



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

**PACTOS AMISTOSOS
EN CASO DE RUPTURA DE LA PAREJA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por la Sra. Marina Castells i Marquès

y

dirigida por la Dra. Susana Navas Navarro

Catedrática de Derecho Civil

Doctorado en Derecho Privado

Departamento de

Derecho Privado



Universitat Autònoma de Barcelona

2017

PACTOS AMISTOSOS EN CASO DE RUPTURA DE LA PAREJA

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Estudio de Doctorado en Derecho Privado (RD 1393/2007) del Departamento de Derecho Privado de la Universitat Autònoma de Barcelona, bajo la dirección de la Dra. Susana Navas Navarro, y que presenta la Sra. Marina Castells i Marquès para optar al grado de Doctor por la Universitat Autònoma de Barcelona.

Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), enero 2017

Vºbº Directora de la tesis doctoral

Autora

Dra. Susana Navas Navarro
Catedrática de Derecho Civil

Marina Castells i Marquès

A mis padres

AGRADECIMIENTOS

A la Dra. Susana Navas, directora de la presente tesis doctoral, por la generosidad humana e intelectual que me ha mostrado desde el primer momento en que empezó este estudio. No tengo palabras para agradecerle la tarea de dirección y supervisión, así como por sus enseñanzas y apoyo constante, que han hecho posible que esta investigación llegase a buen puerto.

A la Universidad Autònoma de Barcelona (UAB), en especial a su Departamento de Derecho Privado, por la confianza que depositaron en mí y por la financiación económica prestada, a través de la concesión de un contrato de Personal Investigador predoctoral en Formación (PIF), que me ha permitido dedicarme a tiempo completo en el desarrollo de esta investigación.

A los miembros, integrantes de las comisiones anuales de seguimiento del Estudio de Doctorado (RD 1393/2007) en Derecho Privado entre los años 2013 y 2016, por sus consejos y sugerencias, en especial a la Dra. Sandra Camacho, quien estuvo presente en todas ellas como representante del área de Derecho Civil y se ha interesado en todo momento por la evolución de la misma.

A Laura Bachs y a Vicenç Morera, personal de administración y servicios del Departamento de Derecho Privado, por su trato más que cordial y por toda la ayuda prestada en el ámbito de los trámites administrativos.

A las personas que trabajan en la biblioteca de Ciencias Sociales de la UAB, así como en la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB) y de Vic (ICAVIC), por la excelente atención dispensada, que contribuyó a hacer más grata la tarea investigadora.

A toda mi familia, especialmente a mis padres, Dolors y Josep, quienes me han enseñado el valor del esfuerzo y me han inspirado el espíritu de la curiosidad desde mi infancia. Agradezco que siempre hayan estado a mi lado y me hayan apoyado incondicionalmente para que pudiera concluir con éxito esta tesis.

A mis amigos, quienes a pesar de no haber escogido el mismo camino, me han comprendido y me han echado una mano siempre que han podido, teniendo siempre fe en mí y animándome a continuar durante estos años de trabajo.

RESUMEN

El objetivo de la tesis doctoral es valorar si el pacto amistoso de separación debe constituir una alternativa preferente frente a otros negocios jurídicos reguladores de los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable. Para la consecución de dicho propósito, examinamos su régimen jurídico, desde una perspectiva interdisciplinar y transversal, prestando una especial atención a la regulación contenida en tres ordenamientos jurídicos, pertenecientes al sistema legal del “*Common Law*”: Australia, Estados Unidos de América e Inglaterra y Gales. En coherencia con el contexto de desjudicialización y fundamentándonos en las numerosas ventajas que su celebración de un pacto amistoso de separación ofrece, concluimos que debe optarse por el mismo, en caso de inmediatez en la ruptura de la comunidad de vida, al permitir regular los cambios producidos en el seno de la familia de manera urgente y sin vocación de permanencia, salvo voluntad contraria de las partes.

ABSTRACT

The purpose of this doctoral thesis is to assess if separation agreement should be a preferred alternative to other *negotium iuridicum* which also intend to regulate the effects of the matrimonial crisis and stable cohabitation breakdown. In order to reach this goal, we study its legal regime, from an interdisciplinary perspective and a crosscutting approach, giving special attention to the regulation of three Common Law legal systems: Australia, United States of America and England-Wales. Consistent with the promotion of out-of-court arrangements, but also on the basis of the many advantages related to the conclusion of a separation agreement, we advocate that the latter should be used when the breakup of life together is recent. This is because it makes possible to regulate urgently the changes that have taken place in the family, but without giving permanence to the agreement, unless the parties otherwise agree.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA.....	11
I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA	11
1. <i>Fundamentos legales</i>	12
2. <i>Análisis de la autonomía privada en la ordenación de las relaciones familiares desde la psicología, la economía y la sociología</i>	16
2.1. Limitaciones en la actuación como “ <i>rational utility maximizers</i> ” de los cónyuges y convivientes estables.....	16
2.2. El rol de los “ <i>quasi-rents</i> ” y “ <i>threat points</i> ” en la crisis matrimonial o de convivencia estable	18
2.3. Aproximación al cambio de circunstancias en el seno del matrimonio y de la convivencia estable desde la doctrina del “ <i>relational contract</i> ”	22
II. EL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA DESDE UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA.....	25
1. <i>Reconocimiento de autonomía privada a los cónyuges y convivientes estables</i>	25
2. <i>Factores que contribuyen al reconocimiento de la validez al negocio jurídico de derecho de familia. Radiografía social</i>	31
III. LÍMITES INSTITUCIONALES	42
1. <i>Razones justificativas de restringir el ejercicio de la autonomía privada</i>	42
2. <i>Identificación de los principios que conforman del orden público familiar</i>	46
2.1. Interés familiar	47
2.2. Interés superior del menor.....	49
2.3. Interés del hijo mayor de edad incapacitado	52
2.4. Libre desarrollo de la personalidad.....	53
2.5. Igualdad.....	56
2.6. Reciprocidad	57
2.7. Seguridad jurídica	59
CAPÍTULO II. FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS Y VENTAJAS DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN	61
I. FUENTES NORMATIVAS DE INSPIRACIÓN EN RELACIÓN CON LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN	61
1. <i>Ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema legal del “Common Law”</i>	62
1.1. Los “ <i>separation agreements</i> ” en el Derecho norteamericano.....	63
1.2. Los “ <i>separation agreements</i> ” o “ <i>maintenance agreements</i> ” en el Derecho inglés y galés	65
1.3. Los “ <i>financial agreements</i> ” y “ <i>parenting plans</i> ” o “ <i>parenting agreements</i> ” Derecho australiano.....	68
2. <i>Instrumentos de “soft law” en Europa: Principles on European Family Law y Model Family Code</i>	71

II. VENTAJAS POTENCIALES DE LA CELEBRACIÓN DE UN PACTO AMISTOSO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	75
1. Reducción de los costes de transacción.....	75
1.1. Costes económicos.....	76
1.2. Costes emocionales.....	77
2. Celebración de acuerdos más personalizados.....	78
3. Favorecimiento de un sentido de la responsabilidad en el ejercicio de la potestad parental.....	80

CAPÍTULO III. EL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN COMO NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA. CARACTERIZACIÓN Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES..... 81

I. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.....	81
II. PRESUPUESTO FÁCTICO: SEPARACIÓN DE HECHO.....	85
1. Elemento subjetivo (<i>animus</i>).....	85
2. Elemento objetivo (<i>corpus</i>).....	86
III. CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA REGULADOR DE LA CRISIS MATRIMONIAL O DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA.....	89
1. Naturaleza <i>negocial</i>	90
1.1. Declaración de voluntad.....	92
1.2. Causa.....	93
1.3. Condición y término.....	95
2. <i>Bilateralidad</i>	95
3. <i>Forma</i>	96
3.1. Negocios formales.....	96
3.1.1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia estable.....	97
3.1.2. Acuerdo de delegación o de distribución de funciones en el ejercicio de la potestad parental.....	98
3.1.3. Convenio regulador.....	100
3.1.4. Acuerdo de mediación.....	102
3.2. Negocios no formales.....	103
4. <i>Formalidad</i>	104
5. <i>Carácter transaccional</i>	107
IV. DISTINCIÓN DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS AFINES.....	112
1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia.....	112
2. Convenio regulador.....	117
3. Acuerdo de mediación.....	122
4. Acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental.....	124
V. CONCLUSIONES.....	127

CAPÍTULO IV. LOS SUJETOS DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN OTORGANTES, INTERVINIENTES Y TERCEROS 129

I. CÓNYUGES Y CONVIVIENTES ESTABLES: CAPACIDAD DE OBRAR.....	129
1. Menor de edad.....	131
1.1. Contenido patrimonial referido a los cónyuges o convivientes estables.....	132
1.2. Contenido personal-patrimonial relativo a los hijos comunes o no comunes ...	133
2. <i>Incapacitado</i>	134
2.1. Tutela: Incapacitación total.....	137
2.2. Curatela: Incapacitación relativa.....	139

3. Asistido.....	140
4. Consideraciones generales	142
II. HIJOS: MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS E INCAPACITADOS	143
1. Fundamento de su participación activa en la negociación del pacto amistoso de separación.....	143
1.1. Hijos menores no emancipados.....	145
1.2. Hijos mayores incapacitados.....	148
2. Propuesta de régimen jurídico de la audiencia extrajudicial.....	149
2.1. Legitimación subjetiva para actuar como representante y defensor de los intereses de los hijos.....	150
2.2. Configuración de la intervención del defensor judicial.....	153
2.2.1. Hijo con suficiente juicio y una opinión firme, libremente formada	154
2.2.2. Hijo con una opinión no manifestada o arbitraria	155
III. TERCEROS.....	157
1. Abuelos.....	159
2. Hermanos, mayores de edad, que no conviven en el mismo hogar familiar.....	162
3. Otros parientes sin límite de grado.....	164

CAPÍTULO V. EL CONTENIDO DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. ASPECTOS PATRIMONIALES Y PERSONALES

I. INTRODUCCIÓN: GRADO DE COMPLETUD Y DE PRECISIÓN REGULADORA	167
II. EN RELACIÓN CON LOS CÓNYUGES Y CONVIVIENTES ESTABLES	170
1. Acuerdo para dar por concluida la comunidad de vida	170
2. Revocación de todos los consentimientos y poderes otorgados.....	176
3. Bases para la liquidación del régimen económico matrimonial o de la organización económica derivada de la convivencia estable	177
3.1. Extinción de créditos.....	182
3.2. Compensación económica por razón de trabajo.....	183
3.3. Disolución de la comunidad ordinaria indivisa.....	185
3.4. Adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia.....	189
3.5. Alimentos	191
4. Prestación compensatoria y prestación alimentaria	194
5. Vivienda familiar.....	197
5.1. Atribución del derecho de uso.....	199
5.1.1. Detentada por título distinto al de propiedad	200
5.1.2. Detentada por título de propiedad	202
5.2. Distribución del uso (“bird nesting”).....	205
5.3. Exclusión de la atribución del uso.....	206
5.4. Cesión o subrogación en el contrato de arrendamiento.....	208
5.5. Adquisición de la propiedad temporal	209
5.6. Constitución de una propiedad compartida.....	211
5.7. Acuerdos respecto del pago de créditos hipotecarios.....	212
III. EN RELACIÓN CON LOS HIJOS COMUNES Y NO COMUNES	215
1. Ejercicio de la potestad parental: Modelos de guarda.....	215
1.1. Guarda exclusiva.....	221
1.2. Guarda compartida	224
2. Relaciones personales con personas próximas.....	228
2.1. Allegado que hubiese actuado como “de facto parent”	228
2.2. Abuelos	233
2.3. Hermanos que no conviven en el mismo hogar familiar.....	234
2.4. Otros parientes sin límite de grado.....	234

3. Alimentos.....	235
3.1. Hijos menores de edad e incapacitados.....	239
3.2. Hijos mayores de edad y emancipados.....	240

CAPÍTULO VI. FORMA DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. OPONIBILIDAD Y PUBLICIDAD REGISTRAL 245

I. EL REQUISITO DE LA FORMA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS	246
II. MEDIOS DE EXTERIORIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD	249
1. <i>Forma verbal</i>	249
2. <i>Forma escrita</i>	249
2.1. Documento privado.....	250
2.2. Documento público	252
2.2.1. Testimonio de legitimación de firmas	254
2.2.2. Acta de protocolización de documento privado	254
2.2.3. Escritura pública.....	255
III. OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS	256
1. <i>Revocación de poderes</i>	256
2. <i>Novación modificativa o extintiva</i>	256
IV. PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	257
1. <i>Disolución de la comunidad ordinaria indivisa</i>	259
2. <i>Cancelación de pacto de supervivencia inscrito</i>	262
3. <i>Transmisión de bienes privativos y atribución de la propiedad temporal</i>	263
4. <i>Atribución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar u otras residencias</i> ...	266
4.1. Detentada por título de propiedad	268
4.2. Detentada en virtud de un derecho de usufructo o de superficie.....	270
5. <i>Cesión o subrogación en el contrato de arrendamiento</i>	270
6. <i>Constitución de una propiedad compartida</i>	271
7. <i>Sujeción a condiciones suspensivas o resolutorias</i>	271
8. <i>Aspectos hipotecarios</i>	273
8.1. Transmisión de fincas gravadas con un derecho real de hipoteca.....	273
8.1.1. Compraventa con pacto de asunción de deuda.....	273
8.1.2. Compraventa con pacto de retención	275
8.1.3. Compraventa con pacto de descuento	276
8.1.4. Compraventa con precio aplazado, por el importe de la carga, en garantía.....	277
8.1.5. Donación modal o con carga.....	278
8.2. Constitución de un derecho real de hipoteca.....	278
8.2.1. En garantía de obligaciones dinerarias.....	280
8.2.2. En garantía de prestaciones periódicas.....	280
8.2.3. En garantía de la devolución de un crédito con garantía inmobiliaria	281

CAPÍTULO VII. INEFICACIA DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. PRINCIPALES FIGURAS Y EFECTOS 285

I. BREVE APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA	286
1. <i>Regulación legal: Australia</i>	287
2. <i>Elaboración jurisprudencial: EUA e Inglaterra y Gales</i>	289
II. NULIDAD ABSOLUTA.....	293
1. <i>Falta o ilicitud de elementos esenciales</i>	294
1.1. Consentimiento.....	295
1.2. Causa	296

2. <i>Por contravención de norma imperativa o prohibitiva</i>	298
2.1. Orden público familiar	298
2.2. Derecho imperativo	300
III. ANULABILIDAD	302
1. <i>Vicios del consentimiento</i>	303
1.1. Error	304
1.2. Dolo <i>in contrahendo</i>	308
1.3. Intimidación	310
1.4. Violencia	312
2. <i>Insuficiente capacidad de obrar</i>	313
2.1. Menor de edad.....	313
2.2. Incapacitado	314
2.3. Declarado en concurso de acreedores	314
3. <i>Falta de intervención del asistente</i>	316
IV. RESCISIÓN	316
1. <i>Por lesión</i>	317
2. <i>Por fraude de acreedores</i>	320
2.1. A título oneroso.....	323
2.2. A título gratuito	324
3. <i>Por haber sido declarado en concurso de acreedores</i>	325
V. EXTINCIÓN SOBREVENIDA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA	328
1. <i>Por la facultad de desistir de un pacto amistoso de separación reconocida en el CCC</i>	329
2. <i>Por resolución derivada de incumplimiento</i>	336
3. <i>Por modificación sobrevenida de las circunstancias</i>	338
VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.....	346
1. <i>Propagación de la ineficacia</i>	347
2. <i>Alcance del efecto retroactivo de la ineficacia</i>	350
2.1. Entre los cónyuges o convivientes estables.....	351
2.2. Frente a los hijos sometidos a la potestad parental	352
2.3. Frente a otros terceros	352
2.3.1. Terceros adquirentes	352
2.3.2. Terceros contratantes	353
CONCLUSIONES.....	355
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	365
I. LITERATURA.....	365
II. MATERIALES LEGISLATIVOS.....	403
III. OTROS MATERIALES	409
ÍNDICE DE SENTENCIAS Y DE RESOLUCIONES.....	411
I. SENTENCIAS	411
II. RESOLUCIONES	423

ABREVIATURAS

AAML	American Academy of Matrimonial Lawyers
ABA	American Bar Association
ADC	Anuario de Derecho Civil
ALI	American Law Institute
AP	Audiencia Provincial
ap.	Apartado
APB	Audiencia Provincial de Barcelona
APG	Audiencia Provincial de Girona
APL	Audiencia Provincial de Lleida
APT	Audiencia Provincial de Tarragona
art. / arts.	Artículo / Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPC	Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña
CA	Children Act de 2009
CAFCASS	Children and Family Court Advisory and Support Service
CCC	Código Civil de Cataluña
CCE	Código Civil Español
CDC	Código de Derecho Canónico
CDCC	Decreto Legislativo 1/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Cataluña
CDCDJ	Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia
CDFE	Commission on European Family Law
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDPD	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
CE	Constitución Española
CECL	Commission on European Contract Law
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales
CEFL	Commission on European Family Law
CF	Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia
CGN	Consejo General del Notariado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial

CMS	Child Maintenance Service
CNUDN	Convención sobre los Derechos del niño
Coord.	Coordinador
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CPA	Civil Partnership Act
CSA	Child Support Act
CSAA	Child Support (Assessment) Act de 1989
DGDEJ	Dirección General de Derechos y de Entidades Jurídicas
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EAC	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña
ECHR	European Court of Human Rights
Ed. / Eds.	Editor / Editores
EUA	Estados Unidos de América
Eurostat	Oficina Europea de Estadística
Fasc.	Fascículo
FD	Fundamentos de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
FLA	Family Law Act de 1975
FLR	Family Law Rules de 2004
FPR	Family Proceedings Rules de 1991
i. e.	<i>Id est</i> (lat.: ‘esto es’)
ICRL	The Incorporated Council of Law Reporting for England & Wales
IDESCAT	Instituto de Estadística de Cataluña
INE	Instituto Nacional de Estadística
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LDOIA	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LDV	Ley 18/2007, de 29 diciembre, del derecho a la vivienda
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGDPD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las

	personas con discapacidad y de su inclusión social
LH	Decreto de 8 febrero 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LMACM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LMADP	Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado
LMDAP	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LN	Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862
LOPJM	Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y en la adolescencia
LPA	Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act de 1989
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal
LPP	Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
LU	Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo
LUEP	Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja
MCA	Matrimonial Causes Act de 1973
MFC	Model Family Code
MMDA	Model Marriage and Divorce Act de 1970
MRC	Model representation of children in abuse, neglect, and custody proceedings Act
núm.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
p. / pp.	Página / Páginas
p. ej.	Por ejemplo
par.	Párrafo
PECL	Principles of European Contract Law
PEFL	Principles on European Family Law
PELCP	Principles concerning the establishment and legal consequences of parentage de 2004
PLSCCC	Proyecto de Ley del Libro sexto del Código civil de Cataluña
PLFD	Principles of the Law of Family Dissolution de 2002
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCDP	Revista Crítica de Derecho Privado
RD	Real Decreto

RDGDEJ	Resolución de la Dirección General de Derechos y de Entidades Jurídicas
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Fondo: Aranzadi)
RN	Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia (Fondo: Centro de Documentación Judicial, CGPJ)
RRC	Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil
s. / ss.	Sección / Secciones
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAPB	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona
SAPG	Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona
SAPL	Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida
SAPT	Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJC	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
UE	Unión Europea
UMA	Uniform Mediation Act de 2001
UPAA	Uniform Premarital Agreement Act de 1983
UPMAA	Uniform Premarital and Marital Agreement Act de 2012
vid.	<i>Vide</i> (lat.: 'véase')
vol.	Volumen
VPO	Vivienda de Protección Oficial
VV.AA.	Varios autores

INTRODUCCIÓN

1. La tesis doctoral “*Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja*” analiza el reconocimiento de autonomía de la voluntad, en el ámbito de la ordenación de las relaciones familiares, dirigida a promover que sean los propios cónyuges y convivientes estables quienes regulen los efectos derivados de la ruptura en su comunidad de vida. Dicha atribución se ha materializado en el otorgamiento de validez a distintos negocios jurídicos de derecho de familia, los cuales tienen distinta tipología formal, eficacia material y contenido. Así, encontramos: el pacto amistoso de separación (arts. 233-5 y 234-6 CCC), el convenio regulador (arts. 233-2 y 234-6 CCC), el pacto en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20 CCC), el pacto en previsión del cese de la convivencia (arts. 234-1 letra c y 234-5 CCC), el acuerdo de mediación (arts. 233-6 y 236-13) y el acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental (art. 236-11 CCC)¹.

2. En este trabajo nos hemos centrado en el estudio del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, el cual hasta el momento ha sido objeto de escaso debate monográfico. Dicha elección se fundamentó por ser el negocio jurídico de derecho de familia, dirigido a regular los efectos de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, en que las partes tienen reconocida una mayor capacidad para autorregularse conforme a sus propios intereses. Ello se manifiesta en un contenido amplio, que les permite regular tanto aspectos personales como patrimoniales, y en una aplicación más laxa de los límites institucionales que restringen la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar-patrimonial. De ahí que la presente investigación empiece focalizándose en estos, por medio de la identificación de los principios que conforman el orden público familiar (Cap. I). A continuación, y tras una breve presentación de las fuentes normativas comparadas en las que el legislador catalán pudo inspirarse cuando reguló el pacto amistoso de separación (Cap. II), se analiza la naturaleza jurídica del mismo, con el propósito de clarificar las diferencias con los otros negocios jurídicos que pueden proceder para regular la misma situación fáctica (Cap. III). Una vez examinados los sujetos que pueden concurrir en su celebración –ya sea como otorgantes, intervinientes o terceros– (Cap. IV), se centra la investigación en el contenido, a través de determinar aquellas cláusulas que los cónyuges y convivientes estables pueden pactar a efectos de regular sus relaciones horizontales (el cual constituye el ámbito propicio para el despliegue de la autonomía de la voluntad), junto con aquellas estipulaciones que pueden incluir respecto a los hijos sometidos a la potestad parental, ya fueren menores de edad o

¹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (publicado en el DOGC núm. 5686, de 5 agosto 2010, pp. 61162-61260, y en el BOE núm. 203, de 21 agosto 2010, pp. 73429-73525).

incapacitados (Cap. V). Hemos procedido, seguidamente, a estudiar la cuestión de la forma, de cierta complejidad a pesar de operar el principio de libertad de forma (Cap. VI), y del régimen de la ineficacia (Cap. VII).

3. La regulación contenida en el Libro II del CCC ha sido adoptada como punto de partida, por ser la primera vez que el pacto amistoso de separación ha sido incluido en un texto normativo, aunque dejaron de ser reputados como nulos en 1981, a raíz de la entrada en vigor de la reforma del CCE que entró en vigor ese mismo año². Ahora bien, en atención al reparto de competencias y a su naturaleza como negocio jurídico, no solo hemos tenido presente el Derecho civil catalán, sino también el Derecho civil estatal. Además, junto con los tratados internacionales y convenios europeos (“*hard law*”), ha sido necesario prestar especial atención a los instrumentos de “*soft law*”, como consecuencia del proceso de armonización de ámbito europeo en el cual se encuentra actualmente inmerso el Derecho de familia. Por ello, nos hemos centrado igualmente en los *Principles on European Family Law* (PEFL), formulados por COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW (CEFL), así como en el *Model Family Code* (MFC), elaborado por SCHWENZER³.

4. En el desarrollo de esta investigación, hemos empleado tanto el *método comparado* como el *análisis económico del Derecho* y el *estudio de la realidad social*:

- En primer lugar, analizamos el régimen jurídico del pacto amistoso de separación, adoptando una aproximación transversal a partir del derecho comparado. Es decir, respecto a cada uno de los aspectos tratados, hemos destacado aquellos puntos coincidentes y divergentes, en aras de un mejor conocimiento del derecho propio, al permitir desentrañar problemas de interpretación y servir para detectar deficiencias en las soluciones normativas ofrecidas. Para llevar a cabo dicho propósito, hemos escogido tres ordenamientos jurídicos, pertenecientes al sistema legal del “*Common Law*”, concretamente en: Australia, Estados Unidos de América e Inglaterra y Gales. Dicha

² Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 mayo último (publicado en Gaceta de Madrid, de 25 julio 1889, pp. 249-312). Antes de 1981, los cónyuges únicamente podían violar la obligación de vivir juntos si una sentencia judicial lo legitimaba, la cual solo podía ser obtenida a solicitud del cónyuge inocente (como único legitimado) y en virtud de las causas marcadas por ley. En este sentido, como expone la STS de 25 junio 1987 (ROJ 4423/1987, MP Albácar López), la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo reputaba los pactos amistosos de separación como “*contrarios a las normas de la institución familiar, confiadas a la salvaguardia de los Tribunales, entendiéndose que implicaban una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el Código Civil exige, lo que origina que sus consecuencias no fueras jurídicamente protegibles*” (FJ 2).

³ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance*, Anwerp, Intersentia, 2004; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Anwerp, Intersentia, 2007; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, Cambridge, Intersentia, 2013; Ingeborg H. SCHWENZER, *Model family code: from a global perspective*, Anwerp, Intersentia, 2006.

elección se fundamenta por ser aquellos cuya configuración jurídica del pacto amistoso de separación guarda mayores similitudes con la contemplada en el CCC. Debemos indicar, sin embargo, que en ellos se reconoció antes una mayor facultad de autorregulación a los cónyuges, al haberse iniciado antes el proceso “*from status to contract*”, como consecuencia de la carencia de un derecho codificado y por la concepción temporal del matrimonio, propia de la reforma protestante. Dicho fenómeno permite explicar el cambio que se ha producido en la naturaleza jurídica del matrimonio: haya dejado de ser considerado como institución y se esté evolucionando hacia su concepción como contrato.

– En segundo lugar, incorporamos el análisis económico del Derecho (“*Law and economics*”), como fórmula para estudiar la ruptura en la comunidad de vida, a través del razonamiento económico. Ello nos permite conocer en qué momento esta tiene lugar e identificar aquellos factores, cuya concurrencia hace posible que la negociación de las partes, dirigida a alcanzar un acuerdo para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, concluya con un resultado eficiente. Asimismo, nos proporciona valiosa información acerca el grado de completud y de precisión reguladora que el pacto amistoso de separación debe tener.

– En tercer lugar, combinamos el análisis jurídico y dogmático con el estudio de la realidad social. A nuestro modo de ver, la adopción de dicho enfoque es necesaria para conocer y valorar el grado de incidencia que tienen las normas jurídicas. Además, la identificación y un mejor conocimiento de las causas de los problemas que surgen de la aplicación práctica de dicha normativa, nos permite formular propuestas, dirigidas a reducir su afectación negativa. Por esta razón, hemos acudido a la estadística, la sociología –no limitándonos en los estudios sobre la familia (“*Family studies*”), sino también al análisis sociológico de la realidad económica (“*Economic sociology*”)– y a la psicología, por tratarse de ramas científicas de gran transcendencia respecto al objeto del presente estudio.

5. La novedad e importancia del trabajo es que persigue valorar, desde una perspectiva crítica, si el pacto amistoso de separación debería constituir o no una alternativa preferente frente a otros negocios jurídicos reguladores de los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable. Ello constituye una cuestión de gran actualidad, en atención al contexto de creciente desjudicialización, imperante en nuestro Derecho, y que se ha materializado en el propósito de eliminar la intervención de la autoridad judicial de aquellos asuntos en que, por carecer de contenido jurisdiccional, no se ponga en peligro el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. Una

vez llegados a este punto, pueden proponerse para la reflexión los siguientes aspectos, relativos a un pacto amistoso de separación. En primer lugar, si implican una vulneración de alguno de los principios que conforman el orden público familiar, teniendo en cuenta que el reconocimiento de autonomía privada en el ámbito de las relaciones familiares, en comparación con el resto del Derecho privado, es más restringida y los límites institucionales cobran una mayor amplitud. En segundo lugar, si constituyen una transacción prohibida, derivada de la ilicitud de su objeto, argumento tradicionalmente aducido para negarle validez. En tercer lugar, si existe el riesgo de que los hijos pasen a ser mera moneda de cambio en las negociaciones de sus progenitores, en atención a que uno de ellos puede condicionar su renuncia a la petición de guarda exclusiva o compartida, a cambio de que el otro acepte una propuesta menos favorable (sino dañina) de sus intereses. En cuarto lugar, si la atribución de la facultad de desistimiento, reconocida por el CCC, constituye una garantía completa para la parte que ocupa una posición más débil o de desventaja en la relación jurídica. En definitiva, con esta investigación, perseguimos ofrecer un estudio exhaustivo del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, incidiendo especialmente en aquellos aspectos que plantean mayores interrogantes.

CAPÍTULO I

AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA: 1. Fundamentos legales. 2. Análisis de la autonomía privada en la ordenación de las relaciones familiares desde la psicología, la economía y la sociología: 2.1. Limitaciones en la actuación como “*rational utility maximizers*” de los cónyuges y convivientes estables. 2.2. El rol de los “*quasi-rents*” y “*threat points*” en la crisis matrimonial o de convivencia estable. 2.3. Aproximación al cambio de circunstancias en el seno del matrimonio y de la convivencia estable desde la doctrina del “*relational contract*”. II. EL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA DESDE UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA: 1. Reconocimiento de autonomía privada a los cónyuges y convivientes estables. 2. Factores que contribuyen al reconocimiento de la validez del negocio jurídico de derecho de familia. Radiografía social. III. LÍMITES INSTITUCIONALES: 1. Razones justificativas de restringir el ejercicio de la autonomía privada. 2. Identificación de los principios que conforman el orden público familiar: 2.1. Interés familiar. 2.2. Interés superior del menor. 2.3. Interés del hijo mayor de edad incapacitado. 2.4. Libre desarrollo de la personalidad. 2.5. Igualdad. 2.6. Reciprocidad. 2.7. Seguridad jurídica.

A lo largo de este primer capítulo, de carácter introductorio, abordaremos el estudio de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia con el fin de profundizar en la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida no solo a los cónyuges y futuros contrayentes, sino también a los convivientes estables. Por tanto, resultando excluidos de nuestro ámbito subjetivo de estudio aquellos otros supuestos que no reúnen los requisitos legales necesarios para ostentar dicha consideración.

Por esta razón, examinaremos primeramente el reconocimiento de autonomía privada en el ámbito del derecho patrimonial de la familia por parte del Derecho civil catalán (I.). A continuación, centraremos el estudio en el negocio jurídico de derecho de familia, por constituir la principal manifestación del reconocimiento de la facultad de autorregulación de los individuos en dicho ámbito jurídico (II.). Por último, profundizaremos en el estudio de los límites institucionales que restringen el ejercicio de la autonomía privada en el ámbito familiar-patrimonial de los cónyuges y de los convivientes estables (III.).

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

La razón, por la que centremos el estudio en las relaciones patrimoniales, es por el hecho de que constituyen el ámbito propicio para el despliegue de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. Dicho argumento encuentra su fundamento en dos premisas. Por una parte, por ser el terreno en el que se combina el Derecho de familia con el Derecho de

contratos⁴. Por otra, por ser en las relaciones horizontales, donde el principio de libertad civil se encuentra presente en mayor grado, en la medida en que se trata de personas adultas dotadas, en principio, de plena capacidad de obrar para gestionar sus intereses. A diferencia de las relaciones verticales (entre progenitores e hijos menores, sean comunes o no), en las que rigen, en su mayoría, normas imperativas estructuradas y configuradas (casi) exclusivamente en interés de los menores.

A lo largo de este epígrafe, abordaremos el estudio de los límites que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar-patrimonial (1.), para después tratar la facultad de autorregulación de las relaciones familiares desde la perspectiva psicológica, económica y sociológica (2.).

1. Fundamentos legales

La libertad de autorregulación de los intereses privados, en el ámbito familiar-patrimonial, se ha ido desarrollando en el Derecho civil catalán, fruto de los cambios sociales y de la evolución legislativa del Derecho de familia. El principal motor de cambio ha sido que el matrimonio ha dejado de ser una unión por razones económicas, pasando a celebrarse sobre la base de sentimientos de amor entre las personas. De hecho, actualmente el matrimonio es generalmente considerado como un vehículo de realización y desarrollo personal, pero ya no como un compromiso para toda la vida⁵.

Hay que tener en cuenta que el fundamento del principio de autonomía privada de los cónyuges y convivientes estables se encuentra en la Constitución española (CE). En primer lugar, por el principio de igualdad, reconocido en términos generales en el art. 14 y en el art. 32.1 para los cónyuges. En segundo lugar, por el pluralismo social, como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), en la medida en que este convive y es el origen del pluralismo político y la libertad (art. 1.1 CE). En tercer lugar, por respeto a la propia dignidad de las personas (art. 10.1 CE) y por el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1

⁴ Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "El negocio jurídico de derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV (212 de la colección) (1962), p. 781; Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad", en Cristina GUILARTE MARTIN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 105; Gemma RUBIO GIMENO, "Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10.9.2010", *InDret: Revista para el Anàlisis del Derecho*, núm. 1 (2011), p. 6; Albert LAMARCA I MARQUÈS, "Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència", en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 447.

⁵ Barbara A. ATWOOD, "Marital contracts and the meaning of marriage", *Arizona Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2012), pp. 16-17; Andrew J. CHERLIN, *The marriage-go-round: The State of marriage and the family in America today*, New York, Knopf Doubleday Publishing Group, 2009, pp. 87-115.

CE)⁶. Asimismo, encuentra su fundamento en el principio fundamental de libre determinación, conforme el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, reconocido en el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), así como en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁷.

En este punto, resulta de gran interés la STC 93/2013, de 23 de abril (FJ 8 y 9)⁸, a través de la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, aprobada por el Parlamento de Navarra. El Tribunal Constitucional (TC) declaró la inconstitucionalidad de parte del contenido legal, sobre la base de que dicha regulación conllevaba una vulneración del libre desarrollo de la personalidad, al considerar que no se podía imponer una opción o limitar las posibilidades de elección entre matrimonio y convivencia estable, salvo en virtud de las normas de orden público interno. De modo que tenían que ser los componentes de la misma, los que en ejercicio de su autonomía privada, desarrollasen sus relaciones conforme a los pactos, que considerasen oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional. En otras palabras, como el modelo preceptivo de la Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables contemplaba su aplicación, independientemente de si los integrantes estaban conformes o no, se consideró inconstitucional, en este punto. MARTÍN CASALS defendió que la construcción jurídica de dicha sentencia tenía poco que ver con el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que ello igualmente podía conseguirse mediante un sistema *opt-in* o *opt-out*, es decir, ya fuera mediante una declaración expresa de los convivientes de que su relación de convivencia pasase a regirse

⁶ En la sección IV del Código Civil de 1889 (arts. 56-66), en que se regulaban los derechos y obligaciones entre marido y mujer, se establecía una relación desigual. A modo de ejemplo, se puede citar el art. 45: “*El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido*”. En la doctrina, vid. Luis DIEZ PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, pp. 91-93; Alfredo GARCÍA GÁRATE, “Hacia una reforma radical del derecho matrimonial”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ / Jorge CAFFARENA LAPORTA / José María MIQUEL GONZÁLEZ / Vicente L. MONTÉS PENADÉS / Antonio Manuel MORALES MORENO / Fernando PANTALEÓN PRIETO (Comité organizador), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2003, p. 4626; Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, vol. 46, núm. 1 (1993), p. 59.

⁷ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (publicada en el BOE núm. 108, de 6 mayo 1999, pp. 16808-16816). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (publicada en DOUE núm. 83, de 30 marzo 2010, pp. 389-403).

⁸ Publicada en el BOE núm. 123, de 23 mayo 2013, pp. 64-70. Recurso de inconstitucionalidad núm. 5297-2000. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso (publicado en el BOE núm. 27, de 15 noviembre 2000, p. 39832) en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (publicada en el BON núm. 82, de 7 julio 2000, y en el BOE núm. 214, de 6 septiembre 2000, pp. 31111-31115). En la doctrina, vid. Miquel MARTÍN-CASALS, “El derecho a la ‘convivencia anónima en pareja’: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013\93)”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2013), pp. 30-40.

por el régimen jurídico que el legislador pone a su disposición o acordando la exclusión de la misma.

Además, el reconocimiento de autonomía privada en este ámbito encuentra su fundamento en las distintas reformas, a través de las que se introdujeron modificaciones en las disposiciones del Código Civil. Como ya se sabe, todos ellos resultan aplicables en Cataluña, en la medida en que el Estado –en virtud del art. 149.1.8ª CE– tiene competencia exclusiva legislativa para regular, entre otros, los requisitos y forma de celebración del matrimonio (arts. 42 a 65 CCE), así como la nulidad, la separación y la disolución del mismo (arts. 73-89 CCE).

En primer lugar, en la de 1981, por medio de la cual se equipararon en derechos y deberes ambos cónyuges, por mandato del art. 32.1 CE, y se reconoció la disolubilidad del vínculo matrimonial. Esta reforma hizo posible que pudieran pactar sobre los efectos derivados de la ruptura matrimonial, a través del convenio regulador, sujeto a control por parte de la autoridad judicial⁹.

En segundo lugar, en la reforma del Código Civil de 2005, a través de la cual el legislador optó por una concepción del matrimonio de naturaleza negocial o contractual, presidida por el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges, como máxima expresión de los derechos constitucionales de libertad personal y de respeto al libre desarrollo de la personalidad¹⁰. Por este motivo, por una parte, se eliminaron las causas ('acausal'), que se tenían que alegar y probar para poder separarse (art. 82 CCE) o divorciarse (art. 86 CCE). Por otra, se estableció que transcurridos tres meses, desde la celebración del matrimonio, podía pedirse indistintamente la separación o el divorcio. A diferencia de la redacción anterior (introducida por la reforma de 1981, en el art. 86 CCE), en que para poder interponer una demanda de divorcio tenían que transcurrir períodos de tiempo, que oscilaban entre uno y cinco años, en función de las circunstancias concurrentes.

⁹ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (publicado en BOE núm. 172, de 20 julio 1981, pp. 16457-16462). En la doctrina, vid. Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV: *Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 119; Encarna ROCA TRIAS, "Artículo 90", en VV. AA., *Comentarios a las Reformas del derecho de familia, I*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 545.

¹⁰ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (publicado en BOE núm. 157, de 2 julio 2005, pp. 23632-23634). En la doctrina, vid. Francisco Javier PASTOR VITA, "Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28 (2005), p. 32; Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, "La libertad individual como el elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal", *ADC*, vol. 62, núm. 2 (2009), p. 777.

En tercer lugar, en los cambios legislativos introducidos en 2015, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), a través de los cuales se ha reconocido que los cónyuges pueden acordar su divorcio o separación de mutuo acuerdo, salvo en caso de tener hijos sometidos a potestad parental, mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario (arts. 82 y 87 CCE). Ello resulta posible, en la medida en que actualmente la disolución del matrimonio no solo puede tener lugar por sentencia, sino también por decreto o escritura pública (art. 89 CCE). Esta reforma legislativa se enmarca en el proceso de desjudicialización, en que actualmente se encuentra inmerso el Derecho de Familia. En este punto, cabe hacer referencia a la reforma de la bonificación del 100% de la cuota del impuesto de actos jurídicos documentados, aprobada por el Parlamento de Cataluña, en relación con las escrituras públicas otorgadas para regular las consecuencias derivadas de la crisis matrimonial o de la convivencia estable en pareja (art. 5 Ley 2/2016). Como el legislador clarifica en el preámbulo, dicha medida persigue *“incentivar que aquests tràmits [escritura pública de separació i divorci i d’extinció de parella estable] es facin per la via notarial i així es descongestionin els jutjats”*¹¹.

Para concluir este apartado, debemos señalar que el reconocimiento de autonomía privada en la ordenación de las relaciones familiares ha sido superior en el Derecho civil catalán –que en el estatal– como consecuencia de que uno de sus principios es el de libertad civil (art. 111-6 CCC), el cual es inherente a la tradición jurídica catalana y anterior e independiente de la codificación. En este sentido, la exposición de motivos del Libro I del CCC declara que *“el artículo 111-6, recogiendo como disposición preliminar el principio de libertad civil, remarca que, a diferencia del artículo 1255 del Código civil español, no se limita a la autonomía contractual, sino que tiene carácter de principio general”*¹². Reflejo de ello, por ejemplo, es que, mientras que en la regulación catalana los capítulos matrimoniales podían ser otorgados tanto antes como después de la celebración del matrimonio, en el caso de la legislación común, solo era posible con anterioridad y no fue hasta la reforma del Código Civil de 1975, a través de la cual fueron suprimidas las limitaciones de capacidad de obrar de

¹¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (publicado en BOE núm. 158, de 3 julio 2015, pp. 54068-54201); Ley 2/2016, de 2 de noviembre, de modificaciones urgentes en materia tributaria (publicada en el BOE núm. 283, de 23 noviembre 2016, pp. 82040-82044; DOGC núm. 7241, de 7 noviembre 2016). En la doctrina, vid. José María NAVARRO VIÑUELAS, “La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia”, en José María NAVARRO VIÑUELAS (dir.), *El nuevo Derecho de Familia: Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Editorial Civitas, 2006, pp. 254-255.

¹² Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña (BOE núm. 32, de 6 febrero 2003, pp. 4912-1918; DOGC núm. 3798, de 13 enero 2003, pp. 486-490).

la esposa, que fue posible igualmente el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio¹³.

2. Análisis de la autonomía privada en la ordenación de las relaciones familiares desde la psicología, la economía y la sociología

A lo largo de este epígrafe, estudiaremos el ejercicio de la autonomía privada en el ámbito familiar-patrimonial desde la psicología, la economía y la sociología. Primeramente, examinaremos aquellas limitaciones que impiden que los cónyuges y convivientes estables en la negociación de sus acuerdos actúen como “*rational utility maximizers*” (2.1.). A continuación, profundizaremos en el rol de los “*quasi-rents*” y “*threat points*” para entender en qué momento se adopta la decisión de divorciarse o de extinguir la relación de convivencia estable (2.2.). Por último, acudiremos a la construcción doctrinal norteamericana del “*relational contracts*”, que realiza un análisis sociológico de la realidad económica (“*Economic sociology*”), para comprender mejor el proceso continuo de adaptación y recontractación que tiene lugar en el seno del matrimonio y de la convivencia estable (2.3.).

2.1. Limitaciones en la actuación como “*rational utility maximizers*” de los cónyuges y convivientes estables

El matrimonio y la convivencia estable pueden definirse desde la perspectiva del análisis económico como un contrato entre dos agentes, que en la negociación de acuerdos actúan como “*rational utility maximizers*”, al buscar el incremento de su propio bienestar (“*psychic utility*”), a través de los beneficios en los estados psicológicos (p. ej. felicidad, deseo, entre otros) derivados del compromiso, intimidad, compañía y la crianza de los hijos. Por consiguiente, si dos partes alcanzan voluntariamente un acuerdo es probable que les resulte beneficioso ya que, en caso contrario, no hubieran otorgado su consentimiento. Como ya se sabe, desde la perspectiva del análisis económico, se otorga un fuerte valor normativo a los acuerdos privados y se mantiene una posición de escepticismo respecto a las disposiciones legales que imponen limitaciones¹⁴.

¹³ Juana MARCO MOLINA, “Los capítulos matrimoniales”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 182-184; Encarna ROCA TRIAS, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, en Juan Manuel ABRIL CAMPOY / María Eulalia AMAT LLARI (coords.), *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 2110-2112.

¹⁴ Amy L. WAX, “Bargaining in the shadow of the market: Is there a future for egalitarian marriages?”, *Virginia Law Review*, vol. 84, núm. 4 (1998), pp. 526-529; Jana B. SINGER, “The privatization of family law”, *Wisconsin Law Review*, vol. 5 (1992), p. 1524; Gregory S. ALEXANDER, “The new marriage contract and the limits of private ordering”, *Indiana Law Journal*, vol. 73, núm. 2 (1998), p. 505; Andrew BLAIR-STANEK, “Defaults and choices in the marriage market”, *Student Scholarship Papers*, Paper núm. 39 (2007), p. 3; Shelly LUNDBERG / Robert A. POLLAK, “Separate spheres and the marriage market”, *Journal of Political Economy*, vol. 101, núm. 6 (1993), p. 992; Thomas S. ULEN, en Jeffrey Evans STAKE / Michael GROSSBERG, “Opportunities for and limitations of private ordering in Family Law (Symposium Roundtable)”, *Indiana Law Journal*, vol. 73,

No obstante, esta presunción neoclásica puede refutarse en el ámbito de las relaciones familiares, ya que las cónyuges o convivientes estables pueden no actuar siempre como “*rational utility maximizers*” como consecuencia de los límites que afectan a la formación de su voluntad.

Por una parte, estas limitaciones pueden ser externas al propio sujeto. Ello ocurre, en primer lugar, por la información asimétrica, la cual se origina cuando las partes no cuentan con el mismo nivel de información (p. ej. por tener distinto grado de conocimientos educativos o legales). Pero, además, por los comportamientos estratégicos que pueden ocasionar que se alcance un resultado injusto en la negociación. Ello sucede cuando una de las partes, para alcanzar un resultado que le resulte más beneficioso, se aprovecha del conocimiento que tiene, respecto de la otra en lo relativo, por ejemplo, a sus preferencias parentales, su aversión al riesgo del juicio o su falta de capacidad para asumir los costes financieros o el trauma emocional asociado con la litigación¹⁵.

Por otra parte, concurren limitaciones internas en la formación de la voluntad. En primer lugar, existe el riesgo de que las partes confíen irracionalmente en la obtención de un resultado favorable, como consecuencia de la incertidumbre respecto de la decisión del juez. En segundo lugar, los “*risk preferences*” pueden causar que una de las partes acepte un acuerdo que le resulte desventajoso, antes de que sea la autoridad judicial quién decida (especialmente cuando tiene atribuida una amplia discrecionalidad), por su aversión a un resultado incierto. En tercer lugar, cuando no hay voluntad alguna de alcanzar un acuerdo (“*transactional incapacity*”). Esta situación tiene lugar especialmente en los procesos judiciales, iniciados a raíz de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, en que las partes pueden estar emocionalmente desestabilizadas y ser incapaces de ponderación racional. De ahí que puedan actuar solamente motivadas por un deseo de castigar el otro o negarse rotundamente a tomar parte en una negociación cara a cara, por encontrarla extremadamente desagradable. En último lugar, por las restricciones que tradicionalmente han limitado los comportamientos humanos en el seno de la familia (preceptos religiosos o costumbres)¹⁶.

núm. 2 (1997), p. 549; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law: A Law and Economics perspective”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 41, núm. 4 (1991), p. 534.

¹⁵ Thomas S. ULLEN, “Opportunities for and limitations of private ordering in Family Law”, pp. 550-551; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, pp. 535, 559 y 564; Robert COOTER / Stephen MARKS / Robert MNOOKIN, “Bargaining in the shadow of the law: a testable model of strategic behaviour”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11 (1982), p. 228; Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce”, *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5 (1979), p. 969.

¹⁶ Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, pp. 969-970 y 974; Robert COOTER / Stephen MARKS / Robert MNOOKIN, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 233; Thomas S. ULLEN, “Opportunities for and

2.2. El rol de los “quasi-rents” y “threat points” en la crisis matrimonial o de convivencia estable

Los cambios permanentes, determinados por el devenir de la vida, ocasionan que los cónyuges y los convivientes estables, a lo largo de su relación, tengan que ir tomando decisiones. De modo que tienen que ir negociando para determinar la distribución de los costes y beneficios, así como para la adopción de decisiones de naturaleza más personal (p. ej. lugar de residencia, crianza de los hijos, prioridad dada a las carreras profesionales respectivas, elección de los amigos), razón por la que algunos autores han afirmado que el matrimonio, a pesar de nacer con voluntad de permanencia, es un contrato repetido a corto plazo¹⁷.

En la medida en que no se produce una coincidencia perfecta de intereses, ya que el bienestar de uno de los miembros puede ir en detrimento del bienestar del otro, la existencia de conflictos en el seno del matrimonio o de la convivencia estable resulta inevitable. De acuerdo con los estudios psicológicos, detrás de cualquier conflicto particular se encuentra siempre alguno de los siguientes motivos de fondo: poder (p. ej. falta de igualdad en la relación, ser demasiado crítico o posesivo), cuestiones sociales (p. ej. valores personales, diferencias políticas), defectos personales (p. ej. consumo excesivo de alcohol o drogas), desconfianza (p. ej. mentir, mantener relaciones extraconyugales), intimidad (p. ej. falta de amor, relaciones sexuales) y distanciamiento (p. ej. ausencia física frecuente, obligaciones laborales y escolares)¹⁸.

Sin embargo, conviene destacar que el surgimiento de conflictos no necesariamente ocasiona siempre una crisis matrimonial o de la convivencia estable, sino que también puede resultar

limitations of private ordering in Family Law”, pp. 551-552; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, pp. 551-552 y 559; Francisco CABRILLO, *Matrimonio, familia y economía*, Madrid, Minerva ediciones, 1996, p. 23.

¹⁷ Francisco CABRILLO, “Matrimonio, familia y economía”, pp. 88-89; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, p. 565; Jana B. SINGER, “The privatization of family law”, p. 1524; Gregory S. ALEXANDER, “The new marriage contract and the limits of private ordering”, p. 505; Andrew BLAIR-STANEK, “Defaults and choices in the marriage market”, p. 3; Shelly LUNDBERG / Robert A. POLLAK, “Separate spheres and the marriage market”, p. 992; Antony W. DNES, “Marriage contracts”, en Boudewijn BOUCKAERT / Gerrit DE GEEST (edit.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 878-879; Amy L. WAX, “Bargaining in the shadow of the market”, pp. 526-529 y 540.

¹⁸ Jana B. SINGER, “The privatization of family law”, p. 1524; Amy L. WAX, “Bargaining in the shadow of the market: Is there a future for egalitarian marriages?”, pp. 526-529 y 540; Gregory S. ALEXANDER, “The new marriage contract and the limits of private ordering”, p. 505; Andrew BLAIR-STANEK, “Defaults and choices in the marriage market”, p. 3; Shelly LUNDBERG / Robert A. POLLAK, “Separate spheres and the marriage market”, p. 992; Susan S. HENDRICK, *Close relationships what couple therapist can learn*, Pacific Grove, Brooks / Cole, 1995, p. 63; Frank D. FINCHMAN / Steven R. H. BEACH, “Conflict in marriage: Implications for working with couples”, *Annual Review of Psychology*, vol. 50 (1999), pp. 51 y 61; David M. BUSS, “Conflict between the sexes: strategic interference and the evocation of anger and upset”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 56, núm. 5 (1989), p. 735; Lawrence A. KURDEK, “Areas of conflict for gay, lesbian, and heterosexual couples: what couples argue about influences relationship satisfaction”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 56, núm. 4 (1994), pp. 927-932.

beneficioso para el buen funcionamiento y mantenimiento de la relación¹⁹. Ello dependerá de si las partes para la gestión de dicho conflicto optan por una estrategia cooperativa, de maximización conjunta de los niveles de utilidad, o por una de maximización de la utilidad individual.

El principal incentivo para adoptar la primera estrategia es que cuando no se alcanza un acuerdo de mutuo acuerdo, se produce una reducción en el bienestar individual, al disminuir el alcance del fondo común integrado por las contribuciones de cada uno de ellos (en el matrimonio, se conoce como “*marital pool*”), las cuales pueden consistir en varios recursos y atributos, que existen con independencia del matrimonio o de la convivencia estable (p. ej. ingresos económicos o habilidad mecánica) o que han sido generados en virtud de estos. Asimismo, se reducen los beneficios conjuntos derivados de la cooperación, que se generan cuando uno de ellos se beneficia de los bienes adquiridos con los ingresos del otro o cuando obtiene servicios o satisfacción emocional, a cambio de compartir una parte de sus ingresos (recibe el nombre de “*marital surplus*” en el matrimonio). De modo que, cuando no se adopta una estrategia cooperativa, ambas partes salen perdiendo²⁰.

Ahora bien, cuando alguna de las partes se encuentra en peor situación, como consecuencia de su unión, pueda decidir abandonar la estrategia cooperativa, para maximizar su utilidad individual. Por lo que, únicamente seguirán junto cuando se produzcan beneficios derivados de la cooperación y estos sean repartidos entre los dos. De modo que la salida del matrimonio o de la convivencia estable se puede producir por las siguientes circunstancias. En primer lugar, en caso de explotación de rentas durante la relación. Es decir, que la parte con mejores opciones, fuera de la unión, haya impuesto una distribución de los costes y beneficios, que resulta especialmente perjudicial para la otra. En segundo lugar, en caso de apropiación de rentas, a través de la disolución de la unión. Es decir, aprovechando la inversión específica realizada por la otra parte, sin compensarle por ello. Esto se produce cuando durante la relación se ha producido una inversión en capital humano (p. ej. obtención de un título universitario) o como consecuencia del distinto tiempo invertido durante la unión (p. ej. una de las partes desarrolla un trabajo remunerado en el mercado laboral, mientras que la otra se dedica a las tareas domésticas). En dicho último supuesto, puede suceder que solo

¹⁹ Angèle FAUCHIER / Gayla MARGOLIN, “Affection and conflict in marital and parent-child relationship”, *Journal of Marital and Family Therapy*, vol. 30, núm. 2 (2004), p. 197; Kira S. BIRDITT / Edna BROWN / Terri L. ORBUCH / Jessica M. MCILVANE, “Marital conflict behavior and implications for divorce over 16 years”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 72, núm. 5 (2010), pp. 1188-1189; Frank D. FINCHMAN / Steven R. H. BEACH, “Conflict in marriage: Implications for working with couples”, p. 61; Susan S. HENDRICK, “Close relationships what couple therapist can learn”, pp. 62-63.

