

**MEMENTO**

**EXPERTO**  
FRANCIS LEFEBVRE

# Crisis Matrimoniales

**4ª Edición**

Fecha de edición: 15 de junio de 2019



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

Capítulo 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. Fax: (91) 210 80 01

www.efl.es

Precio: 49,92 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-17794-36-1

Depósito legal: M-22644-2019

Impreso en España

por Printing'94

C/ Orense, 4 (2ª planta) - 28020 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](http://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 .....	589

# Abreviaturas

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

## CAPÍTULO 1

## Convenio regulador

A.	Consideraciones previas.....	305	<b>300</b>
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 es de aplicación a los hijos habidos de toda relación matrimonial y no matrimonial. **305**

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.81 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 personas con capacidad judicialmente completada, 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 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 previstos 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

(LEC art.777.2)

**308** 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 hace referencia a un **pacto de convivencia familiar**, que se asemeja en su contenido a un convenio regulador [L C.Valenciana 5/2011 art.4].

- 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].

**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].

## 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 a día de 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):

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 incapaces, 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

**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 incapaces.

312

315

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

**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** 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).

**322 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.

**Precisiones** **1)** 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).

**2)** Cuando no existiendo hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, 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, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado (CC art.90.2, tercer párrafo). En nuestra opinión, esto puede derivar en pactos que no puedan ejecutarse con posterioridad, por lo que cobra mucha importancia el buen asesoramiento previo de las partes por el abogado especializado en Derecho de familia.

**324 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).

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** 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).

**326 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.).

**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 derivarse **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

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 ésta 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).

330

**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 y personas con la capacidad modificada judicialmente** están salvaguardados por la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal que debe emitir informe favorable antes de homologarse judicialmente el convenio.

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

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

332

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.

**334 Personas con la capacidad modificada judicialmente** (CC art.267) En cuanto a las personas con la capacidad modificada judicialmente, el **tutor** es el representante de las mismas, salvo para aquellos **actos que pueda realizar por sí solo**, ya sea por disposición expresa de la Ley, o de la sentencia de incapacitación.

**[Precisiones]** **1)** La doctrina solía distinguir dos **clases** de discapacidad: por un lado, la derivada del **estado civil de la persona con la capacidad modificada judicialmente** (cuando el negocio jurídico lo celebra una persona así declarada por sentencia judicial firme) y, por otro lado, la **discapacidad natural** de quien carece del estado civil de discapaz (cuando el negocio jurídico lo celebra una persona que no ha sido así declarada por sentencia judicial firme). En la regulación vigente, **no** pueden prestar **consentimiento** las personas con la capacidad modificada judicialmente (CC art.1263 párr 2º).

**2)** A pesar del cambio de redacción, se mantiene la **clásica distinción** entre la discapacidad resultante de la sentencia firme y la «discapacidad natural». Mientras no gane firmeza la sentencia que declara la modificación de la capacidad de una persona, cuyo estado civil pasa a ser el de discapaz, **se presume** siempre que, al celebrar un negocio jurídico, tiene **capacidad mental**, no pudiendo destruirse la presunción más que mediante una prueba concluyente en contrario, a través de una acreditación directa de que, en el preciso momento en el que celebra el negocio jurídico, se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza, lo que supondría un **vicio de la voluntad** (TS 19-11-04, EDJ 174122. En la misma línea, TS 14-2-06, EDJ 11954; 10-11-05, EDJ 197576).

**3)** Compartimos la opinión del Magistrado D. Antonio Javier Pérez Martín que entiende que, aunque dependerá del **grado de discapacidad** que tenga la persona, lo cierto es que las personas con la capacidad modificada judicialmente también tienen derecho a separarse, tanto de mutuo acuerdo como a través de un procedimiento contencioso, por lo que será la **intervención del Ministerio Fiscal y del juez**, la que analice la situación de cada supuesto y, oído el tutor y el discapaz en su caso, se homologará el convenio regulador siempre y cuando no sea perjudicial para aquel (TS 27-2-99, EDJ 2219; 21-9-11, EDJ 220157).

## 2. Vicios de la voluntad

**336** Un elemento indispensable para que exista acto o negocio jurídico es la declaración de voluntad. Debe ser hecha por **personas capaces** y 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 ésta se ha **formado defectuosamente**. En sentido estricto, se entiende por vicios de la voluntad aquellos defectos que hacen **anulable** la declaración de la misma, excluyéndose las anomalías afectantes a la voluntad que hacen que no exista. Estos vicios pueden estar causados 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.

**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.

342

**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.

344

## 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.

352

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).

