lo cierto que poco trabajo genera la tramitación de un mutuo acuerdo. Por el contrario, el **coste de los honorarios** del notario repercutirá en el justiciable, con el añadido de la partida por la liquidación de gananciales o del patrimonio común en su caso.

G. Estructura

- 365** El convenio regulador se suele iniciar con un encabezamiento y unos antecedentes.

1. Encabezamiento

- 368** Contiene la **denominación** del documento.

Los encabezamientos más usuales suelen ser:

- a)** «convenio regulador de los cónyuges Doña... y Don... conforme a lo dispuesto en el CC art.90 y 86 (art.81 en su caso) y LEC art.777.2.»
- b)** «convenio regulador de las relaciones paternofiliales respecto del/ de la hijo/a menor de Doña... y Don...»
- c)** «convenio regulador de Don... y Doña...»
- d)** «convenio regulador de divorcio y liquidación de gananciales de los cónyuges Doña... y Don..., conforme a lo dispuesto en el CC art.90 y 86 (art.81 en su caso) y LEC art.777.2.»
- e)** «convenio regulador de divorcio/separación del matrimonio formado por Don... y Doña..., conforme a lo dispuesto en el CC art.90 y 86 (art.81 en su caso) y LEC art.777.2.»
- f)** «Propuesta de convenio regulador»

Tras el título se hace constar la **fecha** y el **lugar de otorgamiento** del convenio.

- 370 Identificación de las partes** Tras el título, fecha y lugar de otorgamiento, en un primer apartado bajo el título de «**REUNIDOS**» o «**COMPARECEN**», se recogen el