²⁰ Amy L. WAX, “Bargaining in the shadow of the market”, pp. 538-542; Robert COOTER / Stephen MARKS / Robert MNOOKIN, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 227; Francisco CABRILLO, “Matrimonio, familia y economía”, pp. 89-90.

la parte especializada en el sector de mercado se haya beneficiado del esfuerzo de la otra parte, en la medida que el trabajo remunerado no da frutos en un momento inmediato a la inversión, sino posterior. Además, la parte que se hubiera dedicado a las tareas domésticas sufriría otro coste irreparable: al haber renunciado a invertir en bienes de mercado, ya nunca más volverá a hallarse en disposición de invertir en el sector de mercado con la misma intensidad que tuvo oportunidad después de iniciarse la unión²¹.

Los economistas se refieren a los “*quasi-rents*”, como aquel exceso de valor de un específico matrimonio o convivencia estable (en que ambos adoptan una estrategia cooperativa, de maximización conjunta de los niveles de utilidad) sobre el valor de los “*threat points*” (o “*fallback alternatives*”), los cuales representan la siguiente mejor opción después de esta²². Ello implica, por lo tanto, que cuando las partes no alcanzan un acuerdo en dicho sentido es porque el valor potencial de las alternativas es superior.

Es importante tener en cuenta que los “*threat points*” pueden ser internos o externos al matrimonio o a la convivencia estable. En el caso de los internos, la alternativa al acuerdo es la de “*harsh words, burnt toast and sleeping on the sofa*”. Es decir, cada uno de las partes intenta infligir sufrimiento a la otra como medio para lograr un acuerdo, pero causando el mínimo daño a uno mismo en el proceso. En este supuesto, si bien las partes están en peor posición, por haber adoptado una estrategia de maximización de la utilidad individual, están mejor que en caso de ruptura. En cambio, los “*threat points*” externos son las alternativas fuera del matrimonio o de la convivencia estable, las cuales pueden ser separación, divorcio, nulidad, soltería o nueva relación, en función de las preferencias y oportunidades individuales. Entre las variables que se toman en consideración para tomar una decisión destacan: preferencias subjetivas de tener pareja o estar soltero, recursos que cada miembro controla individualmente, lazos sociales y de comunidad, bienestar de los hijos, estigma social, creencias religiosas y las posibilidades de volverse a casar (“*remarriage market*”) o de constituir una nueva convivencia estable²³.

²¹ Margaret F. BRINIG / Douglas W. ALLEN, “These boots are made for walking?: Why most divorce filers are women”, *American Law and Economics Review*, vol. 2, núm. 1 (2000), pp. 130-132 y 135-136; Antony W. DNEs, “The division of marital assets following divorce”, *Journal of Law and Society*, vol. 25, núm. 3 (1998), p. 354; Lloyd COHEN, “Marriage, divorce, and quasi rents; or, ‘I gave him the best years of my life’”, *Journal of Legal Studies*, vol. 16, núm. 2 (1987), pp. 287 y 289; Laura ALASCIO / Ignacio MARÍN, “Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo. Aproximación al análisis económico del divorcio en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2007), p. 11.

²² Shelly LUNDBERG / Robert A. POLLAK, “Separate spheres and the marriage market”, p. 992; Betsey STEVENSON / Justin WOLFERS, “Bargaining in the shadow of the law. Divorce laws and family distress”, *National Bureau of Economic Research, Working Paper 10175* (2003), p. 4; Margaret F. BRINIG / Douglas W. ALLEN, “These boots are made for walking”, p. 130.

²³ Betsey STEVENSON / Justin WOLFERS, “Bargaining in the shadow of the law”, pp. 4-5; Amy L. WAX, “Bargaining in the shadow of the market”, pp. 544-546 y 553-554; Shelly LUNDBERG / Robert A. POLLAK, “Separate spheres and the marriage market”, pp. 990 y 997; Margaret F. BRINIG / Douglas W. ALLEN, “These boots are made for walking”, p. 136.

Estos “*threat points*” permiten calcular el valor potencial que para cada una de los cónyuges o convivientes estables tiene llegar a un acuerdo de mutuo acuerdo, así como el “*reservation price*”, al ser el valor mínimo por debajo del cual no están dispuestos a pactar. Este, a su vez, permite calcular la magnitud del “*bargaining surplus*”, ya que serán los beneficios obtenidos que superan el “*reservation price*”. En la medida en que los “*quasi-rents*” dependen del valor que cada parte otorga a la unión, estos irán variando a lo largo del tiempo y serán distintos para cada uno de ellos. Por lo que pueden colocar a una de las partes en una posición negociadora más débil, como consecuencia de que la utilidad de seguir en la relación será muy superior a las otras alternativas y estará dispuesto a mayor sacrificio, con el fin de mantener la relación²⁴.

Seguidamente, procederemos a examinar la concurrencia de aquellos factores en la negociación que permiten explicar el incremento o reducción de las probabilidades de que las partes alcancen un acuerdo.

En primer lugar, si bien la adopción de una estrategia dura permite obtener una mayor porción de beneficios, al mismo tiempo, reduce las posibilidades de alcanzar un acuerdo. En segundo lugar, las emociones juegan un papel relevante en la negociación, aunque solamente cuando una de las partes negociadoras se encuentra en una posición débil, al conceder más a la contraparte si muestra enfado. Por último, la concurrencia de determinadas circunstancias igualmente influye en las posibilidades de acuerdo. Estas se incrementan en caso de: urgencia de resolución, incremento de los costes de negociación o de los judiciales, así como si hay un mayor nivel de familiaridad (al tener mayor información es menos probable que se cometan errores de cálculo en sus expectativas). En cambio, es menos probable que haya acuerdo en los siguientes supuestos cuando: concorra rencor o resentimiento, alguna de las partes tenga mayores posibilidades de obtener un resultado favorable en el juicio o si alguna de ellas tenga un menor grado de aversión al riesgo (le conduce a solicitar una mayor porción de beneficios, aumentándose así las probabilidades de juicio)²⁵.

²⁴ Amy L. WAX, “Bargaining in the shadow of the market”, pp. 542-543; Shelly LUNDBERG / Robert A. POLLAK, “Separate spheres and the marriage market”, p. 992; Betsy STEVENSON / Justin WOLFERS, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 5; Margaret F. BRINIG / Douglas W. ALLEN, “These boots are made for walking”, pp. 130-133; Lloyd COHEN, “Marriage, divorce, and quasi rents”, pp. 287-289.

²⁵ Robert COOTER / Stephen MARKS / Robert MNOOKIN, “Bargaining in the shadow of the law”, pp. 233 y 238-239; Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, pp. 966-973; Varda LIBERMAN / Nicholas R. ANDERSON / Lee ROSS, “Achieving difficult agreements: Effects of positive expectations on negotiation processes and outcomes”, *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 46, núm. 3 (2010), p. 495; Gerben A. VAN KLEEF / Carsten K. W. DE DREU / Antony S. R. MANSTEAD, “The interpersonal effects of emotions in negotiations: A motivated information processing approach”, *Journal of personality and social psychology*, vol. 87, núm. 4 (2004), pp. 510 y 523; George F. LOEWENSTEIN / Christopher K. HSEE / Elke U. WEBER / Ned WELCH, “Risk as feelings”, *Psychological Bulletin*, vol. 127, núm. 2 (2001), pp. 272 y 280.

2.3. Aproximación al cambio de circunstancias en el seno del matrimonio y de la convivencia estable desde la doctrina del “*relational contract*”

Su inclusión en la categoría de contratos relacionales (“*relational contracts*”), elaborada por parte de la doctrina norteamericana que realiza un análisis sociológico de la realidad económica, permite capturar mejor el proceso continuo de adaptación y recontratación que tiene lugar como consecuencia de los cambios permanentes (“*continuous change*”) causados por el devenir de la vida, los cuales se caracterizan por ser continuos, evolutivos y acumulativos²⁶.

Es preciso indicar que la alteración de los contextos, en cuanto conjunto de circunstancias, no constituye un hecho extraordinario, sino un estado natural del mundo. En este sentido, resulta de especial relevancia el concepto de “*impermanencia*”, propio del budismo zen, forma japonesa de la escuela budista china Chan, la cual es empleada para referirse al hecho de que todo en este mundo está sujeto al cambio sin que nada pueda retener su identidad en su paso por la tierra²⁷.

En este mismo sentido apuntan los estudios sobre psicoterapia familiar, los cuales han concluido que las relaciones de pareja se encuentran en un proceso de constante cambio. Estos pueden producirse como consecuencia del nacimiento del primer niño, abandono del hogar familiar por los hijos, pérdida de empleo, enfermedad, problemas económicos, entre otros. Si bien es cierto que demasiados cambios pueden provocar el caos, la resistencia al mismo conlleva la debilitación de la pareja, en la medida en que supone la denegación de la realidad de madurar y envejecer. De modo que, conforme con estos estudios, las parejas deben entender su relación no como un estado fijo sino como un proceso dinámico (que se desarrolla a lo largo del tiempo) en el cual deben tomar parte necesariamente para asegurar el mantenimiento de la relación²⁸.

Esta situación de cambios permanentes ocasiona que las contingencias futuras resulten complejas e inciertas. Por este motivo, conforme con esta aproximación elaborada por la

²⁶ Jeffrey D. FORD / Laurie W. FORD, “Logics of identity, contradiction, and attraction in change”, *The Academy of Management Review*, vol. 19, núm. 4 (1994), pp. 757, 759 y 779; Karl E. WEICK / Robert E. QUINN, “Organizational change and development”, *Annual Review of Psychology*, vol. 50 (1999), pp. 366 y 375; Dorte DØJBÆK HÅKONSSON / Peter KLAAS / Timothy N. CARROLL, “The structural properties of sustainable, continuous change: Achieving reliability through flexibility”, *The Journal of applied behavioral science*, vol. 49, núm. 2 (2012), p. 180; Sandra GRAY BENDER, *Recreating marriage with the same old spouse: a guide for couples*, Louisville, Westminster John Know Press, 1997, pp. 1-2.

²⁷ Daisetz Teitaro SUZUKI, *Budismo zen*, Barcelona, Kairós, 1986, p. 73; Andrew JUNIPER, *Wabi sabi: el arte de la impermanencia japonés*, Barcelona, Oniro, 2004, p. 45.

²⁸ Resulta de interés la expresión “*the only stability is change*”, la cual es emprada por Susan S. HENDRICK, “Close relationships what couple therapist can learn”, pp. 63 y 92. En este mismo sentido, vid. Irene GOLDENBERG / Herbert GOLDENBERG, *Family therapy. An overview*, Pacific Grove, Brooks / Cole, 1996, pp. 41 y 42; José Luis DÍAZ MORFA, *Prevención de los conflictos de pareja*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003, pp. 43 y 112.

doctrina norteamericana, el acuerdo de voluntades que determina el nacimiento del matrimonio y de la convivencia estable (entendido como intercambio de promesas) se deja incompleto en sus términos, confiando en que las disposiciones legales, junto con las reglas sociales y relacionales permitirán ir especificándolos durante el desarrollo de la relación (“*incremental agreement*”)²⁹.

Por “*reglas relacionales*”, la doctrina norteamericana entiende aquellas que son fruto de la relación interpersonal entre las partes. La existencia de estas igualmente ha sido reconocida por estudios psicológicos, los cuales han defendido que la interacción entre los miembros de la pareja se encuentra organizada por reglas propias e implícitas que establecen patrones de comportamientos, a través de la determinación de los derechos y deberes de cada uno de los miembros. Sin embargo, estas reglas son dinámicas, al tenerse que ir modificando en atención a los cambios que se vayan produciendo para poder dar respuesta a las necesidades nuevas³⁰.

En la medida en que una estrategia no cooperativa en el matrimonio y en la convivencia estable produce una reducción en el bienestar individual, como se ha defendido previamente, podemos presumir que las reglas relacionales, adoptadas de mutuo acuerdo por las partes, establecerán un patrón de cooperación. Es decir, establecerán la realización de contribuciones al fondo común, la voluntad de maximizar los beneficios conjuntos derivados de la cooperación, la actuación de buena fe y la disposición de renegociar los términos del acuerdo en caso de cambio de las circunstancias. Por esta razón, este patrón de cooperación es abandonado definitivamente por las partes, una vez se ha producido la crisis matrimonial o de convivencia³¹.

En el caso de las reglas sociales, según la doctrina norteamericana, son aquellas que definen el comportamiento y las actitudes que resultan aceptables en el matrimonio y en la

²⁹ Ethan J. LEIB, “Contracts and friendships”, *Emory Law Journal*, vol. 59, núm. 3 (2010), pp. 652-654 y 675-676; Robert LECKEY, “Relational contract and other models of marriage”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 40, núm. 2 (2002), pp. 8-9; Benjamin MEANS, “Nonmarket values in family businesses”, *William & Mary Law Review*, vol. 54, núm. 4 (2013), pp. 1223-1224; James W. FOX, “Relational contract theory and democratic citizenship”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2003), pp. 5-9; Elisabeth S. SCOTT / Robert E. SCOTT, “Marriage as relational contract”, *Virginia Law Review*, vol. 84, núm. 7 (1998), pp. 1248 y 1249; Jay M. FEINMAN, “Relational contract theory in context”, *Northwestern University Law Review*, vol. 94, núm. 3 (2000), pp. 739-740.

³⁰ Irene GOLDENBERG / Herbert GOLDENBERG, “Family therapy. An overview”, pp. 44-45; José Luis DÍAZ MORFA, “Prevención de los conflictos de pareja”, pp. 112-113; Ian D. FEINAUER / Jeffrey H. LARSON / James M. HARPER, “Implicit Family Process and Adolescent Psychological Symptoms”, *The American Journal of Family Therapy*, vol. 38, núm. 1 (2010), p. 64.

³¹ Ian MACNEIL, *The relational theory of contract: Selected works of Ian Macneil*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 153-154; Ethan J. LEIB, “Contracts and friendships”, pp. 652, 655-658 y 676; Elisabeth S. SCOTT / Robert E. SCOTT, “Marriage as relational contract”, p. 1286; Elizabeth KINGDOM, “Cohabitation contracts and the democratization of personal relations”, *Feminist legal studies*, vol. 8, núm. 1 (2000), pp. 20-21; Tamara L. KUENNEN, “Private relationships and public problems: applying principles of relational contract. Theory to domestic violence”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2010, núm. 2 (2010), pp. 540-541.

convivencia estable en una determinada sociedad (p. ej. honestidad, altruismo, fidelidad o honradez), las cuales influyen en el establecimiento de las reglas relacionales. El respeto a las mismas se encuentra garantizado por los costes emocionales y económicos que se pueden generar por el incumplimiento (p. ej. daños en la reputación, desaprobación). En último lugar, encontramos las disposiciones legales que resultan de aplicación a las relaciones familiares –a través del Derecho de familia– juegan un relevante papel corrector en la toma de decisiones de los cónyuges o convivientes estables, de acuerdo con esa misma doctrina³².

Para concluir este epígrafe, nos resta por defender que la aproximación al matrimonio y a la convivencia estable desde el contrato relacional puede resultar especialmente útil, para ofrecer pautas a los tribunales, en el momento de resolver los conflictos que pueden surgir a raíz de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, al permitir solucionar el problema que se plantea cuando las normas sociales cambian y los cónyuges o convivientes estables dejan de ajustarse a las mismas, al tener que resolver adoptando una visión retrospectiva respecto de las expectativas asociadas en cada década (p. ej. otorgando una prestación compensatoria de por vida). Asimismo, por otra parte, permite que la posición de desventaja económica de la mujer sea considerada, no como el resultado del comportamiento del hombre, como sucede en el enriquecimiento injusto (evitando así presentarla como víctima o usurpadora de las propiedades del hombre), sino causada por su contribución a la construcción de la unión. Ello se debe al hecho de que, a lo largo de la relación marital o de convivencia estable, desarrollan el sentido de pertenencia a una unidad con intereses idénticos con los suyos (familia), motivo por el que actúan a favor de los del grupo, generándose expectativas (variarán en función de la relación entre las partes, así como de las reglas sociales y relacionales), las cuales resultan reforzadas por la presunción de que el otro continuará comportándose del mismo modo. Por consiguiente, al considerar las pérdidas y ganancias de ambas partes como el resultado del esfuerzo conjunto, estas tienen que ser repartidas, en lugar de compensadas plenamente, evitando así la polarización del conflicto³³.

³² Elisabeth S. SCOTT / Robert E. SCOTT, "Marriage as relational contract", pp. 1284-1292; Andrew BLAIR-STANEK, "Defaults and choices in the marriage market", pp. 3-4; Mary KEYES / Kylie BURNS, "Contract and the family: Whither intentions?", *Melbourne University Law Review*, vol. 26, núm. 3 (2002), pp. 586-587; Tamara L. KUENNEN, "Private relationships and public problems", p. 543; Andrew Ethan J. LEIB, "Contracts and friendships", pp. 652, 655-656 y 677-678; James W. FOX, "Relational contract theory and democratic citizenship", pp. 14-15; Alice BELCHER, "A feminist perspective on contract theories from law and economics", p. 38; Gregory S. ALEXANDER, "The new marriage contract and the limits of private ordering", p. 506.

³³ Anne SANDERS, "Private autonomy and marital property agreements", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, núm. 3 (2010), p. 599-600; Antony W. DNES, "Marriage contracts", pp. 877-879; Antony W. DNES, "The division of marital assets following divorce", pp. 361-363; Robert LECKEY, "Relational contract and other models of marriage", pp. 4-5 y 8-17.

II. EL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA DESDE UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA

Una vez examinado el reconocimiento de autonomía privada en el ámbito del derecho patrimonial de la familia por parte del derecho civil catalán, así como la facultad de autorregulación de las relaciones familiares desde distintas perspectivas, estudiaremos el negocio jurídico de derecho de familia. Primeramente, centraremos el objeto de estudio en las peculiaridades del ejercicio de la autonomía privada en dicho ámbito (1.). Con posterioridad, analizaremos los factores que han contribuido a que se haya reconocido validez a este tipo de negocio jurídico (2.).

1. Reconocimiento de autonomía privada a los cónyuges y convivientes estables

La autonomía de la voluntad de los cónyuges y de los convivientes estables se manifiesta a través de la celebración de los denominados negocios jurídicos de derecho de familia con trascendencia normativa, como pone de relieve el art. 231-11 CCC.

Los negocios jurídicos de derecho de familia fueron definidos por ALBALADEJO en 1958 como aquellos “*que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares (o, ampliando el concepto, cuasifamiliares), como el matrimonio, la adopción y el nombramiento de tutor*”. En términos similares, encontramos la definición empleada por DÍEZ-PICAZO en 1962, al afirmar que es “*aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar*”³⁴. Es necesario señalar que distintos negocios jurídicos (con su propia causa) pueden estar integrados en un único negocio jurídico de derecho de familia, en la medida en que se persigue con todos ellos un propósito global (p. ej. la regulación de la crisis matrimonial o de la convivencia estable).

Un negocio jurídico de derecho de familia se puede clasificar, atendiendo a su naturaleza (relaciones horizontales o verticales), así como a su contenido (personal o patrimonial). Dicha división, en atención a su ámbito objetivo, coincide en gran parte con la que clásicamente se ha establecido entre Derecho de familia puro y Derecho de familia aplicado a los bienes. En este momento, aunque volveremos a ello en los capítulos próximos, es importante afirmar que el radio de acción de la autonomía de la voluntad será distinto, en atención a la naturaleza del negocio jurídico celebrado³⁵.

³⁴ Manuel ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 70-71; Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, p. 780.

³⁵ Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales: capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, procedimiento consensual*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 37-38; Luis DÍEZ PICAZO / Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I:

Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de autonomía privada en el ámbito familiar, en comparación con el resto del Derecho privado, es más restringida y los límites institucionales cobran una mayor amplitud, como consecuencia del intervencionismo de los poderes públicos con el fin de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (arts. 9.2, 39.1 y 53.3 CE)³⁶, por ser un elemento integrante del Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) que permite alcanzar funciones sociales dignas de protección (p. ej. proveedora de estabilidad, racionalidad, libertad y realización personal). Como ya se sabe, entre las funciones que tradicionalmente se han atribuido al Derecho de familia, encontramos la de dotar de certidumbre la constitución, disolución o extinción de las relaciones jurídico-familiares, ya que para que estas se produzcan se requiere la intervención del Derecho (función organizativa). También la de operar como instrumento de paz familiar y de justa satisfacción de las pretensiones que entre los miembros de la familia se pueden suscitar, a raíz de su coexistencia. Es preciso indicar que la intervención de los poderes públicos se concreta principalmente en la regulación del *status familiae*, el cual atribuye derechos y deberes a las personas como miembros de un conjunto familiar³⁷.

La atribución de menor grado de autonomía privada en el Derecho de familia, en comparación con el resto del Derecho privado, se deriva del contenido, al haber aspectos de la regulación legal que tienen carácter imperativo y no se puede pactar en contra, en la medida en que el matrimonio continúa siendo un estado civil. Reflejo de ello, lo encontramos en el art. 231-2.1 CCC, el cual ha mantenido la definición de “vínculo jurídico” que se realizaba en el art. 1 CF. Esta terminología fue utilizada por el legislador con la voluntad de distinguir el matrimonio de la convivencia estable, ya que si bien es cierto que se han difuminado las diferencias entre ellas en el Libro II del CCC, el vínculo matrimonial sigue siendo jurídicamente más intenso en sus efectos. Además, conviene destacar que los límites de la autonomía privada en el Derecho de familia (arts. 111-6 CCC y 1255 CCE), a

Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, Madrid, Tecnos, 2004, p. 482; Encarna ROCA TRIAS, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, pp. 2108 y 2113-2114; Gemma RUBIO GIMENO, “Control judicial de contingents sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers”, p. 6; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Los pactos conyugales de separación de hecho*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982, pp. 233-234.

³⁶ José Antonio DORAL GARCÍA DE PAZOS, *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1994, p. 50; José SANTACRUZ TEJEIRO / Faustino GIMÉNEZ ARNAU, “La posición del derecho de familia en la doctrina del profesor Cicu”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 166-167 (1927), pp. 241-246; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, p. 778.

³⁷ Encarna ROCA TRIAS, *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 70; Luis Díez PICAZO, “Familia y Derecho”, pp. 32-33 y 87-90; Mariano ALONSO PÉREZ, “La familia y el derecho de familia”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 57 y 155-169; John DEWAR, *Law and the Family*, London and Edinburgh, Butterworths, 1989, pp. 3-4; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, p. 778; Leonor AGUILAR RUIZ / César HORNERO MÉNDEZ, “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: Autonomía de la voluntad y control judicial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57 (2006), pp. 36-38; Ana María PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2000, p. 97; Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, p. 545.

pesar de ser los mismos que para el resto de Derecho privado, se aplican más restrictivamente, debido a la existencia de un interés familiar que persigue la protección de la familia³⁸.

Asimismo, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por el control judicial, el cual pretende evitar la arbitrariedad y la desigualdad, garantizando así que los acuerdos celebrados entre particulares se ajustan a los principios constitucionales y legales, correspondiendo al Parlamento y a los tribunales de apelación, el establecimiento de los principios generales³⁹.

Antes de proceder con el estudio, expondremos algunos datos estadísticos con el fin de conocer cuál es la realidad notarial actual:

Pólizas y otros documentos mercantiles sujetos al antiguo arancel de corredores	1.768.147	27,09%
Apoderamientos	1.203.444	18,44%
Actas	846.992	12,97%
Testamentos y disposiciones de última voluntad	635.641	9,74%
Contratos traslativos sobre todo tipo de bienes y derechos	493.835	7,56%
Créditos, préstamos y garantías hipotecarias	436.944	6,69%
Herencias	382.051	5,85%
Cartas de pago y cancelaciones	331.801	5,08%
Otros actos y contratos	120.056	1,84%
Actos que implican modificación física sobre fincas	110.671	1,70%
Donaciones y transmisiones gratuitas <i>inter vivos</i>	88.761	1,36%
Contratos por razón de matrimonio y actos relativos a uniones o separaciones de hecho	82.131	1,26%
Actos de orden familiar y personal	20.342	0,31%
Contratos de arrendamiento y cesión de uso	6.236	0,10%
Actos urbanísticos	505	0,01%
Protestos	409	0,01%

Fuente: CGN (2015)

³⁸ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (publicado en el BOE núm. 198, de 19 agosto 1998, pp. 28310-28344; DOGC núm. 2687, de 23 julio 1998, pp. 9132-9155). En la doctrina, vid. Ángel SERRANO DE NICOLÁS, “Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en Vicente PÉREZ DAUDI (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 24; Pablo SALVADOR CODERCH / Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Article 1”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 61-62; Carlos VILLAGRASA, “Las parejas estables”, en Vicente PÉREZ DAUDI (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 120; José Antonio DORAL GARCÍA, “El negocio jurídico ante la jurisprudencia”, pp. 50-51.

³⁹ Encarna ROCA TRIAS, “Familia y cambio social”, p. 86; Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, pp. 543-544; Encarna ROCA TRIAS, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, pp. 2130-2131; José Antonio DORAL GARCÍA, “El negocio jurídico ante la jurisprudencia”, pp. 51-52; Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, *Bromley’s Family Law*, London, Oxford University Press, 2007, p. 4.

Los negocios jurídicos otorgados por razón de matrimonio y aquellos relativos a uniones de hecho en 2015 representaron únicamente el 1,26% del total de actos jurídicos, celebrados ante notario. Posteriormente, examinaremos la evolución que estos han experimentado en los últimos años:

2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
112.327	107.088	96.371	95.445	91.475	89.271	80.503	81.998	82.131
	-4,66%	-10,01%	-0,96%	-4,16%	-2,41%	-9,82%	1,86%	0,16%

Fuente: CGN

A partir de la tabla anterior se puede concluir que los negocios jurídicos de Derecho de familia celebrados ante notario en Cataluña han experimentado una reducción del 26,88%, de comparar las cifras de 2007 con las de 2015. Si bien en 2013 se alcanzó la menor cifra en 7 años, la tendencia se revertió a partir del año siguiente y desde entonces han aumentado en un 2,02%. En este momento, procederemos analizando cuáles fueron los tipos de negocios jurídicos por razón de matrimonio y de actos relativos a uniones o separaciones de hecho que se celebraron a nivel estatal:

	2007	2009	2011	2013	2015
Capitulaciones matrimoniales	47.282 (42,09%)	42.689 (44,30%)	41.397 (45,25%)	41.367 (51,39%)	44.651 (53,92%)
Aportación a la sociedad conyugal	41.393 (36,85%)	30.808 (31,97%)	25.693 (28,09%)	18.675 (23,20%)	15.893 (19,19%)
Liquidación de cualquier régimen económico matrimonial (<i>inter vivos</i>)	19.959 (17,77%)	18.976 (19,69%)	16.506 (18,04%)	13.413 (16,66%)	12.308 (14,86%)
Acuerdos relativos a uniones de hecho	1.598 (1,42%)	2.327 (2,41%)	6.014 (6,57%)	5.051 (6,27%)	5.534 (6,68%)
Acuerdos que alteren el carácter común o privativo de los bienes	1.018 (0,91%)	890 (0,92%)	918 (1%)	922 (1,15%)	1.073 (1,3%)
Renuncias a derechos económicos matrimoniales	723 (0,64%)	362 (0,38%)	651 (0,71%)	602 (0,75%)	1.156 (1,4%)
Acuerdos de separación de hecho	354 (0,32%)	319 (0,33%)	296 (0,32%)	473 (0,59%)	769 (0,93%)
Escritura de separación matrimonial o divorcio	-	-	-	-	1.429 (1,73%)

Fuente: CGN

Los resultados permiten concluir que la gran mayoría de los negocios jurídicos que se celebraron ante notario fueron capitulaciones matrimoniales, aportaciones a la sociedad conyugal y liquidaciones de regímenes económicos matrimoniales *inter vivos*. A

continuación, analizaremos en qué medida se ha incrementado o reducido el número de cada uno de los distintos tipos de negocio jurídico entre los años 2007 y 2015:

	En puntos porcentuales	En porcentajes
Capitulaciones matrimoniales	11,83	-5,56
Aportación a la sociedad conyugal	-17,66	-61,60
Liquidación de cualquier régimen económico matrimonial (<i>inter vivos</i>)	-2,91	-38,33
Acuerdos relativos a uniones de hecho	5,26	246,31
Acuerdos que alteren el carácter común o privativo de los bienes	0,39	5,4
Renuncias a derechos económicos matrimoniales	0,76	59,89
Acuerdos de separación de hecho	0,61	117,23

En atención a los datos estadísticos, podemos afirmar que el mayor incremento porcentual se sitúa en los acuerdos relativos a uniones de hecho, seguido con mucha distancia, por los acuerdos de separación de hecho. Por el contrario, en el caso del otorgamiento de escritura pública de aportación a la sociedad conyugal se ha producido una reducción considerable en el número de ellos.

Frente a dicha pluralidad de negocios jurídicos familiares y en atención al objeto de la presente tesis, a partir de este momento, nosotros nos centraremos solamente en aquellos que son celebrados por los cónyuges o convivientes estables con el fin de regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de convivencia estable. Estos, a su vez, se pueden clasificar en función del momento en que se adoptan. Un primer grupo se encuentra compuesto por aquellos negocios de derecho de familia celebrados antes de la celebración del matrimonio o de la constitución de la convivencia estable (si bien estos últimos también pueden celebrarlos durante su unión), en el que únicamente hay los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia estable. El otro grupo, por el contrario, se encuentra integrado por aquellos otorgados una vez ya se ha producido la crisis, los cuales, a su vez, se pueden subdividir, en función de si esta se encuentra judicializada (convenio regulador) o no (pacto amistoso de separación, acuerdo de delegación o de distribución de funciones en el ejercicio de la potestad parental y acuerdo de mediación).

Examinaremos, seguidamente, el número de pactos amistosos de separación (solo se dispone de datos respecto de aquellos que fueran otorgados ante notario) y de convenios reguladores

(tanto de separación como de divorcio) que han sido celebrados entre los años 2007 y 2015, así como de los pactos en previsión de ruptura matrimonial (aunque exclusivamente se han publicado los datos relativos a las capitulaciones matrimoniales otorgadas sin pactar régimen económico matrimonial) y de acuerdos de mediación:

	Capitulaciones matrimoniales (sin pactar reg. econ.)	Pactos amistosos de separación	Acuerdos de mediación (intrajudicial)	Convenios reguladores (separación y divorcio)
2007	371	354	-	31.754
2009	281	319	152	29.337
2011	229	296	324	34.078
2013	240	473	469	35.163
2015	227	769	732	36.088

Fuente: CGN y CGPJ⁴⁰

Los datos ponen de manifiesto la prevalencia de los convenios reguladores respecto de los restantes negocios jurídicos de derecho de familia que son celebrados con el fin de regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de convivencia estable. Si bien las capitulaciones matrimoniales otorgadas sin pactar régimen económico se han reducido en un 38,81% entre los años 2007 y 2015, el número de convenios reguladores se ha visto incrementado en un 13,65% en este mismo lapso de tiempo, al igual que los pactos de separación de hecho en un 117,23%.

Por último, para concluir este primer apartado, examinaremos en detalle los resultados de las estadísticas de mediación familiar intrajudicial. El estudio por separado tiene su razón de ser en que los resultados se encuentran detallados por comunidades autónomas. Una primera matización que tenemos que hacer es que, de los 359 juzgados que ofrecen mediación familiar en todo el Estado, el 42,34% de estos se encuentra en Cataluña (100 en Barcelona, 32 en Girona, 4 en Lleida y 16 en Tarragona)⁴¹.

⁴⁰ Para calcular el número de convenios reguladores, hemos tomado como referencia el número de procesos consensuados de divorcio y separación resueltos en dicho año. Las estadísticas de mediación familiar, realizadas por el Consejo General del Poder Judicial, se encuentran disponibles en su página web. Para acceder: Temas, Estadística Judicial, Base de datos de la estadística judicial (PC-Axis), Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, Mediación familiar.

⁴¹ De acuerdo con los datos publicados por el CGPJ, en atención a los órganos judiciales que ofrecen mediación familiar (Última consulta: Agosto 2016). Para acceder: Temas, Mediación.

	España				Cataluña			
	Con avenencia		Sin avenencia		Con avenencia		Sin avenencia	
2009	153	(16,78%)	759	(83,20%)	70	(14,93%)	399	(85,07%)
2011	324	(15,50%)	1.766	(84,50%)	104	(13,92%)	643	(86,08%)
2013	469	(17,96%)	2.142	(82,04%)	100	(13,55%)	638	(86,45%)
2015	732	(18,08%)	3.316	(81,92%)	129	(22,59%)	442	(77,41%)

Fuente: CGPJ

Los resultados permiten concluir que la gran mayoría de los procesos de mediación familiar concluyen sin que las partes hayan alcanzado un acuerdo. La media española de procesos concluidos con avenencia, entre los años 2009 y 2015, se encuentra en 17,08%, una cifra ligeramente superior a la catalana, que se encuentra en un 16,25%.

2. Factores que contribuyen al reconocimiento de la validez al negocio jurídico de derecho de familia. Radiografía social.

Hace unos 50 años, la doctrina se planteaba la validez del negocio jurídico de derecho de familia y si resultaba posible la autonomía de la voluntad en este ámbito, en la medida que no resultaban de aplicación las reglas generales de los contratos, a pesar de que en el derecho positivo, ya existían una pluralidad de negocios jurídicos a los que se les podía conferir dicha calificación. Entre ellos destacaban los capítulos matrimoniales, por medio de los cuales se ha reconocido la autonomía privada en el ámbito de la familia. Estos acostumbraban a ser celebrados por los contrayentes o futuros contrayentes y sus respectivos padres con el fin de regular las consecuencias que producía el matrimonio en el ámbito familiar-patrimonial y económico (p. ej. pactando el usufructo universal de regencia, el régimen de asociación de compras y mejoras, el heredamiento casi siempre preventivo a favor de los hijos contrayentes, donaciones por razón del futuro matrimonio entre los padres y los hijos)⁴².

Las razones que se alegaban para negar que la autonomía privada tuviese cabida en el ámbito de la familia fueron básicamente dos. En primer lugar, sobre la base de que el Derecho de familia se hallaba dominado por el interés público, cuya tutela correspondía a los órganos del Estado y a los propios órganos familiares. Según esta opinión, las declaraciones de voluntad en el Derecho de familia no eran actos de autonomía, sino de heteronomía. En esta corriente

⁴² Sarah ABRAMOWICZ, “Beyond Family Law”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 63, núm. 2 (2012), pp. 295-296; Jill Elaine HASDAY, “The Canon of Family Law”, *Stanford Law Review*, vol. 57, núm. 3 (2004), pp. 840-841; Immaculada BARRAL VIÑALS, “Estructura tradicional per a continguts moderns: Els capítols d’avui”, en ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Nous reptes del dret de família: Materials de les tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, p. 523; Juana MARCO MOLINA, “Los capítulos matrimoniales”, pp. 182-183; Martín GARRIDO MELERO, “Aplicaciones del principio de libertad civil: la escritura pública como valor de libertad”, *La Notaría*, vol. 9-10, núm. 1 (2003), p. 33; Albert LAMARCA / Esther FARNÓS / Albert AZAGRA / Mireia ARTIGOT, “Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2003), pp. 3-11.

doctrinal, se sitúa CICU, el cual defendió que el negocio jurídico familiar no era una manifestación libre de voluntad dirigida a actuar de acuerdo con intereses personales, sino un acto de poder público y a veces familiar⁴³. En segundo lugar, por considerar que los efectos jurídicos de los negocios jurídicos de familia no estaban determinados por la voluntad (*ex voluntate*), como en los genuinos, sino por la ley (*ex lege*). Es decir, se estimaba que los efectos jurídicos estaban ya predispuestos legalmente y no eran determinados por la declaración de voluntad emitida. Otros autores, en cambio, como DE CASTRO, se manifestaron a favor de la existencia de negocios jurídicos dentro del Derecho de familia, aunque con cautelas, al afirmar que lo íntimo de las relaciones familiares hacía presumir que conductas de las que normalmente se induciría la existencia de un negocio jurídico, fuesen consideradas extrañas en el ámbito de lo negocial⁴⁴.

El reconocimiento de una mayor libertad de autorregulación a los contrayentes o futuros contrayentes en el ámbito familiar-patrimonial se debe contextualizar en el proceso de evolución “*from status to contract*” en que se encuentra inmerso el Derecho. Esta expresión fue utilizada por primera vez por MAINE en 1861, al afirmar que mientras tradicionalmente nuestros derechos y obligaciones derivaban de nuestro *status* como miembros de una clase, casta, grupo étnico o género, cada vez más, estos eran el resultado de acuerdos voluntarios celebrados entre sujetos privados. Es lo que fue denominado por DEWAR como “*contractualization*” del Derecho de familia, para referirse a “*the use of private contracting as a way of ordering domestic relationships*”⁴⁵.

En el caso del matrimonio, el cambio en su naturaleza jurídica puede ser explicado por este fenómeno, el cual se inició en los países del “*Common Law*” como consecuencia de la carencia de un derecho codificado al estilo del “*Civil Law*” continental, así como por la concepción temporal –propia de la Reforma protestante– del matrimonio. Dicho proceso “*from status to contract*” ha causado que de la concepción del *matrimonio-institución*, en el

⁴³ Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, p. 776; Luis DIEZ PICAZO, “Familia y Derecho”, p. 89; Mariano ALONSO PÉREZ, “La familia y el derecho de familia”, pp. 160-161; Juan José LÓPEZ BURNIOL, *La «resurrecció» dels capítols matrimonials (L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència): Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número II-lm. Sr. Juan-José López Burniol i contestació de l'acadèmic de número II-lm. Sr. Josep M. Puig Salellas*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1999, p. 24.

⁴⁴ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, pp. 37-38. Como ejemplo, dicho autor recurría a una sentencia de 1916, por la que se había considerado que los servicios prestados por el suegro en la agencia del yerno no era arrendamiento de servicios, sino de mutua ayuda, así como la Ley de contrato de trabajo de 1944 que en su art. 2 dejaba fuera de su regulación los trabajos de carácter familiar. En este sentido, encontramos también: Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, p. 777; Luis DIEZ PICAZO, “Familia y Derecho”, p. 89.

⁴⁵ Henry MAINE, *Ancient Law: Its connection with the Early History of Society, and its relation to modern idea* (se encuentra citado en: Eric RASMUSEN / Jeffrey E. STAKE, “Lifting the veil of ignorance: personalizing the marriage contract”, *Indiana Law Review*, vol. 73, núm. 2 (1998), p. 454). También vid. John DEWAR, “Family Law and its discontents”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 14, núm. 1 (2000), pp. 70-72.

que las partes tenían capacidad limitada para autorregularse conforme a sus propios intereses y solo podían escoger entre casarse o no, pero sin poder modificar los términos, se esté evolucionando hacia la concepción del *matrimonio-contrato*, en el que ello, sí resulta posible. Por ejemplo, en este punto, resulta relevante la sentencia *Radmacher v. Granatino* (2010) de la *Supreme Court*, en la que se reconoce que los cónyuges son libres para establecer los efectos del mismo: “*The court should accord respect to the decision of a married couple as to the manner in which their financial affairs should be regulated. It would be paternalistic and patronising to override their agreement simply on the basis that the court knows best*” (par. 78)⁴⁶. Es necesario señalar que la transición no ha sido completa y el *status* continúa siendo fuente de derechos y obligaciones (incluso la convivencia estable genera consecuencias legales como, por ejemplo, responsabilidad parental). Asimismo, persiste la intervención del Estado, a través de establecer en la legislación civil unas causas que determinan la invalidez del matrimonio (art. 73 CCE) y asumir un rol activo de control judicial del contenido de los acuerdos alcanzados privadamente, así como tipificando una serie de infracciones penales en el Código Penal bajo la rúbrica de “*delitos contra las relaciones familiares*”⁴⁷.

Reflejos de dicha contractualización son la introducción del divorcio acausal que ha otorgado mayor libertad para extinguir su vínculo jurídico, así como la reducción de los derechos y obligaciones contenidos en el *status* (especialmente como consecuencia de la igualdad entre los cónyuges, introducida por la Ley 15/2005 de reforma del Código Civil). Ahora bien, la principal manifestación de este fenómeno se encuentra en el art. 231-2.1 CCC, el cual ya no define el matrimonio como institución, a diferencia del art. 1 CF. De hecho, si bien en el Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña de 2009 se mantenía la definición de matrimonio como institución, durante la tramitación parlamentaria, algunos Grupos Parlamentarios (*Socialistes – Ciutadans pel canvi, Esquerra Republicana de Catalunya e Iniciativa per Catalunya Verds – Esquerra Unida i Alternativa*) presentaron una enmienda para suprimir la referencia a institución que contenía el antedicho precepto legal⁴⁸.

⁴⁶ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 427 (disponible BAILII). En la doctrina, entre otros, vid. Harry D. KRAUSE, *Family law in a nutshell*, St. Paul, West Publishing, 1986, pp. 74-75; Eric RASMUSEN / Jeffrey E. STAKE, “Lifting the veil of ignorance”, pp. 456-457; Encarna ROCA TRIAS, “Familia y cambio social”, pp. 164-165; Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, p. 3.

⁴⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (publicada en el BOE núm. 281, de 24 noviembre 1995, pp. 33987-34058). Sin ánimo de exhaustividad, entre los delitos contra las relaciones familiares encontramos, por ejemplo: bigamia (art. 217 CP); celebración de matrimonio inválido, conforme con la legislación civil, para perjudicar al otro contrayente (art. 218 CP); abandono de familia (art. 226 CP).

⁴⁸ El art. 231-2.1 en la redacción del primer Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña que se presentó, el cual fue admitido a trámite por la mesa del Parlament el 13 de enero de 2009 (publicado en el BOPC núm. 384/08, el 19 de enero de 2009, p. 38), establecía: “*El matrimoni es una institució que dona lloc a un vincle jurídic*”. La enmienda presentada al

Llegado este punto, procederemos a examinar los factores que favorecieron la admisión de un cierto contractualismo en el ámbito del Derecho de familia y que, como consecuencia, contribuyeron al reconocimiento de validez de negocios jurídicos de derecho de familia. En primer lugar, la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo ha modificado los roles tradicionales familiares. En la medida en que generalmente la mujer dispone de ingresos propios y no depende económicamente del marido, ya no se considera necesaria una regulación imperativa para su protección y se le reconoce un mayor grado de libertad, para autorregular en beneficio de sus propios intereses privados⁴⁹. En segundo lugar, la diversidad y pluralidad en los núcleos familiares igualmente ha contribuido a que el legislador haya otorgado una mayor autonomía privada, en la medida en que se ha considerado que las partes son las que están mejor capacitadas, para encontrar una solución más personalizada, en atención a sus circunstancias individuales y a sus intereses propios.

De acuerdo con los datos estadísticos publicados por la OCDE en 2010 (incluyéndose los relativos a otros países, en atención a que sus correspondientes fuentes normativas serán estudiadas con detenimiento a partir del capítulo II), la distribución de la sociedad por razón del estado civil era la siguiente:

	España		Australia		EUA		Reino Unido	
	2010	2012	2010	2012	2010	2012	2010	2012
Casados	55%	56,4%	58%	54,4%	59%	52,5%	49%	50,6%
Convivencia	5%	4%	7%	9,9%	2%	1,2%	7%	10,4%
Soltero	30%	29,9%	24%	23,9%	26%	30,8%	28%	22,4%
Viudo	6%	4,6%	4%	5%	5%	4,9%	7%	7,2%
Divorciado	2%	3,3%	4%	4%	6%	8,1%	6%	6,8%
Separado	2%	2%	3%	2,7%	2%	2,4%	3%	2,6%

Fuente: OCDE⁵⁰

El surgimiento de estas nuevas formas familiares ha sido posible como consecuencia de los cambios legislativos introducidos. Si bien desde las reformas de 1984 y de 1993 del Derecho Civil de Cataluña se había estado intentado dar un concepto de familia ya desligado de la relación matrimonial, aún en el CF de 1998, la familia era considerada como “*la institució social bàsica i la primera cèl·lula de la societat*” (exposición de motivos). Ello cambió con

precepto (publicado en BOPC, de 16 de noviembre de 2009, núm. 574/08, p. 15) consistió en introducir la siguiente modificación: “*El matrimoni estableix un vincle jurídic que origina una comunitat*”.

⁴⁹ Joaquín RAMS ALBESA / Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 926; Núria GINÉS CASTELLET, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *RCDI*, núm. 727 (2011), p. 2582.

⁵⁰ Tabla de elaboración propia, a partir de los datos publicados por OCDE en “*Society at a glance: OECD Social Indicators*”, en la edición de 2011 y de 2014. Disponible en: OECD iLibrary.

la aprobación del EAC, en que en su art. 40.2 EAC, en lugar del término de familia, ya emplea el de “*diversas modalidades de familia*”. Esta diferencia de matriz se refleja en el art. 231-1.1 CCC, ya que si bien mantiene la familia, se establece que “*ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable y las familias formadas por un progenitor solamente con sus descendientes*”. El hecho de que el matrimonio haya dejado de ser considerado la única forma de organizar la convivencia entre dos personas ha sido considerado como la tercera revolución en el seno del Derecho de familia, tras la de consolidación de los principios de libertad e igualdad entre los cónyuges y la que surgió, como consecuencia de los avances médicos y biológicos, en materia de procreación humana (prueba de filiación y las técnicas de reproducción asistida)⁵¹.

El hecho de que matrimonio haya dejado de ser la única forma de organizar la convivencia entre dos personas también encuentra su explicación en el ascenso de la tasa de divorcio y de las segundas o posteriores nupcias, así como del número de convivientes estables.

En el caso de la tasa de divorcio (número de divorcios por 1000 habitantes), podemos afirmar que en Cataluña era 2,5 en el año 2011 (lo cual representa un incremento del 78,57%, respecto a la del 2000 que era de 1,4). Si comparamos con los datos hechos públicos por la OCDE⁵², podemos concluir que un resultado similar puede encontrarse actualmente en los otros Estados examinados:

	1985	1998	2011
Australia	2,5	2,7	2,2
España	0,5	0,9	2,2
EUA	5	4,2	2,8
Reino Unido	2,8	2,7	2,1

Fuente: OCDE

⁵¹ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (publicado en el BOE núm. 172, de 20 julio 2006, pp. 27269-27310). En la doctrina, vid. Martín GARRIDO MELERO, *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 40; María Eugènia ALEGRET BURGÚÉS, “El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitària, 2013, p. 22; Gabriel GARCÍA CANTERO, “El derecho de familia en Europa. Panorámica entre dos siglos”, *Actualidad Civil*, núm. 22 (2008), p. 2441.

⁵² Tabla de elaboración propia a partir de los datos publicados por el OCDE se encuentran disponibles en la base de datos familiares (OECD Topics, Social and welfare issues, social policies and data, OECD family database). La tasa de divorcio de Cataluña está publicada en Idescat (Para acceder: Población, Sexo, edad y estado civil, Indicadores de la Unión Europea, Población, tasa de divorcios).

Por lo que se refiere a los datos relativos a las segundas o posteriores nupcias, se calculó en 2007 que el número de personas que contrajeron matrimonio por primera vez en Cataluña representaban el 96,8% (hombres) y 97,5% (mujeres). De modo que el 3,2% de hombres y el 2,5% de mujeres ya habían estado casados con anterioridad. En una línea similar, encontramos Australia (2012), en que 80,8% de las esposas y el 79,2% de los esposos se casaron por primera vez. Las cifras en Estados Unidos de América (2009) son bastante diferentes: 75,4% (primera vez), 19,3% (segunda vez) y 5,2% (tres o más veces). Del mismo modo que en Inglaterra y Gales (2011), dónde en el 66% (ambos cónyuges contraen matrimonio por primera vez), 19% (uno de los esposos ya había estado casado) y 15% (matrimonios en segundas nupcias)⁵³.

Reflejo del abandono de la concepción del matrimonio como la única forma de organizar la convivencia entre dos personas es que los hijos nacidos fuera del matrimonio están incrementando. Si bien en 2000 estos representaban en Cataluña el 20,1% de los nacimientos, en 2014 ya eran un 47,0% lo que supone un aumento del 94,03% (siendo en España el incremento del 140,11%, al haber pasado de 17,7% al 42,5%). Posteriormente, se examinan los datos publicados por la OCDE relativos a la proporción de niños entre 0-17 años⁵⁴, en función de con quién conviven:

	Padres casados	Padres en convivencia	Con uno de los padres	Otro
Australia	81,3%		18,0%	0,6%
España	78,3%	6,9%	13,3%	1,5%
EUA	64,1%	4,0%	28,3%	3,6%
Reino Unido	61,5%	14,3%	24,1%	0,2%

Fuente: OCDE (2012)

En atención al núcleo familiar, podemos distinguir entre: si se encuentra constituido por una única personal (unipersonal), por un padre o una madre solos con uno o varios hijos solteros (monoparental) o por una pluralidad de núcleos familiares en el conjunto de personas que comparten un mismo hogar (polinuclear). Dentro de estas últimas, encontramos las familias reconstituidas, las cuales son aquellas formadas por dos adultos, en que al menos uno de

⁵³ Para acceder a los datos de Cataluña: Población, Encuesta demográfica, Formación y disolución de uniones, número de uniones. Los datos relativos a Estados Unidos de América se pueden consultar UNITED STATES CENSUS BUREAU, "Marital Event of Americans: 2009", en prensa. En Australia, se encuentran disponibles en AUSTRALIAN BUREAU STATISTICS, "Marriage and Divorce, Australia, 2012", en prensa. En último lugar, las estadísticas de Inglaterra y Gales, en OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS, "Marriages in England and Wales (Provisional), 2011", en prensa. En Inglaterra ya se calculó que una tercera parte de los matrimonios era en segundas nupcias (Bob SIMPSON, *Changing families. An ethnographic approach to divorce and separation*, Oxford, Berg, 1998, p. VIII).

⁵⁴ La media de la Unión Europea en 2000 era 27,3% y en 2012 de 40,0%. Cifras publicadas en Idescat (Para acceder: Indicadores de la Unión Europea, Población, Nacidos vivos fuera del matrimonio). Respecto los datos del OCDE, pueden consultarse en *Family Database*, "SF1.2: Children in Families".

ellos tiene a su cargo un hijo fruto de una relación anterior. Si bien no se disponen de cifras, el INE calculó que el número de parejas con algún hijo no común en 2001 representaban el 3,6% del total de parejas con hijos, aunque preveía que dicha cifra se incrementaría de persistir el aumento de separaciones y divorcios⁵⁵.

En Cataluña los datos estadísticos ponen de manifiesto que se ha producido un incremento del 293,14% de los hogares unipersonales entre 1981 y 2011 (al pasar de 174.700 a 686.810). Asimismo, los hogares monoparentales han aumentado en un 198,62% durante ese mismo período de tiempo (de 88.421 han pasado a 264.041). El menor crecimiento ha tenido lugar en los hogares polinucleares, los cuales han subido en un 4,32% entre 1981 y 2011 (de 60.189 han pasado a 62.789)⁵⁶. Para obtener una visión comparativa de la situación en los otros países, acudiremos de nuevo en los datos publicados por la OCDE⁵⁷:

	En pareja		Monoparental		Unipersonal	Otros
	Con hijos	Sin hijos	Madre	Padre		
Australia	31,03%	25,92%	10,45%		23,90%	8,70%
España	30,38%	29,89%	4,56%	1,36%	23,19%	10,62%
EUA (2010)	20,21%	28,21%	7,17%	2,39%	26,74%	15,29%
Reino Unido	22,39%	28,38%	7,54%	1,00%	30,58%	10,12%

Fuente: OCDE (2011)

Además, es necesario tomar en consideración la convivencia estable como alternativa al matrimonio. En España se calcula que del total de personas de más de 20 años, las personas que conviven en pareja representan el 8,88%. Este porcentaje es inferior al 12,26% de Reino Unido y al 10,20% de Australia, pero es superior al 7,10% de Estados Unidos de América. En cambio, dentro del mismo grupo de edad, las personas casadas representan el 52,55% en España⁵⁸. Dicho porcentaje resulta superior al 52,40% de Estados Unidos de América y al

⁵⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Cambios en la composición de los hogares”, *Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística*, núm. 6 (2004), p. 4. Conforme con Antoni BOSCH I CARRERA, “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, en ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Nous reptes del dret de família: Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, p. 244, el número de familias (matrimoniales y no matrimoniales) reconstituidas en Cataluña tenía que ser superior al 7%.

⁵⁶ Fuente: Institut d’Estadística de Catalunya (Datos; Hogares, familias y matrimonios; Censo de población y vivienda; Hogares y Familias; Estructura de los hogares; Hogares por núcleos). De acuerdo con el INE (censo de Población y Viviendas, versión 2001 y 2011), en España había 2.876.572 hogares unipersonales en el año 2001, las cuales se habían incrementado a 4.193.319 en 2011 (45,77%). Los resultados estadísticos referentes a familias polinucleares apuntaron a que en 2001 había 46.711 familias con dos núcleos o más y en 2011 el número se había reducido a 41.456 (-11,25%).