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

**354 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.

**356** **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).

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

**358 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.

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

**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 éstos 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, éstas **no quedan del todo des-**

**protegidas**, 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 con la capacidad modificada judicialmente, 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, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado (CC art.90.2, tercer párrafo).

**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. **362**

**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

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

### 1. Encabezamiento

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

**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 nombre y apellidos de los intervinientes, añadiendo si son mayores o no de edad, sus estados civiles, profesión, domicilios y documento nacional de identidad, como mínimo. Normalmente lo encontraremos redactado de la siguiente forma: **370**

«De una parte Don/Doña..., mayor de edad, casado/a; soltero/a, de profesión..., con domicilio sito en...y NIF nº...

De otra Doña/Don..., mayor de edad, casada/o con el anterior; soltera/o, de profesión... con domicilio sito en..., y NIF nº...»

**Precisiones** Es conveniente hacer constar los **nombres** de las partes conforme constan en el **certificado de matrimonio**, a fin de evitar dificultades a la hora de inscribir en el Registro Civil la sentencia que lo apruebe.

**372 Referencia a la capacidad de los otorgantes** Tras identificar a los otorgantes del convenio, bajo el título de «INTERVIENEN», se hace referencia a la capacidad de las partes para otorgar el convenio que se pretende suscribir.

Un **ejemplo** puede ser el siguiente:

«Ambos en su propio nombre y derecho, reconociéndose mutuamente capacidad legal necesaria para obligarse a suscribir el presente documento y a tal fin... EXPONEN»

## 2. Antecedentes

**375** Hace referencia a un **breve relato ordenado** de las circunstancias particulares del caso, como:

**a)** Los **elementos identificativos del matrimonio** en su caso, esto es, lugar y fecha de celebración y si ha sido civil o canónico. Se debe especificar el Registro Civil donde se encuentra inscrito dicho matrimonio.

Si se trata de una **convivencia «more uxorio»**, por ejemplo:

«Los comparecientes han mantenido una relación de pareja desde hace X años, sin llegar a inscribirse como pareja de hecho (o inscrita, en su caso).»

**b)** Si **ha habido o no descendencia**, especificando los nombres de los hijos, si los hubiera, y el lugar y fecha de nacimiento de los mismos, así como los estudios que estén realizando, centros educativos, en su caso, etc.

Si existen **hijos discapacitados** o que necesitan **atenciones especiales**, se hará constar las necesidades y ayudas que en su caso precisen.

**c)** Tras los datos anteriores, se debe hacer constar cuál ha sido el **domicilio** que ha constituido la **vivienda familiar** de las partes caso de haber existido convivencia y el título por el que se ocupa. Es conveniente especificar los **datos registrales** si se quiere inscribir el derecho de uso en el Registro de la Propiedad, pues facilita mucho el trámite.

**378 d)** Especificar el **régimen económico matrimonial** que regula las relaciones patrimoniales entre las partes en su caso. Si han otorgado capitulaciones matrimoniales reseñar la fecha, notaría y número de protocolo. Esta circunstancia no siempre consta en el certificado de matrimonio del Registro Civil, pues puede no haberse inscrito.

**e)** Además de todas esas circunstancias, es conveniente que se recojan las **circunstancias laborales y económicas** de cada parte para el caso de futuras modificaciones del convenio, y para que el fiscal y el juez puedan tener un referente a la hora de examinar si la pensión de alimentos establecida en caso de haber hijos, es ajustada a derecho.

**f)** No hay que mencionar las causas que han originado la separación o el divorcio, siendo suficiente hacer constar que **ambos cónyuges desean separarse o divorciarse de común acuerdo**, regulando los aspectos paterno/materno-filiales y económicos relativos a la ruptura, y así podría recogerse:

«Por razones que no son del caso exponer, los comparecientes han decidido tramitar la/el separación/divorcio de su matrimonio, y para dejar constancia expresa de esta decisión y concordar cuantas cuestiones se vean afectadas por ella, después de recibir adecuado asesoramiento independiente cada uno de ellos, suscriben el presente **convenio regulador de los efectos del divorcio**, que se registrará por las siguientes... CLÁUSULAS», o,

«Debido a una serie de incidencias acaecidas en la relación que no son del caso narrar, los comparecientes han puesto fin a la convivencia, y es deseo de ambos regular cuantas cuestiones se vean afectadas por el/la hijo/a común, por lo que suscriben el presente **convenio regulador de las relaciones paterno-filiales respecto al/la hijo/a menor de las partes**, que se registrará por las siguientes... CLÁUSULAS»