⁵⁷ Pueden consultarse en *Family Database*, “SF1.1: Family size and household composition”. Por pareja se entiende dos adultos, independientemente de si han formalizado su unión, con la excepción de EUA que solo contabiliza aquellos que están casados. Bajo la denominación de ‘Otros’ se encuentran aquellas en que los habitantes no tienen ninguna relación entre ellos y aquellas constituidas por una pluralidad de núcleos familiares. En última lugar, debemos precisar que por hijo se entienden incluidos los menores de 25 años, con la salvedad de EUA que es solo hasta los 17 años.

⁵⁸ Para acceder: Población, Censos y encuestas demográficas, Encuesta demográfica, Hogares y Familia, Características de los Hogares y Familias. El INE ha calculado el número de matrimonios homosexuales desde que se reconoció su legalidad en 2005 con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: 1.269 (2005), 3.194 (2008), 3.540 (2011) y 3.275 (2014). En el caso de Cataluña, la evolución del matrimonio

48,42% en Reino Unido, pero es superado por el 53,59% de Australia⁵⁹. Esta es la razón, por la que la exposición de motivos del CCC afirmaba que la incidencia de la convivencia no matrimonial era relativamente baja y que predominaba la modalidad que la concibe como un “*matrimoni a prova*”, en la medida en que a largo plazo o se transforma en matrimonio o se rompe la unión.

Los datos estadísticos ponen de manifiesto la distinta realidad sociológica del matrimonio y de la pareja de hecho en Cataluña, la cual igualmente se produce en Inglaterra y Gales (en EUA y Australia no se disponen de datos por edades):

	Cataluña			Inglaterra y Gales	
	Matrimonio	En pareja		Matrimonio	En pareja
20-29 años	5,4%	32,8%	16-24 años	0,95%	11,07%
30-39 años	21,3%	42,2%	25-34 años	10,84%	37,47%
40-49 años	22,7%	16,1%	35-44 años	22,63%	26,89%
50-59 años	20,5%	5,1%	45-54 años	22,02%	13,78%
60-69 años	15,1%	1,2%	55-64 años	21,46%	7,46%
+ 70 años	15%	1%	+ 65 años	22,10%	3,33%

Fuente: Idescat y UK National Statistics⁶⁰ (2007)

El mayor porcentaje de parejas de hecho se sitúa en la franja de edad de 30-39 años en Cataluña y en la de 25-34 años en Inglaterra y Gales. En cambio, en el caso del matrimonio, este se sitúa en edades posteriores: de 40-49 años en Cataluña y de 35-44 años en Inglaterra y Gales. Esta distinta realidad sociológica tiene repercusión en relación con los hijos que se tienen en Cataluña. Como se pone de manifiesto en los datos expuestos seguidamente, mientras que el 61,4% de los matrimonios tienen hijos, solo el 37,7 de las parejas de hecho los tienen. Por el contrario, en Reino Unido no resulta posible identificar una situación como la anterior.

entre personas del mismo sexo fue la siguiente: 277 (2005), 831 (2008), 886 (2011) y 709 (2014). Fuente: Instituto Nacional de Estadística. (Para acceder: INEbase, Demografía y población, fenómenos demográficos, estadísticas del movimiento natural de la población).

⁵⁹ Los datos de cada uno de los países son los relativos al 2011, con la excepción de EUA que son de 2010. La media de la OCDE (25) se sitúa en que un 50,27% de las personas mayores de 20 años se encuentran unidas en matrimonio y un 9,99% conviven en pareja. El porcentaje restante se corresponde con las personas que viven solas o en otras formas de convivencia (p. ej. en caso de vivir en caso de los padres). Fuente: *OECD Family database*, “SF3.3 Cohabitation rate and prevalence of other forms of partnership”.

⁶⁰ Los porcentajes relativos a la distribución por edad de los cónyuges y convivientes han sido calculados a partir de los datos publicados en el UK National Statistics: “*Marriages in England and Wales (Provisional) 2007*” y “*Estimating the cohabitating population in 2007*”.

	Cataluña			Reino Unido	
	Matrimonio	En pareja		Matrimonio	En pareja
Sin hijos	38,60%	62,30%	Ningún hijo	48,97%	58,04%
1 hijo	30,86%	23,42%	Con hijos dependientes	38,29%	38,20%
2 hijos o más	30,55%	14,28%	Sin hijos dependientes	12,74%	3,76%

Fuente: Idescat y UK National Statistics (2007)⁶¹

En tercer lugar, la voluntad de los cónyuges de alcanzar un acuerdo para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de convivencia estable, a través del convenio regulador. Ello ha sido posible desde la reforma del Código Civil de 1981 y las estadísticas ponen de manifiesto que, en la gran mayoría de casos, el proceso matrimonial, que se sigue para tramitar las peticiones de separación o divorcio ante la jurisdicción civil, es el del artículo 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), previsto para los que son presentados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, en lugar del contemplado en el artículo 770 LEC, reservado para los procesos matrimoniales contenciosos:

	Separaciones					Divorcios			
	España		Cataluña			España		Cataluña	
	M.A.	C.	M.A.	C.		M.A.	C.	M.A.	C.
2005	39.798	24.230	8.286	3.143	48.590	24.258	11.242	3.614	
2006	9.765	9.028	1.835	1.204	82.861	44.091	18.355	6.068	
2007	6.635	4.946	1.271	626	79.945	45.776	17.058	6.775	
2008	5.655	3.104	1.147	434	69.996	39.926	14.675	5.635	
2009	5.189	2.485	1.034	323	63.209	34.998	13.204	4.901	
2010	5.126	2.120	1.022	276	69.261	33.429	14.852	4.636	
2011	4.894	2.017	923	249	68.984	34.306	13.711	4.820	
2012	4.589	1.776	850	212	68.391	35.463	13.594	5.117	
2013	4.111	790	755	94	71.960	23.467	14.454	3.261	
2014	4.306	728	767	51	76.646	24.100	15.474	3.266	
2015	4.013	639	718	67	73.278	23.284	14.997	3.065	

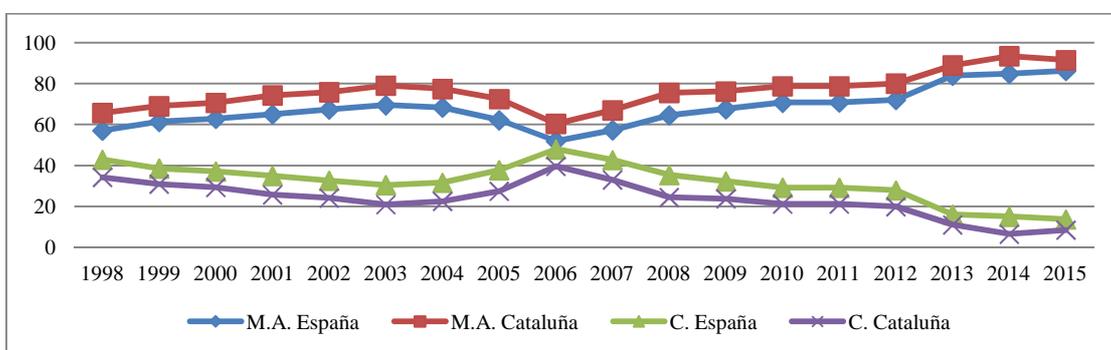
Fuente: INE⁶²

⁶¹ Los porcentajes relativos al número de hijos, que tienen los cónyuges y las parejas de hecho, han sido calculados a partir de los datos publicados en el UK National Statistics: “*Families and Households*” (Para acceder: Office for National Statistics; People, population and community; Births, deaths and marriages; Families). En el concepto de “*en pareja*” se incluyen solamente convivientes de distinto sexo que constituyen un núcleo familiar.

⁶² (M.A.) Mutuo acuerdo; (C.) Contenciosa. Para acceder: INEbase, Sociedad, Seguridad y justicia, Estadística de nulidades, separaciones y divorcios.

Entre los años 2005 y 2006 se produjo una reducción considerable del número de separaciones (del 70,65% en España y del 73,41% en Cataluña) y se duplicó a la cifra de divorcios (en un 74,27% en España y en un 64,40% en Cataluña). Dichos cambios tuvieron su causa en la reforma del Código Civil de 2005, la cual flexibilizó los requisitos para acceder a la separación y especialmente al divorcio.

Seguidamente, se presenta el porcentaje de separaciones que se concluyeron por mutuo acuerdo y las que se tramitaron contenciosamente entre los años 1998 y 2015 mediante la siguiente gráfica (realizada sobre la base de datos estadísticos publicados por el INE, relativos a las estadísticas de separaciones que se realizaron anualmente entre 1998 y 2015):

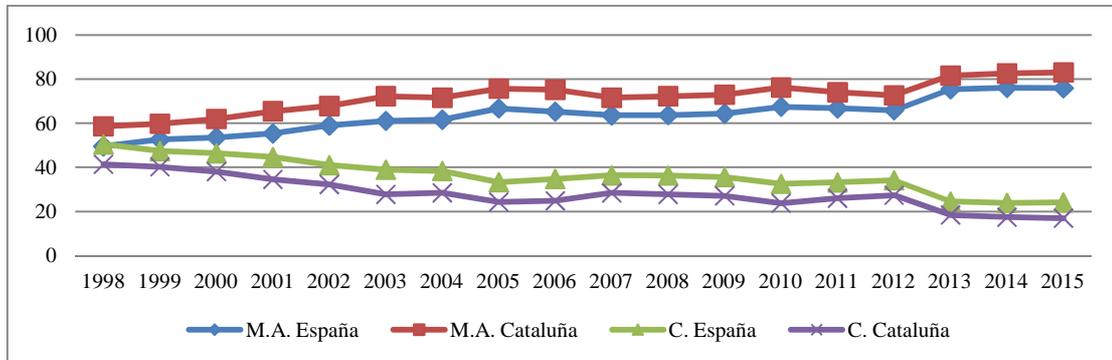


En esta gráfica se observa que la tendencia de crecimiento de las separaciones de mutuo acuerdo se rompió drásticamente en 2006 (en España solamente representaron el 52% y en Cataluña el 60,38%). Dicha reducción, probablemente, fue consecuencia de la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2005, en la medida en que supuso una reducción del número de separaciones. A partir del 2007, se volvió a incrementar el porcentaje de número de separaciones de mutuo acuerdo hasta que en 2011 se alcanzaron cifras similares a las anteriores de 2006 y a partir de entonces la distancia es cada vez mayor. La comparación de las cifras entre 1998 y 2015 permite concluir que estos han experimentado un crecimiento del 51,09% en España (al pasar de 57,09% a 86,26%) y del 39,12% en Cataluña (al pasar de 65,74% a 91,47%). Debemos indicar la escasa relevancia práctica de la separación en la actualidad. Podemos concluir, a partir de la comparación de las cifras de 1998 y 2015, que se ha producido en España una disminución del 91,83% en las separaciones y un incremento del 169,47% en los divorcios:

	Separaciones	Divorcios	Nulidades
1998	56.928 (61,30%)	35.834 (38,58%)	113 (0,12%)
2015	4.652 (4,59%)	96.562 (95,27%)	144 (0,14%)

Fuente: INE

A continuación, en el siguiente gráfico (realizado a partir de los datos estadísticos publicados por el INE, relativos a las estadísticas de divorcio que se realizaron anualmente entre 1998 y 2015) se procederá a analizar las diferencias porcentuales entre los divorcios que se concluyeron por mutuos acuerdo y aquellos que se tramitaron de modo contencioso:



El promedio de procesos de divorcio concluidos de mutuo acuerdo entre 1998 y 2015 es del 63,54%, mientras que en Cataluña es del 71,94% encontrándose muy por encima de la media nacional. Puede observarse igualmente que, a diferencia de las separaciones, no se produce ninguna reducción en 2006 en los procesos de divorcio concluidos por mutuo acuerdo. En 2014, seguido de 2015, fue el año en que se disolvieron más matrimonios por acuerdo en España, los cuales representaron el 76,08%. En cambio, en Cataluña fue en 2015 cuando se alcanzó la cifra récord de 83,03%. La comparación de las cifras entre 1998 y 2015 permite concluir que estos han experimentado un crecimiento del 53,16% en España (al pasar de 49,55% a 75,89%) y del 41,69% en Cataluña (al pasar de 58,6% a 83,03%).

En cuarto lugar, otro de los factores que ha contribuido al reconocimiento del pacto amistoso de separación son los precedentes legislativos, a través de los que se ha reconocido a la separación de hecho los efectos jurídicos propios de la separación judicial. En ellos encontramos normas de Derecho Laboral, así como aquellas reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a través de la cual se han acomodado los preceptos reguladores del matrimonio a la situación de separación de hecho en la que se encontrasen los cónyuges, llegando a realizar, en algunos casos, una interpretación correctora de las normas en cuestión⁶³.

Por último, el último de los factores, se encuentra en su propia naturaleza, al no atentar contra la esencia del matrimonio católico, en la medida en que subsiste el vínculo conyugal. Hay que tener en cuenta que el Código de Derecho Canónico (CDC), de 25 enero de 1983

⁶³ María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, pp. 38 y 95.

admite la interrupción en la vida conyugal, siempre que concurra alguna causa legítima como: adulterio (can. 1152.2 CDC), grave peligro espiritual o corporal al otro cónyuge o a los hijos, o por otro modo que haga demasiado dura la vida en común (can. 1153.1 CDC). Así pues, resulta más fácil la aceptación social del pacto amistoso de separación⁶⁴. Si bien es cierto que actualmente el Estado español es aconfesional (art. 16.3 CE) y que la Iglesia ha perdido influencia en el entramado social, cabe resaltar que un 70% de la sociedad española actualmente se define como católica⁶⁵. Ello se debe a que el catolicismo fue la religión oficial hasta 1978 (excepto entre 1931 y 1939) y que hasta la reforma del CCE de 1981 el matrimonio era una materia cuyo estudio se relegaba a la disciplina del Derecho canónico, puesto que el matrimonio civil era *de iure* y *de facto* subsidiario del canónico.

III. LÍMITES INSTITUCIONALES

Examinado el negocio jurídico de derecho de familia, estudiaremos aquellos límites institucionales que restringen la autonomía de la voluntad. Como defendía GARRIDO DE PALMA, “[l]a necesidad de asegurar las necesidades básicas del matrimonio exige que la Ley establezca unas reglas que posibiliten el adecuado cumplimiento y efectividad de aquéllas (subsistencia, vivienda familiar, educación de los hijos...), pero a la vez trátase de armonizar adecuadamente con la necesaria libertad de maniobra de cada cónyuge (gestión de sus bienes personales, actividad profesional y de trabajo en general, relaciones patrimoniales entre los cónyuges...)”⁶⁶. Por esta razón, analizaremos primeramente las razones por las cuales se justifica su imposición (1.) y, con posterioridad, identificaremos los principios que integran el orden público familiar (2.).

1. Razones justificativas de restringir el ejercicio de la autonomía privada

La necesidad de imponer límites en el ejercicio de la autonomía privada en el ámbito familiar-patrimonial entre los cónyuges o convivientes estables, a través de una regulación imperativa, se ha justificado por dos razones⁶⁷. Por una parte, por eficiencia, al considerar

⁶⁴ Por ejemplo, Ignacio CAREAGA VILLALONGA, *La ruptura conyugal*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, p. 53 se pronunció a favor del reconocimiento del acuerdo privado de separación en los siguientes términos: “Y nosotros, por anteponer el bien moral de la familia y de la sociedad a las consideraciones jurídicas, nos resistimos a reprobar su práctica: siempre será mejor el acuerdo de voluntades y la separación pacífica, aunque sufra un tanto el Derecho estricto, que el desacuerdo y la lucha enconada (de la que pocos cónyuges en litigio escapan) dentro de la mayor legalidad”.

⁶⁵ A la pregunta de cómo se define usted en materia religiosa respondió: 70,0% (católico), 2,5 (creyente de otra religión), 15,5% (no creyente), 9,5% (ateo) y 2,4 (N.C.). Sin embargo, cuando se pregunta a los creyentes católicos o de otra religión con qué frecuencia asisten a misa u otros oficios religiosos respondieron: 58,8% (casi nunca), 13,1% (varias veces al año), 9,7% (alguna vez al mes), 14,6% (casi todos los domingos y festivos), 2,2% (varias veces a la semana) y 1,7% (N.C.). Fuente: Centro de Investigaciones Sociológicas (Depositados en Banco de Datos, Barómetro septiembre 2015).

⁶⁶ Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, *Derecho de la Familia*, Madrid, Editorial Trivium, 1993, pp. 29-30.

⁶⁷ En ningún sistema legal se atribuye a las partes una libertad absoluta para alcanzar acuerdos privados fuera de la normativa del derecho de familia (Jens M. SCHERPE, “Marital agreements and private autonomy in comparative perspective”, en Jens M. SCHERPE (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 484).

que así se reducen los costes de transacción en la negociación de sus cláusulas y sirven de referencia, en caso de que surjan lagunas en la resolución de cuestiones no pactadas específicamente por las partes. Por otra, por razones de equidad, ya que el legislador intenta proteger la parte supuestamente más débil frente la que se considera que se encuentra en una posición dominante, que puede utilizar para obtener ventajas, como consecuencia de un fallo de mercado. Es decir, el legislador interviene, porque considera que el particular no puede actuar libremente, por producirse un funcionamiento defectuoso de la libertad contractual (p. ej. poder de mercado, defectos de información, falta de reflexión)⁶⁸.

La parte considerada tradicionalmente más débil en las uniones ha sido la mujer, porque se reputaba que al dedicarse a las tareas domésticas y de cuidado en exclusiva, sin desarrollar trabajo remunerado alguno, se encontraban en una situación de mayor vulnerabilidad. De hecho, las tareas del hogar y del cuidado de la familia eran definidas como femeninas, mientras que el trabajo extrafamiliar, así como todo lo que implicase representación y defensa de la familia ante el resto de la sociedad como masculino. De modo que el Estado, sobre la base de que existía una fuerte relación entre la familia (esfera privada) y el trabajo (esfera pública), regulaba con el fin de remediar los perjuicios que afectaban a las mujeres en sus vidas diarias. Además, se perseguía así reducir los comportamientos oportunistas y los desequilibrios en el poder de negociación entre géneros, en detrimento de las mujeres. Ello se argumentaba sobre la base de su dependencia económica del marido (bajo status), junto con factores psicológicos (p. ej. ingenuidad, depresión) y tendencias socializadas (p. ej. bajas expectativas, ineficacia para negociar acuerdos que les resulten beneficios). Como consecuencia de todos estos factores, se consideraba que favorecer la confianza entre las partes era importante, para que las mujeres invirtieran en la relación y así se pudiesen alcanzar resultados eficientes. Así, por ejemplo, se pensaba que si no tenían ningún derecho sobre los ingresos del marido, podrían considerar que era demasiado arriesgado dejar el trabajo o reducir la jornada laboral, a pesar de que ello no fuera lo más deseable para ellas, los maridos o los hijos⁶⁹.

⁶⁸ Andrew BLAIR-STANEK, "Defaults and choices in the marriage market", p. 4; Brian BIX, "Bargaining in the shadow of love: The enforcement of Premarital Agreements and how we think about marriage", *William & Mary Law Review*, vol. 40, núm. 1 (1998), p. 151; Francisco CABRILLO, "Matrimonio, familia y economía", pp. 86-87; Encarna ROCA TRIAS, "Familia y cambio social", p. 96; Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos fundamentales", p. 96.

⁶⁹ Enrique MARTÍN LÓPEZ, *Familia y sociedad. Una introducción a la sociología de la familia*, Madrid, Ediciones Rialp, 2000, p. 193; Francisco CABRILLO, "Matrimonio, familia y economía", p. 68; Jana B. SINGER, "The privatization of family law", pp. 1540 y 1561-1562; John DEWAR, "Family Law and its discontents", p. 73; Penelope Eileen BRYAN, "Vacant promises? The ALI Principles of the Law of Family dissolution and the post-divorce financial circumstances of women", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 8 (2001), p. 182; Robert ROWTHORN, "Marriage and trust: some lessons from economics", *Cambridge Journal of Economics*, vol. 23, núm. 5 (1999), pp. 668-669; Eric RASMUSEN / Jeffrey E. STAKE, "Lifting the veil of ignorance", p. 459.

No obstante, la incorporación de la mujer al mercado laboral ha permitido superar esta concepción tradicional de división del trabajo. Actualmente, la situación ideal de la familia en el mundo occidental es aquella en la que hombres y mujeres desempeñan simultáneamente y en plan de igualdad las tareas laborales y del hogar⁷⁰. Para conocer en qué medida se ha logrado este objetivo, podemos examinar la tasa de actividad de las mujeres, la cual permite conocer la población potencialmente activa, al estar compuesta tanto por personas ocupadas como desempleadas.

(en %)	España				Cataluña			
	H		M		H		M	
2007	69,40	-5,34%	49,51	8,46%	72,75	-6,71%	54,05	5,53%
2009	68,64		52,01		71,43		55,85	
2011	67,56		53,39		70,77		57,64	
2013	66,39		53,94		69,02		57,56	
2015	65,69		53,70		67,87		57,04	

Fuente: INE⁷¹

Estos resultados permiten concluir que la participación femenina en la población activa es muy superior a la que era en el pasado y, a pesar de que no se ha producido una equiparación de tasas de actividad entre géneros, es posible afirmar la superación de la concepción tradicional sobre la división del trabajo.

También es importante tomar en consideración los resultados de las encuestas sobre división del trabajo en las tareas del hogar. De acuerdo con la encuesta de empleo del tiempo, el porcentaje de varones y mujeres que dedican parte de su tiempo a un trabajo remunerado, así como al hogar y familia son:

⁷⁰ Francisco CABRILLO, "Matrimonio, familia y economía", p. 69. Sin embargo, la modificación de los roles de género es un proceso complejo que implica muchas dimensiones tanto a nivel personal como social, ya que la igualdad entre hombre y mujer no es solo una cuestión de uniformidad entre los individuos, sino también de una cultura de intercambios. Es decir, sería necesario definir con cierta precisión y acuerdo: los costes individuales y los comunes, las responsabilidades recíprocas, así como los beneficios y las satisfacciones que prefieren cada uno (Pierpaolo DONATI, *Manual de sociología de la familia*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2003, pp. 137-138).

⁷¹ Para acceder: Encuesta de Población Activa, Anuales, Media de cuatro trimestres del año, Activos, 6.10 Tasas de actividad por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma.

(en %)	Empleo del tiempo							
	España				Cataluña			
	Trabajo remunerado		Hogar y familia		Trabajo remunerado		Hogar y familia	
	V	M	V	M	V	M	V	M
2002-2003	43,3	25,2	70,0	92,7	45,7	29,9	73,2	91,6
2009-2010	38,7	28,2	74,7	91,9	42,1	33,2	76,3	93,1

Fuente: INE⁷²

Los datos ponen de manifiesto que el porcentaje de mujeres, que desarrollan un trabajo remunerado, se ha incrementado (11,90% en España y 11,04% en Cataluña), así como el de varones, que se dedican a las tareas domésticas y de cuidado de los hijos (6,71% en España y 4,23% en Cataluña). Conviene destacar que los resultados obtenidos en Cataluña se encuentran, en ambos supuestos, por encima de la media nacional en nivel de corresponsabilidad. La mayor participación de las mujeres en las tareas domésticas y de cuidado se reproduce en todos los países de la Unión Europea, aunque en algunos de ellos de manera menos acusada. Así, la media en la tasa de participación en dichas tareas por parte de los hombres en los países de la UE-15 en el año 2007 se situó en el 83,93% (siendo en España del 72%), mientras que la de las mujeres era del 97,13% (en España fue del 96%)⁷³.

Asimismo, es necesario tomar en consideración los resultados obtenidos sobre organización de las tareas domésticas y familiares del hogar.

(en miles)	Persona principal masculina	Persona principal femenina	Ambas personas conjuntamente	Todos los miembros del hogar familiar u otras personas
2006	109,91 (4,20%)	1.815,22 (69,40%)	398,71 (15,24%)	291,73 (11,16%)
2011	316,1 (11,19%)	1.499,11 (53,08%)	702,00 (24,86%)	307,09 (10,87%)

Fuente: Idescat⁷⁴

Si bien la mujer continúa siendo la principal encargada de desarrollar las tareas del hogar y de cuidado, el número de familias en que ello ocurre se ha reducido en 23,52% en 5 años. Por el contrario, en el mismo lapso de tiempo, se ha incrementado el número de núcleos familiares en los que ambas personas llevan a cabo dichas tareas (63,12%), así como el de hombres encargados de las mismas (166,43%).

⁷² Para consultar: Encuesta de empleo del tiempo 2009-2010, Principales indicadores por comunidades autónomas, 1.1 Porcentaje de personas que realizan la actividad en el transcurso del día según actividades principales (1 dígito) y sexo.

⁷³ La media ha sido calculada a partir de los datos de la "Harmonised European Time Use Survey" relativos a los países de la UE-15 (realizados por "Sweden Statistics" con una subvención de Eurostat) de 2007. En este mismo sentido, EUROSTAT, *Reconciliation between work, private and family life in the European Union*, Luxemburgo, Office for Official Publications of the European Communities, 2009, p. 50.

⁷⁴ Para acceder: Estadísticas sociales, Condiciones de vida y hábitos de la población (serie 2006-2011), Trabajo y actividad, Persona que organiza las tareas domésticas y familiares del hogar.

Por todas las razones anteriormente expuestas, no resulta posible sostener que la parte más débil del matrimonio o de convivencia estable sea necesariamente siempre la mujer. De modo que, la identificación de la parte débil deberá realizarse para cada relación en concreto.

Sin embargo, de lo que no cabe duda es que si el legislador no impusiera límites en el ejercicio de la autonomía privada, en el ámbito de las relaciones patrimoniales, a través de una regulación imperativa, se podrían verse comprometidos los intereses de los hijos, como consecuencia de la estrecha relación entre los acuerdos económicos y los relativos a la guarda de los hijos. Cabe resaltar que, por una parte, existiría el riesgo de que hubiese progenitores que sacrificasen la cuantía de los acuerdos económicos, para conseguir la guarda, lo que contribuiría a inadecuadas cuantías de alimentos para los hijos y al empobrecimiento de los padres custodios, tras la crisis matrimonial o de la convivencia estable. Además, por otra parte, que hubiera progenitores, que solo solicitasen la guarda compartida, motivados por intereses económicos (p. ej. para evitar perder el uso de la vivienda familiar y ahorrarse de pagar prestaciones alimentarias a los hijos), lo que podría ocasionar un ejercicio ineficiente de la potestad parental, en perjuicio de los hijos comunes, en la medida en que este modelo requiere un alto nivel de colaboración entre los progenitores, para que funcione correctamente⁷⁵.

De modo que, si bien hay consenso doctrinal acerca de la necesidad de normas imperativas, la cuestión controvertida se encuentra en la fijación del punto de equilibrio entre la autonomía privada y la protección de la parte más vulnerable (en el momento de la crisis matrimonial o de convivencia), a través de la regulación por parte del Estado⁷⁶. Este balance variará entre los diferentes ordenamientos jurídicos, en función de su política legislativa.

2. Identificación de los principios que conforman del orden público familiar

En el Derecho de familia, opera un orden público familiar, el cual se encuentra constituido por los principios jurídicos (públicos y privados), políticos, morales y económicos que son

⁷⁵ Jana B. SINGER, "The privatization of family law", p. 1550; Lenore J. WEITZMAN, *The divorce revolution: the unexpected social and economic consequences for women and children in America*, The Free Press, 1985, pp. 224-225; Penelope Eileen BRYAN, "Vacant promises", p. 182; Susana NAVAS NAVARRO, "Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya", en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 239-240; José Manuel DE TORRES PEREA, "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2011), p. 52.

⁷⁶ John DEWAR, "The normal chaos of Family Law", *The Modern Law Review*, vol. 61, núm. 4 (1998), p. 475; Allen M. PARKMAN, *Good intentions gone awry. No-fault divorce and the American Family*, Boston, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 196. La existencia de reglas especiales cuando hay riesgo de que los contratos que se concluyan sean abusivos como consecuencia de la posición potencialmente desigual de negociación se encuentra en otras áreas legales como: Derecho laboral y Derecho de consumo (Jens M. SCHERPE, "Marital agreements and private autonomy", p. 491). En este mismo sentido, Robert ROTHORN, "Marriage and trust", p. 665.

obligatorios para la conservación del marco jurídico en el que se desenvuelven las relaciones horizontales y paterno-filiales. Pues, como argumentaba CHAPELLE, persigue “*garantir la primauté du groupement familial sur l’individu, parce que la famille constitue toujours la cellule de notre organisation politique et sociale*”. Estos principios –deducibles del ordenamiento jurídico (y que varían a lo largo del tiempo, así como en función de lugares y de circunstancias)– no solo restringen el alcance de la autonomía de la voluntad, sino que permiten orientar la interpretación de las normas (sirviendo para rechazar apoyo jurídico a un resultado que repugnaría al buen sentido de lo equitativo y decente), además de causar la imposición de unos requisitos superiores para la formación del consentimiento⁷⁷.

Los principios que conforman el orden público familiar, los cuales operan como límites, al restringir el ejercicio de la autonomía privada de los cónyuges y de los convivientes estables, son una manifestación clara de la denominada “*constitutionalization*” del Derecho de familia, fruto del reconocimiento e implementación de los derechos fundamentales en este ámbito. Como defendió MEYER, esta se extiende a “*substantive and procedural standards governing both the formation and dissolution of family bonds as well as the rights and obligations of members with the ongoing family*”⁷⁸.

Procederemos, posteriormente, a examinar los principios que integran dicho orden público familiar, lo cual resulta tarea compleja. Pues, como argumentaba PÉREZ VALLEJO, se trata de una “*noción tan difícil, que sigue apareciendo como un concepto en blanco y que el propio legislador ha tratado de eludir*”. Es preciso remarcar que en los últimos años se ha producido un retroceso del orden público familiar y, de manera correlativa, un ascenso de la autonomía de la voluntad en un sector del derecho que tradicionalmente le había sido hostil⁷⁹.

2.1. Interés familiar

La protección de la familia, como un principio rector de la política social y económica, se desprende del art. 39.1 CE y del art. 40.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC).

⁷⁷ André CHAPELLE, “Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale”, *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 3 (1984), p. 424. También vid. Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, “La libertad individual como el elemento integrante del concepto de matrimonio”, p. 736; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, pp. 184-185; Luigi FERRI, *La autonomía privada*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 404; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, vol. 35, núm. 4 (1982), pp. 1029-1034; María MEDINA ALCOZ, “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, en Teresa ÉCHEVARRÍA DE RADA (dir.), *Cuestiones actuales de derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2013, p. 299.

⁷⁸ David D. MEYER, “The constitutionalization of Family Law”, *Family Law Quarterly*, vol. 42, núm. 3 (2008), p. 551.

⁷⁹ Ana María PÉREZ VALLEJO, “El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges”, p. 86. También vid. André CHAPELLE, “Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale”, p. 437; Encarna ROCA TRIAS, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, p. 2110.

Asimismo, de los siguientes tratados internacionales, ratificados por España: art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 33.1 CDFUE⁸⁰.

Ahora bien, cabe resaltar que dicha protección de la familia también ha sido concretada en derechos subjetivos por parte de normas infraconstitucionales⁸¹.

En el caso de los cónyuges, ello se encuentra en los arts. 231-2 y 231-4.2 CCC, los cuales estipulan que deben de actuar siempre en interés de la familia. Esta cláusula igualmente resulta de aplicación a los convivientes estables, como consecuencia de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha defendido la inclusión de la convivencia estable en pareja en el ámbito de protección del art. 39.1 CE. Entre otras, la STC 222/1992, de 11 de diciembre se pronunció en los siguientes términos: “*Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solamente por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responder a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que se expresan*” (FJ 5)⁸². Respecto a los hijos, la plasmación de dicha protección se encuentra en el art. 236-6.2 CCC, que determina la obligación de los hijos de contribuir a los gastos familiares, mientras convivan en familia.

Por lo que podemos concluir que todos los miembros que componen una familia están obligados a actuar siempre en interés de la familia, el cual constituye uno de los principios generales del Derecho de familia (vertiente positiva), así como uno de los límites de la autonomía privada (vertiente negativa).

⁸⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Publicado en el BOE núm. 103, de 30 abril 1977, pp. 9337-9343); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Publicado en el BOE núm. 103, de 30 abril 1977, pp. 9343-9347). Es preciso señalar que la autoridad judicial también deberá actuar siempre en interés de la familia. Los preceptos del CCC en que así se establece son: art. 231-3.2 (para determinar el domicilio familiar), 232-33.4 (en caso de falta de capacidad de uno de los cónyuges o de imposibilidad de gestión conjunta en la administración y disposición de los bienes comunes), art. 233-15 letra b (determinación de la prestación compensatoria).

⁸¹ Luis LÓPEZ GUERRA / Eduardo ESPÍN TEMPLADO / Joaquín GARCÍA MORILLO / Pablo PÉREZ TREMPES / Miguel SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 145.

⁸² STC 222/1992, de 11 de diciembre (publicada en el BOE núm. 16, de 19 enero 1993, pp. 26-37). Como argumentaba PÉREZ VALLEJO, “[q]uienes deciden libremente contraer matrimonio, conocen o han de conocer que limitan su autonomía en el sentido de que constituyen una familia, con la responsabilidad que ello acarrea, por ser ésta una institución constitucionalmente protegida por el art. 39” (Ana María PÉREZ VALLEJO, “El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges”, p. 103).

Esta cláusula de interés familiar resulta difícil de concretar, al tratarse de un concepto genérico y con carácter variable en función de las circunstancias concurrentes. A pesar de la existencia de un interés familiar, la familia tiene que ser considerada como un instrumento al servicio del individuo, en la medida en que facilita a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales y la promoción de los valores, que se consagran en el art. 10 CE⁸³. De ahí que el legislador catalán, en la exposición de motivos del Libro II del CCC, afirme que *“las transformaciones sociales han hecho que hoy la familia se entienda más bien como un ámbito en que la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los miembros que la componen ocupan un lugar importante en la definición del proyecto de vida común”*.

De modo que, en caso de conflicto entre el interés familiar y el individual, prevalece este último (en el esquema tradicional basado en el *“deber ser de las cosas”* era lo opuesto), aunque únicamente cuando tenga como base el ejercicio de un derecho fundamental. La razón es que la finalidad del interés familiar, en su inicio, era la de limitar las facultades del marido. No obstante, actualmente es una manera de explicar la unidad de la familia sin la unidad de dirección, al perseguir beneficiar a todos los integrantes de un grupo familiar y de protegerlos, frente a las posibles decisiones arbitrarias de alguno de ellos. Además, de este modo, no se impide que los miembros de la familia puedan, a su vez, satisfacer su propio interés cuando ello no resulte contrario al interés familiar⁸⁴.

2.2. Interés superior del menor

Este principio general de Derecho, que informa nuestro ordenamiento jurídico, se desprende de la Constitución española (arts. 9.2 y 39 ap. 2 y 3 CE), así como del art. 40.3 EAC. Fue regulado, por primera vez, en el preámbulo del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Posteriormente ha sido introducido en numerosos instrumentos internacionales, como en el art. 24.2 CDFUE. También en las normas de competencia que establece el Reglamento (CE) nº2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, las cuales

⁸³ Reflejo de ello, como apuntaba GÓMEZ POMAR, *“se encuentra en el uso de la expresión ‘el interés de todos sus miembros [de la familia]’”* (art. 231-4.1 CCC), en lugar de interés de la familia (Fernando GÓMEZ POMAR, “Article 3”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 82-83). En la doctrina, también vid. Encarna ROCA TRIAS, “Familia y cambio social”, p. 76; Mariano ALONSO PÉREZ, “La familia y el derecho de familia”, p. 674.

⁸⁴ Encarna ROCA TRIAS, “Familia y cambio social”, pp. 76-77; Fernando GÓMEZ POMAR, “Article 3”, pp. 82-83; José Manuel DE TORRES PEREA, “Custodia compartida”, p. 7; Mariano ALONSO PÉREZ, “La familia y el derecho de familia”, pp. 63 y 673-674.

están concebidas en función del interés superior del menor (arts. 12.1 letra b, 12.3 letra b, 15.1 y 15.5)⁸⁵.

Así, encontramos definido el interés superior del menor como un principio inspirador de cualquier decisión que le afecte (art. 211-6.1 CCC), así como fundamentador de las actuaciones públicas (art. 5.1 LDOIA). En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio⁸⁶, a través de la cual se ha introducido una modificación significativa del art. 2 LOPJM, se define este concepto desde un contenido triple, considerándolo como: “*derecho sustantivo*” (reconocer al menor el derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y ponderados), “*principio general de carácter interpretativo*” (prevalecer la interpretación de una disposición jurídica que mejor responda a los intereses del menor) y “*norma de procedimiento*”.

A raíz de la reciente reforma de 2015, se han fijado unos criterios objetivos que deben tomarse en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor (art. 2.2 LOPJM), los cuales deben ponderarse en atención a unos elementos generales (art. 2.3 LOPJM). Si bien es cierto que dichos criterios facilitan la detección en una situación concreta de lo que resulta más conveniente para un niño, consideramos que sigue tratándose de un estándar jurídico, expresado normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado, como defendía RIVERO HERNÁNDEZ. Pues, para la identificación del interés concreto de un menor en particular, igualmente tiene que realizarse una valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes⁸⁷.

⁸⁵ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (publicado en el BOE núm. 202, de 24 agosto 1987, pp. 26099-26105); Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (publicada en el BOE núm. 313, de 31 diciembre 1990, pp. 38897-38904), aceptación de la enmienda al párrafo 2 del art. 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño (publicada en el BOE núm. 190, de 9 agosto 2000, pp. 28421-28422); Reglamento (CE) n°2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n°1347/2000 (publicado en el DOUE núm. L338, de 23 diciembre 2003, pp. 1-29).

⁸⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (publicada en el BOE núm. 15, de 17 enero 1996, pp. 1225-1238); Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y en la adolescencia (publicada en el DOGC núm. 5641, de 2 de junio de 2010, pp. 42475-42536, y en el BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010, pp. 56372-56433); Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (publicada en el BOE núm. 175, de 23 julio 2015, pp. 61871-61889).

⁸⁷ Para dotar de contenido al interés superior del menor, se ha incorporado en el art. 2 LOPJM “tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niños, sobre el derecho del niño”, según con lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015. En la doctrina, vid. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 67-70 y 278; Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 13-14; Dionisio RODA Y RODA, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 34-35.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015 se establece que “*el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral*”. En este sentido, destaca la definición de dicho concepto, elaborada por NAVAS NAVARRO, conforme la cual constituye “*la garantía del respecto a l’òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l’exercici dels seus drets fonamentals*”. Dicha postura se fundamenta en que el legislador catalán emplea dos conceptos jurídicos de bienestar: un primero que implica «bienestar material» y un segundo que, presupone el anterior, y que incluye el «desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, de una manera libre y armónica»⁸⁸.

En el ámbito del presente estudio, la finalidad perseguida con dicho estándar jurídico se materializa en la adopción de la perspectiva del menor, basada en la protección de sus derechos (en su mayoría de rango fundamental) de los que son titulares desde su nacimiento, la cual evita que se decida sobre la base de aquello que los adultos consideran que se corresponde con su bienestar (perspectiva del adulto), el cual puede no coincidir necesariamente con la que este tiene. En cualquier caso, no puede olvidarse que resulta muy difícil de determinar (en algunos supuestos resulta incluso imposible) y de predecir su evolución en un futuro, en atención a la complejidad y pluralidad de necesidades de cada menor y de las circunstancias que deben tomarse en consideración⁸⁹.

En caso de conflicto entre los derechos del menor con los de sus progenitores, deben priorizarse las medidas que respeten también los otros intereses legítimos presentes y, en caso de no resultar posible, primará el interés superior del menor (art. 2.4 par. 1 y 2 LOPJM). Ahora bien, en el supuesto que los derechos fundamentales de los progenitores y de los hijos menores entren en conflicto con dichas decisiones y medidas, estos deben situarse en el mismo nivel y ser ponderados (art. 2.4 par. 3 LOPJM), resolviendo aplicando el principio de proporcionalidad. Por tanto, la restricción en el derecho individual de los progenitores solo será posible, en la medida en que resulte adecuado, necesario y proporcional para garantizar el respeto al óptimo desarrollo de la personalidad del menor, mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales⁹⁰.

⁸⁸ Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, pp. 285 y 287.

⁸⁹ Encarna ROCA TRIAS, “Familia y cambio social”, p. 212. También consultar: Jane FORTIN, *Children’s Rights and the Developing Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 297; Robert A. BURT, “El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres”, en Mary BELOFF (comp.), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, pp. 196-197; Adrian L. JAMES, “Pump up the volume: Listening to children in separation and divorce”, *Childhood*, vol. 6, núm. 2 (1999), pp. 189-190.

⁹⁰ Susana NAVAS NAVARRO, “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ / Jorge CAFFARENA LAPORTA / José María MIQUEL GONZÁLEZ / Vicente L. MONTÉS PENADÉS / Antonio Manuel MORALES MORENO / Fernando PANTALEÓN PRIETO (Comité organizador), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis*

La protección del interés superior del menor en el ámbito de la autonomía privada causa que los cónyuges y convivientes estables estén más limitados para regular sus relaciones verticales, por la aplicación de normas imperativas, estructuradas y configuradas (casi) exclusivamente en su interés. Además, por estar prevista la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de familia, como una protección adicional para los mismos. Así, por ejemplo, puede requerir a la autoridad judicial para que adopte las medidas necesarias, para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad parental (art. 236-3.2 CCC). Sin embargo, y cómo se expondrá con detenimiento en los próximos capítulos, ello no impide que los progenitores no puedan celebrar pactos respecto a sus hijos menores de edad en materia de guarda y de relaciones personales, así como de alimentos. Ahora bien, no resultarán aprobados por la autoridad judicial, de ser incluidos en una propuesta de convenio regulador, cuando no resulten conformes con su interés (arts. 233-3.1 y 234-6.3 CCC). Del mismo modo que, de tratarse de pactos fuera de convenio regulador, solamente serán eficaces si en el momento en que se pretenda su cumplimiento son conformes a su interés (arts. 233-5.3 y 234-6.3 CCC).

2.3. Interés del hijo mayor de edad incapacitado

Este límite, que restringe la autonomía privada, se desprende el principio rector de protección jurídica de las personas con discapacidad y de promoción de su integración (arts. 49 CE y 40.5 EAC). Además, resulta coherente con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación (art. 14 CE) y el derecho a la libertad personal (art. 17 CE). Es preciso indicar que procede la aplicación de dicho estándar jurídico en caso de prórroga o rehabilitación de la potestad parental (arts. 236-33 y 236-34 CCC).

A diferencia del interés superior del menor, que se encuentra regulado en numerosas fuentes legales, el interés del hijo mayor de edad incapacitado únicamente se encuentra reconocido en el art. 19.2 LMADP⁹¹, aunque puede desprenderse del art. 236-2 CCC, al establecer que la potestad parental debe ejercerse en interés de los hijos. Ahora bien, entendemos que ambos tienen en común que constituyen la garantía del respecto al óptimo desarrollo de su personalidad. Pues, como ya se sabe, el ejercicio de la potestad parental debe ser de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo (art. 236-2 CCC).

Díez-Picazo, Tomo I, Madrid, Civitas, 2003, pp. 695-699. En la jurisprudencia, consultar la STSJC de 30 mayo 2013 (ROJ 5339/2013, MP Abril Campoy, FJ 3), conforme la cual “*la ponderación de intereses en juego para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la suspensión instada debe ser extremadamente cuidados y subordinada en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados*”.

⁹¹ En dicho precepto se determina que “*los acuerdos [de mediación] deben dar prioridad al interés superior de los menores y de las personas incapacitadas*” (Ley 15/2009, de 22 julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (publicada en: DOGC núm. 5432, de 30 julio 2009, pp. 60432-60448; BOE núm. 198, de 17 agosto 2009, pp. 70785-70801).

Si bien entendemos que lo apuntado con anterioridad, en relación con el interés superior del menor, resulta predicable al interés del hijo mayor de edad incapacitado, debemos resaltar que su identificación –a través de una valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes– puede resultar más compleja. La razón es que los criterios objetivos, que orientan en su delimitación en relación con un menor de edad, divergen enormemente de los de un incapacitado, en la medida en que no comparten circunstancias vitales, por más que ninguno de ellos tenga capacidad de obrar plena. Además, debemos señalar que los incapacitados constituyen un grupo muy heterogéneo, en función del tipo y de la gravedad de su discapacidad.

2.4. Libre desarrollo de la personalidad

Este principio constitucional, reconocido en el art. 10.1 CE, como uno de los fundamentos del orden público y de la paz social, es una plasmación del valor superior de libertad (art. 1.1 CE). Ello se desprende igualmente del art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los arts. 3 y 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Este es un principio general inspirador de la autonomía del individuo, el cual permite que se pueda elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con los propios intereses y preferencias. Ello implica, a su vez, que en la actuación estatal o de terceros en la esfera más íntima del sujeto “*ha de respetarse a todo ciudadano su personal código de opiniones, creencias, valores y objetivos vitales de que se trate*”, de acuerdo con la STC 120/1990⁹².

Este principio opera, por una parte, en las relaciones verticales. Como apuntamos previamente, el interés superior del menor es la garantía del respeto al óptimo desarrollo de la personalidad del menor. Para que ello resulte posible, es necesario procurarles una situación de bienestar material (art. 41 LDOIA), así como de bienestar físico, psicológico y social (art. 6 LDOIA). Asimismo, se requiere tomar en consideración sus opiniones, anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social (art. 5.4 LDOIA). Es, por ello, que los menores tienen reconocido el derecho a ser informados y consultados antes de adoptar una decisión que les pueda afectar directamente en su esfera personal o patrimonial, a partir de los 12 años de edad o antes, de tener suficiente capacidad natural (art. 211-6.2 CCC), en atención a que las limitaciones sobre la capacidad del menor se tienen que interpretar restrictivamente (art. 211-3 CCC). El reconocimiento de dicho derecho a los menores persigue promover que se convierta en una persona autónoma,

⁹² Publicada en el BOE núm. 181, de 30 julio 1990, pp. 2-10.

responsable y autosuficiente⁹³. Como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la LOPJM, “*la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro*”.

Del mismo modo, el interés del hijo mayor de edad incapacitado constituye la garantía del respeto al óptimo desarrollo de su personalidad, en caso de potestad parental prorrogada o rehabilitada. Así, lo contempla el art. 3 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) en el primero de sus principios generales: “*El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*” (letra a). Este también se encuentra regulado en los mismos términos en el art. 3 letra a del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD)⁹⁴.

En otro orden de cosas, el principio de libre desarrollo de la personalidad también limita la autonomía privada de los cónyuges o convivientes estables en la regulación de sus relaciones horizontales. En este sentido, se encuentran prohibidos todos aquellos pactos que puedan restringir la capacidad de estos para decidir libremente romper la convivencia, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Por esta razón, los pactos que afectan a su facultad de instar la separación o divorcio en Cataluña, quedan excluidos del campo de su autonomía de la voluntad, al afectar a materias con reserva de ley (art. 32.2 CE) y resultar contrarios al orden público (si bien no han sido objeto de tratamiento específico en el CCC)⁹⁵. Conviene destacar que en el caso de los convivientes estables, no es posible encontrar pactos equivalentes, en la medida en que una de las causas por las que se extingue es el cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida (art. 234-4.1 CCC).

⁹³ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “El interés del menor”, pp. 174 y 179-181; Alejandra DE LAMA AYMÀ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, València, Tirant lo Blanch, 2006, p. 101. En la doctrina extranjera, consultar: Jane FORTIN, “Children’s Rights and the Developing Law”, p. 81; Fiona ANG / Eva BERGHMANS / Marie DELPLACE / Valentina STAELENS / Caroline VANDRESSE / Mieke VERHEYDE, “Participation rights in the UN Convention on the rights of the child”, en IAP CHILDREN’S RIGHTS NETWORK, *Participation Rights of Children*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, pp. 36-37.

⁹⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (publicado en el BOE núm. 96, de 21 abril 2008, pp. 20648-20659); Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (publicado en el BOE núm. 289, de 3 diciembre 2013, pp. 95635-95673).

⁹⁵ Núria GINÉS CASTELLET, “Los pactos pre-ruptura sobre el hecho mismo de la ruptura conyugal y sobre los derechos y deberes conyugales en el contexto del Código Civil de Cataluña”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 619; Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, p. 108.

En el caso del derecho norteamericano, frente a la tendencia de las décadas de los años sesenta y setenta de facilitar los requisitos para la consecución del divorcio (“*no fault divorce laws*”), ha surgido una tendencia legislativa contraria (en 19 Estados se ha contemplado su adopción), la cual contempla la posibilidad de contraer matrimonio, bajo unas posibilidades de disolución por divorcio mutuo mucho más restrictivas que las vigentes hasta el momento (“*covenant marriage laws*”). Los tres primeros Estados que aprobaron “*covenant marriage laws*” fueron: Louisiana (*New Louisiana Covenant Marriage Law*, 1997), Arizona (*Arizona Covenant Marriage*, 1998) y Arkansas (*Covenant Marriage Act*, 2001). No obstante, la legislación de Arizona no puede considerarse como “*covenant marriage law*” en un sentido *strictu sensu*, en la medida en que en su s. 25-903.8 admite que el marido y la mujer pueden disolver el matrimonio de mutuo acuerdo. Este cambio legislativo se explica por el hecho de que se ha considerado que el declive en los valores familiares ha sido la causa de un aumento en el crimen, un mayor uso de drogas, así como del escaso nivel de estudios y de las tasas de pobreza. De modo que la solución a estos problemas, según esta teoría, es salvando la familia, dificultando la obtención del divorcio⁹⁶.

Estas leyes proporcionan a las parejas un modelo de contrato, a través del que se comprometen a seguir casados de por vida⁹⁷. Este contrato es coercible por el Estado, una vez se ha establecido libremente por las partes (un número muy reducido de parejas han escogido los *covenant marriage* desde que entraron en vigor). De modo que los cónyuges pueden obtener una sentencia de divorcio si prueban la concurrencia de alguna de las causas previstas legalmente, siempre que previamente hubiesen obtenido consejería marital. Sin embargo, a pesar de esta tendencia legislativa restrictiva del divorcio en el derecho norteamericano, no se ha admitido validez a los acuerdos privados celebrados por los contrayentes o cónyuges por los que se establecen restricciones en la disolución del

⁹⁶ La adopción de algún tipo de legislación “*covenant marriage*” ha sido considerada en otros Estados de EUA: Alabama, Alaska, California, Georgia, Indiana, Kansas, Louisiana, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, Ohio, Oklahoma, South California, Tennessee, Virginia, Washington y West Virginia. En la doctrina, vid. Amy L. STEWART, “Covenant marriage: Legislating family values”, *Indiana Law Review*, vol. 32, núm. 2 (2012), pp. 510 y 514-515; Janet Leach RICHARDS, *Mastering Family Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2009, pp. 5-6.

⁹⁷ En la declaración que deben efectuar las partes para sujetarse al modelo de contrato matrimonial, previsto en las “*covenant marriage laws*” de Louisiana, Arizona y Arkansas, se define el matrimonio en los siguientes términos: “*We do solemnly declare that the marriage is a covenant between a man and a woman who agree to live together as husband and wife for so long as they both may live. [...] If we experience marital difficulties, we commit ourselves to take all reasonable efforts to preserve our marriage, including marital counselling*”. Además, se establece un divorcio causal, al que solo puede acudir el cónyuge agraviado. Los *covenant marriage laws* de Louisiana, Arizona y Arkansas contienen prácticamente idénticas causas de divorcio y separación: adulterio; comisión de un delito grave por el que haya sido sentenciado a pena de muerte o a cadena perpetua; abandono del hogar familiar por un período de un año y sin voluntad de regresar; abuso físico o sexual al otro cónyuge o a los hijos; esposos han estado viviendo separados sin reconciliación por un período superior a dos años; malos tratos de tal naturaleza que hacen la convivencia insoportable.

matrimonio (p. ej. no se acudirá al divorcio no culposo o que se deberá de esperar un período de tiempo superior al previsto legalmente para obtener el divorcio)⁹⁸.

2.5. Igualdad

En la CE, encontramos varias manifestaciones del mismo, concretamente como: valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), principio constitucional (art. 9.2 CE) y derecho fundamental (art. 14 CE). Además, se encuentra reconocido en los siguientes instrumentos internacionales de derechos humanos: art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 23 CDFUE⁹⁹.

Si bien es cierto que el límite de la igualdad se encuentra específicamente previsto para los cónyuges en los arts. 32.1 CE y 231-2.2 CCC (al igual que el art. 66 CCE, tras la reforma de 1981), los convivientes estables igualmente resultan vinculados. La razón es que se proyecta sobre las relaciones entre los particulares con carácter general, al estar sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). En este sentido, se pronunció el TC en la sentencia 177/1988, de 10 de octubre, al manifestar que *“las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad”* (FJ 4)¹⁰⁰.

Ahora bien, especialmente en la esfera patrimonial, los cónyuges y convivientes estables están facultados en el derecho civil catalán para establecer límites, restricciones o exclusiones en el conjunto de derechos y deberes que de manera equitativa les son atribuidos en virtud de la ley¹⁰¹. Dicha posición resulta coherente con la STC 177/1988, de 10 de octubre, la cual declaró que en el ámbito de las relaciones privadas: *“[L]os derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y*

⁹⁸ Amy L. STEWART, “Covenant marriage”, p. 517; Brian BIX, “Domestic agreements”, *Hofstra Law Review*, vol. 35, núm. 4 (2007), p. 1765; Brian H. BIX, “Premarital agreements in the ALI Principles of Family Dissolution”, *Duke Journal of Gender Law and Policy*, núm. 8 (2001), p. 234.

⁹⁹ NACIONES UNIDAS, “La Carta internacional de Derechos Humanos: Declaración universal de derechos humanos”, Nueva York, Naciones Unidas, 1978, pp. 5-11; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (Publicado en el BOE núm. 69, de 21 marzo 1984, pp. 7715-7720).

¹⁰⁰ Publicada en el BOE núm. 266, de 5 noviembre 1988, pp. 12-15. En la doctrina, vid. Luis LÓPEZ GUERRA / Eduardo ESPÍN TEMPLADO / Joaquín GARCÍA MORILLO / Pablo PÉREZ TREMPs / Miguel SATRÚSTEGUI, “Derecho Constitucional”, pp. 196-197.

¹⁰¹ Susana NAVAS NAVARRO, *El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea (Atención especial a la reciente modificación del Derecho catalán)*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, pp. 37-39; Pablo SALVADOR CODERCH / Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Article 1”, p. 66.

deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica” (FJ 4).

Por lo tanto, en virtud del principio de libertad civil, los cónyuges y convivientes estables pueden pactar una distribución asimétrica de estos, rompiéndose así la igualdad jurídica. Pues, en palabras de GARRIDO DE PALMA, la igualdad en el matrimonio es “*medial, funcional, instrumental: para mejor satisfacer las necesidades, cargas e intereses de la familia*”. Sin embargo, ello no resulta posible cuando suponga la vulneración de un derecho fundamental irrenunciable de alguno de ellos o se haya pactado en contra de lo dispuesto por una norma imperativa. Es decir, como señalaba DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, cuando estos acuerdos “*coloquen a uno de los esposos en una posición de dependencia o sumisión respecto del otro*”¹⁰².

A diferencia del CCE, en que los acuerdos de los cónyuges celebrados para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial no son aprobados por la autoridad judicial de resultar “*gravemente perjudiciales*” para uno de ellos (art. 90 CCE), en Cataluña ello únicamente procede respecto aquellos puntos no conformes con el interés de los hijos (art. 233-3.1 CCC). De todos modos, el legislador catalán establece previsiones que persiguen la protección del cónyuge más débil, aunque siempre supeditado a la protección de los hijos, fijando del límite de la cobertura de “*necesidades básicas*”, para aceptar la validez a renunciaciones de derechos no incorporadas a una propuesta de convenio. Así, se encuentra previsto en relación con la prestación compensatoria (art. 233-16.2 CCC) y la prestación alimentaria (art. 234-10.2 CCC), así como para los acuerdos acerca de la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar, incluidos en un pacto en previsión de ruptura matrimonial o de la convivencia estable (arts. 233-21.3 y 234-8.4 CCC)¹⁰³.

2.6. Reciprocidad

Los cónyuges y convivientes estables se encuentran vinculados por la exigencia de reciprocidad cuando pacten una distribución asimétrica de sus derechos y deberes, aunque única y exclusivamente en aquellos supuestos en que así lo hubiese previsto el legislador.

¹⁰² Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, “Derecho de la Familia”, p. 30; Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en Joaquín J. RAMS ALBESA / Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ / Eduardo SERRANO GÓMEZ / Luis A. ANGUITA VILLANUEVA, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, p. 147.

¹⁰³ Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, p. 544; Martín GARRIDO MELERO, “Derecho de Familia”, p. 307; Joaquín BAYO DELGADO, “Article 78”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 386; María Paz GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *ADC*, núm. 4 (2003), p. 1662.

Así, sucede en relación con aquellos pactos de exclusión o limitación de derechos, contenidos en un pacto en previsión de ruptura matrimonial o del cese de la convivencia estable (arts. 231-20.3 y 234-5 CCC). En cambio, no opera cuando el derecho ya ha nacido. Es decir, una vez que ya se ha producido la crisis matrimonial o de la convivencia estable (p. ej. pacto amistoso de separación). Ello obedece, de acuerdo con NAVAS NAVARRO, a que el legislador ha optado por salvaguardar el principio de igualdad solamente en relación con las expectativas de derechos¹⁰⁴.

La exigencia de reciprocidad, como defiende MARCO MOLINA, no debe entenderse “*tanto como mimética igualdad entre las posiciones de cada cónyuge, sino como equilibrio entre lo que respectivamente se reconocen y atribuyen el uno al otro*”. Es decir, implica restaurar el equilibrio de cada renuncia individual con la obtención de otro beneficio en el correspondiente ámbito personal o patrimonial. En el mismo sentido, se ha posicionado GARRIDO DE PALMA, defendiendo que resulta posible un desigual reparto de derechos subjetivos, siempre que sea para mejor satisfacer las necesidades, cargas e intereses de la familia. Pues, a su entender, “*la ley ha querido evitar un trato discriminatorio, sí, pero ello es distinto a la lineal igualdad de derechos*”¹⁰⁵.

Es importante señalar que, a pesar de que la reciprocidad se deriva del principio de igualdad, no hay equivalencia en sus significados. Muestra de ello es que el art. 232-15.1 CCC, en relación con el régimen de participación en las ganancias, no solo exige reciprocidad, sino también de igualdad. Conforme dicho precepto, los cónyuges pueden pactar una participación en las ganancias diferente a la mitad del incremento patrimonial, siempre que se establezca con carácter recíproco e igual a favor de cualquiera de ellos. Ello implica que, para que el pacto sea válido, el porcentaje de participación tiene que ser el mismo para ambos cónyuges¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña (La labor del abogado de familia)”, en Luis Díez-PICAZO (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo II, Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 2145-2146 (nota de pie núm. 63). También vid. Gemma RUBIO GIMENO, *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 82-83.

¹⁰⁵ Juana MARCO MOLINA, “Los capítulos matrimoniales”, pp. 202 y 204-205; Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, “Derecho de la Familia”, pp. 29-30. También vid.: Susana NAVAS NAVARRO, “El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea”, p. 38; Javier AVILÉS GARCÍA, *Libertad e igualdad en la nueva sociedad de ganancias*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1992, p. 31; Leonor AGUILAR RUIZ / César HORNERO MÉNDEZ, “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria”, p. 31.

¹⁰⁶ Susana NAVAS NAVARRO, “El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea”, pp. 40-42; Ramón CASAS VALLÉS, “Article 50”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convencionals d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 286-287. En el sentido de que la reciprocidad se deriva del principio de igualdad, se han pronunciado Núria GINÉS CASTELLET, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial”, p. 2600 y Albert LAMARCA I MARQUÈS, “Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència”, p. 463.

Por último, es momento de preguntarse si la reciprocidad en las obligaciones permite que, en caso de que alguno de los cónyuges o convivientes estables incumpla alguna de ellas, el otro podrá acudir a la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), prevista en el art. 1124 CCE, para instar su resolución. De acuerdo con la jurisprudencia, las estipulaciones contenidas en un negocio jurídico de derecho de familia no son recíprocas en el sentido del art. 1124 CCE, por lo que no les resulta de aplicación la excepción de incumplimiento contractual, excepto que se hayan acordado prestaciones recíprocas por pacto expreso¹⁰⁷. La razón es que dicho negocio jurídico, como se verá más detenidamente en el capítulo III, no tiene causa onerosa.

2.7. Seguridad jurídica

Este principio constitucional, reconocido en el art. 9.3 CE, que deriva del Estado de Derecho, ha sido definido como la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (STC 27/1981, de 20 julio, FJ 10)¹⁰⁸.

Una vertiente de la seguridad jurídica es la protección de la seguridad del tráfico jurídico. De ahí que la exclusión, la renuncia o el pacto en contrario de lo dispuesto por las leyes civiles catalanas (en virtud del principio de libertad civil) no resulta oponible frente a terceros cuando puedan resultar perjudicados por ellos, por más que se trate de normas dispositivas (art. 111-6 CCC). Como mecanismo de protección de la misma, igualmente opera el principio de apariencia jurídica, el cual protege a los terceros, que confían en las situaciones aparentes, mediante el convencimiento de que la apariencia se corresponde con la legítima situación jurídica. Ello se debe, como ya se sabe, a que les resulta muy difícil poseer un pleno conocimiento de las verdaderas titularidades¹⁰⁹.

¹⁰⁷ En este sentido, resulta de especial relevancia la STS de 17 octubre 2007 (ROJ 6618/2007, MP Roca Trias, FJ 2º), al regular como se debe proceder en el supuesto de que las obligaciones quebrantadas tengan fuentes distintas (capítulo matrimonial, convenio regulador y pacto privado): “No puede pretenderse, pues, la consideración global de las vulneraciones de los pactos, por lo que no es posible aplicar el artículo 1124 del Código Civil, según pretende el recurrente”. Entiende el TS que debe procederse a examinar cada uno de los incumplimientos producidos y condenar o no en función de las diversas infracciones.

¹⁰⁸ Publicada en el BOE núm. 193, de 13 agosto 1981, pp. 12-18. En el mismo sentido, encontramos la STC 46/1990, de 15 marzo 1990 (publicada en el BOE núm. 85, de 9 abril 1990, p. 33), FJ 4: “La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”.

¹⁰⁹ Adolfo Javier SEQUEIRA MARTÍN, “Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia”, *RCDI*, núm. 589 (1988), pp. 1871-1878; Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III: Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 225-226; José María CHICO Y ORTIZ, “La insegura seguridad y la seguridad del tráfico jurídico”, *RCDI*, núm. 599 (1990), pp. 13-28.

Procederemos, seguidamente, a identificar las plasmaciones concretas de dicho principio que se encuentran recogidas en el Libro II del CCC, en relación con la autonomía privada en el derecho patrimonial de la familia.

Por una parte, los actos de disposición sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometan su uso, hechos por parte del cónyuge o conviviente estable titular, sin el consentimiento del otro, mantendrán su eficacia si el adquirente actuó de buena fe y a título oneroso y, además, siempre que el titular hubiese manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda familiar, salvo que la autoridad judicial hubiera autorizado el acto (arts. 231-9.3 y 234-3.2 CCC). No obstante, en caso de que el adquirente conociese o pudiese razonablemente conocer la condición de la vivienda, en el momento de la adquisición, ya no se podría reputar que actuó de buena fe. En cualquier caso, la parte que hubiera dispuesto de la vivienda familiar, sin el consentimiento de la otra, respondería de los perjuicios causados, de acuerdo con la legislación aplicable.

Por otra parte, la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges, frente a terceros acreedores, por las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios (art. 231-8 CCC). Dicha responsabilidad solidaria se desprende de la obligación que tienen ambos cónyuges de contribuir a los gastos familiares (art. 231-6.1 CCC). Ahora bien, en el caso de los convivientes estables, al no haberse regulado una obligación legal equivalente de contribución a los gastos familiares, no se les ha impuesto una responsabilidad solidaria por estos, a diferencia de los arts. 3.2 y 5 LUEP, lo cual ha sido criticado por impedir otorgar una adecuada protección a los terceros que contraten con ellos, ya que se encuentran en la incertidumbre respecto del alcance de la responsabilidad patrimonial¹¹⁰.

¹¹⁰ Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (publicado en el BOE núm. 198, de 19 agosto 1998, pp. 28345-28350; DOGC núm. 2687, de 23 julio 1998, pp. 9155-9159). En la doctrina, vid. Francesc Xavier FRANCINO BATLLE, "Convivència estable de parella", en Adolfo LUCAS ESTEVE, *Dret Civil Català*, vol. II: Persona i Família, Barcelona, Bosch Editor, 2012, p. 395.

CAPÍTULO II

FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS Y VENTAJAS DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN

I. FUENTES NORMATIVAS DE INSPIRACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN: 1. Ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema legal del “*Common Law*”: 1.1. Los “*separation agreements*” en el Derecho norteamericano. 1.2. Los “*separation agreements*” o “*maintenance agreements*” en el Derecho inglés y galés. 1.3. Los “*financial agreements*” y “*parenting plans*” o “*parenting agreements*” en el Derecho australiano. 2. Instrumentos de “*soft law*” en Europa: *Principles on European Family Law* y *Model Family Code*. II. VENTAJAS POTENCIALES DE LA CELEBRACIÓN DE UN PACTO AMISTOSO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. Reducción de los costes de transacción: 1.1. Costes económicos. 1.2. Costes emocionales. 2. Celebración de acuerdos más personalizados. 3. Favorecimiento de un sentido de la responsabilidad en el ejercicio de la potestad parental.

Una vez presentada la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida a los cónyuges y convivientes estables, especialmente en el ámbito del derecho familiar patrimonial, en este segundo capítulo entraremos ya en el estudio del pacto amistoso de separación, al constituir el objeto de la presente tesis doctoral.

Antes de entrar en el examen de su régimen jurídico en el Código Civil de Cataluña, realizaremos una presentación general del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, en relación con aquellas fuentes normativas comparadas que en mayor medida han podido influir al legislador catalán (I.). A continuación, examinaremos desde la perspectiva del análisis económico del Derecho las ventajas potenciales de que las partes celebren un pacto amistoso de separación (II.).

I. FUENTES NORMATIVAS DE INSPIRACIÓN EN RELACIÓN CON LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN

En este primer apartado, procederemos al estudio de las fuentes normativas, que pudieron haber ejercido mayor influencia en la configuración del régimen jurídico del pacto amistoso de separación en el derecho civil catalán. Es preciso indicar que su introducción viene motivada por el hecho de que a lo largo del desarrollo de la presente tesis se adoptará un método comparativo, a partir del cual se examinará el derecho propio.

Consideremos, por una parte, que entre estas fuentes normativas de inspiración se encuentran los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema legal de “*Common Law*” (1.). La razón es que, como comentamos en el capítulo anterior, se les reconoció previamente una mayor facultad de autorregulación de los propios intereses, al haberse iniciado con anterioridad el

proceso “*from status to contract*” en el ámbito de las relaciones familiares, como consecuencia de la carencia de un derecho codificado y por la concepción temporal del matrimonio, propia de la reforma protestante. Por otra parte, creemos que también ejercieron cierta influencia los instrumentos de “*soft law*” en Europa (2.). Ello se debe a que, como defendía LLODRÀ GRIMALT, el Derecho de familia se encuentra actualmente inmerso en un proceso de “*armonización espontánea*” de ámbito europeo, a pesar de que la Unión Europea solo tiene atribuida competencia en el ámbito de las relaciones familiares para establecer unas normas comunes que garanticen la cooperación judicial en asuntos civiles (art. 81 TFUE)¹¹¹.

1. Ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema legal del “*Common Law*”

De entre todos los ordenamientos jurídicos, pertenecientes a sistema legal del “*Common Law*”, nosotros hemos escogido aquellos cuya configuración jurídica del régimen del pacto amistoso de separación resulta más similar a la prevista en el derecho civil catalán. Por esta razón, centraremos nuestro estudio en tan solamente tres: derecho norteamericano (1.), derecho inglés y galés (2.) y derecho australiano (3.).

Antes de continuar, debemos señalar una diferencia esencial entre un sistema de “*Civil Law*” y uno de “*Common Law*” en el ámbito de la regulación de las consecuencias económicas de la disolución del matrimonio. Mientras que en el primero, los tribunales se encuentran limitados por los regímenes matrimoniales (“*matrimonial property law*”) y alimentos para otorgar “*ancillary relief*”, en el segundo tienen atribuidos amplios poderes discrecionales con el fin de conseguir un resultado justo y equitativo. Por consiguiente, disponen de una amplia variedad de medidas para hacerlo posible (distribución de propiedades, manutención tras el divorcio y división de derechos derivados de planes de pensiones). Ello resulta posible, en la medida en que el matrimonio no tiene efecto alguno sobre los derechos de propiedad de los cónyuges¹¹².

¹¹¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. 326, de 26 octubre 2012, pp. 49-390). En la doctrina, vid. Francisca LLODRÀ GRIMALT, “La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?”, en ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Nous reptes del dret de família: Materials de les tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, p. 479.

¹¹² Katharina BOELE-WOELKI, “European challenges in contemporary family law: some final observations”, en Katharina BOELE-WOELKI / Tone SVERDRUP (eds.), *European challenges in contemporary family law*, Oxford, Intersentia, 2008, p. 414; Katharina BOELE-WOELKI, “La Comisión de Derecho de Familia europeo: La redacción de los principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges”, en VV. AA. *Nous reptes del dret de família: Materials de les tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 55-56; Esin ÖRÜCÜ / Jane MAIR, “Common cultures and diverse laws – common laws and diverse cultures”, en Esin ÖRÜCÜ / Jane MAIR, *Juxtaposing legal systems and the Principles of European Family Law on Divorce*, Oxford, Intersentia, 2007, p. 9; Nina DETHLOFF, “Contracting in Family Law: A European perspective”, en Katharina BOELE-WOELKI / Joanna K. MILES / Jens M. SCHERPE (eds.), *The future of family property in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 70-71.

1.1. Los “*separation agreements*” en el Derecho norteamericano

El equivalente del pacto amistoso de separación recibe el nombre de “*separation agreement*”. Se encuentra regulado en la *Model Marriage and Divorce Act* de 1970 (MMDA), enmendada en 1971 y 1973, redactada por parte de NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS (y posteriormente aprobado por AMERICAN BAR ASSOCIATION en 1974), así como en los *Principles of the Law of Family Dissolution* de 2002 (PLFD), propuestos por AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI)¹¹³.

Es importante señalar que ninguna de las dos regulaciones resulta vinculante. En el caso de MMDA, conviene destacar que es una mera propuesta legislativa dirigida a las cincuenta legislaturas estatales con el propósito de promover reformas. De acuerdo con la *Uniform Law Commission*, los Estados en que se han aprobado todas las modificaciones en la legislación matrimonial previstas por la MMDA han sido: California, Kentucky, Colorado, Montana, Arizona y Washington. En otros se han introducido bastantes cambios legislativos (Iowa, Michigan, Nebraska y Florida), aunque en la gran mayoría no se ha producido ninguna modificación. Del mismo modo, la aplicabilidad de los PLFD depende de que sean adoptados como punto de referencia en las codificaciones legislativas o en las decisiones judiciales. Así, por ejemplo, encontramos el caso *Pursley v. Pursley* (2004)¹¹⁴, en que *Supreme Court of Kentucky* utilizó los PLFD para fundamentar su decisión de dar cumplimiento a lo pactado en un “*separation agreement*”.

De acuerdo con la MMDA, únicamente puede ser celebrado por los cónyuges (desde 2015 el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en todos los Estados¹¹⁵), pero no por los convivientes estables (“*unmarried couples*”). En sentido opuesto, encontramos la s. 7.01 (2) para. a PLFD, al reconocer que un determinado tipo de ellos (“*domestic partners*”) sí pueden

¹¹³ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Model marriage and divorce act” (1970), en prensa. En 1971 y 1973 se introdujeron modificaciones en su articulado y en 1974 fue aprobada por AMERICAN BAR ASSOCIATION. En 1996 se cambió su denominación de “*Uniform*” a “*Model*”, por decisión del *Executive Committee*. La diferencia entre ambos se encuentra en que, mientras que en el primero se supone que los Estados deben promulgarla sin introducir modificaciones, en el segundo se trata de una guía orientativa para la legislación posterior. También vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and recommendations. As adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 16, 2000*, Newark, Matthew Bender & Co, Inc., 2002.

¹¹⁴ 144 S.W.3d 820 (Ky 2004) (disponible en FindLaw, 2001-SC-0936-DG).

¹¹⁵ U.S. Supreme Court, en la sentencia *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015) (disponible en Justia, 14-556), reconoció que el derecho a contraer matrimonio es “*a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty*” (p. 22). Por lo que en ningún Estado puede prohibirse y tienen que dárseles licencias de matrimonio. En 2013, en la sentencia *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2015) (disponible en Justia, 12-307), U.S. Supreme Court ya declaró inconstitucional la ley federal *Defense of Marriage Act* (DOMA) de 1996, por la que se definía el matrimonio como “*only a legal union between one man and one woman as husband and wife*”, lo que permitió que no se pudiese denegar a las parejas homosexuales, que habían contraído matrimonio en los Estados en que era legal, las ventajas económicas que la ley federal reservaba al matrimonio heterosexual. Puede consultarse en: Public Law No: 104-199 (09/21/1996), From the U.S. Government Printing Office. Antes de la sentencia *Obergefell v. Hodges*, el matrimonio homosexual se encontraba admitido en 39 Estados. Para más información, consultar: NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Same-sex marriage laws” (2015), en prensa.

celebrar “*separation agreements*” en los mismos términos que los cónyuges. Se presume que dos personas se encuentran en dicha situación cuando viven en la misma casa con un hijo común durante un período de tiempo (s. 6.03 (2) PLFD) o si comparten casa, sin tener ningún vínculo por parentesco o adopción, por un determinado lapso de tiempo s. 6.03 (3) PLFD, dejándose la determinación de dicha duración a la decisión de la asamblea legislativa de cada Estado o de los tribunales¹¹⁶.

Hay que tener en cuenta que dicha alternativa al matrimonio se encuentra penalmente sancionada en algunos Estados (Mississippi, Florida, Michigan, North Carolina, Virginia y West Virginia) y solamente en muy pocos, los cuales en su mayoría se corresponden con aquellos en que primero se admitió el matrimonio homosexual, se han reconocido derechos a las “*civil union*” o “*domestic partnership*”. La diferencia entre ambas es que, mientras que el estatuto legal de “*domestic partnership*” (regulado en California, District of Columbia, Maine, Nevada, Oregon, Washington y Wisconsin) depende en gran medida de la regulación que haga cada Estado, la “*civil union*” (regulada en Colorado, Hawaii, Illinois y New Jersey) supone la atribución de prácticamente los mismos derechos y responsabilidad que en el matrimonio. Ello se debe a que estas últimas fueron reguladas con el fin de atribuir protección a las parejas homosexuales que no podían contraer matrimonio. De ahí que fueron derogadas en Connecticut, Delaware, New Hampshire, Rhode Island y Vermont cuando se admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo¹¹⁷.

De acuerdo con la s. 306 de MMDA, aunque en sentido similar se han posicionado los PLFD, un “*separation agreement*” puede incluir estipulaciones relativas a “*disposition of any properties owned by either of them, maintenance of either of them, and support, custody and visitation of their children*”.

En relación con las estipulaciones que únicamente regulen a las relaciones horizontales, de conformidad con la MMDA, el acuerdo será vinculante como regla general, excepto que el tribunal considere que es “*unconscionable*” después de tomar en consideración las circunstancias económicas o de cualquier otra índole (s. 306 b). En cambio, PLFD se

¹¹⁶ La determinación de la duración de dicho período de tiempo se deja a discreción de la asamblea legislativa y de los tribunales (Martha M. ERTMAN, “The ALI Principles’ approach to domestic partnership”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 8 (2001), pp. 107-108).

¹¹⁷ Para más información, consultar: NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Civil Unions & domestic partnership statutes” (2014), en prensa. En la doctrina, vid. Brian H. BIX, *The Oxford Introductions to U.S. Law: Family Law*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 51; Harry D. KRAUSE, “Family law in a nutshell”, pp. 64-68; Harry D. KRAUSE, *Family Law. Cases, comments, and questions*, St. Paul, West Publishing, 1985, pp. 117 y 125; Jeanne M. HANNAH, “The law & living together: a cohabitation agreement is essential protection for unmarried couples”, *Family Advocate*, vol. 32, núm. 3 (2010), pp. 28-29.

muestran contrarios al establecimiento generalizado de dicho estándar, por entender que la economía judicial justifica que solo sean supervisados aquellos acuerdos en que una de las partes se haya opuesto a su incorporación en el “*divorce decree*” o a su ejecución (s. 7.09)¹¹⁸. En cualquier caso, para que “*separation agreement*” no resulte invalidado por el tribunal, es imprescindible que los cónyuges estén viviendo separadas o a punto de estarlo, puesto que en caso contrario se consideraría que promueve la separación o el divorcio, lo que se encuentra prohibido bajo sanción de nulidad.

En cambio, en el caso de las estipulaciones que tengan efecto sobre los hijos (incluida su manutención), conforme a la MMDA, el tribunal no se encuentra nunca vinculado por el acuerdo que los progenitores hubieran alcanzado (s. 306 b). De modo que deberá examinar siempre la validez del mismo a la luz de las normas imperativas de Derecho de familia. En sentido distinto, se encuentra regulado en PLFD, al atribuir una mayor prevalencia a los acuerdos alcanzados por los progenitores, en relación con la distribución de “*custodial responsibility*” y “*decisionmaking responsibility*” (presentados en un “*parenting plan*”), puesto que se estipula que solamente puede rechazarlos cuando: las dos partes no hayan dado su asentimiento (ya fuese por desconocimiento o por no haber sido otorgado voluntariamente) o por resultar perjudicial para los hijos (s. 2.06)¹¹⁹. En el caso de los acuerdos sobre manutención, se estipula que el tribunal únicamente debe negar su aprobación cuando le sea otorgada una cuantía inferior a la que le hubiese correspondido de aplicar lo previsto en PLFD (s. 3.13). En esta línea, la s. 7.06 estipula que el derecho del menor a recibir manutención no puede resultar adversamente afectado por un acuerdo de los progenitores.

1.2. Los “*separation agreements*” o “*maintenance agreements*” en el Derecho inglés y galés

Los equivalentes del pacto amistoso de separación en Inglaterra y Gales son el “*maintenance agreement*” y el “*separation agreement*”, los cuales pueden ser otorgados por cónyuges, así como por convivientes estables (“*civil partnership*”). En función de los sujetos otorgantes,

¹¹⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, p. 1013: “*These Principles recognize that some courts may not have the time or the necessary information to evaluate separation agreements presented by parties at dissolution. Nevertheless, Paragraph (4) permits review by courts that do have the time and means. Review is particularly appropriate when one or both parties do not have counsel, as it frequently the case in many jurisdictions*”. También vid. Penelope Eileen BRYAN, “Vacant promises”, pp. 183-184.

¹¹⁹ Así, se estipula que: “*The law in most jurisdictions grants courts [...] the authority to review a private agreement at divorce to determine whether it serves the child’s interests. This section takes a more deferential view toward an agreement parents make about their children*” (AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, p. 155).

resultará de aplicación la *Matrimonial Causes Act* de 1973 (MCA) o la *Civil Partnership Act* de 2004 (CPA)¹²⁰.

Mientras que el matrimonio puede ser contraído por parejas heterosexuales y homosexuales (desde 2014), la convivencia estable está reservada exclusivamente para las últimas (s. 1 (1) CPA). Para ostentar la consideración de “*civil partners*” es necesario firmar un “*civil partnership document*” ante el funcionario de las uniones civiles y de dos testigos (s. 2 (1) CPA), resultando excluidos: las personas que ya se encuentran legalmente casadas o constituidas en otra unión, así como los menores de 16 años (s. 3 (1) CPA). En caso de no cumplir con dichos requisitos legales, no tendrán ningún deber legal de prestarse ayuda mutua, ni tampoco manutención, aunque podrán iniciar procedimientos relativos a derecho de propiedad. En cambio, de tener hijos en común, igualmente estarán obligados a prestarles manutención, resultando de aplicación la misma regulación que para los cónyuges y “*civil partners*”¹²¹.

La principal diferencia entre “*maintenance agreement*” y “*separation agreement*” es que mientras que el primero es empleado para pactar manutención para una de las partes, el segundo tiene por objeto regular su separación. Sin embargo, ello no implica que no puedan incorporarse otras estipulaciones en cualquiera de los dos. Así, además de regular los efectos en sus relaciones horizontales derivados de su crisis matrimonial o de la convivencia estable, también pueden incluir estipulaciones respecto a los hijos. Si bien es cierto que la competencia en materia de manutención corresponde desde 2012 a un órgano administrativo, *Child Maintenance Service* (con anterioridad correspondía a *Child Support Agency*), los progenitores pueden igualmente celebrar un “*child support maintenance*” –regulado en las ss. 3 ap. 6 y 9 *Child Support Act* de 1991 (CSA)–, el cual puede integrarse en un “*separation agreement*” o “*maintenance agreement*”¹²². De todos modos, tras 12 meses desde la

¹²⁰ Ambas leyes se encuentran disponibles en the National Archives: *Matrimonial Causes Act* (1973 c. 18) y *Civil Partnership Act* (2004 c. 33).

¹²¹ El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido posibles tras la aprobación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013 (disponible en the National Archives, como 2013 c. 30). Así, en su s. 1 (1) se establece: “*Marriage of same sex couples is lawful*”. En la doctrina vid. Jane SENDALL, *Family law handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 91-93; Frances BURTON, *Family Law*, London, Routledge, 2012, pp. 211-212.

¹²² *Child Support Act* se encuentra disponible en the National Archives, como 1991 c. 48. Resulta de aplicación 2012 *Child Maintenance Scheme*. Desde junio de 2014, por la modificación introducida por *The Child Support Fees Regulations* (2014) –disponible en the National Archives, como 2014 c. 612–, cuando los progenitores no alcanzan acuerdos, en relación con la manutención de sus hijos, tienen que abonar una carga económica por la intervención de *Child Maintenance Service*. Dicha regulación encuentra su origen en la s. 136 ap. 1 *Welfare Reform Act* (2012) –disponible en the National Archives, como 2012 c. 5–, por la que se modificó la s. 9 *Child Support Act* (1991), contempla que “[t]he Commission [...] take such steps as it considers appropriate to encourage the making and keeping of maintenance agreements”. En la doctrina, vid. Jane SENDALL, “*Family law handbook*”, p. 189; Frances BURTON, “*Family Law*”, pp. 230-232; Jill BLACK, *A practical approach to family law*, London, Blackstone Press, 2000, pp. 562 y 565.

aprobación de este, cualquiera de las partes podrá acudir a la CMS y obtener un “*statutory arrangements*”.

Ni “*maintenance agreement*”, ni “*separation agreement*” tienen en principio naturaleza contractual, por lo que únicamente resultan ejecutables, una vez que hayan sido incorporados en “*court order*”. Ahora bien, ello no significa que, de no haberlo sido, no tengan fuerza vinculante alguna en futuros procesos judiciales. Ello se pone de manifiesto en el caso *T v. T* (2013), resuelto por *High Court of Justice*. Los cónyuges firmaron un “*separation agreement*” en 1991, el cual nunca fue incorporado en “*consent order*”, aunque ambas partes cumplieron con lo pactado. En 2012 la mujer solicitó “*financial remedy*”, pero el tribunal resolvió que no procedía, en virtud del acuerdo alcanzado previamente. Así, se declaró que: “*The parties have acted upon it, relied on it, and gained peace of mind from it, or certainly were entitled to gain peace of mind from it, for over 20 years. In those circumstances the existence of the agreement must be regarded of magnetic importance*”¹²³.

Es relevante distinguir ambos del “*maintenance agreement*”, regulado en la s. 34 (2) MCA o s. 67 (Sched. 5) de CPA, puesto que su definición es más restrictiva e implica la aplicación de las ss. 34-36 MCA o 68-69 (Sched. 5) CPA. Éste es el único cuyo cumplimiento puede solicitarse judicialmente, siempre que tenga naturaleza contractual (i. e. haya una oferta, aceptación e intención de obligarse). Cuando se encuentran contenidos en un “*deed*” no habrá duda alguna acerca dicha naturaleza. En caso contrario, ello no implica que no estén legalmente obligadas, sino que la parte que persiga su ejecución tendrá que probar que hubo “*furnished consideration*” (cada parte recibió algo a cambio), lo que no le resultará especialmente complicado (p. ej. de haberse liberado mutuamente del deber de convivencia). No obstante, lo pactado sobre cuidado y manutención de los hijos solo resultará ejecutable en la medida en que se corresponda con su beneficio. En cualquier caso, las partes mantienen su derecho de solicitar un “*court order*”, puesto que es nula cualquier disposición que impide a los cónyuges o “*civil partners*” acudir a los tribunales. Así se encuentra establecido respecto “*ancillary relief*” (ss. 34 (2) MCA y 68 (b) CPA) y la manutención de los hijos, (s. 9 (3) y (4) CSA), así como en relación el ejercicio futuro de “*parental responsibility*”, por parte de la s. 10 (1) *Children Act* de 2009 (CA)¹²⁴.

¹²³ *T v. T* [2013] EWHC B3 (Fam), disponible en BAILII. En la doctrina, vid. Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 780-781; Jill BLACK, “A practical approach to family law”, pp. 562 y 565; Jane SENDALL, “Family law handbook”, pp. XXX, 44, 189 y 191; Frances BURTON, “Family Law”, p. 231.

¹²⁴ *Children Act* se encuentra disponible en the National Archives, como 1989 c. 41. Cabe precisar que un “*deed*” solo puede ser ejecutado si cumple con los siguientes requisitos: “(a) it is signed— (i) by him in the presence of a witness who attests the signature; or (ii) at his direction and in his presence and the presence of two witnesses who each attest the signature; and (b) it is delivered as a deed by him or a person authorised to do so on his behalf” (s. 1 (3) *Law of Property (Miscellaneous Provisions)*)

A diferencia de las otras fuentes normativas estudiadas, los cónyuges pueden divorciarse (separarse judicialmente o pedir la nulidad) o los “*civil partners*” disolver la “*civil partnership*” sin que los tribunales entren a valorar los acuerdos, alcanzados privadamente por las partes, relativos a cómo se pasarán a ejercer la “*parental responsibility*”. Ello se debe a que rige el principio de no intervención, el cual causa que los tribunales únicamente dicten una “*s8 order*” cuando resulte más beneficioso para el hijo que no hacerlo (s. 1(5) CA), incluso a pesar de que alguno de los progenitores lo haya solicitado. Así, podríamos defender que la manera en que los tribunales otorgan efecto a dichos acuerdos privados es no dictando ningún “*court order*”. De todos modos, tiene que precisarse que ello ha resultado posible a raíz de la modificación de la s. 41 MCA, por *Children and Families Act* de 2014, puesto que con anterioridad a la introducción de este cambio legislativo, estaban obligados a presentar “*statement of arrangements for children*”, en el que se establecía como se pasaría a ejercer la “*parental responsibility*”¹²⁵.

1.3. Los “*financial agreements*” y “*parenting plans*” o “*parenting agreements*” Derecho australiano

A diferencia de los otros dos ordenamientos jurídicos estudiados, no concurre dicha unidad regulativa. De modo que, mientras que las relaciones patrimoniales se regulan a través del “*financial agreement*”, el ejercicio futuro de “*parental responsibility*” puede preverse en un “*parenting agreement*” o un “*parenting plan*” y los acuerdos sobre manutención en un “*child support agreement*”. Sin embargo, estos pueden ser incorporados en un “*parenting plan*” (ss. 63C (2) letra f y 63CAA (3) FLA) o en “*financial agreements*” (ss. 90E y 90 UH FLA).

Con la salvedad del “*child support agreement*”, cuya regulación se encuentra en *Child Support (Assessment) Act* de 1989 (s. 81 CSAA), los otros tienen previsto su régimen jurídico en la *Family Law Act* de 1975 (FLA)¹²⁶. La razón es que la competencia en materia de manutención de los hijos no corresponde a los tribunales, sino a un órgano administrativo (*Child Support Agency*), al igual que en el derecho inglés y galés.

Act, 1989). Dicha ley puede consultarse en the National Archives (1989 c. 34). En la doctrina, vid. Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 952-953.

¹²⁵ *Children and Families Act* se encuentra disponible en the National Archives, como 2014 c. 6. Las “*s8 orders*” pueden consistir en: “*residence order*” (para determinar donde vivirán los hijos), “*contact order*” (para establecer el régimen de visitas), “*specific issue order*” (para otras cuestiones acerca de la crianza del hijo: la escuela a la que irá, tipo de educación que recibirá...) o “*prohibited steps orders*” (para evitar que el otro progenitor se lleve el hijo a vivir en otro país). En la doctrina vid. Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 955, 1008-1010 y 1015; Jane SENDALL, “Family law handbook”, pp. 101-102, 147-148 y 232; Frances BURTON, “Family Law”, p. 131; Joanna MILES, “Marital agreements and private autonomy in England and Wales”, en Jens M. SCHERPE (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 112-114.

¹²⁶ Ambas normativas se encuentran disponibles en Federal Register of Legislation: *Child Support (Assessment) Act* (1989), C2015C00377; *Family Law Act* (1975), C2015C00552.

En relación con el “*parenting agreement*” o “*parenting plan*”, es preciso indicar que pueden ser celebrados por los progenitores del niño, siempre que lo hagan libremente, sin que concurra amenaza, intimidación o coacción (s. 63c (1A) FLA). De acuerdo con la s. 63B FLA, estos son alentados para que, al alcanzar un acuerdo, tengan en cuenta el parámetro de “*best interest of the child*” y que solamente utilicen el sistema legal, como último recurso, con el fin de minimizar las posibilidades de conflicto presente y futuro. La diferencia entre ambos acuerdos se encuentra en que, mientras que el “*parenting agreement*” no tiene que constar por escrito, el “*parenting plan*” sí, como consecuencia de que este último surgió con el propósito de favorecer la formalización de los acuerdos privados. Además, aquellos “*parenting plans*” que hubieran sido celebrados antes de 2003 tienen que estar inscritos en un registro (*Family Law Registries*), pero no los posteriores (modificación legislativa introducida por la *Family Law Amendment Act* de 2003)¹²⁷.

Hay que tener en cuenta que, aunque el “*parenting plan*” no sea legalmente ejecutable, puede tener cierta relevancia en caso de que un tribunal deba dictar un “*parenting order*”, puesto que tiene que ser tomarlo en consideración, siempre que ello sea en beneficio de los niños (s. 65DAB FLA). A diferencia del derecho inglés y galés, los tribunales no dictarán una “*divorce order*” hasta que los progenitores hubiesen adoptado los acuerdos necesarios para garantizar el cuidado, bienestar y desarrollo de los hijos menores de 18 años, que estuvieron viviendo en la unidad familiar en el momento de la separación, independientemente de si fueren comunes o no (s. 55A (1)(b) FLA).

En cambio, el “*financial agreement*” puede ser otorgado en caso de matrimonio o “*de facto relationship*”. Respecto a los últimos, ello no les fue reconocido hasta la aprobación de la *Family Law Amendment (De facto financial matters and other measures) Act* de 2008, que introdujo modificaciones a la FLA de 1975. Así pues, únicamente resulta de aplicación dicha normativa si la relación se hubiera extinguido después del 1 de marzo de 2009 y se cumpliera con alguno de los supuestos contemplados en la s. 90SB (p. ej. tuvieran un hijo, relación hubiera durado más de 2 años, entre otros). Ahora bien, de ser con anterioridad a dicha fecha, igualmente les podría resultar de aplicación cuando así lo hubieran acordado ambas partes, cumpliendo con los otros requisitos establecidos en la s. 86A FLA. La relevancia de dicho cambio legislativo se encuentra en que el único matrimonio que se encuentra reconocido en este país es el celebrado entre un hombre y una mujer (s. 5 de la

¹²⁷ *Family Law Amendment Act* (2003) se encuentra disponible en Federal Register of Legislation, con referencia C2004A01223. En la doctrina, vid. Anne-Marie RICE, “Parenting orders, plans and guidelines”, VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 130-131; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, *Family Law in Australia*, Australia, LexisNexis Butterworths, 2013, pp. 409-411.

Marriage Act de 1961)¹²⁸. Por lo que las personas de igual sexo (aunque también las de distinto) solo pueden constituirse en “*de facto relationship*”, siempre que no se encuentran legalmente casadas entre ellas, ni se encuentran unidas por ningún vínculo de parentesco. Además, es necesario que vivan juntos en una base doméstica genuina, tomándose en cuenta determinadas circunstancias que rodean su relación (determinadas legalmente) para considerar que concurre dicho requisito (s. 4AA FLA).

En función de los sujetos otorgantes varía su denominación y las secciones que resultan de aplicación: “*financial agreement (during marriage)*” (s. 90C FLA) o “*financial agreement (after breakdown of a de facto relationship)*” (s. 90UD FLA). Si bien es que tanto los cónyuges como “*de facto partners*” pueden pactar sobre la división de propiedades y recursos financieros, así como respecto de manutención de cualquiera de ellos, únicamente los “*financial agreement*” de los cónyuges pueden ser más amplios y contener otras estipulaciones (p. ej. relativas “*ancillary relief*”)¹²⁹.

Para que un acuerdo ostente dicha consideración, independientemente de si es celebrado por cónyuges o “*de facto partners*”, se tienen que cumplir tres requisitos. Este tiene que celebrarse por escrito y contener alguna de las estipulaciones previstas en la s. 90C (2) o s. 90UD (2) FLA. Además, no puede estar vigente otro pacto sobre estos mismos aspectos entre las partes otorgantes (en caso de haber alguno, puede ser derogado por la celebración de este, siempre que intervengan las mismas partes) y tiene que constar expresamente que ha sido celebrado conforme con alguna de estas secciones.

Es necesario señalar que se aplica la misma regulación en caso de que los cónyuges hubieran celebrado el “*financial agreement*” con anterioridad (“*pre-separation agreement*”) o con posterioridad (“*post-separation agreement*”) a la crisis matrimonial, conforme con lo dispuesto por la s. 90C (2A) FLA, puesto que solamente pasaría a regirse por la s. 90D FLA

¹²⁸ *Marriage Act* (1961) puede consultarse en Federal Register of Legislation, con referencia C2014C00340. También *Family Law Amendment (De facto financial matters and other measures) Act* (2008), con referencia C2008A00115. La Asamblea Legislativa del Territorio de la Capital Australiana (ACT) aprobó la *Marriage Equality (Same Sex) Act* en 2013, por la que se permitía la celebración del matrimonio a las parejas homosexuales. Dicha ley fue declarada nula por la *High Court* en la sentencia *Commonwealth v. Australian Capital Territory* (2013) 250 CLR 441 por ser contradictoria con la ley federal (MA). Cabe resaltar que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo podría reconocerse, por estar en trámite de aprobación “*Marriage Amendment (Marriage Equality) Bill*” (2015). Puede consultarse en: Federal Register of Legislation (C2015B00082).

¹²⁹ Comparar s. 90C (3) con s. 90UD (2) FLA. Mientras que el “*maintenance*” hace referencia únicamente a las pensiones a favor de la parte más débil (incluye comida, ropa y otras necesidades básicas), el “*ancillary relief*” incluye todas las consecuencias financieras que se derivan de una separación o divorcio (realización de pagos periódico o de una sola cantidad realizada con el fin de ajustar la posición económica de las partes en el matrimonio, transmisión de propiedades) sin incluir los acuerdos respecto de los menores. Vid. Elizabeth A. MARTIN / Jonathan LAW, *A dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 29, 223, 327 y 419.

de haberse dictado la “*order divorce*”¹³⁰. En cambio, el surgimiento de la crisis respecto a los “*de facto partners*” sí resulta determinante para determinar la sección que resulta de aplicación. Antes del “*breakdown of a de facto relationship*” procede aplicar la s. 90UC FLA, pero una vez ya se ha producido, pasa a regularse por la s. 90UD FLA. Del mismo modo, también resulta relevante dicho momento para la celebración de “*parenting plan*” y “*parenting agreement*”, puesto que es cuando los progenitores tienen que decidir como pasarán ejercer la “*parental responsibility*” en relación con los hijos comunes.

En último lugar, debemos precisar que un “*financial agreement*” es perfectamente válido y eficaz desde su celebración, aunque los tribunales pueden dejarlo sin efecto de concurrir alguna de las circunstancias establecidas legalmente (ss. 90K y 90UM FLA). No obstante, para que sea eficaz (ss. 90DB (2) y 90UG FLA) y no meramente vinculante (ss. 90G y 90UJ FLA), las partes tienen que estar separadas, como manifestación de la crisis matrimonial o de convivencia estable. Asimismo, lo relativo a las estipulaciones acerca de la división de propiedades y recursos financieros, es imprescindible que por lo menos uno de los cónyuges o “*de facto partners*” haya firmado la “*separation declaration*” para que sean eficaces (ss. 90DA (1) y 90UF (1) FLA), salvo si alguno de ellos hubiese fallecido o los cónyuges estuviesen ya divorciados. Conforme con esta, se hace constar que se han separado y que han estado viviendo separados desde que dicha declaración fue firmada, además de que no hay ninguna posibilidad razonable que vuelven a reanudar la convivencia (ss. 90DA (2)(3) y 90UF (4)(5) FLA). En el caso de “*de facto partners*” también tienen que manifestar que vivían en una “*de facto relationship*” (s. 90UF (5)(a) FLA).

2. Instrumentos de “soft law” en Europa: *Principles on European Family Law* y *Model Family Code*

A pesar de que la Unión Europea solo tiene atribuida competencia en el ámbito de las relaciones familiares para establecer unas normas comunes que garanticen la cooperación judicial en asuntos civiles (art. 81 TFUE), COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW (CEFL), constituida en septiembre de 2001, ha formulado unos *Principles on European Family Law* (PEFL), los cuales constituyen un instrumento de “soft law”, cuyo propósito es la armonización (y, en la medida de lo posible, la modernización) del Derecho de familia de los distintos países miembros de la UE. Es preciso indicar que la existencia de un Derecho de familia europeo sí ha sido defendida por SCHERPE, si bien ha distinguido entre “*institutional European family law*” (originado por la jurisprudencia emitida por el TEDH y TJUE) y

¹³⁰ Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, p. 788; Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, en VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, p. 708.

“*organic European family law*” (comprende los ámbitos de convergencia de los derechos de familia de los distintos ordenamientos jurídicos europeos)¹³¹.

Este mismo objetivo ha sido perseguido por el *Model Family Code* (MFC), elaborado por SCHWENZER. Sin embargo, a diferencia de los PEFL, se adopta una perspectiva más global y no meramente europea. Además, va más allá de la identificación del “*common core*” (i. e. núcleo común de las soluciones jurídicas para cierto problema) en la búsqueda de la mejor opción legislativa posible. En palabras de su autor, MFC posibilita “*to remove all discrepancies persisting in national family laws due to different historical levels of – somewhat patchwork– development and to create a wholly autonomous and consistent system of family law based on modern solutions*”¹³².

A continuación, identificaremos aquellas disposiciones de los PEFL y del MFC que regulan aspectos aplicables al pacto amistoso de separación.

De acuerdo con el PEFL 1:6, los cónyuges, en caso de divorcio consensual, tienen que alcanzar un acuerdo por escrito acerca: el ejercicio de la responsabilidad parental (a), la manutención de los hijos (b), división o redistribución de propiedad (c) y manutención conyugal (d). Aunque se deja a decisión de los legisladores nacionales que estos pactos resulten vinculantes, CEFL se posiciona a favor de “*facilitate and give effect to the spouses’ agreements since they show that the spouses have agreed to take joint responsibility for the past and the future by regulating the consequences of the divorce*”. En esta misma línea, se encuentra regulado en el art. 1.38 MFC, aunque únicamente se estipula que pueden alcanzarse acuerdos sobre aspectos relativos a “*financial relief*”.

A diferencia de los PEFL, MFC no solamente se atribuye dicha facultad a los cónyuges, sino también a los convivientes estables (“*non-marital partners*”). De acuerdo con el art. 1.1 MFC, se encuentran en dicha categoría aquellos que hubiesen estado conviviendo durante más de tres años, tuviesen un hijo en común o si uno o ambos integrantes hubieran realizado contribuciones sustanciales a la relación o en interés exclusivo del otro¹³³.

¹³¹ Esin ÖRÜCÜ / Jane MAIR, “Common cultures and diverse laws”, pp. 6-9 y 250; Katharina BOELE-WOELKI, “La Comisión de Derecho de Familia europeo”, pp. 47-49 y 53; Jens M. SCHERPE, *The present and future of European Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016.

¹³² Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, p. V-VII.

¹³³ Por ejemplo, como contribución sustancial a la relación, encontramos “*buying joint property out of sole funds, or by making sacrifices, such as giving up domicile and/or occupation to live with the other partner*”. En cambio, como contribución en interés exclusivo del otro integrante de la relación, se cita “*contributing to the other partner’s business or profession, or caring for the other partner or his or her relatives*” (Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, p. 8).

Conviene destacar que el empleo de una nueva terminología (“*partnerships*”) persigue apartarse de los diversos términos legales nacionales, los cuales “*are burdened with historical connotations and whose meanings are shaped and influenced by the respective national legal system*”¹³⁴. En cualquier caso, la legitimación de los convivientes estables para celebrar dichos acuerdos encontraría su fundamento en el principio fundamental de libre determinación, conforme el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (arts. 8 CEDH y 7 CDFUE).

Entrando ya a estudiar la autonomía privada atribuida en las relaciones horizontales, debemos indicar que la CEFL ha optado por la visión del “*Civil Law*”, la cual considera la distribución de propiedades y alimentos como instrumentos distintos. En cambio, MFC se ha inclinado por la de “*Common Law*”, en que una amplia variedad de medidas que permiten otorgar “*ancillary relief*”¹³⁵.

Así, en el PEFL 2:10 se reconoce que los cónyuges pueden otorgar “*maintenance agreements*”, los cuales deben celebrarse por escrito y tienen por objeto regular la manutención entre ellos tras el divorcio, pudiéndose referir a la extensión y a las modalidades de ejercicio de tales derechos, a su duración y a su extinción, así como suponer su renuncia. La autoridad judicial debe controlar su validez, tomando en consideración las circunstancias presentes en el momento de celebración del acuerdo, con el fin de “*safeguard the most important interests of the children and of the spouse to whom the agreement may be detrimental*”. Dicha posibilidad igualmente se encuentra reconocida en el art. 1.37 MFC. Ahora bien, como consecuencia de su enfoque más próximo al “*Common Law*”, su reconocimiento resulta excepcional. La razón es que se valora su procedencia, una vez han sido resueltas las cuestiones de propiedad, por estar ambas comprendidas en el ámbito de “*ancillary relief*”¹³⁶.

Asimismo, en los PEFL se reconoce autonomía privada a los cónyuges en el momento de la disolución de los regímenes económicos matrimoniales. Ello representa otra manifestación del principio de autonomía de los cónyuges para celebrar acuerdos entre ellos, reconocido

¹³⁴ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 40; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, pp. VI y 82-83.

¹³⁵ Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, pp. 40-43; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 71.

¹³⁶ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 133; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, pp. 79-81.

con carácter general en el principio 4:9. Así, por una parte, en el régimen de participación en las ganancias, una vez ha sido disuelto, pueden acordar libremente la extensión del crédito de participación, a través de un convenio sobre la participación, dejando sin efecto o introduciendo modificaciones a las reglas generales de participación (PEFL 4:29). De acuerdo con CEFL, ello permite pactar acerca *“the assets which are subject to the participation of acquisition or which belong to the reserved property. It is also permitted to make an agreement concerning the evaluation of assets, compensation claims and the participation in kind or money”*. Por otra, en el régimen de comunidad de ganancias, pueden pactar una distribución de los bienes gananciales (bien mueble o inmueble adquirido durante el régimen) en el momento de la liquidación, distinta de la legal (de forma igual), a través del convenio sobre distribución (PEFL 4:55). Así, conforme con CEFL, pueden pactar *“the renouncement to compensation, the evaluation of the assets or the distribution in kind or in money”*. En MFC, a pesar de que no se encuentran regulados regímenes económicos matrimoniales –puesto que el matrimonio (aunque tampoco la convivencia estable) no tiene influencia alguna en materia de propiedad–, los cónyuges (y los convivientes estables) pueden igualmente alcanzar acuerdos por los que se transmiten bienes (art. 1.33) o derechos derivados de planes de pensiones (art. 1.34), en virtud del art. 1.38 MFC¹³⁷.

En relación con la autonomía privada atribuida a los progenitores para regular las relaciones verticales, es preciso indicar que tampoco hay confluencia entre PEFL y MFC. La posición de MFC se encuentra en la misma línea que el derecho inglés y galés, expuesto previamente. Así, se declara: *“It is the position of the MFC that, as long as all persons involved are agreeable to the arrangements, the competent authority neither regulates this agreement nor requires a parenting plan”*. Hay que tener en cuenta que no solo los progenitores tienen que estar de acuerdo, sino también el hijo a partir de 12 años de edad, en atención a que tiene reconocido el derecho a que su opinión sea debidamente tomada en consideración (art. 3.2 MFC). Por lo que la autoridad competente únicamente decidirá como último recurso, en caso de falta de consenso entre ellos¹³⁸. En cambio, en PEFL sí se contempla la celebración de acuerdos en este ámbito. Así, se reconoce que pueden celebrar *“agreements on the child’s residence”*, una vez que ha cesado la convivencia de sus progenitores (3:20) y *“agreements on contact with parents and other persons”* (3:27). En defecto de acuerdo, se encuentra

¹³⁷ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding property relations between spouses”, pp. 203 y 332; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, pp. 72-78.

¹³⁸ Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, p. 160.

previsto que sea la autoridad judicial quién decida (3:14), una vez empleados todos los medios a su disposición para procurar que las partes alcancen un acuerdo (3:36)¹³⁹.

II. VENTAJAS POTENCIALES DE LA CELEBRACIÓN DE UN PACTO AMISTOSO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En el momento en que surge la crisis matrimonial o de convivencia estable es cuando afloran todas las deficiencias del sistema y cuando las relaciones estrictamente económicas cobran mayor relevancia. Es, en este contexto, en el que deben valorarse las ventajas potenciales que pueden obtenerse con la celebración de un pacto amistoso de separación.

1. Reducción de los costes de transacción

De acuerdo con el teorema de Coase, la negociación de las partes –acerca de la distribución de los activos (resultando incluidos los hijos, aunque respetando sus particularidades, para evitar su “*commodification*”)- conduce necesariamente a un resultado eficiente si los costes de transacción de esta son bajos o inexistentes¹⁴⁰. Ante la falta de unanimidad en la doctrina respecto de su definición, nosotros adoptamos la propuesta por MNOOKIN y KORNHAUSER, la cual incluye “*the cost of communicating and policing agreements*”¹⁴¹.

Conviene destacar, antes de continuar con el estudio, que la negociación en este ámbito se realiza en “*shadow of the law*” (MNOOKIN y KORNHAUSER), puesto que las normas jurídicas de Derecho de familia crean un fondo de negociación, el cual está compuesto por el resultado que impone la ley, en caso de falta de acuerdo. Esto implica que ninguno de ellos difícilmente aceptará una división de los bienes que le deje en peor situación de la que hubiera obtenido de acudir a los tribunales. Es, precisamente, por esta razón, que cuando alguna de las partes quiera derogar alguno de los “*legal entitlements*”, le corresponde la carga de romper la presunción de injusticia de la misma.

¹³⁹ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding parental responsibilities”, pp. 281-288.

¹⁴⁰ Como defendían COOTER, MARKS y MNOOKIN, “[b]argaining is successful from an economic viewpoint if an efficient solution to the dispute is found at little cost” (Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 225). En la doctrina, vid. Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, pp. 242-243; Laura ALASCIO / Ignacio MARÍN, “Contigo o sin tí: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo”, p. 7. En contra de describir los niños como activos, vid. Margaret F. BRINIG / Douglas W. ALLEN, “These boots are made for walking”, pp. 155-156.

¹⁴¹ Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 242. En sentido similar se ha pronunciado CALABRESI, quien ha defendido que significa “*costs like those of getting large numbers of people together to bargain, and costs of getting large numbers of people together to bargain, and costs of excluding free loaders*” (Guido CALABRESI, “Transaction costs, resource allocation and liability rules: A comment”, *Journal of Law and Economics*, vol. 11 (1968), p. 68).

La reducción de los costes de transacción resulta importante, en la medida en que favorece alcanzar un «resultado eficiente». En nuestro caso, este se materializa en una «ruptura eficiente». Para que ello resulte posible, es necesario que aquel de los cónyuges o convivientes estables que desea romper la unión compense adecuadamente al otro que no lo desea. La razón es que la salida del matrimonio o de la convivencia estable solamente es eficiente (en términos de utilidad) cuando, en relación con ambos miembros, los beneficios de la ruptura son superiores a los beneficios de permanecer juntos. Ello se puede verificar, a través de dos mecanismos alternativos: el criterio de Pareto y el criterio de compensación de Kaldor-Hicks. Conforme con el primero, una de las dos partes tiene que mejorar su situación sin empeorar a la otra. En cambio, de acuerdo con el segundo, se produce un incremento de bienestar, siempre que las ganancias de una de las partes sean lo suficientemente elevadas como para permitir compensar a la otra, de modo que no quede en una situación peor que la anterior¹⁴².

A continuación, procederemos a examinar en qué medida los costes de transacción (tanto los reales como los previsibles) en la negociación y ejecución de un pacto amistoso de separación resultan más bajos, en comparación con los acuerdos alcanzados ante un tribunal.

1.1. Costes económicos

En la medida en que no se tienen que pagar costas judiciales y los honorarios profesionales son menores (sino inexistentes), se produce una reducción en los costes económicos. Además, al ser celebrados una vez la crisis ya ha surgido y las partes no temen mandar señales de desconfianza o poner en peligro la futura unión, es más probable que dichos acuerdos resulten concordantes con las preferencias de cada una de las partes y que tengan una baja tasa de litigiosidad, al resultar más aceptables a largo plazo. Esto también se explica por el hecho de que entre la celebración del acuerdo y su ejecución acostumbra a transcurrir un lapso de tiempo tan breve (a diferencia de los procesos judiciales, en que casi el 30% de los procesos de divorcio de mutuo de 2014 tuvieron una duración superior a los 3 meses¹⁴³)

¹⁴² Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: Propuestas (especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales)”, en Cristina GUILARTE MARTIN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 105; Laura ALASCIO / Ignacio MARÍN, “Contigo o sin tí: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo”, p. 6; Antony W. DNES, “The division of marital assets following divorce”, pp. 338 y 341; Francisco CABRILLO, “Matrimonio, familia y economía”, pp. 21 y 133.

¹⁴³ En 2014, INE calculó que la duración de los procesos de divorcio de mutuo acuerdo fue de menos de 3 meses (71,75%), de 3 a menos de 6 meses (18,45%), de 6 a 12 meses (7,43%) y de más de 12 meses (2,36%). Para acceder: INE, Estadística de nulidades, separaciones y divorcios, duración del proceso de disolución.

que resulta difícil que se pueda producir una alteración sustancial de las circunstancias que justifique la oposición de alguna de las partes a la ejecución del mismo¹⁴⁴.

1.2. Costes emocionales

Al resolverse los conflictos definitivamente en un lapso de tiempo más breve, en caso de celebrarse un pacto amistoso de separación (en lugar de alcanzarse un acuerdo ante un tribunal), lo que permite que la negociación dure menos tiempo y las partes pueden seguir más pronto con su vida, podemos concluir que se produce una mayor reducción de los costes emocionales, tanto de los cónyuges o convivientes estables, como de sus hijos, si bien esta es menor que en los costes económicos¹⁴⁵.

Ahora bien, en comparación con la litigación, debemos precisar que en ambos supuestos hay una disminución significativa de los costes emocionales, en la medida en que no se da publicidad de los conflictos, ni de las desavenencias nacidas en el seno de la intimidad familiar. Además, se minimizan aquellas actitudes que se observan más frecuentemente en los procesos contenciosos, entre las que destacan: la desvalorización de la otra parte, así como la aportación de todos los datos para aparecer como el progenitor más idóneo y conseguir la guarda; la manipulación de los hijos para que estos se alíen con ellos en detrimento del otro; encubrimiento de otro tipo de intereses (p. ej. económicos), expresando una falta de motivación para hacerse cargo de los menores¹⁴⁶. Ello resulta especialmente importante, en relación con los hijos menores, quienes solamente desarrollan el síndrome de alienación parental en los casos de atribución conflictiva de la guarda, al ser provocado por uno de los progenitores con el objetivo de obtener la guarda de los hijos comunes. Este síndrome puede dificultar gravemente la relación parental y tiene consecuencias devastadoras para el desarrollo psicológico del niño. De acuerdo con GARDNER, este implica: *“A disturbance in which children are obsessed with deprecation and criticism of a parent – denigration that is unjustified and/or exaggerated”*. Si bien en el pasado el síndrome de

¹⁴⁴ Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, pp. 956-957 y 971-972; Margaret F. BRINIG / Douglas W. ALLEN, “These boots are made for walking”, p. 131; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, p. 551; Heather MAHAR, “Why are there so few prenuptial agreements?”, *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business*, Discussion paper nº 436 (2003), p. 11; Frances BURTON, “Family Law”, p. 230; Jill BLACK, “A practical approach to family law”, p. 564; Ignacio CAREAGA VILLALONGA, “La ruptura conyugal”, p. 57; Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, *ADC*, tomo XXII, fasc. I (1969), p. 7; Xavier BASTIDA CANAL, “A propósito de las llamadas «separaciones convencionales»”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 75, núm. 1 (1976), p. 128.

¹⁴⁵ Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, p. 550; Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 956.

¹⁴⁶ Antony W. DNES, “The division of marital assets following divorce”, p. 359; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, p. 559; Thomas S. ULLEN, “Opportunities for and limitations of private ordering in Family Law”, p. 550.

alienación parental había tenido un papel poco importante en la resolución de los conflictos de guarda, su relevancia está aumentando progresivamente¹⁴⁷.

2. Celebración de acuerdos más personalizados

Esta premisa se justifica por la singularidad e individualidad de la actual realidad familiar, por lo que resulta imposible prever legalmente todas las circunstancias y vicisitudes que puedan concurrir. La razón es que, como se puso de manifiesto en el capítulo I, actualmente coexisten una amplia variedad de formas familiares, habiendo dejado de ser el matrimonio la única forma de organizar la convivencia entre dos personas. Por este motivo, consideramos que las partes están mejor capacitadas para encontrar una solución más personalizada, en atención no solo a sus circunstancias e intereses propios, sino también a la de sus hijos. A diferencia de la autoridad judicial, la cual dispone de un tiempo limitado para investigar las circunstancias y preferencias de cada una de las partes. Así, por ejemplo, estos pactos se pueden celebrar por razones fiscales o para proteger a la otra parte de los acreedores. Asimismo, para asegurar que los hijos de anteriores matrimonios reciban una parte justa de las propiedades individuales, así como para garantizar mejor la conservación de una actividad profesional o empresa compartida por los cónyuges o convivientes estables¹⁴⁸.

Como son las partes implicadas las que toman las decisiones (las cuales solo pueden ser dejadas sin efecto por la autoridad judicial por las causas legalmente establecidas), ello permite una disminución de la incertidumbre causada por el traspaso de todo poder decisorio y el riesgo de encadenamiento de litigios entre los mismos litigantes. Pues, como defendía CORVO LÓPEZ, “[l]as decisiones judiciales no suelen satisfacer los intereses de las partes que terminan encadenando un proceso judicial con otro con lo que se agudiza, todavía más, el conflicto original”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Por ejemplo, en la SAPB de 11 marzo 2013 (ROJ 2452/2013, MP Jiménez de Parga Gastón) se resolvió tomando en consideración un informe pericial, emitido por un psicólogo, en el que se describía la conducta de la madre, como “*inmersa en el denominado síndrome de alienación parental, con intención de desfigurar la imagen paterna*”. Otro ejemplo es el de la SAPT, de 15 marzo 2013 (ROJ 194/2013, MP Carril Pan), en que fue el propio tribunal el que enmarcó la conducta en un supuesto de alienación parental, al considerar que “*supuso la instrumentalización del menor como medio de lograr su propósito de truncar la relación de la madre y de conseguir su propósito de que se le adjudique la custodia de los hijos*”. En la doctrina, vid. Richard A. GARDNER, “Recent trends in divorce and custody litigation”, *Academy Forum*, vol. 29, núm. 2 (1985), pp. 3-7.

¹⁴⁸ Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, pp. 127-128; Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, “La necesidad de reformar”, p. 85. También vid. André CHAPELLE, “Les pactes de famille en matière extra-patrimoniaire”, pp. 415-416; Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, pp. 957-958; Jens M. SCHERPE, “Marital agreements and private autonomy”, p. 446; Jeffrey Evans STAKE, en Jeffrey Evans STAKE / Michael GROSSBERG, “Roundtable: Opportunities for and limitatious of private ordering in Family Law”, *Indiana Law Journal*, vol. 73 (1998), p. 536.

¹⁴⁹ Harry D. KRAUSE, “Family Law. Cases, comments, and questions”, p. 113; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, p. 550; Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 956; Felisa-María CORVO LÓPEZ, “La mediación como forma de solución del conflicto familiar”, en Eugenio LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2009, p. 269.

Sin embargo, de tomar en consideración el hecho de que los cónyuges o convivientes estables pueden no estar muy familiarizados con la negociación jurídica, se desprende la importancia de los abogados. Cabe resaltar que estos promueven que las partes alcancen un acuerdo beneficioso para ambas y para los hijos comunes, en caso de que los hubiese, antes de iniciar a un proceso judicial. Su contribución en las disputas familiar tendría que ser la de *“providing a bridge between the world of ideas and large scale social projects on the one hand, and the world of strategies and practices on the other, law opens up space for agreement where none might have existed before”*¹⁵⁰. Además, les aconsejan y asesoran respecto lo que sea mejor en atención a sus circunstancias concurrentes. En este sentido, debemos señalar que el legislador ha previsto recientemente (por la LJV) que sean asistidos por un Letrado en ejercicio, en caso de celebración de escritura pública de separación matrimonial o divorcio (arts. 82 CCE y 54 Ley de 28 mayo 1862 del Notariado) o de otorgamiento del consentimiento ante secretario judicial (art. 82 CCE). Como defendió FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *“el reforzamiento de las garantías de los intervinientes resulta necesaria en los procedimientos en materia de familia, por existir una discrepancia o contradicción atenuada a priori que lo hacen aconsejable”*¹⁵¹.

Si bien es cierto que en la mayoría de países el divorcio es decretado judicialmente, encontramos otros en los que, de ser de mutuo acuerdo, quién decide es una autoridad administrativa (Dinamarca, Noruega y Rusia), funcionarios del Registro Civil (Portugal) o un notario (Cuba). En sentido similar, PEFL (1:2) y MFC (1.13) reconocen que se podrá declarar el divorcio por vía administrativa. No obstante, es en el último de ellos, en el que se regula con mayor precisión los requisitos, estableciendo que solo procederá cuando no haya hijos menores involucrados y el matrimonio no haya durado más de 10 años. Asimismo, de establecer que ambos cónyuges deben estar de acuerdo en divorciarse, en las consecuencias del divorcio y en la sumisión al procedimiento administrativo¹⁵².

¹⁵⁰ John DEWAR, “Family Law”, pp. 79-80.

¹⁵¹ Publicada en la Gaceta núm. 149, de 29 mayo 1862. En la doctrina, consultar: Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria (II): La Jurisdicción Voluntaria en las Cortes Generales*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 33-34.

¹⁵² Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, “La libertad individual como el elemento integrante del concepto de matrimonio”, pp. 780-781; José María NAVARRO VIÑUALES, “La tendencia desjudicializadora en el nuevo derecho de familia”, p. 290. También vid. Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code: from a global perspective”, p. 30; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 23.

3. Favorecimiento de un sentido de la responsabilidad en el ejercicio de la potestad parental

La celebración de un pacto amistoso de separación asienta los fundamentos para un mejor ejercicio futuro de la potestad parental. Ello resulta especialmente importante, en la medida en que las responsabilidades parentales mantienen el carácter compartido y tienen que ser ejercidas conjuntamente, en la medida de lo posible (art. 233-8.1 CCC).

Por una parte, favorece que los progenitores mantengan una relación de cordialidad y que actúen desde la negociación, en lugar de desde la confrontación, estableciéndose una cooperación continua (que, por lo menos, sea mínima) respecto de las cuestiones relativas a los hijos sometidos a la potestad parental. Al tratarse de un pacto libremente aceptado por las partes, puede presumirse que tienen una voluntad de cumplir, lo que resulta especialmente relevante, en la medida en que la mayoría de obligaciones son de carácter personalísimo y resulta muy difícil imponer el cumplimiento de las mismas. Pues, como defiende ALFARO ÁGUILA-REAL, se debe negar la ejecutoriedad forzosa de la obligación cuando lo atentatorio para la dignidad humana es que *“su ejecución in natura se imponga coactivamente con auxilio estatal por desproporción entre el interés del afectado y el interés del acreedor”*¹⁵³.

Por otra parte, permite que los progenitores puedan ir introduciendo modificaciones a lo que acordaron, en un primer momento, justo después de que se hubiera producido la crisis matrimonial o de la convivencia estable. Así, pueden ir adaptándolo de mutuo acuerdo, en función de su situación presente y necesidades particulares. Cabe resaltar que solamente cuando hay consenso entre las partes no resulta necesario acreditar una alteración sustancial de las circunstancias, para que un tribunal modifique las medidas convenidas con anterioridad (art. 775.2 LEC)¹⁵⁴.

¹⁵³ Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 967; Michael J. TREBILCOCK / Rosemin KESHVANI, “The role of private ordering in Family Law”, p. 550; Jane SENDALL, “Family law handbook”, p. 190; Frances BURTON, “Family Law”, p. 230; Robert E. EMERY, *Marriage, Divorce, and Children’s Adjustment*, Newbury Park, Sage, 1988, pp. 133-134. También vid. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, pp. 103-105.

¹⁵⁴ Brian BIX, “Domestic agreements”, p. 1753; Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, “La libertad individual como el elemento integrante del concepto de matrimonio”, pp. 777-778; Jana B. SINGER, “The privatization of family law”, pp. 1556-1557; Encarna ROCA I TRIAS, “El Llibre segon del Codi civil de Catalunya: panoràmica general”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 516-517.

CAPÍTULO III

EL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN COMO NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA.

CARACTERIZACIÓN Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

I. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS. II. PRESUPUESTO FÁCTICO: SEPARACIÓN DE HECHO: 1. Elemento subjetivo (*animus*). 2. Elemento objetivo (*corpus*). III. CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA REGULADOR DE LA CRISIS MATRIMONIAL O DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA: 1. Naturaleza negocial: 1.1. Declaración de voluntad. 1.2. Causa. 1.3. Condición y término. 2. Bilateralidad. 3. Forma: 3.1. Negocios formales: 3.1.1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia estable. 3.1.2. Acuerdo de delegación o de distribución de funciones en el ejercicio de la potestad parental. 3.1.3. Convenio regulador. 3.1.4. Acuerdo de mediación. 3.2. Negocios no formales. 4. Formalidad. 5. Carácter transaccional. IV. DISTINCIÓN DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS AFINES: 1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia. 2. Convenio regulador. 3. Acuerdo de mediación. 4. Acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental. 5. Recapitulación final. V. CONCLUSIONES.

En este tercer capítulo, ya entraremos propiamente en el estudio del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, previsto en el Código Civil de Cataluña. Así, antes de proceder a examinar su ámbito subjetivo y objetivo, abordaremos su naturaleza jurídica. Dicha aproximación nos permitirá clarificar su delimitación respecto otras figuras jurídicas afines.

Tras haber examinado con detenimiento el negocio jurídico de derecho de familia y haber presentado aquellas fuentes normativas, que han podido ejercer una mayor influencia sobre el legislador catalán en la configuración del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, se procederá primeramente a examinar cuestiones terminológicas relativas a su denominación (I.), así como su presupuesto fáctico (II.). Con posterioridad, estudiaremos la naturaleza jurídica de los negocios jurídicos de derecho de familia celebrados para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de convivencia estable (III.) y profundizaremos en sus diferencias (IV.).

I. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

En atención a la confusión que puede generar la heterogeneidad de términos, empleados por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, para referirse al *instrumentum*, por el que se

articula el acuerdo de los cónyuges o convivientes estables, consideramos propicio dedicar este primer epígrafe al estudio de cuestiones terminológicas¹⁵⁵.

El legislador catalán ha empleado denominaciones distintas, en atención al sujeto otorgante. Cuando es celebrado por los cónyuges recibe el nombre de “*pacto adoptado después de la ruptura de la convivencia*” (art. 233-5.1 CCC), mientras que cuando lo es por convivientes estables se denomina “*acuerdo conseguido después del cese de la convivencia*” (art. 234-6.2 CCC). Es preciso indicar que tampoco existe unanimidad en la jurisprudencia, en relación con la terminología empleada¹⁵⁶.

La denominación de pacto amistoso de separación procede de autores pertenecientes a la doctrina francesa. Entre ellos, encontramos RICHARDSON, quién los nombró, ya en el año 1930, como “*les pactes de séparation amiable entre époux*”. Sin embargo, dicha designación no ha sido unánimemente aceptada por parte de la doctrina española y diversos términos son empleados para hacer referencia a dicho negocio jurídico de derecho de familia, aunque las más comunes son: convenio, pacto y acuerdo¹⁵⁷. Estas tres denominaciones tienen en común que tradicionalmente habían sido empleadas para enfatizar las diferencias respecto del contrato.

Un acuerdo se distinguía del contrato, de acuerdo con BETTI, por el hecho de que un contrato era un negocio jurídico con intereses contrapuestos, mientras que un acuerdo era con intereses paralelos o convergentes hacía un propósito común. En sentido distinto, se pronunció DíEZ-PICAZO, al considerar que lo relevante para diferenciarlos era la situación jurídica de las partes. Es decir, mientras que en el acuerdo las partes ocupaban una misma

¹⁵⁵ Acerca de la necesidad de precisar cuestiones terminológicas respecto del pacto amistoso de separación, se han posicionado Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, p. 13 y María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, p. 21.

¹⁵⁶ Así, a modo de ejemplo, el Tribunal Supremo se ha referido al pacto amistoso de separación como: “*acuerdo de separación conyugal*” (STS de 5 octubre 2005 [Roj 5882/2005, MP O’Callaghan Muñoz]), “*convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente*” (STS de 27 enero 1998 [Roj 438/1998, MP Almagro Nosete]), “*pacto privado*” (STS de 6 junio 2003 [Roj 3918/2003, MP Ortega Torres]) o “*convenio extrajudicial entre cónyuges*” (STS de 15 febrero 2002, [Roj 1024/2002, MP Corbal Fernández]). Dicha diversidad terminológica también se produce en la jurisprudencia del TSJC, la cual se refiere a estos como: “*acuerdo de separación*” (STSJC de 10 julio 2006 [Roj 6853/2006, MP Ramos Rubio]), “*pacto privado entre los cónyuges no ratificado judicialmente*” (STSJC de 12 julio 2012 [Roj 8894/2012, MP Ramos Rubio]) o “*convenio extrajudicial*” (STSJC de 19 julio 2004 [Roj 9012/2004, MP Vidal Andreu]).

¹⁵⁷ La referencia a la obra bibliográfica de RICHARDSON se encuentra en Ramon FAUS ESTEVE, “La separación de hecho en el matrimonio”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950, p. 319. Dichos pactos también han sido denominados por la doctrina francesa, concretamente por SAVATIER, como “*les conventions de séparation amiables entre époux*” (Ana María PÉREZ VALLEJO, “El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges”, p. 219). A nivel ejemplificativo, y sin ánimo de exhaustividad, citamos a continuación algunos autores, en atención al término que emplearon para referirse al mismo. Como «convenio»: CAREAGA VILLALONGA, FAUS ESTEVE y VARELA DE LIMIA. Como «pacto»: BASTIDA CANAL, FARNÓS AMORÓS, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, LAMARCA I MARQUÈS y NAVAS NAVARRO. Como «acuerdo»: GARCÍA CANTERO y PARRA LUCÁN. El uso indistinto de los términos de «pacto» y «convenio» se encuentra en: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, FERRER I RIBA, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, PÉREZ RAMOS, VALPUESTA FERNÁNDEZ y ZANÓN MASDEU.

posición jurídica, con independencia de que tuvieran intereses iguales o contrapuestos, en el contrato, las partes ocupaban siempre inicialmente posiciones diversas, aunque estaban llamadas a integrarse¹⁵⁸.

De la misma manera, para el derecho romano, la diferencia entre pacto y contrato tenía una relevancia especial. Mientras que si uno se obligaba a una cosa mediante un simple pacto no podía ser apremiado al cumplimiento (aunque sí lo cumplía voluntariamente, no tenía ya derecho para reclamar lo que hubiese dado o ejecutado, al haberse originado una obligación natural), de hacerlo por contrato, sí lo podía ser, al haber contraído una obligación civil. De hecho, fue por esta precisa razón que VALPUESTA FERNÁNDEZ defendió la terminología de pacto, para referirse al instrumento por el que se articula el acuerdo de los cónyuges para regular los efectos derivados de la ruptura. En una línea similar, encontramos la diferencia entre convenio y contrato, en la medida en que en el primero no tenía que haber necesariamente intención de obligarse a la ejecución de lo acordado, a diferencia del segundo, en que ello resultaba ineludible. Ahora bien, dicha distinción también ha caído en desuso (al igual que la de pacto), puesto que actualmente convenio y contrato son empleados como sinónimos. Por ejemplo, LA IGLESIA Y GARCÍA definió el convenio como “*contrato celebrado entre dos o más personas sobre cosa determinada*”¹⁵⁹.

Asimismo, encontramos los sistemas legales del “*Common Law*” en los que tampoco son considerados contrato, sino “*agreement*”. De acuerdo con WALKER, por este cabe entender: “*The concurrence of the wills of two or more persons on some common matter [...] Agreement has by itself no legal effect but is a prerequisite of any valid contract*”. La razón es que por contrato se entiende un acuerdo de voluntades que resulta legalmente vinculante y ejecutable, lo que no siempre resulta posible en el ámbito del Derecho de familia. Por ejemplo, en relación con el “*separation agreement*” del derecho norteamericano, KRAUSE manifestaba que: “*But even today, the typical separation agreement is less a contract than a proposal to the court*”. En este mismo sentido, se pronunció la *Court of Appeal of England and Wales, (Civil Division)* en el caso *Xydias v. Xydias* (1998), argumentando que: “*My cardinal conclusion is that ordinary contractual principles do not determine the issues in*

¹⁵⁸ Miguel Ángel DEL ARCO TORRES, *Diccionario de Derecho Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1984, p. 67; Luis MOUTÓN Y OCAMPO / Lorenzo M^o ALIER Y CASSI / Enrique OLIVER RODRÍGUEZ / Juan TORRES BALLESTÉ, *Enciclopedia jurídica española*, tomo IX, Barcelona, Francisco Seix, 1910, p. 466.

¹⁵⁹ Gustavo LA IGLESIA Y GARCÍA, *Diccionario Práctico de Derecho Usual*, tomo 4, Madrid, Casa Editorial de Felipe González Rojas, 1917, p. 500 (tomo I) y pp. 302-303 (tomo IV); Luis MOUTÓN Y OCAMPO / Lorenzo M^o ALIER Y CASSI / Enrique OLIVER RODRÍGUEZ / Juan TORRES BALLESTÉ, “*Enciclopedia jurídica española*”, p. 466 (tomo IX) y pp. 174-175 (tomo XXIV); María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “*Los pactos conyugales de separación de hecho*”, pp. 21-22.

*this appeal. This is because of the fundamental distinction that an agreement for the compromise of such an application does not give rise to the contract enforceable in law*¹⁶⁰.

Cabe hacer referencia, seguidamente, a las críticas que algunos autores hicieron de la calificación como “*amistoso*”, las cuales no resultan extensibles a otras denominaciones empleadas por la doctrina como “*ruptura convenida*” (VIVES VILLAMAZARES) o “*separación convencional*” (FAUS ESTEVE). Entre los autores de dichas críticas, destaca DE LA CÁMARA, quien se manifestó en contra, al considerar que, aunque no se plantee judicialmente el conflicto y las partes pretendan solucionar por vía convencional las cuestiones que vayan a surgir como consecuencia de la nueva situación (o por lo menos intentarlo), ello no implica que haya necesariamente una solución amistosa. En un sentido similar, se posicionó OGÁYAR AYLLÓN, al defender que la separación nunca puede ser amistosa, en la medida en que la causa de la misma es la falta de afecto. Frente a dicha crítica, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ manifestó que no se tenía que tomar el adjetivo amistoso en un sentido tan literal, sino entendida como sinónimo de solución acordada¹⁶¹.

Además, la naturaleza jurídica del pacto amistoso de separación igualmente ha sido objeto de amplio debate por parte de la doctrina.

FAUS ESTEVE defendió que se trata de un mero pacto de honor, al considerar que carecía de toda eficacia. Es decir, las partes se sometían a una obligación que tenía su fuerza “*en el valor de la palabra empeñada*” y no en las medidas coercitivas del poder público. En sentido similar se posicionó HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, al argumentar que la fuerza del pacto amistoso de separación se encontraba en la palabra dada y en la buena fe con que quieren cumplirlos, al no intervenir el poder público. No obstante, actualmente, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que se trata de un negocio jurídico (concretamente, de derecho de familia) y no de un contrato, al incidir en su base fuera del ámbito del derecho patrimonial. En este mismo sentido, se ha posicionado también el Tribunal Supremo, a través de su jurisprudencia. Por ejemplo, la STS de 22 abril 1997 defendió: “[E]l convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico” (FJ 1). Asimismo,

¹⁶⁰ *Xydhias v. Xydhias* [1998] EWCA Civ 1966 (disponible en BAILII). En la doctrina, vid. David M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 42; Harry D. KRAUSE, “Family law in a nutshell”, pp. 415-416. En este mismo sentido, encontramos: John B. SAUNDERS, *Words and phrases legally defined*, vol. I, London, Butterworths, 1969, pp. 59-60; Geoffrey SAMUEL, *Law of obligations*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, pp. 94-95; Laurence KOFFMAN / Elizabeth MACDONALD, *The law of contract*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 8-9.

¹⁶¹ Francisco VIVES VILLAMAZARES, *La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho*, Valencia, Universidad de Valencia, 1956, p. 20; Ramon FAUS ESTEVE, “La separación de hecho en el matrimonio”, p. 315; Tomás OGÁYAR AYLLÓN, *Separación de hecho de los cónyuges*, Madrid, Reus, 1971, pp. 68-69; Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, pp. 13-14; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, p. 21.

en la STS de 22 abril 1997, por la que se concluyó: “*El convenio de 5 de junio de 1986 no es el convenio regulador que contempla el artículo 90 del Código Civil [...] le falta la aprobación judicial, conditio iuris de su eficacia. Es un negocio jurídico de derecho de familia*”¹⁶².

II. PRESUPUESTO FÁCTICO: SEPARACIÓN DE HECHO

En la medida en que el fin del pacto amistoso de separación es regular, sin la intervención de ningún órgano jurisdiccional, las necesidades nuevas que se plantean a los cónyuges o convivientes estables, una vez han decidido poner fin a la comunidad de vida que les unía, podemos concluir que la separación de hecho es, en principio, el presupuesto fáctico del pacto amistoso de separación¹⁶³.

Procederemos, seguidamente, a examinar los presupuestos que deben concurrir en Cataluña para poder considerar que se ha producido una separación de hecho. La concurrencia efectiva de dicho presupuesto fáctico es especialmente relevante en algunas de las fuentes normativas estudiadas (Australia y EUA), al resultar indispensable para que el acuerdo sea eficaz.

1. Elemento subjetivo (*animus*)

Conforme con este primer presupuesto, es necesario que concurra la voluntad de dar por concluida la comunidad de vida (arts. 231-2.1 y 234-4.1 letra a CCC)¹⁶⁴, cuyo contenido se encuentra integrado por los deberes de carácter recíproco e incoercible (previstos en el art. 231-2.1 CCC) y por cambiantes normas morales y sociales, así como por los acuerdos que los cónyuges o convivientes estables hubiesen celebrado para regular su relación. Dicha voluntad de poner fin al proyecto de vida común, nacido con vocación de permanencia,

¹⁶² STS de 22 abril 1997 (ROJ 2817/1997, MP O’Callaghan Muñoz). En la doctrina, vid. Ramon FAUS ESTEVE, “La separación de hecho en el matrimonio”, p. 322; Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación de hecho matrimonial*, Madrid, Endersa, 1982, p. 26. En sentido contrario, María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, p. 22; Encarna ROCA TRIAS, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, pp. 2121-2122; Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, p. 2126; Esther FARNÓS AMORÓS, “Renuncia a la pensió compensatòria en un pacte de separació amistosa (Comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 10 de juliol de 2006)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 8 (2008), p. 252; Alfredo GARCÍA GÁRATE, “Hacia una reforma radical del derecho matrimonial”, pp. 4619-4620; Leonor AGUILAR RUIZ / César HORNERO MÉNDEZ, “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria”, p. 35.

¹⁶³ Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, pp. 3-4 y 13-14; Ramon FAUS ESTEVE, “La separación de hecho en el matrimonio”, p. 319; Tomás OGÁYAR AYLLON, “La separación de hecho de los cónyuges, efectos que produce”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, tomo 233, núm. 1-2 (1972), pp. 66-67 y 70; Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “La separación de hecho matrimonial”, pp. 20-21; Antonio DOMINGO AZNAR, *Evolución histórica de la separación de hecho*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 149.

¹⁶⁴ Así, en el caso del Derecho internacional privado español, no existe ninguna regulación. De acuerdo con ARENAS GARCÍA, ello constituye una opción lógica por ser “*un mero hecho que, por definición, no es decidido por ninguna autoridad, por lo que no es preciso concretar qué Derecho debería aplicarse para determinar su existencia*” (Rafael ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 260).

concorre tanto en la separación de hecho que se produce por voluntad de ambos miembros (de carácter consensual), como en aquella que tiene lugar por voluntad de uno de ellos (de carácter unilateral), ya sea por abandono o expulsión del domicilio familiar, siempre que tal situación sea aceptada tácitamente por el otro, al tolerarla sin adoptar las medidas que conduzcan a la separación judicial¹⁶⁵. En esta misma línea, se encuentra regulada en Australia, concretamente en la s. 49 (1) FLA.

Así, a pesar de que vivan en domicilios distintos, dicha situación no podrá ser calificada de separación de hecho, por lo menos en un sentido legal, cuando obedezca a causas ajenas a su voluntad (p. ej. por motivos laborales o profesionales, de salud o por otras razones), al mantenerse la comunidad de vida y subsistir la *affectio*. En este mismo sentido ha sido regulado por la CEFL (aunque solamente en relación con los cónyuges), al estipular que “*living in separate dwellings does not necessarily mean that marital life has ended*” de no haber la voluntad de dar por concluida la vida marital. También en el MFC (art. 1.10), a pesar de reconocer la dificultad probatoria de acreditar la concurrencia de dicho requisito. La razón es que, como defendía ESPIAU ESPIAU, la consideración del domicilio conyugal no excluye la existencia de otros domicilios individuales, distintos e independientes. Además, siempre que la interrupción de la convivencia se produzca por la concurrencia de “*causa razonable*” y no supere los 30 días, no puede considerarse incumplido dicho deber (arts. 68 y 105 CCE). De acuerdo con una encuesta realizada por IDESCAT¹⁶⁶ en 2007, se identificaron las razones por las que las parejas pueden vivir separados: 24% (por razones económicas), 16,4% (para preservar su independencia), 7,6% (por razones de vivienda) y 52% (por otras razones).

2. Elemento objetivo (*corpus*)

En Cataluña, a nuestro entender, ya no se precisa de una interrupción indefinida de la convivencia (temporal o indefinida, en función de si hay reconciliación posterior), para que pueda considerarse que concurra el presupuesto fáctico del pacto amistoso de separación.

¹⁶⁵ María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, pp. 15 y 116; Pablo SALVADOR CODERCH / Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Article 1”, pp. 62-63; Ramon FAUS ESTEVE, “La separación de hecho en el matrimonio”, pp. 311-313; Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, p. 4.

¹⁶⁶ Los datos estadísticos se encuentran disponibles en: Territorio, Catalunya, Estadísticas de Población, Encuesta demográfica, Formación y disolución de uniones, Matrimonio y parejas fuera del hogar. En la doctrina, consultar: Santiago ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1992, p. 29; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 56; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, pp. 24-25. También vid. Ramon FAUS ESTEVE, “La separación de hecho en el matrimonio”, pp. 313-315; Alicia LORENZO, “La separación matrimonial de hecho”, pp. 513-514; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, pp. 14-15 y 229; Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “La separación de hecho matrimonial”, pp. 14-15 y 17; Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, pp. 4-5.

Dicha posición se fundamenta en la expresión misma, empleada por el legislador catalán, para referirse a ellos: “*acuerdos adoptados después de la ruptura de la convivencia*” (art. 233-5.2 CCC).

Si bien es cierto que podrían surgir algunas dudas respecto de los convivientes estables, en la medida en que la convivencia es el elemento fáctico sobre el que se asienta su unión¹⁶⁷, estas fueron disipadas por la STSJC de 23 febrero 2016, la cual dictaminó que las consecuencias derivadas de la crisis matrimonial o en la convivencia estable pueden regularse desde el momento en que “*deciden dar por concluida dicha convivencia*”, a pesar de que el abandono definitivo de la vivienda aún no hubiera tenido lugar y siguieran viviendo juntos¹⁶⁸. Si bien dicha sentencia, realiza únicamente una interpretación del art. 233-5.2 CCC, cuyo articulado se refiere a una “*ruptura de la convivencia*”, consideramos que sus postulados resultan extensibles cuando el legislador emplea la expresión “*cese de la convivencia*” a lo largo del Capítulo IV del CCC, relativo a la convivencia estable en pareja. Fundamentamos nuestra posición en la remisión que el art. 234-6.3 realiza al art. 233-5 CCC, así como en una interpretación sistemática. Por lo que, a nuestro entender, la extinción de su unión se produce desde el momento en que deciden dar por concluida su convivencia, aunque continúen viviendo juntos (art. 234-4.1 letra a CCC). Pues, como defendía dicha sentencia, transcurre generalmente “*un lapso más o menos prolongado entre el momento en que los convivientes deciden concluir sus relaciones y que se materializan las mismas, acudiendo a asesoramientos para poner fin a dicha convivencia y regular sus futuras relaciones personales y patrimoniales*” (FJ 2).

Del mismo modo, este elemento objetivo tiene escasa importancia para los cónyuges, porque la separación de hecho puede ya producirse por la concurrencia del primer elemento. Es decir, con la voluntad de poner fin a la comunidad de vida. Ello se debe a que la convivencia conyugal significa algo más que la mera residencia conjunta, en la medida en que dicha relación jurídica viene constituida por otros derechos y deberes, a pesar de que la obligación de convivencia opere como presupuesto de estos. Como manifestaba ESPIAU ESPIAU, lo que caracteriza y define el domicilio conyugal no es su consideración como lugar de localización de los cónyuges, sino como lugar donde se localiza el desarrollo de la relación conyugal (i. e. de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones de las que son titulares), con

¹⁶⁷ Por ejemplo, la STSJC de 18 octubre 2007 (ROJ 15324/2007, MP Cervello Nadal) denegó que el mero hecho de pernoctar en la misma vivienda permitiese ostentar la consideración de convivencia estable en pareja. Asimismo, también lo negó en una relación sentimental de larga duración sin convivencia en la STSJC de 4 septiembre 2008 (ROJ 9698/2008, MP Alegret Burgués). En la doctrina, consultar: Susana NAVAS NAVARRO, “La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán”, *RCDI*, núm. 734 (2012), p. 3247.

¹⁶⁸ STSJC de 23 febrero 2016 (ROJ 1292/2016, MP Valls Gombau).

independencia de que ello de hecho sea así o no. Por esta razón, mientras subsista la relación conyugal, existirá domicilio conyugal, a pesar de que no haya convivencia en el mismo, ya sea porque esta se produce en otro domicilio que no ostente dicha consideración (cumpliendo igualmente con el deber de convivencia) o porque, como consecuencia de la crisis matrimonial, únicamente la hay con los otros miembros de la familia (domicilio familiar)¹⁶⁹. Por tanto, a pesar de que los cónyuges sigan viviendo en el mismo domicilio, al cambiar la razón de la convivencia (p. ej. relación convivencial de ayuda mutua, por circunstancias económicas o amistad), como consecuencia de voluntad de poner fin a la comunidad de vida, podemos considerar que están separados de hecho.

En este mismo sentido, se encuentra expresamente regulado en Australia, en que se admite que la separación no impide que puedan seguir residiendo en la misma vivienda o que una de las partes preste servicios domésticos al otro (s. 49 (2) FLA). Ahora bien, será necesario que acrediten que su decisión de separarse era conocida por otras personas. De ahí que amigos, vecinos o parientes (incluidos los hijos mayores de edad) tengan que manifestar ante el tribunal que no llevaban a cabo juntos ninguna de las actividades propios del matrimonio. Además, resulta positivo que justifiquen la razón por la que, tras la separación, siguieron manteniendo la convivencia, así como el motivo por el que una de las partes siguió llevando a cabo las tareas domésticas del otro¹⁷⁰. Así, por ejemplo, en *E & E* (2002), no se consideró que las partes hubiesen reanudado su *consortium vitae*, a pesar de que habían vuelto a vivir juntos y la mujer le seguía prestando servicios maritales (cocina, lavado y planchado). Ello se fundamentó en que dormían en habitaciones separadas y su comunicación se limitaba a asuntos relativos al cuidado de los hijos en común, vino motivado por razones económicas, no se apreciaba voluntad de protección o de cooperación entre ellos, el marido tenía otra pareja que era reconocida por su familia y amigos, además signaron un acuerdo por escrito en que constaba que no había voluntad de reanudar su vida en común. En este mismo sentido, se encuentra regulado en Delaware, dónde se admite que las partes puedan seguir

¹⁶⁹ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, "Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance", p. 56. En la doctrina, a favor de la supresión del requisito del ceso efectivo de la convivencia, encontramos: Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, "La separación de hecho matrimonial", p. 18; Santiago ESPIAU ESPIAU, "La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español", pp. 31-32; Susana NAVAS NAVARRO, "La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán", pp. 3245-3248.

¹⁷⁰ Janet LOUGHMAN / Mari VAGG / Carolyn JONES / Natalie NEUMANN / Ruth PILKINTON, "Chapitre 26: Family Law", en VV. AA., *Law Handbook: your practical guide to the Law in New South Wales*, Pyrmont, Thomson Reuters, 2012, pp. 708-709. En la doctrina, también vid. Alexandra HARLAND / Donna COOPER / Zoe RATHUS / Renata ALEXANDER, *Family Law Principles*, Sydney, Lawbook Co., 2011, pp. 31-32.

viviendo bajo el mismo techo, aunque deberán dormir en habitaciones distintas y sin mantener relaciones sexuales (s. 1503.3 Delaware Code)¹⁷¹.

En relación con Inglaterra y Gales, por el contrario, se presume que no viven separados si continúan viviendo en el mismo domicilio (s. 2 (6) MCA). Así, para romper dicha presunción es necesario acreditar que llevan vidas completamente separadas. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que ello sucedía si la mujer decidía no encargarse más de las tareas domésticas de su marido y este no le daba más dinero para los gastos de la casa (*Naylor v. Naylor*, 1961). También cuando el esposo se trasladaba a vivir con su esposa (junto con la nueva pareja de ella y los hijos comunes), tras haberle sido diagnosticada una enfermedad terminal (*Fuller v. Fuller*, 1973). En cambio, se consideró que no se cumplía con el requisito de vida separada por los siguientes motivos: por haber seguido la mujer cocinando para el marido, a pesar de dormir en habitaciones separadas y no hablarse entre ellos (*Le Brocq v. Le Brocq*, 1964), por compartir las tareas domésticas (*Mouncer v. Mouncer*, 1972) o por haber mantenido cierta vida conyugal, al comer juntos en el comedor (*Hopes v. Hopes*, 1948)¹⁷².

III. CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA REGULADOR DE LA CRISIS MATRIMONIAL O DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA

A partir de este momento, nos centraremos solo en aquellos negocios jurídicos de derecho de familia que son celebrados para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de convivencia estable en pareja, los cuales son: pacto amistoso de separación (arts. 233-5 y 234-6 CCC), convenio regulador (arts. 233-2 y 234-6 CCC), pacto en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20 CCC), pacto en previsión del cese de la convivencia (arts. 234-1 letra c y 234-5CCC), acuerdo de mediación (arts. 233-6 y 236-13 CCC) y acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental (art. 236-11 CCC).

Antes de proceder en el estudio, es necesario realizar una serie de matizaciones a los efectos de clarificar las diferencias entre negocios jurídicos de derecho de familia.

Primeramente, que el pacto en previsión del cese de la convivencia estable puede otorgarse en el momento de formalización de la convivencia (incorporándolo en la escritura pública de

¹⁷¹ Así, la s. 1503 (Chapter 15, Title 13) establece que: “[s]eparation may commence and/or continue while the parties reside under the same roof, provided, during such period, the parties occupy separate bedrooms and do not have sexual relations with each other”. También vid. *E & E* [2002] FMCAfam 33. Respecto a Australia, consultar: Janet LOUGHMAN / Mari VAGG / Carolyn JONES / Natalie NEUMANN / Ruth PILKINTON, “Family Law”, pp. 708-709. También vid. Alexandra HARLAND / Donna COOPER / Zoe RATHUS / Renata ALEXANDER, “Family Law Principles”, pp. 31-32.

¹⁷² Todas estas sentencias se encuentran citadas y comentadas en: Frances BURTON, “Family Law”, pp. 87-89.

constitución de convivencia estable en pareja) o a lo largo de la convivencia (con escritura pública posterior). Ello resulta igualmente predicable del pacto en previsión de una ruptura matrimonial, aunque con una diferencia, cuando es antenupcial solo es válido si se otorga antes de los 30 días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio (como medida para prevenir presiones ante la proximidad de la fecha) y, en cualquier caso, caducará si el matrimonio no se celebra en el plazo de 1 año (art. 231-20.1 CCC). En esta línea, se regula en EUA, Australia e Inglaterra y Gales, aunque la denominación del acuerdo varía, en función de si son celebrados antes o después del matrimonio¹⁷³.

Asimismo, es importante distinguir la escritura de constitución de la pareja estable del pacto en previsión de ruptura. Si bien pueden contenerse en una misma escritura, es preciso que cada uno de ellos cumpla con los requisitos y límites legalmente establecidos, al tratarse de instrumentos distintos¹⁷⁴. Por último, debemos señalar que para la celebración del acuerdo de mediación y del acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental (al igual que la escritura pública de constitución de la convivencia estable) no se requiere necesariamente del surgimiento de una crisis matrimonial o de convivencia estable, en la medida en que pueden ser celebrados por los progenitores separados, así como por aquellos que nunca han vivido juntos.

1. Naturaleza negocial

El principio de libertad civil, el cual es inherente a la tradición jurídica catalana y tiene carácter de principio general (a diferencia del CCE que solo se refiere a la autonomía de la voluntad en sede de contratos), permite trasladar el contenido de la teoría general del negocio jurídico al ámbito de regulación de la persona y de la familia. Ello resulta relevante, a pesar del declive en que se encuentra actualmente, en la medida en que permite resolver los problemas que se plantean de aplicar la teoría general del contrato a los pactos celebrados por los cónyuges o convivientes estables. Esto resulta posible, en la medida en que las normas sobre el negocio jurídico se obtienen a partir de generalizar las relativas a los contratos, para que resulten aplicables a cualquier acto expresivo de una voluntad. De esta

¹⁷³ Así, en EUA, se diferencia entre: “*premarital agreement*” y “*marital agreement*”. En Australia, entre: “*prenuptial agreement*” y “*pre-separation agreement*”. Y en Inglaterra y Gales entre: “*premarital agreement*” y “*post-nuptial agreement*”.

¹⁷⁴ Ángel SERRANO DE NICOLÁS, “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en Reyes BARRADA ORELLANA / Martín GARRIDO MELERO / Sergio NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 334-336; Antoni MONTSERRAT VALERO, “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 407 y 408; Albert LAMARCA I MARQUÈS, “Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència”, p. 479; Emilio GONZÁLEZ BOU, “La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 514-520; Carlos VILLAGRASA, “Las parejas estables”, p. 124; Francesc Xavier FRANCINO BATLLE, “Convivència estable de parella”, p. 390.

manera, se permite fundamentar que la autonomía privada tenga cabida en el Derecho de familia¹⁷⁵.

Las razones, por las que resulta extremadamente difícil poder subsumir los pactos privados celebrados para regular la crisis matrimonial o de convivencia estable en el concepto general de contrato, son varias. Estos acuerdos, por una parte, se caracterizan por incluir en un mismo instrumento diversos negocios jurídicos de variada naturaleza (patrimonial, familiar o sucesorio), lo cual no resulta predicable de los contratos en general. Por consiguiente, la doctrina los ha calificado de complejos. Por otra, como consecuencia del orden público familiar, el ejercicio de la autonomía privada se encuentra limitada por la aplicación de límites institucionales, los cuales fueron estudiados detenidamente en el capítulo I¹⁷⁶.

Para la validez de los negocios jurídicos de derecho de familia, como se sabe, han de cumplirse con los requisitos generales, así como con los propios de cada tipo de negocio. Además, se tienen que respetar los elementos que hayan sido establecidos por las partes respecto de cada negocio concreto. Sin embargo, los elementos esenciales del negocio jurídico son: la declaración de voluntad y la causa. Si bien el art. 1261 CCE contempla igualmente el objeto, consideramos que no ostenta la consideración de elemento esencial, en la medida en que forma parte de la declaración de voluntad, al no poder existir sin objeto¹⁷⁷.

Procederemos, seguidamente, a examinar los elementos esenciales (declaración de voluntad y causa) y accidentales (condición y término) del negocio jurídico de derecho de familia,

¹⁷⁵ Werner FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, tomo II, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 48-49; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 17 y 22-23; Manuel ALBALADEJO, “El negocio jurídico”, p. 38; Francesco GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 35-7 y 510-512; José Luis DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1987, p. 435; José Ángel MARTÍNEZ SÁNCHEZ, “El negocio jurídico. Parte primera. Elaboración del concepto”, en Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 1, tomo 4, Madrid, Civitas, 2001, pp. 246-247; César HORNERO MÉNDEZ, “Negocio de fijación jurídica: La supervivencia de la teoría del negocio jurídico. Comentario a la STS de 20 diciembre 2002 (RJ 2002, 10752)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11 (2003), p. 170; José Antonio DORAL GARCÍA, “El negocio jurídico ante la jurisprudencia”, pp. 43-44. Respecto a la aplicación del principio de libertad civil en el ámbito del Derecho de familia, vid. Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “El principi de llibertat civil: la seva projecció en el marc de les relacions familiars”, en Mariló GRAMUNT FOMBUENA / Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET / Gemma RUBIO GIMENO / Elena PALOMARES BALAGUER, *La redimensió de la llibertat civil en l'àmbit de les relacions familiars* (2008), Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, en prensa, pp. 8-9.

¹⁷⁶ María del Carmen BAYOD LÓPEZ, “La modificación de las capitulaciones matrimoniales”, pp. 35-36 y 38-41; Joan EGEEA FERNÁNDEZ, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ / Jorge CAFFARENA LAPORTA / José María MIQUEL GONZÁLEZ / Vicente L. MONTÉS PENADÉS / Antonio Manuel MORALES MORENO / Fernando PANTALEÓN PRIETO (Comité organizador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 4556-4557; Immaculada BARRAL VIÑALS, “Estructura tradicional per a continguts moderns”, pp. 534-535; José Antonio DORAL GARCÍA, “El negocio jurídico ante la jurisprudencia”, p. 45; Juan José LÓPEZ BURNIOL, “La «resurrecció» dels capítols matrimonials”, p. 25.

¹⁷⁷ Werner FLUME, “El negocio jurídico”, p. 53; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, p. 56; Carlos MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 236; José Luis DE LOS MOZOS, “El negocio jurídico”, pp. 436-438; Alfredo GARCÍA GARATE, “Hacia una reforma radical del derecho matrimonial”, pp. 4619-20; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, “Sentencia de 21 de diciembre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50 (1999), pp. 715-716.

focalizándonos en las diferencias que la lógica institucional impone por razón de la materia. Como apuntó FLUME, no solamente se tiene que tomar en consideración aquello común en todos los negocios jurídicos para resolver los problemas que se puedan plantear (p. ej. relativos a la declaración de voluntad), sino también la especialidad del tipo particular, en la medida en que se tendrán que resolver de forma distinta, en atención a la relación jurídica que se haya configurado¹⁷⁸.

1.1. Declaración de voluntad

Las particularidades que se producen en la declaración de voluntad de los negocios jurídicos de derecho de familia son diversas.

Cabe hacer referencia, primeramente, a la exigencia de capacidad especial a las partes para poderlos celebrar, al tenerse que poner en conexión con la capacidad para contraer matrimonio o constituirse en convivencia estable. Por ello, y como se examinará con mayor detenimiento en el capítulo IV, pueden ser celebrados por mayores de edad, así como por menores emancipados (arts. 46, 47 CCE y 234-2 CCC) y personas declaradas judicialmente incapacitadas, siempre que tengan la capacidad natural para prestar el consentimiento necesario (art. 56 CCE).

Es importante señalar, antes de proceder con el estudio, que no existen supuestos de verdadera representación voluntaria en los negocios jurídicos de derecho de familia, como consecuencia de su carácter personalísimo. Por ello, los cónyuges o convivientes estables son los que tienen que comparecer en el otorgamiento, ya sea personalmente o mediante un *nuntius*, mero portador de una voluntad ajena, totalmente formada, que se limita a declararla, pronunciando las palabras exactas que le han sido ordenadas pronunciar o las que se corresponden con el negocio a celebrar¹⁷⁹.

Otra especialidad en la declaración de voluntad del negocio jurídico de derecho de familia es que el objeto de la declaración de voluntad puede ser: el *status familiae*, la vida común de los

¹⁷⁸ Werner FLUME, "El negocio jurídico", pp. 59-60.

¹⁷⁹ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 61; Juan José LÓPEZ BURNIOL, "Article 16", en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 162; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "El negocio jurídico de derecho de familia", pp. 783-784; Carlos ESPARZA OLCINA, "Elementos personales intervinientes en el convenio regulador", en Juan Manuel LLOPIS GINER (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 57-58; Núria GINÉS CASTELLET, "Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial", p. 2587. En el mismo sentido, entre otros, se ha posicionado la doctrina respecto a los negocios jurídicos *inter vivos* por causa de muerte, vid. Susana NAVAS NAVARRO, "El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2009), p. 9.

miembros de la familia o los bienes que constituyen el patrimonio de los sujetos. La idoneidad del mismo (en los parámetros establecidos por los arts. 1271-1273 CCE) deberá ser apreciada, en cada caso, tomando en consideración los intereses familiares a regular¹⁸⁰.

Por último, en esta clase de negocio jurídico se lleva a cabo un control más estricto para la detección de la formación viciosa de la voluntad, ya fuere como consecuencia de error, violencia, intimidación o dolo (arts. 1265 a 1270 CCE) o, bien, por haber sido obtenido por la posición predominante de uno de ellos sobre el otro (art. 7 CCE). La razón es que la relación entre las partes contratantes es completamente distinta a la de una relación patrimonial, en la medida en que el matrimonio y la convivencia estable originan una comunidad de vida en la que ambos miembros deben respetarse, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo (arts. 231-2.1 y 234-1.1 CCC). De modo que, al presumir que hay un mutuo interés por el bienestar del otro, puede verse reducida su capacidad de autoprotección, y, además, concurren circunstancias especiales ligadas a sentimientos de afectividad que pueden hacer que se acepte un acuerdo, incluso cuando los términos no sean los más deseables. Asimismo, hay que tener en cuenta que la ruptura, al suponer la pérdida de compañía que ofrezca apoyo (por medio de la pareja y/o de los hijos) y causar sentimientos de culpa y/o dolor, puede conllevar una serie de desórdenes, de pérdida de responsabilidades y de autodisciplina. Por ejemplo, en este mismo sentido, se ha posicionado el TSJC en su sentencia de 19 julio 2004 reconociendo “*momentos de especial tensión en que son concluidos la mayoría de estos pactos*” (FJ 4)¹⁸¹.

1.2. Causa

El negocio jurídico de derecho de familia debe tener siempre causa, a diferencia de lo que defendían algunos autores (p. ej. CICU, BARASSI o ROCA SASTRE), conforme los cuales únicamente la podían tener aquellos que suponían una atribución patrimonial. Por lo que igualmente se tiene en cuenta la falta de causa (simulación) y la ilicitud de la misma (fraude de ley). Así pues, se ha afirmado que la aplicación de la teoría general del negocio jurídico ha supuesto una importante ampliación del poder de intervención del juez respecto de la

¹⁸⁰ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, pp. 782-784; Manuel ALBALADEJO, “El negocio jurídico”, pp. 188-194; Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 182; Esther ARROYO I AMAYUELAS, “L’edat de la persona i els seus efectes jurídics”, en Antoni VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 164-167.

¹⁸¹ STSJC de 19 julio 2004 (*ut supra*). En la doctrina, consultar: María MEDINA ALCOZ, “Los acuerdos prematrimoniales”, p. 295; Manuel ALBALADEJO, “El negocio jurídico”, p. 104; Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, p. 106; Diego RUIZ BECERRIL, *Después del divorcio. Los efectos de la ruptura matrimonial en España*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999, pp. 101-108. En la doctrina extranjera, vid. Jens M. SCHERPE, “Marital agreements and private autonomy”, p. 490; AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family dissolution”, pp. 956 y 1012.

esfera tradicionalmente reservada a la libertad negocial, al poder entrar a valorar la validez o eficacia del mismo¹⁸².

La causa relevante en los negocios familiares es la causa familiar (*causa familiae*), la cual es atípica y permite resolver el problema que se plantea cuando un negocio jurídico atípico contiene varias prestaciones que aisladamente tendrían una causa propia, pero que, en su conjunto, se desprende solo una. La razón es que se trata de negocios jurídicos complejos, cuyo objeto se encuentra integrado por una pluralidad de prestaciones unidas por un nexo de tipo funcional, el cual se corresponde con el propósito global que se pretende conseguir. Por lo que hay una finalidad obligacional unitaria a cumplir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias. De modo que las diversas estipulaciones se condicionan entre sí en un equilibrio, por lo que deben valorarse como parte de un sistema, puesto que las prestaciones por separado no fueron las que movieron a las partes a prestar su consentimiento, sino el conjunto de ellas. En la jurisprudencia, resulta de interés la STS de 19 enero 2001, que se pronunció en los siguientes términos (aunque en relación con un contrato de obra): “[E]l contenido del contrato [...] con un objeto integrado por una bilateral pluralidad de prestaciones diversas concatenadas para constituir una unitaria finalidad obligacional a consumir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias entre sí desde el revestimiento unitario que les proporciona un contrato complejo con un contenido que no cabe desmembrar porque sus diversos integrantes se condicionan entre sí en un equilibrio”. Para poner un ejemplo, ello sucede cuando con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, los cónyuges se intercambien bienes privativos con la finalidad de compensar la toma de menos del remanente consorcial. La resolución de la DGRN de 3 junio 2006 negó que las transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan causa exclusiva la liquidación del consorcio, sino que “habrá en ocasiones, un negocio complejo en el que la toma de menor por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación, a su favor, de bienes privativos del otro cónyuge, o simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa”¹⁸³.

¹⁸² Ramón M^a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 52; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 53 y 193-195; Emilio BETTI, “Teoría general del negocio jurídico”, p. 149; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, pp. 788-790; Manuel ALBALADEJO, “El negocio jurídico”, pp. 38-39; Leonor AGUILAR RUIZ / César HORNERO MÉNDEZ, “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria”, pp. 23 y 39-41.

¹⁸³ STS de 19 enero 2001 (ROJ 238/2001, MP Vázquez Sandes) y RDGRN de 3 junio 2006 (La Ley 70276/2006). En la doctrina, vid. Giovanni DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare: Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, A. Giuffrè, 1996, pp. 297-304; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, p. 275; Ángel SERRANO DE NICOLÁS, “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, pp. 344-346; Gemma RUBIO GIMENO, “Control judicial de contingents sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers”, p. 9; Ana LÓPEZ FRIAS, *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, 1994,

1.3. Condición y término

Estos elementos accidentales del negocio jurídico cobran especial relevancia en el negocio jurídico de derecho de familia. La razón es que, en la medida en que las relaciones familiares requieren de certeza, no se admite su sujeción a condición o término cuando causen incertidumbre en el estado civil de las personas. De modo que, en caso de que se haga depender la eficacia del negocio jurídico de un evento futuro (p. ej. separación de los cónyuges, o su reconciliación), la declaración de voluntad será nula en su totalidad, al entender que las partes no lo quisieron sin límite alguno¹⁸⁴.

2. Bilateralidad

Los negocios jurídicos de derecho de familia son bilaterales, en la medida en que nacen de la declaración de voluntad de dos partes (cónyuges o convivientes estables), las cuales tienen intereses contrapuestos. Conviene resaltar que, como ya se sabe, en caso de que un sujeto tenga que ser asistido por otra persona, esta no interviene en concepto de parte, sino integrada dentro de la parte a la que se corresponde con el sujeto autorizado o asistido. La razón es que, como ya se sabe, el número de partes en el negocio (y no el de personas) es el que determina la unilateralidad o plurilateralidad de aquél.

En el caso del acuerdo de mediación pueden surgir dudas acerca de su carácter bilateral o plurilateral, en la medida en que se celebran con la intervención de un mediador, el cual asiste a las partes, para que sean capaces de encontrar por sí mismas una solución de los conflictos que les afectan (arts. 13 LMACM y 1.1 LMADP¹⁸⁵). Para disiparlas, es preciso distinguirlo del acta final de mediación (arts. 22.3 LMACM y 18 LMADP), el cual permite acreditar que el proceso ha terminado y, por tanto, se ha producido la extinción de las obligaciones del mediador y de los mediados, nacidas a raíz de la celebración del contrato atípico de mediación, a través de la firma del acta levantada tras la sesión constitutiva por parte de todos ellos (arts. 19.2 LMACM y 16 LMADP). Por esta razón, el acuerdo de mediación, únicamente es firmada por las partes o sus representantes (art. 23.2 LMACM), al ser exclusivamente quiénes se vinculan. De modo que, sin lugar a dudas, podemos afirmar que se trata de un negocio bilateral. Dicha duplicidad regulatoria, en el ámbito estatal y

p. 284; Alberto DE ROVIRA MOLA, "Contrato complejo", en VV. AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo 5, Barcelona, Francisco Seix, 1950, pp. 374-383.

¹⁸⁴ Manuel ALBALADEJO, "El negocio jurídico", pp. 272-273; Emilio BETTI, "Teoría general del negocio jurídico", pp. 392 y 414; Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, "Sistema de Derecho Civil", pp. 536-538; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "El negocio jurídico de derecho de familia", pp. 787-788; Eduardo ESTRADA ALONSO, "Los modos de comunidad de vida: el matrimonio a la carta", en Ramón HERRERA CAMPOS (coord.), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Almería, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, 2000, p. 512.

¹⁸⁵ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (publicada en: BOE núm. 162, de 7 julio 2012, pp. 49224-49242).

autonómico, se debe al reparto de competencias. Como ya se sabe, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil (art. 149.1.18 CE) y procesal (art. 149.1.6 CE), sin perjuicio de algunas normas específicas que puedan establecerse en atención a las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña (arts. 129 y 130 EAC)¹⁸⁶.

Por el contrario, en el derecho comparado, sí resulta posible encontrar una excepción a la regla de la bilateralidad, concretamente en el “*step-parent parental responsibility agreement*”, regulado en Inglaterra y Gales, al ser celebrado por ambos progenitores y por el cónyuge de alguno de ellos (s. 4A (1) para. a CA). Ello resulta posible, en la medida en que más de dos personas pueden tener atribuida “*parental responsibility*” (s. 2 (7) CA)¹⁸⁷.

3. Forma

Todo negocio jurídico requiere de un medio de manifestación, a través del cual exteriorizar la declaración de voluntad, para que sea reconocible para los demás. Ahora bien, en función de si se impone un determinado y característico medio por exigencia legal (o por voluntad de las partes), podemos diferenciar entre negocios jurídicos formales y no formales. Cabe resaltar que el principio general de libertad de forma que opera en nuestro ordenamiento jurídico (especialmente en materia contractual), por el que no se exige que la declaración de voluntad se realice a través de un medio específico (arts. 1255 y 1278 CCE), tiene menor valor práctico en los negocios jurídicos de derecho de familia, al igual que sucede en relación con los sucesorios¹⁸⁸.

3.1. Negocios formales

En dicha categoría, encontramos aquellos negocios jurídicos en que las partes tienen que exteriorizar la declaración de voluntad, a través un determinado medio, ya fuese por imposición legal o en virtud de su acuerdo. Entonces, la forma es un requisito del negocio que se añade al consentimiento, pero que no limita ni recorta la eficacia obligatoria del mismo. En función del valor de la forma, se suele distinguir entre: *ad solemnitatem* y *ad*

¹⁸⁶ Felisa-María CORVO LÓPEZ, “La mediación como forma de solución del conflicto familiar”, pp. 296-303 y 307-309; Rosana PÉREZ GURREA, “La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de resolución extrajudicial de conflictos”, *RCDI*, núm. 745 (2014), pp. 2284-2285; Inmaculada GARCÍA PRESAS, “El procedimiento de la mediación familiar”, *Actualidad Civil*, núm. 8 (2009), p. 910. En relación con la distribución de competencia, puede consultarse: M^a Pilar MONTES RODRÍGUEZ, “Competencia legislativa sobre mediación: posibles conflictos entre el derecho estatal y el autonómico”, en Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ / María Elena COBAS COBIELLA, *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario*, Madrid, Difusión Jurídica, 2013, pp. 105-125.

¹⁸⁷ Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, p. 434; Jane SENDALL, “Family law handbook”, pp. 240-242.

¹⁸⁸ M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 600-601. La aplicación más restrictiva del principio de libertad de forma en el ámbito del derecho de familia, se puede consultar: Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, pp. 784-785; José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “La forma del negocio jurídico”, *ADC*, tomo XXI, fascículo IV (1968), p. 759; María Ángeles PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, en VV. AA., *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Madrid, Wolkers Kluwer, 2012, pp. 122-123.

probationem. Mientras que en la primera la existencia o nacimiento del negocio jurídico depende de su celebración bajo la forma ordenada legalmente (o pactada por las partes), en la segunda solamente se requiere a efectos probatorios. De modo que, en caso de que las partes no cumplan con dicha forma, tendrán que afrontar dificultades para probarlo, aunque ello no afectará la validez y eficacia del negocio jurídico¹⁸⁹.

A continuación, procederemos a clasificar los distintos negocios jurídicos de derecho de familia que se pueden celebrar para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de convivencia estable, en función del tipo de forma.

3.1.1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia estable

En relación con el pacto en previsión de una ruptura matrimonial, es necesario su otorgamiento en capítulos matrimoniales o en escritura pública, junto con los otros pactos sobre régimen económico matrimonial (art. 231-20.1 CCC). De la misma manera que el pacto en previsión del cese de la convivencia estable puede incorporarse en escritura pública de constitución de convivencia estable en pareja, si se celebra en el momento de la constitución (art. 234-1 letra c CCC) o en escritura pública posterior, de otorgarse durante la convivencia (art. 234-5 CCC)¹⁹⁰.

La forma tiene carácter *ad solemnitatem*, puesto que el nacimiento de dicho negocio jurídico depende de que se celebre bajo la forma ordenada legalmente. En este sentido, encontramos la sentencia del TSJC de 12 julio 2012, al afirmar que: “[C]onsideramos que en el contexto normativo considerado sólo era posible su otorgamiento válido y eficaz en capítulos matrimoniales (art. 15.1 CF) y, por tanto, en escritura pública con virtualidad constitutiva” (FJ 3)¹⁹¹.

La exigencia de forma escrita se encuentra igualmente establecida en el derecho australiano respecto del “*prenuptial agreement*” (s. 90B (1) para. a FLA) y del “*pre-cohabitation*

¹⁸⁹ M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, “Estructura y función del tipo contractual”, pp. 599 y 625-626; José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “La forma del negocio jurídico”, pp. 759-761;

¹⁹⁰ Albert LAMARCA I MARQUÈS, “Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència”, p. 460; Núria GINÉS CASTELLET, “Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia”, en Núria GINÉS CASTELLET / María Dolores BARDAJÍ GÁLVEZ / María Teresa DUPLA MARÍN, *La Familia del siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 64-66. En este mismo sentido, se ha posicionado el TSJC en la sentencia de 12 julio 2012 (*ut supra*).

¹⁹¹ Núria GINÉS CASTELLET, “Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña”, pp. 64-66; Albert LAMARCA I MARQUÈS, “Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència”, pp. 459-460; Núria GINÉS CASTELLET, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial”, p. 2594. En la jurisprudencia, vid. STSJC de 12 julio 2012 (*ut supra*).

agreement” (s. 90UB (1) para. a FLA). También en relación con el “*premarital agreement*” del derecho norteamericano, de acuerdo con la s. 6 *Uniform Premarital and Marital Agreement Act* de 2012 (al igual que previamente la s. 2 *Uniform Premarital Agreement Act* de 1983), y la s. 7.04 (1) PLFD. De la misma manera que la mayoría de los tribunales son reacios a dar fuerza vinculante a “*cohabitation agreement*”, de no haberse celebrado por escrito. Asimismo, en el caso del “*premarital agreement*” y del “*pre-civil partnership agreement*” (conocidos como *pre-reggies*, *pre-cips*) del derecho inglés y galés, a pesar de no haber sido aún regulados legalmente (puesto que no fueron reconocidos por los tribunales hasta 2010, a raíz de la sentencia *Radmacher v. Granatino*), LAW COMMISSION (*for England and Wales*) se ha pronunciado a favor de que sean celebrados por escrito, preferiblemente otorgados en “*deed*”, a pesar de que no hay norma alguna que imponga dicha forma. En este mismo sentido, ya se había pronunciado con anterioridad: “*We think that it is essential that all qualifying nuptial agreements must be in writing and signed by both parties. [...] we take the view that only a written agreement, embodying all its express terms, will provide reaching an oral agreement which is later embodied in a written qualifying nuptial agreement*”¹⁹². El hecho de que tengan que ser otorgados en “*deed*” implica que deben ser signados ante la presencia de un testigo y en el supuesto de que la parte no pueda firmar, lo puede hacer otra persona en su presencia, pero entonces se requieren dos testigos (s. 1 (3) para. a LPA)¹⁹³.

3.1.2. Acuerdo de delegación o de distribución de funciones en el ejercicio de la potestad parental

Cuando los progenitores viven separados, independientemente de si se encuentran unidos o no por vínculo matrimonial, pueden pactar delegar el ejercicio de la potestad parental a uno de ellos o distribuirse las funciones (art. 236-11.1 CCC). Ambos acuerdos deben formalizarse necesariamente en escritura pública (sujetándose así al control notarial), salvo que hubiesen sido sometidos a aprobación judicial (incorporándolos en un plan de parentalidad) e incorporados a un convenio regulador (art. 236-11 ap. 2 y 3 CCC)¹⁹⁴. En este

¹⁹² LAW COMMISSION, “Marital Matrimonial property, needs and agreements”, LAW COM. No. 343 (2014), p. 109; LAW COMMISSION, “Marital Property Agreements”, Consultation Paper, núm. 198 (2011), pp. 96-97. Respecto la falta de unanimidad en la doctrina, en relación con la denominación para referirse a ellos, encontramos Nigel LOWE, “Prenuptial agreements: the English position”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2008), p. 5.

¹⁹³ Jeanne M. HANNAH, “The law & living together”, pp. 68-70; Judith T. YOUNGER, “Lovers’ contracts in the Courts: Forsaking the minimum decencies”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 13, núm. 2 (2007), p. 354; William P. STATSKY, *Family Law. The essentials*, Stamford, Cengage Learning, 2014, p. 52; Brian H. BIX, “Premarital agreements in the ALI Principles of Family Dissolution”, pp. 234 y 236.

¹⁹⁴ Ferran BADOSA COLL, “La potestat del pare i de la mare”, en Alfonso HERNÁNDEZ MORENO / Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, *El Codi de Família i la Llei d’unions estables de parella (Aproximaciones doctrinales a las Leyes 9/1998 y 10/1998 del Parlament de Catalunya)*, Barcelona, CEDECS, 2000, pp. 327-328; Antonio VIDAL TEIXIDÓ, “Artículo 236-11”, en Encarnación ROCA TRÍAS / Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, pp. 1256-1258; Josep FERRER RIBA, “Article 139”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*,

caso, la forma vuelve a tener carácter *ad solemnitatem*, al depender su validez de que se celebra bajo un determinado y característico medio, estipulado por exigencia legal.

El equivalente más cercano del acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental se encuentra en la regulación australiana, en la que los progenitores pueden pactar sobre distribución de “*parental responsibility*”, a través de “*parenting agreement*” o “*parenting plan*” (s. 63C (2) para. c FLA), la cual puede ejercerse conjuntamente o individualmente. Como ya apuntamos en el capítulo II, mientras que el primero no tiene que constar por escrito, el segundo sí.

En el caso de Inglaterra y Gales, el “*parental responsibility agreement*” y “*step-parent parental responsibility agreement*” tienen que celebrarse por escrito (s. 4A CA). Además, tienen que ser firmados ante la presencia de “*a justice of the peace*”, “*a justices’ clerk*”, “*an assistant to a justices’ clerk*” o “*a court official who is authorised by the judge to administer oaths*”. La razón es que estos acuerdos quedan inscritos en el “*Principal Registry of Family Division*” (s. 4 (2A) CA), puesto que a través de ellos se atribuyen “*parental responsibilities*” a una tercera parte (p. ej. a la nueva pareja de uno de los progenitores o al padre biológico cuando no están casados con la madre), pasando a ser ejercida por todos ellos a la vez. En cambio, ello no resulta necesario en el “*informal agreement for the delegation of the exercise of parental responsibility*”, puesto que no resulta vinculante (s. 2(9) CA) y los titulares de esta mantienen su responsabilidad (s. 2(11) CA). En ellos únicamente se contempla la delegación (pero no la distribución de funciones), la cual se permite hacer, a su vez, no solamente al otro progenitor, sino también a terceros (p. ej. escuelas, campamentos de verano)¹⁹⁵.

Por último, en el caso del derecho norteamericano, es preciso precisar que “*co-parenting agreement*” resulta preferible que se celebre por escrito, por la dificultad de probar su contenido. Por ejemplo, en este sentido, se pronunció *Ohio Supreme Court* en *In re Mullen* (2011) en los siguientes términos: “*We also observe that the best way to safeguard both a parent’s and a nonparent’s rights with respect to children is to agree in writing as to how custody is to be shared, the manner in which it is shared, and the degree to which it may be revocable or permanent [...] In the absence of a statutory framework, the sufficiency of the evidence to show voluntary relinquishment of a parent’s custodial rights is even more*

Madrid, Tecnos, 2000, pp. 666-667 y 670-671; Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, p. 257.

¹⁹⁵ Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, p. 434; Jane SENDALL, “Family law handbook”, pp. 240-242.

critical” (para. 21 y 34). En sentido similar, se pronunció recientemente *Supreme Court of the State of Kansas* (cuya legislación permite que dos personas del mismo sexo puedan ser reconocidos como progenitores) en *Frazier v. Goudschaal* de 2013, atribuyendo validez a un acuerdo escrito, por el que la madre no biológica adquiría la condición de “*de facto parent*”. Sin embargo, cabe resaltar que los “*co-parenting agreements*” no se encuentran plenamente aceptados en otros Estados, puesto que tradicionalmente han sido considerados contrarios al orden público¹⁹⁶.

La posibilidad de que alguno de los progenitores atribuya “*parental responsibilities*” a su cónyuge, conviviente estable o al otro progenitor (de no ser titular) ha sido igualmente reconocido por COUNCIL OF EUROPE, en “*Draft recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities*” de 2011 (principio 24). Ahora bien, para su validez, se requiere que todos los titulares hubieran otorgado su consentimiento por escrito y que dicha atribución no resultara contraria al interés superior del menor.

3.1.3. Convenio regulador

El acuerdo, presentado como “*propuesta de convenio regulador*”, junto con el escrito por el que se promueva el proceso de separación o divorcio de mutuo acuerdo, adquiere plena eficacia, una vez que ambas partes (ya fueren cónyuges o convivientes estables) han ratificado su consentimiento ante el secretario judicial (arts. 82 y 87 CCE). Ahora bien, en caso de que alguno de los dos no se ratifique, ello no le privará de eficacia o validez, aunque entonces resultará asemejado con el pacto amistoso de separación. Así la STS de 23 diciembre 1998 declaró que “*representa un efectivo negocio, pero de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial, que no desplaza su naturaleza contractual, como parcela de privatización del derecho de familia en el Derecho de Familia*” (FJ 3º)¹⁹⁷. De ahí que, a nuestro entender, la forma tiene carácter *ad probationem*. Por el contrario, en el caso del convenio regulador, formulado en una escritura pública de separación matrimonial o divorcio, entendemos que el nacimiento de dicho negocio jurídico de derecho de familia depende de que se celebre bajo un determinado y característico medio, estipulado por exigencia legal (arts. 82 y 87 CCE). Por lo que si alguno

¹⁹⁶ *In re Mullen*, 953 N.E.2d 302 (2011) (disponible en Justia, 103487); *Frazier v. Goudschaal*, 26 Kan. 730, 295 P.3d 542 (2013) (disponible en Justia: 103487). En la doctrina, consultar: Brian BIX, “Domestic agreements”, pp. 1755-1761; Brian BIX, “Agreements in Family Law”, *Minnesota legal studies*, Research Paper núm. 12-43 (2012), pp. 11-12; Jeanne M. HANNAH, “The law & living together”, p. 31; Nicole BERNER, “Intent-based parenthood held inapplicable in case of lesbian mothers”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 9, núm. 1 (2013), pp. 213-215; Brian H. BIX, “The Oxford Introductions to U.S. Law: Family Law”, pp. 68-70.

¹⁹⁷ STS de 23 diciembre 1998 (ROJ 7876/1998, MP Villagómez Rodil). En este mismo sentido, encontramos: STS de 10 diciembre 2003 (ROJ 7904/2003, MP Villagómez Rodil).

de los cónyuges no se ratifica, su otorgamiento no se podrá considerar válido y eficaz. En este caso, la forma tiene carácter *ad solemnitatem*.

Es importante precisar que en caso de nulidad matrimonial, siempre se estará en un proceso contencioso, en la medida en que la LEC no admite que sea posible la solicitud de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Ahora bien, en la medida que los cónyuges, al igual que en los de separación y divorcio contenciosos, pueden someter el acuerdo que hubieran alcanzado a aprobación del tribunal (arts. 773.1 y 774.1 LEC), podemos afirmar que también pueden presentar un convenio regular (art. 233-2.1 CCC, al igual que el art. 78 CF)¹⁹⁸.

Dicha regulación diverge ligeramente de la prevista en el derecho comparado. En Inglaterra y Gales, para obtener un “*consent order*”, siempre tiene que presentarse al tribunal un proyecto de decreto (redactado por los abogados), manifestándose ambas partes (por escrito) a favor de su aprobación (ss. 33A MCA y 66 CPA). Para solicitarla, las partes tienen que presentar “*notice of [intention to proceed with] an application for a financial order*” (Form A) y “*statement of information for a consent order in relation to a financial remedy*” (Form D081), junto con dos copias del proyecto de decreto (redactado por los abogados), uno de los cuales tiene que estar firmado por el demandado, otorgando su consentimiento, junto con una petición de que sean aprobadas (R2.61 *Family Proceedings Rules*, 1991). Del mismo modo, en el caso de EUA, para que un acuerdo entre las partes se incorpore en “*decree*”, emitido por el tribunal (recibe nombre de “*decree of dissolution or legal separation*” en MMDA y de “*decree of dissolution*” o “*decree establishing the rights and obligations of domestic partners*” en PLFD), se requiere que las partes presenten de mutuo acuerdo un “*separation agreement*” en el que conste su voluntad de incorporarlo en este (s. 306 (d) para. 1 MMDA y 7.10 (1) para. a PLFD). No obstante, AMERICAN LAW INSTITUTE se ha posicionado a favor de que la propuesta presentada no tenga que constar necesariamente por escrito, tomando en consideración el hecho de que puede suceder que las partes no alcancen un acuerdo hasta que no se encuentran frente al tribunal. En esta línea, se encuentra regulado en Australia, en que puede celebrarse un “*consent order*” oralmente durante un juicio (regla 10.15 (1) *Family Law Rules*, 2004), presentado una propuesta al tribunal o a un “*judicial officer*”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (publicada en el BOE núm. 7, de 8 enero 2000, pp. 575-728). En la doctrina, vid. Joaquín BAYO DELGADO, “Article 77”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 384.

¹⁹⁹ Family Proceedings Rules (1991, c. 1247 [L. 20]); Family Law Rules 2004 (Register ID: F2016C00420). También vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, p. 1012; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, p. 784; Chris OTHEN, “Court Procedure”, en VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 929-930.

3.1.4. Acuerdo de mediación

Este es un documento privado firmado por los cónyuges y convivientes estables, en el que deben constar los acuerdos alcanzados, junto con otros datos (art. 25.1 LMACM). Además, tiene que celebrarse ante la presencia de un mediador, cuya concurrencia queda acreditada con el acta de la sesión constitutiva y el acta final, las cuales tienen como fin garantizar que el acuerdo se ha alcanzado cumpliendo con los requisitos y demás exigencias legalmente establecidas. Por esta razón, mientras que el acuerdo de mediación únicamente tiene que ser firmado por las partes, las actas también lo tienen que ser por parte del mediador²⁰⁰.

Desde nuestro punto de vista, la forma tiene carácter *ad probationem*, en la medida en que si el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar no pueda probarse mediante documentos, las partes pueden proponer prueba en el mismo escrito inicial para acreditarlo (art. 777.2 LEC). De modo que, de no cumplir con la forma establecida legalmente, ello no supondrá la invalidez y la consecuencia ineficacia del acuerdo de mediación.

En un sentido similar se encuentra regulado en EUA, dónde el acuerdo de mediación ("*mediated settlement agreement*") es celebrado ante un "*mediator*" y tiene que constar por escrito y ser firmado por las dos partes, constituyendo una excepción a la confidencialidad que impide que dicho acuerdo pueda aportarse en un proceso judicial, de acuerdo con la *Uniform Mediation Act* (ss. 3, 4 y 6 UMA), la cual ha sido ya promulgada en 14 Estados. Conforme con el derecho inglés y galés, el acuerdo alcanzado tiene que recogerse por escrito en un "*summary*", para que las partes puedan presentarlos a sus respectivos abogados y recibir el correspondiente asesoramiento legal. Es necesario señalar que solo se prevé la intervención de un mediador cuando no se hubiera iniciado un proceso judicial, puesto que, en caso contrario, dicha función correspondería al "*district judge*" (cuando se trate de temas legales) o al "*CAFCASS officer*" (si hay hijos involucrados o el conflicto es demasiado emocional). En una línea similar, se encuentra regulado en Australia, en que "*family dispute resolution practitioner*" (s. 10G FLA) debe ayudar a redactar por escrito el acuerdo alcanzado, el cual deberá ser firmado por ambas partes. Conviene destacar que la sumisión a un "*family dispute resolution*" (conocido como "*pre-action procedure*") es siempre obligatoria antes del

²⁰⁰ Rosana PÉREZ GURREA, "La mediación en asuntos civiles y mercantiles", pp. 2283-2285; Inmaculada GARCÍA PRESAS, "El procedimiento de la mediación familiar", pp. 906-907.

inicio de un proceso judicial, ya sea para resolver las cuestiones relativas a los cónyuges o a los hijos, aunque con las excepciones previstas en la regla 1.05 *Family Law Rules* de 2004²⁰¹.

3.2. Negocios no formales

A diferencia de los negocios formales, para que sean válidos y eficaces, solamente se requiere la existencia de consentimiento, pudiéndose manifestarse en cualquier forma, siempre que sea admisible e idónea para hacer el acto exteriormente reconocible. En dicha categoría, encontramos: pacto amistoso de separación y acuerdo de mantenimiento del ejercicio conjunto de la potestad parental.

Si bien es cierto que en el art. 1280 CCE se enumeran negocios jurídicos que deberán constar en documento público (p. ej. actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles; cesión, repudiación y renuncia de derechos de la sociedad conyugal) y se establece que deberán constar por escrito, aunque sea en documento privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas (9,02€), lo que en atención al contenido del pacto amistoso de separación ocurrirá en la mayoría de casos, cabe resaltar que no tiene el alcance de forma solemne con repercusión en la eficacia obligatoria de los contratos, sino a los meros efectos del art. 1279 CCE. Es decir, de que las partes puedan compelerse recíprocamente a cumplir aquella forma desde que hubiese intervenido los requisitos necesarios para su validez. De modo que este precepto consigna una facultad y no una obligación. Ello encuentra su fundamento en el principio de libertad de forma, que opera en nuestro ordenamiento jurídico, y en el principio espiritualista (prevaleciente sobre el formalista), consagrado en el art. 1278 CCE, como manifestó la STS de 19 febrero 2004. Por el que los negocios jurídicos son obligatorios, cualquiera sea la forma de su celebración, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez²⁰².

²⁰¹ En relación con el derecho inglés, vid.: Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, "Bromley's Family Law", pp. 284-285; Jane SENDALL, "Family law handbook", pp. 25-26; Frances BURTON, "Family Law", pp. 115-116. Respecto el derecho norteamericano, consultar: Allan E. BARSKY, "Mediating separation of same-sex couples", en Jay FOLBERG / Ann L. MILNE / Peter SALEM, *Divorce and Family Mediation. Models, techniques, and applications*, New York, The Guilford Press, 2004, pp. 369-370; Edna SUSSMAN, "A brief survey of US case law on enforcing mediation settlement agreement over objections to the existence or validity of such agreements and implications for mediation confidentiality and mediator testimony", *Mediation Committee Newsletter* (2006), pp. 36-38; NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, "Uniform Mediation Act" (2001), en prensa, p. 51 (aprobada por AMERICAN BAR ASSOCIATION en 2002 y modificada en 2003); AMERICAN BAR ASSOCIATION / AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION / ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION, "Model Standards of Conduct" (2005), en prensa, consultar "Standard VI. Quality of the process". Respecto el derecho australiano: Anne-Marie RICE, "Dispute resolution and family relationship centres", VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 106-110; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, "Family Law in Australia", pp. 61-73.

²⁰² M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, "Estructura y función del tipo contractual", pp. 618-621; Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, "Sistema de Derecho Civil", pp. 506-507; José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, "La forma del negocio jurídico", pp. 769-770; María José SANTOS MORÓN, "Artículo 1280", en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (coord.), *Comentarios*

La libertad de forma, que opera en el derecho catalán, respecto del pacto amistoso de separación, solo se da en “*maintenance agreements*” y “*separation agreements*” del derecho inglés y galés, aunque lo más habitual es que se encuentren contenidos en “*deed*”. En cambio, los “*financial agreements during marriage*” y “*financial agreements after the breakdown of a de facto relationship*” del derecho australiano tienen que celebrarse siempre por escrito, puesto que, en caso contrario, no son vinculantes para las partes (ss. 90C (1) o 90UD (1) FLA). Asimismo, MFC se ha posicionado a favor de imponer la forma escrita (art. 1.38), en relación con “*partnership agreements*” (pueden celebrarse en cualquier momento), posición que se justifica “*mainly for reasons of proof and the avoidance of uncertainty*”²⁰³. En este mismo sentido, encontramos el PEFL 1:6, al establecer la forma escrita para aquellos acuerdos que alcancen los esposos sobre: responsabilidad parental, división o repartición de los bienes, pensiones de alimentos de los niños o entre ellos. Por lo que se refiere a estos últimos, el PEFL 2:19 reitera la necesidad de que el acuerdo se formalice por escrito. En una posición intermedia encontramos los “*separation agreements*” del derecho norteamericano. La regla general es que se tienen que celebrar por escrito para que resulten vinculantes (ss. 306 (a) MMDA y 7.09 (1) para. a PLFD) y, de hecho, así se ha previsto en la mayoría de los Estados. Ahora bien, conforme con PLFD, pueden celebrarse oralmente cuando los términos del acuerdo sean especificados posteriormente ante un tribunal (s. 7.09 (1) para. b PLFD).

4. Formalidad

En palabras de GETE-ALONSO CALERA, por formalidad cabe entender: “[A]quella serie de circunstancias que, no siendo medios de exteriorización de la voluntad, no obstante, se conectan típicamente a la realización del negocio”. Es decir, se trata de hechos extrínsecos al propio negocio (que se exigen además del consentimiento e incluso de la forma), de los cuales depende su eficacia y validez jurídica. Así, mientras que la forma es un vehículo de transmisión de la voluntad negocial, la formalidad es un hecho extrínseco y, por tanto, no integrada en el consentimiento²⁰⁴.

al Código Civil, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1409-1410; Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Artículo 1280”, en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 506-508; Fernando REGLERO CAMPOS (revisado por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), “Artículo 1280”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Cizur Menor, 2009, pp. 1499-1501. En la jurisprudencia, vid. STS de 19 febrero 2004 (ROJ 1096/2004, MP Auger Liñán).

²⁰³ Jane SENDALL, “Family law handbook”, p. 191; Frances BURTON, “Family Law”, p. 231; Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 700-702; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, pp. 786-787; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, p. 83.

²⁰⁴ M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, “Estructura y función del tipo contractual”, pp. 601 y 652. También vid. José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “La forma del negocio jurídico”, p. 772; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, p. 278.

En el negocio jurídico de derecho de familia, nos encontramos en algunos supuestos con la necesidad de obtener la homologación y/o aprobación judicial para que el negocio sea plenamente eficaz y con validez jurídica, no bastando el consentimiento de los cónyuges o convivientes estables²⁰⁵.

Así sucede, en relación con el convenio regulador. La aprobación por parte de la autoridad judicial resulta siempre necesaria para aquellos aspectos que pueden afectar a los hijos sometidos a la potestad parental (arts. 233-3.1 y 234-6.2 CCC). En cambio, tras la modificación introducida por LJV, la homologación (en lo referente a aquellos pactos reguladores de sus relaciones horizontales) únicamente procede cuando el secretario judicial (art. 777.10 LEC) o notario (art. 90.2 CCE), quienes serán los que desarrollen el examen de contenido, consideren que el acuerdo alcanzado resulta dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (o del conviviente estable, *arg.* arts. 234-10.2 y 234-8.4 CCC) o bien, para los hijos mayores o menores emancipados. En este caso, las partes deberán acudir al juez, para que su propuesta de convenio regulador sea homologada. En este mismo sentido, encontramos la regulación de los acuerdos de mantenimiento del ejercicio conjunto, de delegación o de distribución de funciones en el ejercicio de la potestad parental. Si bien es cierto que pueden optar por formalizarlos en escritura pública, es necesario someterlos a aprobación judicial, para su plena eficacia. Pues, solo entonces, resultan ejecutables y dejan de resultar revocables en cualquier momento (art. 236-11 ap. 2 y 3 CCC).

El equivalente más similar del convenio regulador lo encontramos bajo la denominación de “*consent order*” en la regulación de Inglaterra y Gales, así como en Australia. En ambos sistemas legales, las partes pueden celebrar un acuerdo, cuya validez y eficacia dependa de que sea posteriormente aprobado por la autoridad judicial. En el caso de Inglaterra y Gales, lo pactado por las partes privadamente de “*ancillary relief*” (pero no los acuerdos respecto los hijos, por aplicación del principio de no intervención) puede incorporarse en “*consent order*”. El tribunal deberá de respetar lo estipulado por las partes, salvo que “*it has reason to think that there are other circumstances into which it ought to inquire*” (ss. 33A MCA y 66 CPA). En relación con Australia, los acuerdos de las partes también pueden incorporarse en un “*consent order*” (s. 80 (1) para j FLA). Eso sí, los alcanzados en relación con los hijos (excluida su manutención, por no tener competencia) se encuentran sujetos a aprobación por parte de los tribunales, en atención a las previsiones de la s. 65DAA FLA. Del mismo modo

²⁰⁵ José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “La forma del negocio jurídico”, pp. 772-773; M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, “Estructura y función del tipo contractual”, pp. 651-652. También vid. Salvador TORRES ESCÁMEZ, “El negocio jurídico. Parte segunda. Forma”, en Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, vol. 4, Madrid, Civitas, 2001, p. 355.

que la manutención entre los cónyuges o “*de facto relationships*” depende de las ss. 75 y 90SF FLA, o la distribución de propiedades de las ss. 79 (2) y 90 SM FLA. En relación con esta última, *High Court* declaró en *Harris v. Caladine* (1991) que: “[T]here is a discretion to be exercised with reference to the propriety of the provisions with respect to financial matters. The making of a consent order [...] is not automatic”²⁰⁶.

Por el contrario, encontramos otros negocios jurídicos de derecho de familia, en que no es necesaria la homologación judicial para que sean plenamente eficaces y con validez jurídica. Por lo que podemos defender que no requieren del cumplimiento de ningún requisito de formalidad. Este es el caso de los pactos adoptados fuera de convenio regulador. Concretamente, nos estamos refiriendo al pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia estable, así como el pacto amistoso de separación. Esta posición se fundamenta en que la acción para exigir su cumplimiento puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio, pudiéndose incluso solicitar que se incorporen a la sentencia (arts. 233-5.1 y 234-6.3 CCC). Así pues, sin necesidad de que sean homologados por la autoridad judicial. Ello igualmente resulta predicable de los acuerdos de mediación, en la medida en que no tienen que incorporarse necesariamente en forma al proceso (art. 233-6.5 CCC).

En esta misma línea, se encuentra regulado en el derecho norteamericano, en la medida en que lo pactado en un “*separation agreement*” puede atribuírsele el mismo carácter ejecutorio de las sentencias judiciales, a través de su incorporación en el “*decree*” por el que concluye el proceso judicial, aunque manteniendo su ejecutabilidad como contrato (ss. 306 (e) MMDA y 7.10 (4) PLFD). Para que ello sea posible, es necesario que supere el estándar de la “*unconscionability*” (ss. 306 (d) para. 1 MMDA y 7.10 (1) PLFD). En cambio, en las otras dos fuentes normativas, los acuerdos alcanzados privadamente por las partes (para regular sus relaciones horizontales) no puedan mantener su ejecutabilidad como contrato, en caso de ser incorporados en un “*consent order*”. Así, en Australia, un “*financial agreement*” es perfectamente válido y eficaz desde su celebración, aunque los tribunales pueden dejarlo sin efecto de concurrir alguna de las circunstancias establecidas legalmente (ss. 90K y 90UM FLA). De la misma manera, los “*maintenance agreements*” del derecho inglés y galés vinculan a las partes, al poder perseguir su ejecución de conformidad con el derecho contractual, a través del proceso civil general. Sin embargo, las partes mantienen su derecho de solicitar un “*court order*”. En este sentido, debemos señalar que es nula cualquier

²⁰⁶ High Court of Australia, *Harris v. Caladine* (1991) 172 CLR 84 (17 abril 1991).

disposición que impide a los cónyuges o “*civil partners*” acudir a los tribunales para obtener “*ancillary relief*” (ss. 34 (2) MCA y 68 (b) Sch. 5, CPA).

5. Carácter transaccional

La transacción es un negocio jurídico por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había empezado (art. 1809 CCE). De ahí que resulte oportuno preguntarse acerca de la naturaleza transaccional del negocio jurídico de derecho de familia regulador de los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, en la medida en que a través de ellos se pone fin a una situación de controversia.

En atención al cumplimiento de los tres requisitos de la transacción exigidos por la jurisprudencia²⁰⁷, debemos negar que tengan naturaleza transaccional el pacto en previsión de una ruptura matrimonial, el pacto en previsión del cese de la convivencia estable y el acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental. En el caso de los dos primeros, por no existir una situación de controversia en el momento de su celebración, ni por lo tanto intención de poner fin a la controversia actual que amenaza con resolverse por vía judicial (*animus transigendi*). De la misma manera que tampoco la hay en los acuerdos relativos al ejercicio de la potestad parental, aunque en este caso es por no producirse concesiones recíprocas de carácter oneroso entre las partes.

En cambio, la naturaleza no transaccional del convenio regulador resulta más controvertida. Es preciso indicar que en un primer momento el Tribunal Supremo defendió el carácter transaccional del convenio regulador. En este sentido, por ejemplo, encontramos la STS de 23 diciembre 1998, al definirlo “*como una efectiva transacción*”. No obstante, con posterioridad lo negó. Así se manifestó, entre otras, en la STS de 10 diciembre 2003 en los siguientes términos: “[E]l 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 sus propias conveniencias”²⁰⁸.

²⁰⁷ Luis DÍEZ PICAZO / Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II: *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 438-439; Isabel MORATILLA GALÁN, “La transacción da certidumbre a una relación incierta. No exige forma especial: puede ser verbal y no presupone equivalencia de prestaciones”, *RCDI*, núm. 697 (2006), p. 2080; Rosana PÉREZ GURREA, “La transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados”, *RCDI*, núm. 726 (2011), pp. 2311-2312.

²⁰⁸ STS de 23 diciembre 1998 (*ut supra*) y STS de 10 diciembre 2003 (*ut supra*).

En el caso de la doctrina, a favor del carácter transaccional del convenio regulador, cabe hacer referencia a LÓPEZ BURNIOL, al considerar que “*evita que el Juez, de acuerdo con el artículo 91, tenga que determinar las medidas sustitutivas del convenio, y lo evita mediante recíprocas concesiones de las partes*”. Asimismo, a CORDERO CUTILLAS, si bien optó por la calificación de “*transacción de carácter especial*”, debido al contenido mixto de este y por requerir siempre de su homologación judicial. En sentido similar, encontramos a PÉREZ MARTÍN, quien la denominó “*transacción sometida a condición*”, por considerar que los condicionamientos legales del convenio regulador (presentación en un proceso judicial de separación o divorcio y tener un contenido mínimo) no son suficientes para negar la naturaleza transaccional, y a RUBIO GIMENO, al reconocer dicha naturaleza solamente a los acuerdos patrimoniales²⁰⁹.

En contra de la naturaleza transaccional del convenio regulador, se manifestó VIOLA DEMESTRE, al considerar que la homologación judicial de un contrato de transacción es distinta a la de un convenio regulador, ya que en este último deben de someterse al control judicial por imperativo legal y el juez puede introducir modificaciones a lo que hubieran pactado las partes, lo que no sucede en la transacción judicial. En este mismo sentido, encontramos a CABELLO DE LOS COBOS, al afirmar que el convenio regulador es una mera propuesta y por no ser la incertidumbre de las partes sobre la relación jurídica la que motiva las concesiones recíprocas²¹⁰.

A nuestro modo de ver, el convenio regulador no puede ser considerado como una transacción *stricto sensu*, como consecuencia de su naturaleza mixta, al no ser solo un negocio jurídico de derecho de familia, sino también un acto procesal. De hecho, el legislador otorga la categoría de mera “*propuesta*” al convenio regulador que se presenta ante el juez, pero que todavía no ha sido ratificado ni homologado (arts. 233-5.1 y 233-16.2 CCC; arts. 81, 90 y 92 del CCE), como consecuencia de la distinción entre eficacia negocial y procesal. La razón es que en el supuesto de que no sea ratificado por una de las partes o no sea homologado por la autoridad judicial, únicamente tendrá la naturaleza de un negocio jurídico de derecho de familia (aunque los pactos respecto de los hijos menores, en cualquier caso, solamente serán eficaces desde su aprobación judicial), pero no de acto procesal. De

²⁰⁹ Juan José LÓPEZ BURNIOL, “Els pactes de separació i de divorci. Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales”, en VV. AA., *Materials de les vuitenes jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia, 1996, pp. 406-407; Iciar CORDERO CUTILLAS, *El Convenio Regulador en las crisis matrimoniales: estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004, pp. 44-45; Javier PÉREZ MARTÍN, “Pactos prematrimoniales”, p. 163; Gemma RUBIO GIMENO, “Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers”, p. 9.

²¹⁰ Isabel VIOLA DEMESTRE, *El contrato de transacción en el Código Civil*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, pp. 238-241; Luis María CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, “Contrato de transacción: Título inscribible (Comentario a las Resoluciones de 25 febrero, 9 y 10 de marzo de 1988)”, *RCDI*, núm. 603 (1991), pp. 324-325.

modo que se trataría de un pacto privado fuera de convenio regulador, salvo que las partes, en el momento de su celebración, hubieran hecho depender expresamente la eficacia negocial de la condición de homologación judicial, en cuyo caso, se trataría de un acuerdo no perfeccionado, al haberse subordinado la obligación a la prestación de un consentimiento posterior en una forma determinada²¹¹.

Esta postura resulta respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, el convenio regulador de liquidación de la sociedad de gananciales no tiene carácter transaccional, en la medida en que las partes no discuten sobre la titularidad de los derechos y aceptan transformar sus cuotas (participaciones abstractas) en titularidades concretas sobre objetos singulares, por sus propias conveniencias. Por ejemplo, en la STS de 8 marzo 1995²¹² se consideró que “*la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso*”.

Por el contrario, sí podemos defender la naturaleza transaccional de los pactos privados fuera de convenio regulador, aunque limitado a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de la crisis matrimonial o de la convivencia estable. Es decir, del pacto amistoso de separación y del acuerdo privado posterior al convenio regulador sobre aspectos compatibles con el mismo (p. ej. por ser auxiliares, complementarios o aclaratorios), así como del acuerdo de mediación. La razón es que todos ellos son un negocio jurídico de derecho de familia independiente de un proceso judicial (por no tratarse de un acto procesal), siendo válidos y con fuerza vinculante *inter partes* desde su suscripción, al perfeccionarse con el correspondiente acuerdo de voluntades (art. 1262 CCE).

Esta posición resulta respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual reconoce que los convenios reguladores no homologados de liquidación de la sociedad de gananciales, a diferencia de aquellos que sí lo son, tienen carácter transaccional. Este fue el caso de la STS de 12 febrero 1991, en que se resuelve un caso en el que los cónyuges, dada la complejidad del patrimonio conyugal, con posterioridad a la sentencia de separación judicial suscribieron un documento privado por el que de mutuo acuerdo procedían a la liquidación y adjudicación del correspondiente patrimonio ganancial. El TS consideró que “*teniendo en*

²¹¹ Enric ALAVEDRA FARRANDO, “Efectes de la nul·litat, la separació i el divorci”, en Adolfo LUCAS ESTEVE, *Dret Civil Català*, vol. II: Persona i Família, Barcelona, Bosch Editor, 2012, p. 358; Iciar CORDERO CUTILLAS, “El Convenio Regulador”, p. 36; Luis María CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, “Contrato de transacción”, pp. 337-338; Cristóbal PINTO ANDRADE, *El Convenio Regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona, Editorial Bosch, 2012, p. 138; Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, “Pactos prematrimoniales”, p. 689.

²¹² Roj 1344/1995, MP Gullón Ballesteros.

cuenta el espíritu que preside ambas partes al contratar, las mismas se comprometieron a desistir de la ejecución de la sentencia ya que en esa transacción documental se zanjaban las diferencias que pudieran existir o justificar la pretendida ejecución". En el mismo sentido se ha posicionado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto a otros pactos privados como: convenio de separación (STSJC de 4 febrero 1999), acuerdo protocolizado notarialmente de disolución del condominio existente sobre una finca, estando los cónyuges en trámites de divorcio (STSJC de 25 mayo 2000) y un acuerdo de capitalización de la pensión compensatoria, la cual había sido previamente impuesta por sentencia judicial firme, a través de la entrega de un bien inmueble (STSJC de 28 enero 2010)²¹³.

Llegados a este punto, examinaremos uno de los argumentos aducidos tradicionalmente contra la validez del pacto amistoso de separación, conforme el cual constituyen una transacción prohibida, derivada de la ilicitud de su objeto²¹⁴.

Como ya se sabe, de acuerdo con el art. 1814 CCE, se prohíbe transigir, junto con el estado civil y los alimentos futuros (i. e. tanto el derecho otorgado por la ley a pedir alimentos cuando se den las circunstancias de necesidad, como el derecho a pensiones alimenticias no vencidas), sobre las cuestiones matrimoniales. Ahora bien, no procede realizar una interpretación tan restrictiva de la prohibición contenida en el art. 1814 CCE. Si bien es cierto que la renuncia (que conlleva necesariamente la transacción) no puede versar sobre materias que constituyan contenido mínimo imprescindible del convenio regulador (art. 233-2 CCC), al requerirse de la correspondiente homologación o aprobación judicial, no puede entenderse que dicho precepto prohíba transigir sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial, que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales. En este sentido, ya se pronunció el TS en su sentencia de 4 de diciembre 1985, sobre la base de que *"al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público"*. La razón es que, una vez admitido el divorcio y reconocida amplia libertad de pacto a los cónyuges y convivientes estables, una interpretación restrictiva del art. 1814 CCE tiene encaje difícil en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que en el supuesto

²¹³ STS de 12 febrero 1991 (ROJ 12997/1991, MP Martínez-Calcerrada Gómez); STSJC de 4 febrero 1999 (ROJ 1158/1999, MP Feliu i Llansa); STSJC de 25 mayo 2000 (ROJ 6969/2000, MP Vidal Andreu); STSJC de 28 enero 2010 (ROJ 426/2010, MP Alegret Burgués).

²¹⁴ Ramon FAUS ESTEVE, "La separación de hecho en el matrimonio", pp. 326-327; Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", pp. 23-25; Antonio PÉREZ RAMOS, "El proceso sumario de separación conyugal", p. 540; Gabriel GARCÍA CANTERO, "La separación de los cónyuges en el matrimonio civil", *Revista de Derecho Notarial*, núm. XXIV (1959), p. 18; Ignacio CAREAGA VILLALONGA, "La ruptura conyugal", pp. 52-53; Tomás OGÁYAR AYLON, "La separación de hecho de los cónyuges", p. 77. Respecto los otros argumentos en contra de la validez del pacto amistoso de separación (su ilegalidad y la concurrencia de una causa ilícita), puede consultarse: Ana María PÉREZ VALLEJO, "El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges", pp. 217-229.

de que se hubiere transigido sobre el estado civil y las consecuencias patrimoniales, se tendría que declarar la nulidad de toda la transacción, al resultar muy difícil averiguar si ambas materias resultan separables o no en la intención de las partes²¹⁵.

Además, conviene destacar que la naturaleza transaccional únicamente resultará predicable cuando las partes excluyen o traten de excluir jurídicamente la posibilidad de pleito, haciéndolo jurídicamente inviable, o en poner fin a uno ya empezado. De modo que si una de las partes pretende posteriormente plantear procesalmente la cuestión resuelta por la transacción, la otra podrá oponer la *exceptio rei per transactionem finitae* a dicha pretensión, la cual cortará definitivamente el proceso, al igual que la excepción de cosa juzgada material. Dicha voluntad de las partes de excluir el pleito resulta deducible, a partir de la interpretación del acuerdo alcanzado²¹⁶.

Analizaremos, posteriormente, si resulta posible excluir la competencia del tribunal mediante un acuerdo privado de las partes en el derecho comparado.

En el caso del “*maintenance agreement*” y “*separation agreement*” del derecho inglés y galés, cualquier estipulación por la que se limite el derecho de solicitar una “*court order*” es nula, ya sea respecto manutención de los hijos (s. 9 (3) y (4) CSA), “*s8 orders*” (s. 10 (1) CA) o “*ancillary relief*” (ss. 34 (2) MCA y 68 (b) CPA). En cambio, en el derecho australiano, ello solo se contempla para los acuerdos sobre manutención para uno de los esposos, en la medida en que la ss. 90F y 90UI FLA determinan que ninguna cláusula del “*financial agreement*” puede excluir o limitar la competencia del tribunal en este ámbito cuando alguno de ellos “*was unable to support himself or herself without an income tested pension, allowance or benefit*”, así como para los acuerdos relativos a los hijos, los cuales para resultar vinculantes requieren de su incorporación en un “*consent order*” tras su

²¹⁵ Agustín MACÍAS CASTILLO, “Artículo 1814”, en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1962-1963; Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “Artículo 1814”, en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 1772-1773; Ángel CARRASCO PERERA, “Artículo 1814”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Cizur Menor, 2009, p. 2043; Encarna ROCA TRIAS, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, pp. 2122-2123; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, pp. 205-206; Isabel MORATILLA GALÁN, “La transacción da certidumbre a una relación incierta”, pp. 2088-2089; Rosana PÉREZ GURREA, “La transacción y el arbitraje”, p. 2317; Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “La separación de hecho matrimonial”, pp. 44-45; Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, “Pactos prematrimoniales”, p. 163. En la jurisprudencia, consultar: STS 4 diciembre 1985 (ROJ 1723/1985, MP Santos Briz).

²¹⁶ De acuerdo con DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, el pacto amistoso de separación no acostumbra a tener una pretensión tan elevada, ya que se celebra para eludir el pleito, pero sin voluntad de crear un status de separación con eficacia jurídica (Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, p. 25). También vid.: Silvia TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción*, Madrid, Civitas, 2002, p. 26; Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “Artículo 1816”, en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 1774-1775; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, pp. 203-206; Leonor AGUILAR RUIZ / César HORNERO MÉNDEZ, “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria”, p. 31.

aprobación por los tribunales (en atención a las previsiones de la s. 65DAA FLA)²¹⁷. En caso del derecho norteamericano, los tribunales mantienen siempre la competencia, aunque se encuentran vinculados por los acuerdos que hubieran alcanzado privadamente los cónyuges o “*domestic partners*”, para regular sus relaciones, siempre que se cumplan con unos requisitos (ss. 306 (b) MMDA y 7.09 PLFD).

IV. DISTINCIÓN DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS AFINES

Tras el estudio realizado en el apartado anterior, una vez delimitados los distintos tipos de negocios jurídicos de derecho de familia que se pueden celebrar con el fin de regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de convivencia, nos centraremos en la cuestión acerca de las múltiples relaciones que pueden establecerse entre el pacto en previsión de crisis matrimonial y el pacto en previsión del cese de la convivencia (1.), el convenio regulador (2.), el acuerdo de mediación (3.) y el acuerdo relativo a la potestad parental (4.) con el pacto amistoso de separación.

1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia

La calificación de estos pactos como negocio jurídico preparatorio del convenio regulador no resulta procedente, ya que regulan situaciones distintas, a pesar de tratarse de instituciones afines. Por consiguiente, cada uno tiene su propio contenido y no cabe la mutación del título, requiriéndose de nuevo y específico consentimiento, al responder a finalidades distintas y afectar a personas diferentes (no solamente a los cónyuges o convivientes estables, sino también a los hijos menores o incapacitados). Por el contrario, la calificación de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial o de convivencia como “*pactos de separación amistosos preconstituidos*”, emprada por LÓPEZ BURNIOL²¹⁸, resulta más apropiada. La razón es que estos, si bien se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan a las partes (art. 1258 CCE), al estar sometidos a condición suspensiva, su eficacia permanece en suspenso hasta el momento en que se produzca la ruptura matrimonial o de convivencia estable. En este mismo sentido, defendiendo la semejanza entre ellos, se ha

²¹⁷ Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, p. 705; Grant T. RIETHMULLER / Kay FEENEY, “Child Support and maintenance”, VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 810-811; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, pp. 638-639 y 789.

²¹⁸ Juan José LÓPEZ BURNIOL, “Article 15”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 159-160; Ángel SERRANO DE NICOLÁS, “Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 485-486; Juan José LÓPEZ BURNIOL, “La «resurrecció» dels capítols matrimonials”, p. 42; Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, pp. 544-548; Miriam ANDERSON, “Sentencia de 31 marzo de 2011 (RJ 2011\3137). Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria: validez de la primer y nulidad de la segunda”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88 (2012), p. 397.

posicionado SERRANO DE NICOLÁS, argumentando que ambos regulan una misma realidad (ruptura matrimonial o cese de la convivencia estable) prescindiendo del control judicial *ab initio*.

Resulta procedente preguntarse en qué medida un pacto amistoso de separación puede complementar o modificar lo acordado en un pacto previsión de una ruptura matrimonial o en un pacto en previsión del cese de la convivencia, aunque conviene destacar que aquellas estipulaciones que sean contenido propio e imperativo del convenio regulador, las cuales han sido estudiadas previamente, no vincularán a los cónyuges o convivientes estables, al requerirse de su aprobación judicial para su plena eficacia.

En el caso del pacto en previsión de una ruptura matrimonial o del pacto en previsión del cese de la convivencia, nos encontramos con un negocio jurídico otorgado en escritura pública, el cual puede resultar perfectamente alterado por una escritura pública, un documento privado o un acuerdo verbal, salvo que por la especialidad del acto se requiera de su otorgamiento en escritura pública. La principal diferencia entre las distintas formas (aparte de su distinto efecto probatorio) es que las alteraciones introducidas por documento privado o acuerdo verbal únicamente producirán plenos efectos jurídicos entre las partes, pero ningún efecto contra tercero (art. 1230 CCE).

Es necesario señalar que solo nos encontraremos ante un supuesto de novación cuando la variación de los elementos componentes de la obligación sea notoria, sin estar limitado a los supuestos previstos en el art. 1203 CCE. Si bien en el CCE solamente se concibe a la novación como un modo extintivo de las obligaciones (art. 1204 CCE), la novación modificativa ha resultado admitida por interpretación *a contrario* de dicho precepto. En cualquier caso, ello únicamente será posible cuando la obligación primitiva sea plenamente válida, puesto que de lo contrario, afectará a la eficacia de la novación, como consecuencia de la mutua interdependencia (art. 1208 CCE). La diferencia es que mientras que la primera implica la creación de una nueva obligación que sustituye la anterior y las accesorias, salvo en caso de que la extinción resulte perjudicial para algún tercero implicado en la relación obligatoria (novación propia), la segunda permite la supervivencia de esta última con la modificación introducida (novación impropia). De ahí que DÍEZ-PICAZO sostenga que resulta preferible hablar de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes. La novación solo será extintiva cuando conste de manera clara e inequívoca dicha voluntad (*animus novandi*), ya sea por

manifestación expresa o tácita por exteriorización deducida de la total incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación que imposibilite la vigencia de ambas al mismo tiempo (art. 1204 CCE). Ello ocurre cuando la nueva contrarie a la anterior de forma terminante (p. ej. cambio total de la prestación, variación sustancial de las condiciones principales, cambio de causa que la originó, sustitución de la persona del deudor), atendándose en cada caso concreto a las circunstancias concurrentes y conductas de los obligados²¹⁹.

Por tanto, en el supuesto de que las partes persigan la modificación de la escritura pública (que contiene el pacto en previsión de una ruptura matrimonial o el pacto en previsión del cese de la convivencia) y que esta produzca efectos contra terceros, tendrán que otorgar otra escritura pública en la que se recoja lo que hubieran pactado, consignándose la derogación de aquellas cláusulas sobre las que se ha producido el cambio de voluntad.

Procederemos, seguidamente, a examinar desde la perspectiva del derecho comparado en qué medida un pacto celebrado en previsión de una crisis matrimonial o de la convivencia estable puede resultar modificado por un pacto celebrado una vez esta ya se ha producido.

En primer lugar, en el caso del derecho australiano, es preciso indicar que “*financial agreement before marriage*” y “*financial agreement before de facto relationship*” pueden resultar derogados y reemplazados respectivamente por un “*financial agreement during marriage*” y por un “*financial agreement after de facto relationship*”. Existiendo dos vías, a través de las cuales es posible introducir modificaciones. La primera consiste en celebrar un nuevo acuerdo que derogue el anterior en su totalidad, razón por la que debe incluirse una disposición por la que se deje sin efecto y, en el supuesto de que haya estipulaciones que no se quieran modificar, deberían ser incluidas en el acuerdo nuevo (ss. 90C (4) y 90UB (4) FLA). La segunda es a través de celebrar un nuevo “*financial agreement*”, una vez que el anterior hubiera sido dejado sin efecto (ss. 90J (1) para. b y 90UL (1) para. b FLA). Ello puede suceder cuando las partes hubieran celebrado un “*termination agreement*” (cumpliendo con los requisitos de la ss. 90J (2) y 90UL (2) FLA) por el que lo hubiera dejado sin efecto, pero también en caso de que los “*civil partners*” hubieran contraído matrimonio posteriormente, en cuyo caso el acuerdo que hubieran alcanzado deja de ser

²¹⁹ Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Navarra, Cizur Menor, 2008, pp. 958-967; José Luis LACRUZ BERDEJO / Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA / Agustín LUNA SERRANO / Jesús DELGADO ECHEVARRÍA / Francisco RIVERO HERNÁNDEZ / Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, tomo I, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 306-316; Manuel GARCÍA DE MARINA, *La Novación. Modificación y extinción de las obligaciones*, Barcelona, SERLIPOST, 1993, pp. 29-34; Eduardo SERRANO ALONSO / Eduardo SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Madrid, Edisofer, 2007, pp. 183-184; Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 211-214.

vinculante (s. 90SC FLA). Ahora bien, siempre existe la posibilidad de rectificar errores del documento en el que se recoja el acuerdo, aunque se requiere de consenso entre las partes²²⁰.

En segundo lugar, examinaremos en qué medida “*premarital agreement*” o “*pre-civil partnership agreement*” del derecho inglés y galés pueden ser modificados posteriormente por “*separation agreement*” o “*maintenance agreement*”. Para que ello sea posible, es necesario que los primeros hayan sido dejados sin efecto previamente por acuerdo entre las partes. En este sentido, *Law Commission (for England and Wales)*, en su informe presentado al Gobierno *Matrimonial Property, needs and agreements*, (LAW COM n° 343), ha recomendado que dichos acuerdos sean celebrados por escrito: “*In order to avoid the evidential difficulties associated with proving that a qualifying nuptial agreement is no longer in force between the parties and to ensure that the parties are not bound by the terms of an old qualifying nuptial agreement that they had intended to replace*” (6.189).

Si bien es cierto que, conforme con la legalidad vigente, estos acuerdos solamente son vinculantes para las partes una vez superan el test de equidad, *Law Commission (for England and Wales)* defiende que estos tendrían que ser vinculantes desde el momento de su celebración (“*qualifying nuptial agreements*”) de cumplir con unas determinadas condiciones, contempladas en Sch. A1 de *Draft Nuptial Agreements Bill (2014)*²²¹: celebrados por escrito en “*deed*” (“*the formation requirement*”), signados por lo menos 28 días antes del matrimonio o de la “*civil partnership*” (“*the timing requirement*”), divulgación de la información relativa a la situación económica de cada parte (“*the disclosure requirement*”), asesoramiento legal independiente (“*the advice requirement*”) y que acuerdo alcanzado sea válido y ejecutable como contrato (“*the validity requirement*”).

En último lugar, en el caso del derecho norteamericano, cabe examinar si lo pactado en “*premarital agreement*” o “*cohabitation agreement*” (solo se admite en algunos Estados) puede modificarse o revocarse, a través de “*separation agreement*”. Antes de proceder con el estudio, es necesario poner de manifiesto que el propósito de celebración del “*cohabitation agreement*”, por parte de convivientes que no han formalizado su unión, es para evitar que les resulten de aplicación las “*Common-law marriage*” (atribuyen un estatus jurídico similar al matrimonio), aunque igualmente puede ser para atribuir derechos y responsabilidades a

²²⁰ Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 700-708 y 736-743; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, p. 788; Paul Le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail? Equitable remedies and rectification of financial agreements”, *New South Wales Judicial Scholarship*, núm. 35 (2012), pp. 23-24.

²²¹ Se encuentra, como Appendix A, en el documento elaborado por THE LAW COMMISSION (LAW COM No 343), titulado “*Matrimonial Property, needs and Agreements, presented to Parliament pursuant to section 3 (2) of the Law Commissions Act 1965, ordered by the house of commons to be printed on 26 February 2014*” (2014), en prensa.

cada uno de los miembros en caso de disolución de la relación o fallecimiento de alguno de ellos. En sentido similar, se ha regulado en el capítulo 6 de PLFD, al proponer que a los “*domestic partners*”, salvo que por acuerdo expreso se manifiestan en contra o desean introducir alteraciones, les resulten de aplicación una serie de normas supletorias. Sin embargo, en el supuesto de que las partes tengan hijos en común o que hayan transcurrido más de 5 años desde la celebración, dicho acuerdo no resultará vinculante, salvo que cumpla con los requisitos adicionales que un “*premarital agreement*”, por más que resulte válido conforme con los principios generales de derecho de contratos (s. 7.04 (6) PLFD)²²².

En el caso del “*premarital agreement*”, la respuesta es muy similar a la del derecho inglés y galés, en la medida en que para introducir modificaciones es necesario que previamente sean dejados sin efecto por un acuerdo entre las partes. Conviene destacar que la s. 5 de *Uniform Premarital Agreement Act* (1983), promulgada en 27 Estados, establecía que únicamente resultaba posible dejar sin efecto (o modificar) un “*premarital agreement*”, después de haberse celebrado el matrimonio, por acuerdo escrito en el que constase dicha voluntad, firmado por ambas partes. Así pues, en aquellos Estados en que fue promulgada se encuentra regulado en este sentido. La *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* (2012), aprobada de momento en 2 Estados, ha establecido que la revocación (o modificación) tiene que realizarse a través de la celebración de un “*marital agreement*” (s. 2 (1) UPMAA), el cual tiene que constar por escrito y estar firmado por las dos partes, pudiendo las regulaciones estatales reconocer a las partes la capacidad para pactar formalidades adicionales para la revocación (o modificación) de su acuerdo. No obstante, en el proyecto redactado en 2011, se regulaba la modificación y la revocación de un modo distinto. Mientras que la modificación tenía que realizarse a través de la celebración de un “*marital agreement*” (s. 8 (a) para. 13 UPMAA, la revocación (entendiendo la derogación total del acuerdo) requería solamente de un acuerdo por escrito firmado por las dos partes, excepto que estas hubieran pactado el cumplimiento de otras formalidades. El *Drafting Committee* decidió eliminarlo posteriormente, al considerar que podía producirse un uso fraudulento²²³.

²²² “*Common-law marriage*” se encuentran en: Alabama, Colorado, Georgia, Idaho, Iowa, Kansas, Montana, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Texas and the District of Columbia (Linda ROUSE, *Marital and Sexual Lifestyles in the United States. Attitudes, behaviours, and relationships and social context*, Abingdon, Haworth Clinical Practice Press, 2002, pp. 77-78). En la doctrina, vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, pp. 39 y 973-974; Martha M. ERTMAN, “The ALI Principles’ approach to domestic partnership”, p. 116; Ira Mark ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en Jens M. SCHERPE (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 411-413; Harry D. KRAUSE, “Family law in a nutshell”, pp. 64-68 y 76-79; Harry D. KRAUSE, “Family Law. Cases, comments, and questions”, pp. 92-96.

²²³ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Uniform Premarital Agreement Act” (1983), en prensa; NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Uniform Premarital and Marital Agreement Act” (2012), en prensa, p. 9. La UPAA ha sido promulgada en: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia and Wisconsin. Por el contrario, la UPMAA ha sido aprobada en Colorado y North Dakota, así como promulgada en District of Columbia y Nevada.

En el caso de “*cohabitation agreement*”, será necesario que además sea dejado sin efecto antes de que un “*separation agreement*” pueda modificar pacto alguno en otro sentido. Al regirse por el derecho contractual (cuya regulación se encuentra en las leyes estatales, aunque hay cierta homogeneidad), resulta suficiente que las partes lo revoquen (preferiblemente por escrito, a efectos probatorios), en la medida en que la libertad contractual permite dejar sin efecto el contrato celebrado²²⁴.

2. Convenio regulador

Las partes pueden aclarar, complementar (p. ej. estableciéndose complementos económicos a las prestaciones pactadas) o incluso, en algunos casos, modificar lo estipulado en convenio regulador, a través de un pacto amistoso de separación. Ello se puede hacer de forma simultánea con la presentación del convenio regulador o con posterioridad. En atención a las diferencias en la regulación, es importante distinguir entre los acuerdos que tengan por objeto las relaciones entre los cónyuges o convivientes estables y aquellos que sean respecto los hijos comunes sometidos a potestad parental.

En el caso de los acuerdos que tengan por objeto las relaciones entre los cónyuges o convivientes estables (relaciones horizontales), hay que tener en cuenta que no se ha previsto un contenido mínimo indispensable en el convenio regulador, sino un conjunto de pactos que se pueden celebrar, en función de la conveniencia de las partes (art. 233-2.3 CCC)²²⁵. No obstante, hay estipulaciones que tienen que ser incorporadas en un convenio regulador para que resulten eficaces, lo que supone restricciones a la posibilidad de introducir modificaciones a lo pactado. Este es el caso de los pactos de renuncia a la prestación compensatoria, al no resultar eficaces cuando comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor, salvo que hubiese sido incorporado a una propuesta de convenio regulador (art. 233-16.2 CCC). Al igual que tampoco lo son los pactos de renuncia a la prestación alimentaria celebrados por parte de los convivientes estables (art. 234-10.2 CCC). Asimismo, de los pactos sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, puesto que en aquello que comprometan las posibilidades de atender las necesidades básicas del cónyuge o conviviente beneficiario del uso tampoco serán eficaces, de no haberse pactado en convenio regulador (arts. 233-21.3 y 234-8.4 CCC).

²²⁴ Gregory KLASS, *Contract Law in the USA*, Biggleswade, Kluwer Law International, 2010, pp. 188-189.

²²⁵ Iciar CORDERO CUTILLAS, “El Convenio Regulador”, pp. 49-50; Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, pp. 551-552; Mariano ALONSO PÉREZ, “Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4 (1983), p. 1161; Cristóbal PINTO ANDRADE, “El Convenio Regulador”, pp. 56-57; Margarita CASTILLA BAREA, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 352-355.

La introducción de modificaciones a lo que se hubiere incorporado en un convenio regulador, a través de un pacto amistoso de separación, resulta posible, por dos vías.

En primer lugar, obteniendo una sentencia o decreto de modificación de los efectos. Ello resulta posible, por petición de ambos cónyuges o convivientes estables, a través de la presentación de un convenio parcial, el cual se sustanciará conforme con lo dispuesto en el procedimiento de mutuo acuerdo (arts. 777.9 y 777.10 LEC). Pero también, por petición de uno de ellos, a través de una decisión judicial que altere lo pactado en un convenio regulador, la cual se tramitará conforme lo previsto para los procesos contenciosos (art. 775.1 LEC). En este caso, a diferencia de cuando se pretenda la modificación por acuerdo entre las partes, será necesario acreditar una alteración sustancial de las circunstancias que el tribunal tuvo en cuenta en el momento en que se dictó la sentencia (art. 775.1 LEC). En la jurisprudencia, por ejemplo, encontramos que los cambios al convenio regulador, introducidos de mutuo acuerdo por las partes, consistieron en: modificación de la pensión compensatoria a satisfacer (SAPB de 30 junio 2009); introducción de un nuevo bien en la liquidación y alteración de la adjudicación de los bienes comunes que fue realizada en el convenio regulador (SAPB de 22 febrero 2011); introducción de cambios en la atribución de la vivienda familiar y de la segunda residencia entre los cónyuges (SAPB de 17 septiembre 2013)²²⁶. En el supuesto de que los cónyuges hayan otorgado escritura pública de separación matrimonial o de divorcio, nos remitimos a lo previamente defendido, en relación con el pacto en previsión de una ruptura matrimonial y del pacto en previsión del cese de la convivencia.

En segundo lugar, es posible celebrar pactos privados con el fin de introducir modificaciones, sin necesidad tampoco de acreditar un cambio sustancial de las circunstancias. En la medida en que la regla general es que el negocio jurídico nace en el momento en que una o varias personas consientan en obligarse (art. 1254 CCE), la excepción a esa regla (de requerir de homologación para su validez) tiene que interpretarse restrictivamente. Además, si el firmante del pacto de modificación de lo previsto en convenio regulador alegase la nulidad del mismo vulneraría la obligación de ejercitar sus derechos de buena fe (art. 7.1 CCE) e iría contra el principio de los propios actos (*nemo potest venire contra factum proprium*). Por ejemplo, en la SAPB de 31 mayo 2005 se

²²⁶ Magda TORRERO MUÑOZ, “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”, en Juan Manuel LLOPIS GINER (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 37-42; Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, pp. 569-570; Mariano ALONSO PÉREZ, “Separación consensual, acuerdo para divorciarse”, p. 1159; Javier PÉREZ MARTÍN, “Pactos prematrimoniales”, p. 34. En la jurisprudencia, se puede consultar: SAPB de 30 junio 2009 (ROJ 6593/2009, MP Rico Rajo), SAPB de 22 febrero 2011 (ROJ 3127/2011, MP Viñas Maestre) y SAPB de 17 septiembre 2013 (ROJ 9398/2013, MP Pérez Tormo).

reconoció validez a un pacto privado por el que se novaba la pensión compensatoria reconocida en convenio regulador. Sin embargo, la doctrina registral ha mantenido una postura distinta a la jurisprudencial, al defender que un acuerdo posterior de las partes que modifique el convenio regulador requiere siempre de homologación judicial. En este sentido, encontramos la RDGRN de 5 febrero 2003, al afirmar que *“la homologación judicial del Convenio de separación es esencial para proteger los intereses de los hijos, a lo que obliga el artículo 39 de la Constitución y concretamente los del cónyuge más débil [...] Que la facultad de aclarar, complementar o rectificar, en este caso, corresponde sólo a los Jueces y Tribunales y no puede realizarse ante Notario”*. Ello se debe a que, mientras que en el derecho civil catalán solo puede denegarse la aprobación de los puntos no conformes con el interés de los hijos menores, en el derecho civil común también procede la de aquellos que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90 CCE)²²⁷.

Por aplicación de esta misma interpretación judicial, conforme la cual las partes pueden introducir modificaciones a lo pactado en convenio regulador, pueden igualmente introducir aclaraciones o complementos (acuerdos transaccionales posteriores), a través de un pacto amistoso de separación, sin precisar de homologación judicial, al resultar ya este eficaz *inter partes*. Así lo entendió, por ejemplo, la STS de 21 diciembre 1998, por la que se reconoció validez a un documento privado por el que se pactaba un complemento de la cantidad atribuida a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales, efectuada en convenio regulador. Asimismo, la SAPB de 16 mayo 2001, que admitió como válido un pacto privado, suscrito por los cónyuges en idéntica fecha que el convenio regulador homologado judicialmente, por el que se aumentaba la suma pactada en el mismo de la pensión compensatoria. Ahora bien, es importante enfatizar que la eficacia de los acuerdos será siempre distinta, a nivel de ejecutabilidad, en función de si se encuentran recogidos en un convenio regulador o en un pacto amistoso de separación²²⁸.

En relación con los acuerdos sobre los hijos comunes (relaciones verticales), el legislador ha establecido unas medidas que necesariamente tienen que adoptarse, respecto el ejercicio de

²²⁷ SAPB de 31 mayo 2005 (ROJ 5667/2005, MP Rico Rajo) y RDGRN de 5 febrero 2003 (La Ley 1823/2003). En la doctrina, vid. María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, “Sentencia de 21 de diciembre de 1998”, pp. 715-716; Ángeles PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, pp. 241-243; María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, “Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador”, *RCDI*, núm. 730 (2012), p. 1041; Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 31 de marzo de 1995”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 40 (1996), pp. 26-27; Magda TORRERO MUÑOZ, “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”, pp. 52-53; Iciar CORDERO CUTILLAS, “El Convenio Regulador”, pp. 155-157.

²²⁸ Ángeles PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, pp. 241-244; María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, “Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador”, pp. 1039-1041. En la jurisprudencia, vid. STS de 21 diciembre 1998 (ROJ 7768/1998, MP González Poveda) y SAPB de 16 mayo 2001 (ROJ 5388/2001, MP Jiménez de Parga Gastón).

las responsabilidades parentales, una vez se ha producido una crisis matrimonial o de la convivencia estable. De modo que, en el supuesto de que los cónyuges o convivientes estables no sean capaces de ponerse de acuerdo sobre los puntos que tienen que contenerse necesariamente en convenio regulador (arts. 233-2.2 y 234-6.4 CCC), corresponderá a la autoridad judicial adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre dichos extremos (arts. 233-4 y 234-6.4 CCC).

Al igual que en las relaciones horizontales, a través de un pacto amistoso de separación, las partes pueden aclarar o complementar lo pactado en un convenio regulador (p. ej. otros aspectos relativos al ejercicio de la potestad parental, complementos económicos a las prestaciones pactadas). Así, por ejemplo, encontramos la SAPB de 9 octubre 2012 o la de 30 noviembre 2011, aunque en esta se otorgó para ampliar los gastos englobados en la pensión alimenticia (p. ej. gastos de canguro). Si bien, como hemos afirmado con anterioridad, estos pactos únicamente serán eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento (art. 233-5.3 CCC). En cambio, los progenitores no pueden introducir modificación alguna a lo pactado en un convenio regulador aprobado judicialmente, a través de la celebración de pactos privados. Así sucedió, por ejemplo, en la SAPB de 31 mayo 2013, que no admitió validez a un pacto privado por el que se reducía la pensión alimenticia, establecida en convenio regulador²²⁹. Ello se debe a que para la plena validez y eficacia de dichos pactos, al tratarse de una materia incluida en el orden público familiar, es necesaria la aprobación judicial. Por esta razón, las partes tienen que presentar una nueva propuesta de convenio regulador, para que sea aprobada por la autoridad judicial, si procede (art. 777.9 LEC). Cuando las modificaciones sean de mutuo acuerdo y sean conformes con el interés superior del menor, no se requerirá que se cumpla con el requisito de una alteración sustancial de las circunstancias.

Cabe examinar, seguidamente, si en el derecho comparado pueden también introducirse modificaciones a la sentencia judicial, a través de un pacto privado.

En primer lugar, en el caso del derecho norteamericano, las disposiciones contenidas en el “*decree*”, emitido por el tribunal, pueden cambiarse de acuerdo con las reglas para modificar las sentencias (ss. 306 (f) MMDA y 7.10 (5) PLFD), las cuales se encuentran previstas en las ss. 316 MMDA y 7.11 PLFD. No obstante, las partes pueden pactar que las estipulaciones respecto de manutención y división de propiedades del “*separation agreement*”, a pesar de

²²⁹ SAPB de 9 octubre 2012 (ROJ 11665/2012, MP Pérez Tomo); SAPB de 30 noviembre 2011 (ROJ 13017/2011, MP Bayo Delgado); SAPB de 31 mayo 2013 (ROJ 6965/2013, MP Viñas Maestre).

estar incorporadas en un “*decree*”, no puedan ser modificadas o que solo lo puedan ser de conformidad con los términos del acuerdo (s. 306 (f) MMDA). El principal beneficio que puede obtenerse de pactarlo es que permite maximizar las ventajas de una planificación futura, eliminando la incertidumbre causada por el miedo a peticiones futuras que incrementen o reduzcan las obligaciones de las partes²³⁰.

En segundo lugar, entraremos a examinar el derecho australiano. El “*consent order*” (se incluyen provisiones relativas a propiedad y manutención entre esposos, así como para los hijos) resulta ejecutable igual que cualquier otro “*court order*” y solamente puede dejarse sin efecto, a través de apelación. Sin embargo, en el caso de “*consent order for property*”, ello resulta igualmente posible cuando ambas partes estén conformes, sin ser necesario que dicho consentimiento sea expreso, pudiéndose desprender del comportamiento de las partes (ss. 79A (1A) y 90SN (2) FLA). De todos modos, el tribunal mantiene cierta discrecionalidad para aceptar los cambios, puesto que “*the court shall not make an order under this section unless it is satisfied that, in all the circumstances, it is just and equitable to make the order*” (ss. 79 (2) y 90SN FLA). De hecho, *Full Court* (sección de apelación de la *Federal Court of Australia*) se ha manifestado a favor del uso de dicha facultad con moderación²³¹.

En último lugar, en el derecho inglés y galés, es preciso precisar que únicamente puede incluirse en “*consent order*” lo pactado acerca de “*ancillary relief*” y de manutención de los hijos, pero no los acuerdos sobre el ejercicio futuro de “*parental responsibility*”, como consecuencia del principio de no intervención. La modificación de lo incorporado en “*consent order*” resulta difícil (excepto que se haya estipulado la posibilidad de variación), en la medida en que las partes persiguen resolver el conflicto de un modo definitivo. Los criterios, para que ello resulte posible (previstos en el caso *Barder v. Barder* (1988), resuelto por la *Court of Appeal*) son: nuevos hechos han acontecido desde que se dictó el “*consent order*” que invalidan la base o presunciones principales que la fundamentaron; dichos hechos han tenido lugar en un período de tiempo reciente desde su emisión; la solicitud de modificación se ha producido inmediatamente después del cambios de circunstancias; otorgando el cambio no se perjudique a terceras partes, que hubieran actuado de buena fe en

²³⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, pp. 1023-1024; NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Model Marriage and Divorce Act”, p. 33; Harry D. KRAUSE, “Family law in a nutshell”, p. 418; Harry D. KRAUSE, “Family Law. Cases, comments, and questions”, p. 648.

²³¹ Belinda FEHLBERG / Juliet BEHRENS, *Australian Family Law. The contemporary context*, South Melbourne, Oxford University Press, 2008, pp. 557-560; Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 628 y 709-710; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, p. 784.

la adquisición de bienes²³². En caso de que el tribunal hubiese dictado un “s8 order”, cabe resaltar que puede ser modificado o dejado sin efecto por los tribunales (s. 8 (2) CA), aunque ello obedecerá al bienestar de los hijos y no al acuerdo que hubieran alcanzado los progenitores.

3. Acuerdo de mediación

La cuestión de su compatibilidad con un pacto amistoso de separación, el cual puede ser previo o posterior al acuerdo de mediación, se plantea cuando los cónyuges o convivientes estables alcanzan un acuerdo sobre los efectos derivados de su crisis en el marco de un proceso de mediación. Además, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la disposición adicional quinta del CCC, los procesos relativos a la ruptura de los convivientes estables se tramitarán, conforme con lo que la LEC establece en materia de procesos matrimoniales. De modo que pueden someter sus discrepancias a mediación o ser remitidas a esta por parte de la autoridad judicial.

El acuerdo de mediación y el pacto amistoso de separación son negocios jurídicos que pueden haber sido celebrados en documento privado o escritura pública, aunque en el caso del segundo también puede ser por acuerdo verbal. Por esta razón, ambos pueden resultar alterados por las cláusulas de una escritura pública, un documento privado o un acuerdo verbal, si bien las alteraciones introducidas por las dos últimas formas solo producirán plenos efectos jurídicos entre las partes (art. 1230 CCE).

En el supuesto de que las partes decidan elevar lo acordado en un documento privado a escritura pública, tendrán que ratificar el consentimiento prestado privadamente ante Notario, el cual en sometimiento al principio de legalidad, tendrá que verificar que el contenido no es contrario a Derecho, antes de su otorgamiento (arts. 103.1 CE y 6 CCE) e informar a las partes acerca del valor y alcance de dicha redacción (art. 147 RN²³³). Asimismo, en el caso de un acuerdo de mediación, es necesario que las partes, junto con el documento privado, presenten las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento (art. 25.1 LMACM). Si bien es cierto que se requiere de un consentimiento distinto e independiente del que hubieran prestado al acuerdo preliminar, ello no supone la celebración de un nuevo negocio jurídico, sino la mera conformidad de las partes con las declaraciones

²³² *Barder v. Barder (Caluori intervening)* [1988] A.C. 20, disponible en THE INCORPORATED COUNCIL OF LAW REPORTING FOR ENGLAND & WALES (ICRL). En la doctrina, vid. Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 1014-1015; Jane SENDALL, “Family law handbook”, pp. 147-148; Frances BURTON, “Family Law”, pp. 173 y 187.

²³³ Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (publicado en el BOE núm. 189, de 7 julio 1944, pp. 5225-5282).

que se les imputa, a través de su ratificación ante Notario. En este sentido, encontramos la STS de 11 febrero 1998, que se manifestó en los siguientes términos: “[C]uando un contrato en documento privado se eleva a escritura pública, esta no implica un nuevo contrato sino una ratificación del anterior, pese a que el Notario lo redacta como si se celebrara el contrato en el momento de otorgar la escritura”. En caso de cambio de voluntad de las partes, para evitar discordancias entre ambas formas documentales, resulta preferible que en la escritura se consigne la derogación de aquellas cláusulas que reflejaban en el documento privado la primitiva voluntad. En caso contrario, corresponderá al Tribunal valorar la total incompatibilidad requerida para la novación, tomando en consideración las circunstancias concurrentes y conductas de los obligados de cada caso concreto (art. 1224 CCE)²³⁴.

Cabe examinar, posteriormente, la relación entre un pacto amistoso de separación y un acuerdo de mediación en el derecho comparado.

Por lo que se refiere al derecho australiano, debemos señalar que el acuerdo que se hubiera conseguido, tras el sometimiento obligatorio de las partes a un “*family dispute resolution*” puede recogerse en un “*financial agreement*”. Del mismo modo, los otros acuerdos alcanzados respecto de los hijos pueden recogerse en “*parenting plan*”, aunque es preciso indicar que únicamente resultarían obligatorios si se incorporan en “*consent order*”. En sentido similar, encontramos el derecho inglés y galés, en que las partes pueden recoger el acuerdo de mediación en un “*separation agreement*” o “*maintenance agreement*”, pudiéndose incluir estipulaciones en relación con el ejercicio futuro de “*parental responsibility*”, aunque carecen de eficacia legal y no pueden incorporarse en “*consent order*” como consecuencia del principio de no intervención que limita a los tribunales²³⁵.

En cambio, en el caso de “*mediated settlement agreement*” del derecho norteamericano, en la medida en los tribunales aplican el derecho contractual para resolver las cuestiones que se

²³⁴ Rafael NÚÑEZ LAGOS, *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo I, Madrid, Instituto de España, 1986, pp. 624-626; José NIETO SANCHEZ, “Valor jurídico del instrumento público. El principio ‘*forma dat esse rei*’: las escrituras constitutivas. La elevación a público de documentos privados”, en Joaquín BORRELL (coord.), *Derecho Notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 746-747; Pedro ÁVILA ÁLVAREZ, *Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 109-110; María YSÁS SOLANES, “Algunos aspectos de la Ley 15/2009, del 22 julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 610-612; Inmaculada GARCÍA PRESAS, “El procedimiento de la mediación familiar”, p. 909; Rosana PÉREZ GURREA, “La mediación como método de resolución extrajudicial”, pp. 8-9. En la jurisprudencia, consultar: STS de 11 febrero 1998 (ROJ 878/1998, MP O’Callaghan Muñoz).

²³⁵ Respecto el derecho australiano, consultar: Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, pp. 62-67; Anne-Marie RICE, “Dispute resolution and family relationship centres”, pp. 106-108. En relación con el derecho inglés y galés, vid. Jane SENDALL, “Family law handbook”, pp. 147-148 y 232; Frances BURTON, “Family Law”, p. 131; Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 955 y 1008-1015.

puedan plantear²³⁶, solamente podrán celebrar un “*separation agreement*”, una vez las partes lo hayan dejado sin efecto, a través de una revocación de mutuo consenso.

4. Acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental

Antes de proceder a examinar la relación del pacto amistoso de separación con el acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental, es necesario señalar que estos pactos resultan inscribibles en el Registro Civil, al margen de la inscripción del nacimiento del hijo (arts. 46 LRC y 180 RRC²³⁷), así como en el Libro de Familia, en que se asentarán con valor de certificación (arts. 36 par. 3 y 39 RRC). Sin embargo, solo son eficaces si son conformes al interés de los hijos menores en el momento en que se pretenda el cumplimiento (art. 233-5.3 CCC), aunque ello no obsta que los cónyuges o convivientes estables pueden cumplirlos voluntariamente.

En caso de que los progenitores, separados de hecho, pacten sobre la delegación de la potestad parental a uno de ellos o la distribución de funciones, los acuerdos deberán formalizarse siempre en escritura pública, sujetándose así al control notarial (art. 236-11.3 CCC). Ello implica que los cónyuges o convivientes estables, a raíz de la celebración de un pacto amistoso de separación (aunque igualmente podría ser a la inversa), podrían introducir modificaciones o pactos complementarios, a través del otorgamiento de escritura pública *ad hoc*²³⁸.

Asimismo, los cónyuges o convivientes estables pueden de mutuo acuerdo, a raíz de un pacto amistoso de separación (aunque también unilateralmente), revocar dicha escritura (por la que se establece la delegación de la potestad parental o la distribución de funciones) en cualquier momento, a través de notificación notarial (art. 236-11.3 CCC). En este caso, la potestad parental volvería a ser ejercida conjuntamente por ambos progenitores, al ser la que se aplica en defecto de pacto (art. 236-8.1 CCC)²³⁹.

²³⁶ Edna SUSSMAN, “A brief survey of US case law on enforcing mediation settlement agreement”, p. 32.

²³⁷ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (publicado en el BOE núm. 175, de 22 julio 2011, pp. 81468-81502); Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (publicado en el BOE núm. 296, de 11 diciembre 1958, pp. 10977-11004).

²³⁸ Josep FERRER RIBA, “Article 139”, p. 669; Ferran BADOSA COLL, “La potestat del pare i de la mare”, pp. 327-328; Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2180-2181; Jordi RIBOT IGUALADA, “Instituciones de protección de la persona (I)”, en Antoni VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 286-289; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, p. 250; Beatriz VERDERA IZQUIERDO, “Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 752-753; Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña: derecho de familia*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 436-438.

²³⁹ Martín GARRIDO MELERO, “Derecho de Familia”, pp. 52-53 y 499-503; Josep FERRER RIBA, “Article 139”, pp. 667-671; Antonio VIDAL TEIXIDÓ, “Artículo 236-11”, p. 1257; Ferran BADOSA COLL, “La potestat del pare i de la mare”, p. 328.

Por el contrario, cuando los progenitores deciden mantener el ejercicio conjunto de la potestad parental, no se requiere su formalización en escritura pública, al resultar de aplicación en defecto de pacto (art. 236-8.1 CCC). En el supuesto de que posteriormente opten por la delegación de la potestad parental a uno de ellos o por la distribución de funciones, será suficiente el otorgamiento de escritura pública al efecto.

A continuación, examinaremos si en el derecho comparado pueden introducirse modificaciones a un acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental, a través de un pacto amistoso de separación.

En la regulación australiana, como dichos acuerdos no vinculan a las partes, excepto que hayan sido recogidos en “*consent order*”, las partes pueden introducir modificaciones a lo previamente pactado. En el caso de un “*parenting agreement*”, en la medida en que no tiene que constar por escrito, las partes pueden modificarlo o dejarlo sin efecto en cualquier momento y forma. En cambio, un “*parenting plan*” puede modificarse o dejarse sin efecto, a través de un acuerdo por escrito, celebrado por las mismas partes (s. 63D FLA). Ahora bien, en el caso de aquellos que hubieran sido celebrados antes de 2003 y que, por tanto, se encontrasen registrados en *Family Law Registries*, la regulación es diferente, puesto que no pueden modificarse (s. 63DB (3) FLA), solamente pueden revocarse por un acuerdo escrito entre las mismas partes (s. 63DB (4) y (5) FLA), una vez registrados, cumpliendo con los requisitos de la s. 63E FLA²⁴⁰.

En segundo lugar, cabe hacer referencia al derecho inglés y galés. En la medida en que no es necesario celebrar por escrito “*informal agreements for the delegation of the exercise of parental responsibility*” (s. 2 (9) CA), las partes pueden modificarlo o dejarlo sin efecto en cualquier momento y forma. En cambio, la respuesta es distinta para “*parental responsibility agreement*” y “*step-parent parental responsibility agreement*”, puesto que únicamente pueden ser dejados sin efecto por “*court order*” (s. 4 (2A) CA), a petición de cualquiera de las personas que tenga atribuida “*parental responsibility*” o por el niño, siempre que tenga suficiente conocimiento, con permiso previo del tribunal (s. 4 (3) CA). Conviene destacar que opera una presunción en favor del mantenimiento de “*parental responsibility*”, salvo que circunstancias excepcionales justifiquen una posición distinta. Por ejemplo, en el caso *Re P* (1995), *High Court* dictaminó, a solicitud de la madre, la extinción de “*parental*

²⁴⁰ Anne-Marie RICE, “Shared parental responsibility”, en VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 91-92; Anne-Marie RICE, “Parenting orders, plans and guidelines”, pp. 131-132; Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, pp. 409-410.

responsibility” del padre, adquirida por acuerdo, tras haber sido condenado penalmente por haber causado graves heridas al hijo común²⁴¹.

En último lugar, debemos analizar el “*co-parenting agreement*” del derecho norteamericano. Como no son vinculantes, aunque los tribunales pueden tomarlos en consideración en el momento de resolver cualquier disputa que se pueda plantear (como sucedió en *Mason v. Dwinell* (2008), *Court of Appeals of North Carolina*)²⁴², podemos afirmar que pueden modificarse o dejarse sin efecto, a través de un acuerdo por escrito y firmado por las dos partes.

5. Recapitulación final

A modo de resumen, con el fin de exponer los equivalentes (con matices) en el derecho comparado de los distintos negocios jurídicos de derecho de familia que pueden celebrarse en Cataluña con el fin de regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, lo previamente apuntado a lo largo de este primer epígrafe puede sintetizarse de la siguiente manera:

	EUA	Inglaterra y Gales	Australia
Pacto en previsión de una ruptura matrimonial	<i>Premarital Agreement</i>	<i>Premarital agreement (Prenuptial agreement)</i>	<i>Financial agreement before marriage (Prenuptial agreement)</i>
Pacto en previsión del cese de la convivencia	<i>Cohabitation agreement</i>	<i>Pre-civil partnership agreement (or pre-reggies, pre-cips)</i>	<i>Financial agreement before de facto relationship (Pre-cohabitation agreement)</i>
Acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental	<i>Co-parenting agreement</i>	<i>Informal agreements for the delegation of the exercise of parental responsibility / Parental responsibility agreement / Step-parent parental responsibility agreement</i>	<i>Parenting plan / Parenting agreement</i>
Acuerdo de mediación	<i>Mediated settlement agreement</i>	<i>(Mediation)</i>	<i>(Family dispute resolution)</i>

²⁴¹ Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, p. 434; Jane SENDALL, “Family law handbook”, pp. 240-242.

²⁴² *Mason v. Dwinell*, 660 S.E.2d 58 (N.C. Ct. App. 2008) (disponible en Justia, 07-176). En la doctrina, consultar: Brian BIX, “Agreements in Family Law”, pp. 11-12; Brian H. BIX, “The Oxford Introductions to U.S. Law: Family Law”, pp. 68-70.

Convenio regulador	<i>Decree of dissolution or legal separation (MMDA); Decree of dissolution / Decree establishing the rights and obligations of domestic partners (PLFD)</i>	<i>Consent order</i>	<i>Consent order</i>
Pacto adoptado después de la ruptura de la convivencia	<i>Separation agreement</i>	<i>Maintenance agreement o Separation Agreement (Family-based arrangements)</i>	<i>Financial agreement during marriage (Post-separation agreement) / Child support agreement (+) Parenting plan / Parenting agreement</i>
Acuerdo conseguido después del cese de la convivencia	<i>Separation agreement</i>	<i>Maintenance agreement o Separation agreement (Family-based arrangements)</i>	<i>Financial agreement after the breakdown of a de facto relationship / Child support agreement (+) Parenting plan / Parenting agreement</i>

V. CONCLUSIONES

A pesar de que todos los negocios jurídicos de derecho de familia estudiados en este capítulo son celebrados para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, cabe precisar que surgen algunas diferencias entre ellos, las cuales igualmente se producen en el derecho norteamericano, australiano e inglés y galés.

En el caso del derecho catalán, puede afirmarse que el pacto amistoso de separación se distingue de los otros negocios jurídicos en distintos aspectos. Por una parte, mientras que en este (junto con el acuerdo de mantenimiento del ejercicio conjunto de la potestad parental) opera libertad de forma, en las otras figuras jurídicas afines no es así, pudiendo ser clasificados en dos grupos, en función de si la forma tiene carácter *ad solemnitatem* (pacto en previsión de una ruptura matrimonial, pacto en previsión del cese de la convivencia estable, acuerdo relativo a la delegación de la potestad parental o a la distribución de funciones y convenio regulador formulado en una escritura pública de separación matrimonial o divorcio) o *ad probationem* (acuerdo de mediación y acuerdo presentado como propuesta de convenio regulador). Por otra, el pacto amistoso de separación es el único que puede tener carácter transaccional, aunque solo respecto a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial.

Las relaciones que pueden establecerse entre el pacto amistoso de separación y los otros negocios jurídicos de derecho de familia pueden calificarse de complejas en el derecho catalán, pero también en los otros ordenamientos jurídicos estudiados. Como se expondrá, seguidamente, hay varios puntos de confluencia entre estos.

En primer lugar, la incorporación de lo acordado en un pacto amistoso de separación en una sentencia judicial se encuentra prevista en todos los ordenamientos jurídicos estudiados. Ahora bien, mientras que en el derecho catalán y norteamericano no opera límite en cuanto a su contenido, por el contrario, en el derecho inglés y galés se encuentran excluidas las relaciones personales entre progenitores e hijos, del mismo modo que los pactos relativos a la manutención de los hijos en el derecho australiano. En relación con la posibilidad de introducir modificaciones a lo incorporado en una sentencia judicial, debemos señalar que los criterios, así como la rigidez para admitirlos, varían en función de si se tratan de relaciones horizontales o verticales. En segundo lugar, aquello pactado en un pacto en previsión de una crisis matrimonial o en un pacto en previsión del cese de la convivencia puede resultar modificado por un pacto amistoso de separación. Eso sí, mientras que en el derecho catalán resulta posible su modificación o revocación, en las otras regulaciones es siempre necesario que el acuerdo previo sea dejado sin efecto para que puedan introducirse cambios, a través de un pacto amistoso de separación. En tercer lugar, en todos los ordenamientos jurídicos estudiados resulta posible la incorporación de lo acordado en mediación en un posterior pacto amistoso de separación. Sin embargo, únicamente el acuerdo de mediación del derecho catalán y el “*mediated settlement agreement*” del derecho norteamericano resultan vinculantes para las partes desde el momento de su celebración. En último lugar, hay que tener en cuenta que en todos los ordenamientos jurídicos estudiados pueden introducirse modificaciones a un acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental, a través de un pacto amistoso de separación. No obstante, los requisitos a cumplir para que ello resulte posible varían en función de si vinculan o no a las partes, así como del instrumento jurídico en el que se encuentren incorporados.

A pesar de todas las diferencias expuestas a lo largo de este capítulo, podemos afirmar que la naturaleza jurídica del pacto amistoso de separación como negocio jurídico de derecho de familia resulta coincidente con la de los otros acuerdos que puedan celebrarse para regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable en pareja.

CAPÍTULO IV

LOS SUJETOS DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. OTORGANTES, INTERVINIENTES Y TERCEROS

I. CÓNYUGES Y CONVIVIENTES ESTABLES: CAPACIDAD DE OBRAR: 1. Menor de edad: 1.1. Contenido patrimonial referido a los cónyuges o convivientes estables. 1.2. Contenido personal-patrimonial relativo a los hijos comunes o no comunes. 2. Incapacitado: 2.1. Tutela: Incapacitación total. 2.2. Curatela: Incapacitación relativa. 3. Asistido. 4. Consideraciones generales. II. HIJOS: MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS E INCAPACITADOS: 1. Fundamento de su participación activa en la negociación del pacto amistoso de separación: 1.1. Hijos menores no emancipados. 1.2. Hijos mayores incapacitados. 2. Propuesta de régimen jurídico de la audiencia extrajudicial: 2.1. Legitimación subjetiva para actuar como representante y defensor de los intereses de los hijos. 2.2. Configuración de la intervención del defensor judicial: 2.2.1. Hijo con suficiente juicio y una opinión firme, libremente formada. 2.2.2. Hijo con una opinión no manifestada o arbitraria. III. TERCEROS: 1. Abuelos. 2. Hermanos, mayores de edad, que no conviven en el mismo hogar familiar. 3. Otros parientes sin límite de grado.

Una vez examinada la naturaleza del pacto amistoso de separación, en este cuarto capítulo centraremos el estudio en la parte subjetiva del mismo. Si bien es cierto que únicamente los cónyuges y convivientes estables son los sujetos otorgantes, ello no impide que puedan participar en la celebración los hijos –menores de edad, no emancipados, o incapacitados– o que no puedan incluirse estipulaciones a favor de terceros.

Así, estudiaremos primeramente la capacidad de obrar necesaria de los sujetos otorgantes para poder celebrar un pacto amistoso de separación (I.). Después, analizaremos el derecho de los hijos menores de edad (no emancipados) e incapacitados a ser informados y escuchados, a través de la audiencia extrajudicial, antes de que se adopte una decisión que les afecte directamente a su esfera personal o patrimonial (II.). En último lugar, abordaremos la cuestión de que se acorde en su favor un régimen de relaciones personales con terceros (III.).

I. CÓNYUGES Y CONVIVIENTES ESTABLES: CAPACIDAD DE OBRAR

En este primer epígrafe, examinaremos la capacidad de los sujetos otorgantes. Si bien es cierto que no es un elemento del negocio, al ser externo al mismo, es conveniente su estudio, puesto que constituye presupuesto de validez, al tratarse de una circunstancia (junto con el objeto) que debe de estar presente en el momento en que el negocio se realiza o alcanza vigor²⁴³.

²⁴³ Manuel ALBALADEJO, “El negocio jurídico”, p. 187; Emilio BETTI, “Teoría general del negocio jurídico”, pp. 166-167; Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, pp. 782-783.

Para celebrar un pacto amistoso de separación se requiere que ambos sujetos otorgantes, ya sean cónyuges o convivientes estables, presten su consentimiento (arts. 233-5.1 y 234-6.2 CCC). En este sentido, por ejemplo, encontramos la STS de 22 abril 1997, en relación con un convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente, declaró que: “*No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez*” (FJ 3). Además, tienen necesariamente que comparecer en el otorgamiento, ya sea personalmente o mediante un *nuntius*, en la medida en que no existen supuestos de verdadera representación voluntaria en el negocio jurídico de derecho de familia, como pusimos ya de manifiesto en el capítulo III.

La capacidad específica para otorgar un pacto amistoso de separación se asocia con la capacidad matrimonial y con la requerida legalmente para constituirse en convivencia estable. Es decir, se entiende que si uno puede casarse o unirse en convivencia estable, *a fortiori* puede celebrar un negocio jurídico de derecho de familia. Por esta razón, se afirma que el sujeto otorgante está legitimado no por la titularidad del patrimonio, sino por el *status familiae* en que se encuentra²⁴⁴. Como ya expusimos en el capítulo II, si bien es cierto que tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales pueden contraer matrimonio o constituir convivencia estable en España, ello no es así en todos los otros países estudiados. Como apuntamos previamente, mientras que en Australia el matrimonio solo puede ser contraído por parejas heterosexuales, en Inglaterra y Gales solamente las parejas homosexuales pueden formar convivencia estable.

En la medida en que para considerar válidamente emitido el consentimiento se requiere de suficiente capacidad de discernimiento, cordura o uso de razón para proveer al cuidado de sus propios intereses materiales o morales, así como para la correcta formación de la voluntad y para poder comprender debidamente el alcance de sus propias acciones, al fundamentarse la capacidad de obrar en la capacidad natural (art. 211-3.1 CCC), se plantean algunas dudas respecto a la capacidad de los menores de edad (1.) y de las personas con discapacidades (2.) que hubieran contraído matrimonio o se hubieran constituido en convivencia estable.

²⁴⁴ Emilio BETTI, “Teoría general del negocio jurídico”, pp. 170-171; Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “El negocio jurídico de derecho de familia”, pp. 782-783; Juan José LÓPEZ BURNIOL, “Els pactes de separació i de divorci”, p. 412. En relación con la capacidad de los capítulos matrimoniales, la cual resulta aplicable analógicamente al pacto amistoso de separación, puede consultarse: Juana MARCO MOLINA, “Los capítulos matrimoniales”, pp. 191-192; Immaculada BARRAL VIÑALS, “Estructura tradicional per a continguts moderns”, p. 534.

1. Menor de edad

Primeramente debemos señalar que, en todo caso, los sujetos otorgantes de un pacto amistoso de separación están siempre emancipados de derecho.

Ello resulta más claro en el matrimonio²⁴⁵, puesto que únicamente los menores emancipados pueden contraerlo (art. 46.1 CCE). Si bien es cierto que antes se reconocía una dispensa matrimonial de edad a partir de los 14 años (art. 48.2 CCE), ello ha resultado derogado tras la entrada en vigor de la LJV. Por lo que actualmente la edad mínima para contraer matrimonio se sitúa a los 16 años. Dicha modificación ha sido introducida, a raíz del II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2013-2016)²⁴⁶, el cual incluía en el objetivo 2º de apoyo a las familias, la revisión de las edades mínimas para contraer matrimonio (2.9.1).

En relación con la convivencia estable, entendemos que solamente los emancipados de derecho (de obtenerla por consentimiento de los representantes legales o por resolución judicial) pueden constituir la (234-2 letra a CCC). La razón es que, a nuestro modo de ver, la emancipación de hecho (por vida independiente del menor) resulta incompatible con los efectos derivados por la convivencia estable, por la revocabilidad del consentimiento de los progenitores o del tutor (art. 211-11.1 CCC), al no ser causa de extinción de la potestad parental ni de la tutela. Como apuntaba ROCA I TRIAS, no se trata de una emancipación en sentido estricto, pues el hijo actúa como un emancipado respecto de los bienes que hubiera adquirido en estas condiciones y para los actos de administración ordinaria²⁴⁷.

Como las limitaciones a la capacidad de obrar del menor tienen que ser interpretadas restrictivamente (arts. 211-3.3 CCC, 2.1 LOPJM y 17.2 LDOIA) y en la relación de actos o negocios jurídicos, por los que se requiere de complemento de capacidad (arts. 211-12 y 236-27.1 CCC), no se contempla expresamente el pacto amistoso de separación, puede

²⁴⁵ Respecto a la Estadística de matrimonio (2014), realizada por INE a nivel estatal, se pone de manifiesto su celebración por parte de menores: 20 (16 años) y 48 (17 años). En la medida en que dicho año contrajeron matrimonio 318.556 personas, podemos concluir que los menores casados solo representaron el 0.02%. En el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo no se han publicado los datos concernientes únicamente a los menores de edad, al haber sido incluidos en la franja de edad de 15-19 años. En el año 2014, solo fueron 8, las cuales representaron el 0,12% del total de personas que contrajeron matrimonio homosexual (6.550). De acuerdo con la Estadística de nulidades, separaciones y divorcios (2014), entre las personas que se divorciaron, encontramos 25 que tienen hasta 18 años, los cuales representan solo el 0,01% del total (por haberse divorciado 199.764 personas). Estos datos estadísticos ponen de manifiesto la escasa presencia práctica de menores en el matrimonio y en los procesos de divorcio en la actualidad.

²⁴⁶ Dicho Plan Estratégico fue aprobado por el Consejo de Ministros en fecha de 5 de abril de 2013. Se encuentra disponible en la página web del Observatorio de la Infancia, perteneciente al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

²⁴⁷ Encarna ROCA I TRIAS, “La persona física: El menor d’edat”, en Lluís PUIG I FERRIOL / Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 49. Por esta razón, los actos del menor pueden generar responsabilidad civil a cargo de los progenitores, por no adoptar las cautelas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones parentales (Pascual ORTUÑO MUÑOZ, “Artículo 211-7”, en Encarnación ROCA TRÍAS / Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 85).

afirmarse que, en principio, los menores emancipados gozan de capacidad suficiente por sí solos. Asimismo, la intervención obligatoria de los representantes legales (progenitores o tutor) resultaría artificial y contraproducente, en la medida en que la emancipación es causa de extinción de la potestad parental (art. 236-32 letra c CCC) y de la tutela (art. 222-48.1 letra a CCC)²⁴⁸.

No obstante, para la celebración de determinados actos o negocios jurídicos, en el supuesto de que hubiesen sido estipulados en el pacto amistoso de separación, sí se requeriría de complemento de capacidad. En este sentido, encontramos el art. 211-7.1 CCC (igualmente el art. 323 CCE), al establecer que, si bien el menor emancipado actúa jurídicamente como si fuera mayor de edad, necesita el complemento de capacidad para los actos establecidos legalmente. De este modo, como pone de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ, se sitúa al menor emancipado *“en una posición protagonista en lo que se refiere tanto a la titularidad de derechos que le pertenecen en su integridad, como en el ejercicio de los mismos”*²⁴⁹.

Es momento de examinar en qué medida, distinguiendo en función del contenido de las estipulaciones, los menores emancipados necesitan de complemento de capacidad para otorgar un pacto amistoso de separación.

1.1. Contenido patrimonial referido a los cónyuges o convivientes estables

El menor emancipado necesita complemento de capacidad para realizar actos que puedan comprometer en mayor medida su patrimonio, los cuales se encuentran establecidos en los arts. 211-12 (por remisión art. 211-7.1 CCC) y 236-27.1 CCC, junto con aquellos otros en los que la ley exige expresamente la mayoría de edad (p. ej. arts. 212-3, 432-3.1 o 431-4 CCC²⁵⁰). De modo que cuando se contengan estipulaciones, que entren en alguna de dichas categorías, el menor emancipado tendrá que ser asistido. En los restantes casos en que se exige plena capacidad de obrar, cabe entender que el menor emancipado puede celebrarlos, puesto que no pueden aplicarse por analogía normas que limitan la capacidad de obrar, al tener que ser interpretadas restrictivamente (arts. 211-3.3 CCC, 2.1 LOPJM y 17.2 LDOIA)²⁵¹.

²⁴⁸ En contra de la intervención obligatoria de los representantes legales, se han posicionado los siguientes autores: Juan José LÓPEZ BURNIOL, “Els pactes de separació i de divorci”, p. 413; Núria GINÉS CASTELLET, “Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña”, pp. 59-60; Juan José LÓPEZ BURNIOL, “Article 16”, p. 162; Immaculada BARRAL VIÑALS, “Estructura tradicional per a continguts moderns”, pp. 534-535.

²⁴⁹ Pascual ORTUÑO MUÑOZ, “Artículo 211-7”, pp. 76-77.

²⁵⁰ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (publicado en el BOE núm. 190, de 7 agosto 2008, pp. 33735-33788; DOGC núm. 5175, de 17 julio 2008, pp. 55923-56024).

²⁵¹ Antoni MONTSERRAT VALERO, “Pactos en previsión de una ruptura convivencia”, p. 402; Esther ARROYO I AMAYUELAS, “L’edat de la persona i els seus efectes jurídics”, p. 177; Juan José LÓPEZ BURNIOL, “Els pactes de separació i de divorci”, p.

Si bien es cierto que de haber obtenido la emancipación por razón de matrimonio, en principio, correspondería al otro cónyuge mayor de edad (art. 211-7.2 CCC), como consecuencia del evidente conflicto de intereses, tendrá que ser asistido por los representantes legales (progenitores o tutor) o, en su defecto, por el curador, lo que resulta procedente de conformidad con el art. 223-5 CCC. Del mismo modo, la autoridad judicial deberá designar un defensor judicial en caso de producirse un conflicto de intereses entre la persona puesta en curatela y el curador (arts. 223-7 y 224-1 CCC). En caso de desacuerdo entre las personas que deben prestar complemento de capacidad, de imposibilidad o si estas no lo otorgan sin causa justificada, el menor emancipado puede solicitar autorización judicial sustitutiva para actuar solamente (arts. 211-13 y 223-4.2 CCC)²⁵².

1.2. Contenido personal-patrimonial relativo a los hijos comunes o no comunes

Consideramos que el menor emancipado, que siempre tiene 16 años o más, puede celebrar por sí mismo pactos en materia de guarda y de relaciones personales, en la medida en que los límites en la capacidad de obrar no pueden interpretarse restrictivamente y únicamente precisa de asistencia y/o autorización judicial en el ejercicio de la potestad parental para aquellos actos previstos en el art. 236-27 CCC, los cuales se sitúan en el ámbito de la administración de bienes. Asimismo, hay que tener en cuenta que estos se encuentran sujetos a un control externo, ya que solo son eficaces de ser conformes al interés del hijo en el momento en que se pretenda el cumplimiento (art. 233-5.3 CCC), al estar sujetos a aprobación judicial²⁵³.

Por lo que se refiere a las estipulaciones de contenido patrimonial, contenidas en un pacto amistoso de separación, los menores emancipados requieren de autorización judicial (para los actos contemplados en el art. 236-27 CCC), al no precisar ya de asistencia para ejercer la potestad parental (art. 236-16.2 letra b CCC). Es decir, la asistencia tiene una función de complemento de capacidad para llevar aquellos actos que un menor emancipado no puede realizar por sí mismo (art. 211-12 CCC), los cuales se corresponden, a su vez, con aquellos

413; Pascual ORTUÑO MUÑOZ, "Artículo 211-12", en Encarnación ROCA TRÍAS / Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, pp. 88; Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, "Derecho Civil de Cataluña", p. 440.

²⁵² El concepto de imposibilidad incluye cualquier causa, jurídica o fáctica, que no permite actuar a la persona que tiene que prestar asistencia. Por ejemplo, ello puede suceder por: incapacidad o ausencia, tanto si han sido declaradas judicialmente o de hecho (Josep FERRER RIBA, "Article 141", en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 684). En la doctrina, vid. Esther ARROYO I AMAYUELAS, "L'edat de la persona i els seus efectes jurídics", p. 177.

²⁵³ Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, "Derecho Civil de Cataluña", p. 440: "Dicha asistencia no alcanza, sin embargo, al contenido más personal de la potestad parental, como por ejemplo, la decisión sobre el tipo de educación de los hijos". En este mismo sentido, se han posicionado: Antoni MONTSERRAT VALERO, "Pactos en previsión de una ruptura convivencia", p. 402; Esteve BOSCH CAPDEVILA, *La administración de los bienes de los hijos en el "Codi de Família"*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 68; Josep FERRER RIBA, "Article 141", p. 684.

para los que los progenitores requieren de autorización judicial, al tratarse de bienes o derechos de los hijos (art. 236-27 CCC)²⁵⁴.

2. Incapacitado

Un mayor de edad que presenta deficiencias (ya sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales), pero sobre el que no ha recaído sentencia de incapacitación, tiene –en principio– capacidad de obrar plena para celebrar un pacto amistoso de separación. La razón es que, como ya se sabe, se presume la capacidad, salvo que resulte debidamente acreditada su incapacidad (art. 211-3.2 CCC)²⁵⁵. Ello encuentra su fundamento en el art. 49 CE, en que se establece que serán amparados por los poderes públicos para el disfrute de sus derechos, el cual ha sido desarrollado por LGDPD.

De acuerdo con los datos publicados por el INE²⁵⁶, en relación con el año 2008, en España había 3.787.400 de personas con una discapacidad (de 6 y más años), de las cuales el 13,51% (511.700) se encontraban en Cataluña y cuyas deficiencias (pueden ser varias por persona) eran las siguientes:

Deficiencias mentales	107.000	(14,09%)
Deficiencias visuales	94.000	(12,38%)
Deficiencias de oído	107.400	(14,14%)
Deficiencias del lenguaje, habla y voz	8.800	(1,16%)
Deficiencias osteoarticulares	176.200	(23,20%)
Deficiencias del sistema nervioso	76.800	(10,11%)
Deficiencias viscerales	82.000	(10,80%)
Otras deficiencias	41.100	(5,41%)
No consta	66.100	(8,71%)

Fuente: INE (2008)

Del total de personas con discapacidad en Cataluña, el 69,15% necesitaba de ayuda y un 17,77% no, no disponiéndose de datos en relación con el 13,08% restante. Entre las que precisaban de ayuda, esta consistía en: asistencia o ayuda personal en un 43,39%, de ayudas

²⁵⁴ Josep FERRER RIBA, “Article 141”, p. 684; Esteve BOSCH CAPDEVILA, “La administración de los bienes de los hijos”, pp. 68-69; Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, “Derecho Civil de Cataluña”, p. 440.

²⁵⁵ Sin embargo, cabe señalar que la jurisprudencia, en ocasiones, no ha otorgado validez a los actos ejecutados por aquellos mayores de edad no incapacitados en caso de conseguirse probar que carecían de la capacidad natural necesaria. Como, por ejemplo, en la STS, de 19 noviembre 2004 (ROJ 7499/2004, MP Ferrándiz Gabriel), en la que se declaró la nulidad de un contrato de compraventa celebrado por la madre con uno de sus hijos por la falta de entendimiento y voluntad necesarios para consentir, a consecuencia de la demencia senil que padecía desde hacía algún tiempo, a pesar de no haber sido declarada judicialmente incapacitada.

²⁵⁶ Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia. Puede consultarse en: INEbase, Sociedad, Salud, Encuesta sobre discapacidades. Tablas: 1.1, 1.6, 1.21 y 1.22. En relación con Cataluña, las cifras apuntan a que: 70.800 personas estaban afectadas por dos discapacidades; 221.400 por entre tres y diez; 150.700 por once y más (tabla 1.3).

técnicas (i. e. tecnologías de apoyo) en un 14,50% y de ambas en un 42,11%. En atención al grupo de discapacidad y el tipo de ayuda que requerían:

	Sin ayuda	Solo asistencia o ayuda personal	Solo ayudas técnicas	Ambos tipos de ayuda	No consta
Visión (9,06%)	64,27%	-	23,52%	-	12,21%
Audición (10,13%)	54,45%	-	30,95%	-	14,60%
Comunicación (7,30%)	38,31%	41,83%	3,31%	7,12%	9,43%
Aprendizaje, aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas (7,05%)	28,76%	52,03%	1,45%	6,75%	11,01%
Movilidad (25,81%)	21,04%	35,65%	7,46%	24,45%	11,40%
Autocuidado (18,95%)	9,81%	50,68%	2,70%	24,60%	12,21%
Vida doméstica (21,70%)	20,95%	54,12%	2,33%	10,56%	12,04%

Fuente: INE (2008)

Por lo que se refiere a las personas declaradas judicialmente incapacitadas, a diferencia de los menores emancipados, lo determinante será el contenido de la sentencia de incapacitación, la cual determina la extensión y límites de esta, en atención a las circunstancias del caso concreto (art. 760.1 LEC). Como manifestó el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 abril 2009, “*la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio*” (FJ 5)²⁵⁷.

Es importante recordar que las limitaciones a la capacidad de obrar tienen que interpretarse restrictivamente (art. 211-3.3 CCC), lo que resulta coherente con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen en este ámbito. Así, en el art. 12.4 CDPD se contempla que las medidas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica tienen que ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, además de limitarse su aplicación en el plazo más corto posible, estando sujetos a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente. O los *Principles concerning the legal protection of incapable adults*, los cuales establecieron el principio de máxima preservación de la capacidad (ppio. 3) y el de proporcionalidad (ppio. 6). Es preciso indicar que este es el

²⁵⁷ Roj 2362/2009, MP Roca Trias. En las estadísticas judiciales, publicadas por el CGPJ (Base de datos: Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, Asuntos Jurisdicción Familia), consta que el número de procesos sobre capacidad de las personas resueltos en Cataluña fueron: 1.356 (2005), 2.536 (2007), 2.629 (2009), 3.289 (2011), 4.106 (2013) y 4.482 (2015). Ello supone un incremento del 230,53% entre las resueltas en el año 2005 y en 2015. De acuerdo con la Memoria de la Fiscalía General del Estado, publicada en 2015 (puede consultarse en la página web de del Ministerio Fiscal), se interpusieron 14.423 demandas por el Ministerio Fiscal (56,9%) y 10.915 por los particulares (43,1%), con la que se iniciaron procedimientos de determinación de la capacidad. Dentro del total de sentencias dictadas, el 98% fueron estimatorias, cuando el Ministerio Fiscal era demandante.

único instrumento del Consejo de Europa en que se han establecido estándares detallados, razón por la que son empleados para la implementación del CEDH. De hecho, por ejemplo, el TEDH resolvió sobre la base de estos principios en la sentencia *Shtukurov v. Russia* (2008), en la cual se consideró que las autoridades habían vulnerado el derecho al respeto a su vida privada (art. 8 CEDH), al haberle privado de capacidad legal sin examinar debidamente la gravedad en la reducción de su capacidad cognitiva: “*Contrary to these principles, Russian legislation did not provide for a ‘tailor-made response’. As a result, in the circumstances the applicant’s rights under Article 8 were restricted more than was strictly necessary*”. En esta misma línea, también se ha pronunciado el TS en la sentencia de 29 abril 2009: “*Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta*” (FJ 3). Ello se debe a que la capacidad de las personas es un atributo de la personalidad (STS de 19 mayo 1998), trasunto del principio de la dignidad de la persona (STS de 30 junio 2004)²⁵⁸.

Como ya se sabe, la sentencia de incapacitación (ya fuese por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales) no implica necesariamente una falta de capacidad natural para prestar el consentimiento necesario para contraer matrimonio o constituirse en convivencia estable²⁵⁹, aunque se exige de la presentación de un dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento (art. 56.2 CCE). En relación con los futuros contrayentes, las resoluciones de la DGRN requieren que tengan, como mínimo, una edad mental equivalente (identificada en el dictamen médico) de 16 años, aunque resulta suficiente de 14 años, siempre que se obtenga dispensa judicial. Por aplicación analógica de la habilitación que la ley concede a los menores emancipados para constituir convivencia estable, cuando la edad mental del incapacitado sea de 16 años, este igualmente podrá²⁶⁰.

²⁵⁸ Recomendación núm. R (99) 4, de 23 febrero 1999, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En la jurisprudencia, vid. *Shtukurov v. Russia*, ECHR (1st section), judgment 27 march 2008 (App. No. 44009/05). También: STS de 29 abril 2009 (*ut supra*); STS de 19 mayo 1998 (ROJ 3261/1998, MP O’Callaghan Muñoz); STS de 30 junio 2004 (ROJ 4629/2004, MP Corbal Fernández).

²⁵⁹ Por ejemplo, un incapacitado puede prestar consentimiento matrimonial durante un intervalo lúcido (Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, “Derecho Civil de Cataluña”, p. 51). En este sentido, encontramos la RDGRN de 18 septiembre 2008 (La Ley 330637/2008), conforme a la cual: “*En consecuencia, hay que concluir que las anomalías o deficiencias psíquicas, aún cuando pudieran dar lugar a una incapacitación judicial del sujeto afectado, solo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial*”. De hecho, en la RDGRN de 17 enero 2007 (La Ley 1240/2007), si bien en relación con la contrayente había recaído sentencia judicial declarando su incapacidad total y absoluta para regir su persona y bienes, se autorizó el matrimonio, al constatarse en el dictamen técnico facultativo un «retraso mental ligero» que, a juicio del Juez encargado y del Fiscal, no alcanzaba a generar una falta de capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial.

²⁶⁰ En este sentido, encontramos la RDGRN de 20 enero 1995 (La Ley 12118/1995), por la que se declaró que “*el contrayente tiene una edad mental comprendida entre los 6 y 8 años y que se trata de un oligofrénico de grado medio, hay que concluir que evidentemente carece de aptitud para contraer matrimonio ya que solo a partir de los 14 años y con la debida dispensa el matrimonio es válido*”. En este mismo sentido, encontramos la RDGRN de 31 octubre 2007 (La Ley 356479/2007), entre otras. A favor de la aplicación analógica que la ley concede a los menores emancipados para constituir convivencia estable a los incapacitados con una edad mental equivalente se ha posicionado Francesc Xavier FRANCINO BATLLE, “Convivència estable de parella”, p. 392.

Antes de proceder en el estudio, debe enfatizarse que cuando el cargo de tutor o curador sea ocupado por el cónyuge o conviviente estable del incapacitado y no haya cesado la convivencia, la autoridad judicial deberá designar un defensor judicial (arts. 223-7 y 224-1 letra a CCC) para aquellos actos que hayan determinado su nombramiento (art. 224-3 CCC), como consecuencia del evidente conflicto de intereses. Ahora bien, para el caso de que sí hubiera cesado la convivencia, el cónyuge o conviviente estable además tendrá que ser removido del cargo (arts. 222-10.2 letra a y 222-33.1 CCC)²⁶¹, designándose un defensor judicial hasta que recaiga resolución por la que se nombre a la persona que debe ocupar el cargo en sustitución (art. 222-34.1 CCC). Por lo que podemos concluir que, en cualquier caso, corresponderá al defensor judicial otorgar el complemento de capacidad.

Llegados a este punto, examinaremos seguidamente en qué medida los mayores de edad incapacitados necesitan de complementos de capacidad para otorgar un pacto amistoso de separación, distinguiendo en función de la institución civil de protección²⁶²:

2.1. Tutela: Incapacitación total

Desde nuestro punto de vista, en atención a la naturaleza de acto personal, aunque no personalísimo, que caracteriza el pacto amistoso de separación, consideramos que el tutor puede actuar en representación del incapacitado (art. 222-47.1 CCC), al atribuirse al tutor el deber de cuidado de la persona tutelada y sus bienes (art. 222-35 CCC), por estar privado completamente de la capacidad de obrar²⁶³. Sin embargo, ello únicamente resulta predicable respecto de las estipulaciones de contenido patrimonial, relativas a los cónyuges o convivientes estables.

²⁶¹ En este sentido, aunque en relación con la tutela, se ha pronunciado María YSÁS SOLANES, “Article 195”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 860.

²⁶² Conforme con la psiquiatría forense, hasta que el coeficiente intelectual no es inferior a 34, la incapacitación no tiene que ser plena, aunque resulta necesaria a partir de 60, en función del grado de discernimiento (José Carlos FUERTES ROCAÑÍN, *La Salud mental en los tribunales: manual de psiquiatría forense y deontología profesional*, Madrid, Arán, 2007, pp. 146-147). Para clarificar la relación entre discapacidad e incapacitación se ha elaborado la siguiente tabla, a partir de los criterios del Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (publicado en el BOE núm. 22, de 26 enero 2000, pp. 3317-3410):

	% Discapacidad	Coficiente Intelectual	Incapacitación
Capacidad intelectual	15-29	70-80	-
R.M. leve	30-59	52-69	-
		51-60	Relativa
R.M. moderado	60-75	35-50	Relativa
R.M. grave	76	20-34	Plena

²⁶³ Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código civil de Cataluña”, p. 2153 se ha defendido la naturaleza personal, aunque no personalísima, de la facultad de desistimiento.

Dicha posición resulta defendible sobre la base de que el tutor se encuentra legitimado para ejercer la acción de separación y divorcio. Como ya se sabe, los tribunales ponderan las circunstancias caso por caso para valorar si el interés del incapacitado ha quedado suficientemente probado, aunque en caso de incapacidad sobrevenida durante el matrimonio, toman en consideración si su voluntad hubiera sido separarse o divorciarse, a partir de sus deseos y comportamientos cuando aún era capaz²⁶⁴. En este sentido, resulta relevante la SAP de Murcia, de 2 febrero 2012, por la que fue homologado un convenio regulador, ratificado por el marido y por la esposa incapacitada, a través de su representante legal (cuyo padre, al haberse rehabilitado la potestad parental). En lo relativo a los actos contemplados en el art. 222-43 CCC, el tutor tiene que solicitar y obtener autorización judicial, la cual se otorga previa audiencia del Ministerio Fiscal, siempre en interés y conveniencia («utilidad o necesidad») para el tutelado (art. 222-44.1 CCC)²⁶⁵.

No obstante, ello no resulta posible en el caso de las estipulaciones relativas a los hijos menores o incapacitados. La razón es que el ejercicio de la potestad parental sí tiene carácter personalísimo (art. 236-2 CCC), por lo que resulta incompatible con la representación legal del que se encuentra sujeto a tutela. De ahí que sea ejercida exclusivamente por el progenitor capaz (art. 236-10 CCC), salvo que la sentencia de incapacitación establezca lo contrario (ya fuese excluyéndolo completamente o limitándolo al ejercicio a algunas de las funciones inherentes a la misma), pudiéndose acudir, en todo caso, a la intervención prevista en el art. 236-3 CCC de constatarse que está causando un perjuicio para el hijo. En la jurisprudencia, resulta relevante la SAPB de 14 septiembre 2011, la cual revocó la sentencia dictada en primera instancia (que había considerado que la potestad parental sobre el hijo podía ser ejercida por el tutor del progenitor incapacitado), atribuyéndose dicho ejercicio al otro progenitor con exclusividad: “*La imposibilidad de regir su persona se extiende, en buena lógica, a la de su hijo menor de edad incapacitándole para ejercer la función parental y proceder a la toma de decisiones que afecten al hijo común en el marco establecido en el artículo 133 del Código de Familia*” (FJ 2)²⁶⁶.

²⁶⁴ Sin ánimo de exhaustividad, cabe recordar que se ha reconocido la legitimación del tutor para ejercer acción de separación en la STC 311/2000, de 18 diciembre 2000 (publicada en el BOE núm. 14, de 16 enero 2001, pp. 119-128) y de divorcio en la STS de 21 septiembre 2011 (ROJ 5855/2011, MP Roca Trias). En la doctrina, vid. Blanca SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 384-388; Nicola ORLANDO, “Incapacidad, separación y divorcio: la reconstrucción de la voluntad presunta”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2012), p. 15.

²⁶⁵ SAP de Murcia, de 2 febrero 2012 (ROJ 278/2012, MP Carrillo Vinader). En la doctrina, consultar: Jordi RIBOT IGUALADA, “Institucions de protecció de la persona (I)”, pp. 298-299; Neus CORTADA CORTIJO, “Article 212”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 902-903.

²⁶⁶ SAPB de 14 septiembre 2011 (ROJ 9954/2011, MP Sambola Cabrer). En la doctrina, vid. Ferran BADOSA COLL, “La potestat del pare i de la mare”, p. 330; Neus CORTADA CORTIJO, “Article 209”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials*

2.2. Curatela: Incapacitación relativa

Consideramos que, en principio, gozan de capacidad suficiente por si solos (salvo que la sentencia de incapacitación disponga que no pueden celebrar negocio jurídico de derecho de familia), ya que el curador se limita a prestarles asistencia. Ahora bien, ello no impide que le puedan ser conferidas funciones de administración ordinaria sobre determinados aspectos patrimoniales (arts. 223-4.1 y 223-6 CCC). La razón es que, como ya se sabe, la curatela debe constituirse cuando la persona incapacitada tiene un grado de capacidad natural relativamente alto y conserva parte de su discernimiento. Eso sí, requieren del complemento de capacidad del curador para aquellos actos contemplados en el art. 222-43 CCC (por remisión del art. 223-4.3), los cuales de ser realizados por el tutor o administrador patrimonial hubiesen requerido de autorización judicial. Asimismo, es necesario para los actos jurídicos que la sentencia de incapacitación ha establecido que no pueden realizar solos (art. 223-4.3 CCC). Si bien es cierto que el complemento de capacidad es generalmente para actos patrimoniales (art. 223-6 CCC), en la práctica judicial también se ha establecido para algunos actos de naturaleza personal (p. ej. actos de asistencia relativos a la cura y supervisión de la asistencia médica y farmacológica)²⁶⁷.

En el caso del pacto amistoso de separación, resulta de relevancia preguntarse acerca del ejercicio de la potestad parental en el supuesto de incapacitación parcial. En dicho caso, el curador no podrá prestar asistencia, ya que si bien en la STS de 31 de diciembre de 1991 pareció reconocer implícitamente la posibilidad de asistencia para el ejercicio de la potestad parental, en la STSJC de 8 octubre 2001 se excluyó expresamente²⁶⁸.

A nuestro modo de ver, no tiene que resultar necesariamente privado para el ejercicio de la potestad parental, al establecerse generalmente para actos de índole patrimonial y estar

d'ajuda mútua, Madrid, Tecnos, 2000, p. 894; Ana SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1988, p. 180.

²⁶⁷ Así, se pronunció, la STSJC de 8 octubre 2001 (ROJ 11986/2001, MP Bruguera Mante). También la STS de 31 diciembre 1991 (ROJ 16390/1991, MP Villagómez Rodil), en que se afirma: “presta [el curador] su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial” (FJ 2). En la doctrina, vid.: Jordi RIBOT IGUALADA, “La incapacitació, l’assistència i altres situacions relatives a persones majors d’edat”, en Antoni VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 266; Esther ARROYO I AMAYUELAS, “Article 242”, en Joan EGEEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 991; Jordi RIBOT IGUALADA, “Institucions de protecció de la persona (I)”, p. 301.

²⁶⁸ STS de 31 de diciembre de 1991 (*ut supra*) y STSJC de 8 octubre 2001 (*ut supra*). En dicha última sentencia se resolvió el caso de una madre incapacitada de 2 hijas (en aquel entonces, menores de edad), afectada por un retraso mental discreto (con un coeficiente intelectual de 60), la cual consideró que “si bien doña Sofía dispone de capacidad para el manejo de su persona y reúne condiciones para ejercitar sus funciones maternas, al estar presentes en la misma trastornos de comportamiento, [...] que por su impulsividad y escasa ponderación determinan el desajuste social que presenta y dificultan el funcionamiento como progenitora responsable” (FJ 1). En atención a sus circunstancias personales, el TS consideró que era mejor acudir a la curatela, al no poder ser su incapacidad reputada como total. En la doctrina, vid. Esther ARROYO I AMAYUELAS, “Article 242”, pp. 992-993.

prevista la autorización judicial para aquellos contemplados en el art. 236-27 CCC, los cuales coinciden con los que él mismo requiere de complemento de capacidad (art. 222-43 CCC). En este sentido, en las situaciones de riesgo, determinadas en el art. 102 LDOIA, que pueden evolucionar y derivar en una situación de desamparo, no se contemplan las discapacidades que puedan afectar a alguno de los progenitores²⁶⁹. De hecho, únicamente se prevé la procedencia de la declaración de desamparo en caso de que el trastorno o alteración psíquica repercuta gravemente en el desarrollo del hijo menor (art. 105.2.e LDOIA). De modo que, al igual que los menores emancipados, consideramos que pueden alcanzar acuerdos de contenido patrimonial y personal con relación a los hijos, al estar los primeros sujetos a autorización judicial y los segundos al resultar solo eficaces de ser conformes al interés del hijo en el momento en que se pretenda el cumplimiento.

3. Asistido

Desde nuestro punto de vista, el asistido goza de capacidad suficiente por sí solo, en la medida en que está afectado por una disminución de cierta entidad en sus facultades, aunque no lo suficientemente grave para constituir causa de incapacitación. Conviene destacar que, al constituirse exclusivamente a petición suya, en caso de no solicitarlo, gozaría de capacidad de obrar plena, salvo que se consiguiera probar que carecía de la capacidad natural necesaria²⁷⁰.

No obstante, como ya se sabe, para aquellos actos jurídicos en el ámbito patrimonial previstos en la resolución judicial, se requerirá de la intervención del asistente, pudiéndole igualmente ser conferidas funciones de administración del patrimonio de la persona protegida (art. 226-2.3 CCC).

La interpretación de la expresión «intervención en actos jurídicos» ha sido objeto de debate por parte de la doctrina. DE BARRÓN ARNICHEs defiende que el asistente no tiene que prestar

²⁶⁹ Por ejemplo, en la SAPB, de 19 junio 2012 (ROJ 11819/2012, MP Pérez Tormo) se dictó resolución de desamparo por una madre afectada por una enfermedad mental no tratada, la cual generaba un inadecuado ejercicio de las funciones de guarda. Asimismo, resulta interesante la SAPT, de 7 marzo 2014 (ROJ 258/2014, MP Oficial Molina), por la que se acordó la situación de desamparo de una menor, cuya madre estaba afectada por esquizofrenia paranoide y no seguía tratamiento por consumo de alcohol, presentando un claro deterioro de sus facultades cognitivas. En este sentido, encontramos Josep FERRER RIBA, “Article 137”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convencionals d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 658; Ana SEISDEDOS MUIÑO, “La patria potestad dual”, p. 180.

²⁷⁰ Paloma DE BARRÓN ARNICHEs, “La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi Civil de Catalunya”, en Carles E. FLORENSA I TOMÀS (dir.) / Josep M. FONTANELLAS MORELL (coord.), *La codificació del dret civil de Catalunya: estudis con ocasió del cincuentari de la compilació*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 230-231; Jordi RIBOT IGUALADA, “L’assistència: abast i limitacions de la nova institució”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 74-78; Jordi RIBOT IGUALADA, “La incapacitació, l’assistència i altres situacions relatives a persones majors d’edat”, pp. 272-274.

ningún consentimiento, asentimiento o complemento de capacidad, sino que debe limitarse a acompañar la persona asistida cuando realiza el acto jurídico en cuestión, en la medida en que la asistencia es una figura jurídica de protección para personas con plena capacidad de obrar, la cual resulta incompatible con la incapacitación, al ser causa de extinción (art. 226-5 letra c CCC). En sentido distinto, se ha pronunciado RIVERO HERNÁNDEZ, al considerar que dicha intervención es una especie de complemento de capacidad, específico de la asistencia, en la medida en que de este depende la validez y eficacia de los actos realizados por personas asistidas. Asimismo, en esta línea, encontramos a MARTÍNEZ GARCÍA, al defender que se trata de una “*institución complementaria de la capacidad*”. En la jurisprudencia, encontramos la SAPB de 7 mayo 2013, la cual afirmó: “*Debe atenderse a los deseos y consultarse la voluntad del asistido, pues no olvidemos que mantiene íntegra su capacidad de obrar*” (FJ 4). En iguales términos se volvió a pronunciar en la SAPB de 18 febrero 2014²⁷¹.

Así pues, los tres autores coinciden en afirmar que no hay equivalencia entre el complemento de capacidad de la curatela y la intervención en actos jurídicos prevista en la asistencia. A nuestro modo de ver, dicha conclusión resulta igualmente defendible por la distinta legitimación para solicitar la anulabilidad de los actos realizados sin la asistencia del curador o del asistente. Mientras que los segundos pueden ser anulables a instancia de la persona asistida, en los primeros ello solamente resulta posible una vez que esta haya salido de la curatela (arts. 223-8 y 226-3 CCC). Además, cabe resaltar que, a diferencia de las otras instituciones de protección, la asistencia se basa en el libro desarrollo de la personalidad, de acuerdo con la exposición de motivos del Libro II del CCC.

Por otra parte, la cuestión de si asistente y asistido pueden realizar el mismo tipo de actos de administración ha sido también polémica en la doctrina. Mientras que RIVERO HERNÁNDEZ defiende que sí, MARTÍNEZ GARCÍA considera que la persona protegida tiene que estar presente en el acto o contrato que celebre el asistente, salvo que la resolución judicial le haya atribuido facultades expresas de administración en tal sentido. En sentido contrario, se pronunció DE BARRÓN ARNICHES, por considerar que la imposición de la obligación de que intervengan ambos en todos los actos para que sean válidos y eficaces puede generar inseguridad en el tráfico jurídico, optando por defender que el asistente únicamente realice

²⁷¹ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “Artículo 226-2”, en Encarnación ROCA TRÍAS / Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 423; Manuel-Ángel MARTÍNEZ GARCÍA, “Instituciones de protección: la asistencia. El documento de voluntades anticipadas”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, p. 146; Paloma DE BARRÓN ARNICHES, “La acumulación de instituciones de protección de la persona”, p. 232. En la jurisprudencia, encontramos: SAPB de 7 mayo 2013 (ROJ 9357/2013, MP Pérez Tormo) y SAPB de 18 febrero 2014 (ROJ 3465/2014, MP Viñas Maestre).

en exclusiva aquellos actos, previstos en la resolución judicial de su nombramiento, pudiendo actuar la persona asistida en los restantes. Esta postura resulta respaldada por la sección 18 de la APB, aunque matizada en el sentido de que el asistente deberá atender los deseos del asistido y le deberá consultar su voluntad²⁷².

4. Consideraciones generales

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que, en función de la institución civil de protección aplicable, la intervención del titular de las correspondientes funciones será de mayor o menor intensidad.

En relación con el contenido patrimonial referido a los cónyuges o convivientes estables, debemos señalar que el complemento de capacidad (menor emancipado y curatela) o la autorización judicial (tutela) se encuentran previstos para el mismo tipo de actos (arts. 211-12.1 y 222-43.1 CCC). Estos son necesarios para la renuncia a las prestaciones económicas de carácter compensatorio entre los cónyuges o convivientes estables, como: compensación por razón de trabajo, prestación compensatoria y prestación alimentaria. Si bien es cierto que en caso de que estas estipulaciones no tengan carácter transaccional (i. e. no excluyen o traten de excluir jurídicamente la posibilidad de pleito) el complemento de capacidad o autorización judicial se fundamenta en los arts. 236-27.1.d y 222-43.1 letra d CCC (por renunciar a créditos), de ostentar dicho carácter será conforme con los arts. 236-27.1 letra j y 222-43.1 letra j CCC (por renunciar o transigir en cuestiones relaciones con los bienes o derechos de dicho apartado)²⁷³. En el caso de la asistencia, los actos por los que se requiere de la intervención del asistente se corresponderán con los previstos en la resolución judicial de nombramiento del asistente, en función de la capacidad que conserve (art. 226-2.1 CCC), razón por la que no puede ofrecerse una respuesta general.

Por lo que respeta al contenido personal-patrimonial relativo a los hijos comunes o no comunes, debemos indicar que el menor emancipado y el asistido pueden celebrar por si mismos pactos en dicho ámbito, precisando únicamente de asistencia y/o autorización judicial para aquellos actos previstos en el art. 236-27 CCC, los cuales resultan aplicables a todos los progenitores. Por el contrario, en caso de tutela y de curatela, ello dependerá de si

²⁷² En el caso de la jurisprudencia, encontramos la SAPB de 7 mayo 2013 (*ut supra*), conforme a la cual: “*El asistente debe actuar únicamente en lo estrictamente imprescindible cuando el asistido no lo pueda ejecutar por si mismo*” (FJ 4). En este mismo sentido, se volvió a pronunciar en la SAPB de 18 febrero 2014 (*ut supra*). En la doctrina, vid. Paloma DE BARRÓN ARNICHES, “La acumulación de instituciones de protección de la persona”, pp. 232-233; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “Artículo 226-2”, pp. 423-425; Manuel-Ángel MARTÍNEZ GARCÍA, “Instituciones de protección: la asistencia”, p. 151.

²⁷³ En este sentido, aunque en relación con el pacto en previsión de una ruptura matrimonial y al pacto en previsión del cese de la convivencia, encontramos Antoni MONTSERRAT VALERO, “Pactos en previsión de una ruptura convivencia”, p. 402.

tienen limitado el ejercicio de la potestad parental a algunas funciones inherentes a la misma o si resultan excluidos completamente. Mientras que en la tutela ello dependerá del contenido de la sentencia de incapacitación, en la curatela únicamente procederá la suspensión o privación cuando el trastorno o alteración psíquica repercuta gravemente en el desarrollo del hijo.

II. HIJOS: MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS E INCAPACITADOS

En el desarrollo de este segundo epígrafe, analizaremos el derecho de los hijos menores no emancipados y de los incapacitados, cuya potestad parental haya sido prorrogada o rehabilitada, a ser informados y escuchados en la negociación del pacto amistoso de separación. Primeramente, se examinan los fundamentos legales de dicha participación (1.) y, seguidamente, se formula una propuesta de régimen jurídico de la audiencia extrajudicial (2.).

1. Fundamento de su participación activa en la negociación del pacto amistoso de separación

En caso de crisis matrimonial o de convivencia estable, es necesario proceder a regular la forma en que se pasará a ejercer la potestad parental a partir de entonces, respecto no solo a los hijos menores no emancipados, sino también sobre los hijos mayores de edad, que hubieran sido incapacitados (art. 236-1 CCC).

Conforme con los datos estadísticos publicados por el INE, los procesos de nulidad, separación y divorcio, en que se encontraron involucrados hijos menores o mayores dependientes, representaron casi la mitad del total²⁷⁴. En el gráfico siguiente, se exponen las cifras detalladas sobre disoluciones de las uniones matrimoniales:

	Nulidad (0,12%)		Separación (5,75%)		Divorcio (94,13%)	
	Esp.	Cat.	Esp.	Cat.	Esp.	Cat.
Sin hijos menores, ni mayores dependientes	89 (66,42%)	17 (62,96%)	2.501 (39,29%)	387 (36,41%)	44.114 (42,48%)	8.190 (43,77%)
Con hijos menores	42 (31,34%)	7 (25,93%)	3.029 (47,59%)	554 (52,12%)	50.003 (48,15%)	9.099 (48,63%)
Con hijos mayores dependientes	3 (2,24%)	3 (11,11%)	385 (6,05%)	50 (4,70%)	4.398 (4,23%)	560 (3%)
Con hijos menores y mayores dependientes	0 (0%)	0 (0%)	450 (7,07%)	72 (6,77%)	5.337 (5,14%)	861 (4,60%)

Fuente: INE (2012)

²⁷⁴ Porcentajes calculados, a partir de los datos publicados en el INE (INEBase; sociedad; seguridad y justicia; estadística de nulidades, separaciones y divorcios).

Posteriormente al año 2012, ya no se encuentran disponibles los datos estadísticos de las nulidades según número de hijos, pero sí las de separación y divorcio. En atención a que este último es el más común, podemos afirmar que se observan pocas variaciones, en caso de comparar las cifras de 2012 con las de 2014: sin hijos menores, ni mayores dependientes (42,57%); con hijos menores (48,31%); con hijos mayores dependientes (4,14%); con hijos menores y mayores dependientes (4,98%). En cualquier caso, puede observarse que buena parte de los hijos es menor de edad en el momento en que se produce la crisis matrimonial. Ello puede explicarse por el hecho de que en 2012 la duración media del matrimonio fue de 15,82 años en España. Pero también, porque los hijos en el momento de la crisis matrimonial tienen de media 10,68 años, en la medida en que en 2012 la edad media de maternidad en España se situó en 31,56 años y la de los esposos en los procesos de nulidad, separación y divorcio en 42,24 años²⁷⁵.

De comparar las cifras en función de la filiación de los hijos, podemos afirmar que en 2012 del total de procesos judiciales, en que se resolvió acerca de su guarda, eran matrimoniales el 64,29% en España y el 64,56% en Cataluña²⁷⁶. Creemos que dicho porcentaje puede reducirse en el futuro, en atención a que los hijos de madre casada representaban en el año 2012, solamente el 61,08% en España (-30,84% menos que 17 años antes) y el 55,60% en Cataluña (-35,32%):

	España		Cataluña	
	Madre casada	Madre no casada	Madre casada	Madre no casada
1996	320.274 (88,32%)	42.352 (11,68%)	47.234 (86,10%)	7.624 (13,90%)
2012	277.679 (61,08%)	176.969 (38,92%)	43.126 (55,69%)	34.312 (44,31%)

Fuente: INE

Procederemos, seguidamente, a examinar los fundamentos que permiten justificar una participación activa de los hijos menores no emancipados y de los incapacitados en la negociación del pacto amistoso de separación.

²⁷⁵ La duración media del matrimonio varía en gran medida en función del tipo de disolución: nulidades (8,47 años), separaciones (21,20 años) o divorcio (15,50 años). La edad media de maternidad puede consultarse en: INEbase; demografía y población; fenómenos demográficos; indicadores demográficos básicos; natalidad y fecundidad. En el caso de la edad media de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación y divorcio se encuentra disponible en: INEbase; sociedad; seguridad y justicia; estadística de nulidades, separaciones y divorcios.

²⁷⁶ Los datos relativos al número de procesos sobre hijos menores no matrimoniales se encuentran en la base de datos de la estadística judicial (PC-AXIS), disponible en la página web del CGPJ (Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, asuntos de los juzgados de Primera Instancia de Familia). Estos ponen de manifiesto que en 2012 fueron: 29.482 en España y 5.303 en Cataluña. Las cifras relativas al tipo de filiación se encuentran disponible en el INE (INEBase; demografía y población; fenómenos demográficos; estadística de nacimientos).

1.1. Hijos menores no emancipados

A pesar de no haberse iniciado aún un proceso matrimonial o de cese de la convivencia estable, el derecho del menor a ser informado y su opinión escuchada, antes que una decisión que le afecte directamente a su esfera personal o patrimonial sea adoptada (arts. 211-6.2 CCC, 7.1 LDOIA y 9.1 LOPJM²⁷⁷), tiene que reconocerse y ser ejercido durante la negociación del pacto amistoso de separación, independientemente de si están presentes los abogados de los progenitores o se hubiera iniciado un procedimiento de mediación. De acuerdo con SMITH, TAYLOR y TAPP, “*the children wanted parents to listen to them, to ask them what they wanted, to not be forced into arrangements that they did not want, and to be given information about what was going on*”²⁷⁸.

Dicha obligación se encuentra igualmente prevista en numerosos instrumentos internacionales. Así, en el art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del niño (CNUDN), en el art. 24.1 CDFUE, en el ppio. 21 de los “*principles concerning the establishment and legal consequences of parentage*” (PELCP) y en el art. 6 del Convenio del Consejo de Europa relativo al derecho de visita a menores. Asimismo, en el PEFL 3:6 y en el art. 3.3 MFC²⁷⁹.

La participación activa del menor encuentra su fundamento en la obligación de respeto a su personalidad, contenida en el programa constitucional (arts. 10 y 39 CE). Así, lo ha reconocido expresamente la LOPJM, en relación con el ámbito familiar (art. 9.1 par. 1 LOPJM). Es importante precisar que esta posición resulta conforme con el interés superior del menor, puesto que en su concreción tiene que garantizarse el respeto a sus derechos (en su mayor parte fundamentales), asegurando su bienestar en sentido estricto y preservando su personalidad. El legislador catalán, como ha puesto de manifiesto NAVAS NAVARRO, utiliza dos conceptos jurídicos de bienestar: un primero que implica «bienestar material» y otro

²⁷⁷ También se encuentra previsto, aunque únicamente en relación con un proceso judicial: art. 770.4 LEC; ap. 27 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (CDCDJ), redactada por un Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado, en el que han intervenido representantes de los distintos Grupos Parlamentarios y del Ministerio de Justicia (disponible en la página web oficial del CGPJ).

²⁷⁸ Anne B. SMITH / Nicola J. TAYLOR / Pauline TAPP, “Rethinking Children’s involvement in decision-making after parental separation”, *Childhood*, vol. 10, núm. 2 (2003), pp. 207-208. También vid. Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, pp. 283-284; Patrick PARKINSON / Judy CASHMORE / Judi SINGLE, “Adolescents’ views on the fairness of parenting and financial arrangements after separation”, *Family Court Review*, vol. 43, núm. 3 (2005), p. 441.

²⁷⁹ Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 184, de 31 julio 2008, pp. 32919-32925); COUNCIL OF EUROPE, “Convention on contact concerning children”, firmado en Estrasburgo el 15 mayo 2003, en prensa (no ha sido aún ratificado por España); COMMITTEE OF EXPERTS ON FAMILY LAW, “Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage – ‘The White Paper’ (as adopted by the CDCJ at its 79th plenary meeting on 11-14 May 2004), pp. 24-25. Este derecho del menor también se encuentra previsto, aunque únicamente en relación con un proceso judicial: art. 3 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (publicado en el BOE núm. 45, de 21 febrero 2015, pp. 14174-14189).

segundo que, presupone el anterior, y que incluye el «desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, de una manera libre e harmónica»²⁸⁰.

Según la exposición de motivos de la LOPJM, “*la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro*”. En otras palabras, se persigue garantizar que el menor se convierta en una persona autónoma y autosuficiente, capaz de adquirir ciertas responsabilidades por las consecuencias derivadas de la crisis matrimonial o de convivencia estable, al haber participado activamente en la determinación de su propio interés, en lugar de ser la víctima pasiva y vulnerable de las elecciones de sus padres. Sin embargo, la participación de los hijos menores no solo implica cumplir con la obligación de respeto a su personalidad, sino que también se encuentra vinculado con la consecución de una serie de beneficios. De hecho, conforme con estudios realizados, la mayoría de los menores quieren expresar su opinión y ser escuchados, aunque sin desear que la decisión acerca de la residencia y la guarda dependa únicamente de ellos²⁸¹.

Es preciso indicar, seguidamente, los beneficios potenciales de la participación de los hijos menores en la negociación del pacto amistoso de separación.

En primer lugar, permite que la incertidumbre y el estrés causados por la nueva situación se reduzcan, al tener voz en las decisiones que les afectan directamente. La razón es que, al adoptar una posición activa, no se decide sobre la base de aquello que los adultos creen que se corresponde con el bienestar de este, lo cual resulta muy difícil de determinar (en algunos casos es incluso imposible) y aún más predecir en el futuro. Asimismo, favorece que las partes alcancen acuerdos más equitativos. Ello favorece que la relación futura de estos con sus progenitores sea mejor, además de aumentar las probabilidades de cumplimiento futuro de lo acordado en el pacto amistoso de separación²⁸².

²⁸⁰ Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, p. 285; Encarna ROCA TRIAS, “Familia y cambio social”, p. 212; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “El interés del menor”, pp. 275 y 278.

²⁸¹ Fiona ANG / Eva BERGHMANS / Marie DELPLACE / Valentina STAELENS / Caroline VANDRESSE / Mieke VERHEYDE, “Participation rights in the UN Convention on the rights of the child”, pp. 36-37; Felicity KAGANAS / Alison DIDUCK, “Incomplete citizens: Changing Images of Post-Separation Children”, *The Modern Law Review*, vol. 67, núm. 6 (2004), pp. 960-961; Ian BUTLER / Lesley SCANLAU / Margaret ROBINSON / Gillian DOUGLAS / Mervyn MURCH, “Children’s involvement in their parents’ divorce: implications for practice”, *Children & Society*, vol. 16, núm. 2 (2002), p. 99.

²⁸² Anne B. SMITH / Nicola J. TAYLOR / Pauline TAPP, “Rethinking children’s involvement in decision-making after parental separation”, p. 201; Ian BUTLER / Lesley SCANLAU / Margaret ROBINSON / Gillian DOUGLAS / Mervyn MURCH, “Children’s involvement in their parents’ divorce”, p. 99; Patrick PARKINSON / Judy CASHMORE / Judi SINGLE, “Adolescents’ views on the fairness of parenting and financial arrangements after separation”, p. 442; Bren NEALE, “Dialogues with Children: Children, Divorce and Citizenship”, *Childhood*, vol. 9, núm. 4 (2002), pp. 457-458; Adrian L. JAMES, “Pump up the volume”, pp. 189-190.

En segundo lugar, su participación incrementa las posibilidades de que el acuerdo sea aprobado por la autoridad judicial, como mantenimiento del *status quo*. En este sentido, resulta relevante la regulación de Inglaterra y Gales en la que los tribunales resuelven sin entrar a valorar los acuerdos relativos a los hijos, alcanzados privadamente por sus progenitores, en cumplimiento del principio de no intervención.

En tercer lugar, asegura que su voz sea escuchada desde un primer momento, sin tener que esperar a que los progenitores inicien un proceso de nulidad, separación o divorcio. Ello permite que la audiencia judicial posterior no resulte una experiencia tan dura, puesto que su opinión ya habrá sido tomada debidamente en consideración en el plan de parentalidad, presentado ante la autoridad judicial para su aprobación. Conviene destacar que, de acuerdo con un estudio realizado en Australia, los motivos más comunes por los que los menores no desean expresar su opinión son: por resultarles demasiado intimidante hablar directamente con el juez o por no creer que sea necesario o apropiado (p. ej. por no querer incrementar la crispación o por preferir mantener los problemas familiares en la intimidad)²⁸³.

Hay que tener en cuenta que en el derecho civil catalán, la audiencia o exploración del menor es imperativa a partir de los 12 años y, de tener menor edad, a partir del momento en que la autoridad judicial considera que tiene suficiente juicio, por mandato de los arts. 211-6.2 y 233-11.1 letra e CCC, así como del art. 5.2 LDOIA²⁸⁴. De manera idéntica se encuentra regulado en el art. 9.2 LOPJM, aunque se especifica que la suficiente madurez deberá ser valorada por personal especializado, “*teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso*”. En un sentido similar, encontramos la regulación de Inglaterra y Gales, en que, si bien ningún menor es obligado a acudir a una entrevista con el juez, si lo es respecto al “*Court welfare officer*”. La razón es que, mientras que el propósito de la primera es que el menor se sienta involucrado con el proceso judicial, en la segunda se persigue investigar sobre sus circunstancias para que el tribunal pueda tomar una decisión. Por el contrario, en Australia,

²⁸³ Patrick PARKINSON / Judy CASHMORE / Judi SINGLE, “Parents’ and children’s views on talking to judges in parenting disputes in Australia”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 21, núm. 1 (2007), pp. 93-94. Como manifestaba Aurelia María ROMERO COLOMA, “La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales”, *Diario La Ley*, núm. 7956 (2012), p. 4: “*La aparición en un Juzgado, ya de por sí, se suele contemplar, tanto por adultos como por menores de edad, como una actuación preocupante, dura, difícil. [...] Si se trata de un momento duro para personas curtidas, cuánto más lo será para menores de edad y, especialmente, para aquellos de corta edad, que suelen ser más impresionables y que, ante las disputas de sus progenitores, experimentan un intenso sufrimiento*”.

²⁸⁴ Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, p. 282. En relación con el derecho inglés y galés, así se encuentra dispuesto en: “*Guidelines for Judges Meeting Children who are subject to Family Proceedings*”, elaborado por FAMILY JUSTICE COUNCIL (2010): “*If the child does not wish to meet the Judge discussions can centre on other ways of enabling the child to feel part of the process*” (Preamble). En este mismo sentido, encontramos “*CAFCASS National Standards*” (2007) que establece: “*Children will always be seen, including in extended dispute resolution programmes (private law) and case planning (public law)*” (5.1). En la doctrina, consultar: Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, p. 490.

ningún menor puede ser obligado a manifestar su opinión ante un juez o un profesional cualificado (s. 60CE FLA).

El establecimiento de la obligación del menor a expresar su opinión podría parecer, en un primer momento, que entra en contradicción con la interpretación del COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, al declarar que: *“The child, however, has the right not to exercise this right. Expressing views is a choice for the child, not an obligation”*. Sin embargo, en la medida en que su opinión puede ser puesta de manifiesto, por medio de un tercero, que por su profesión (p. ej. asistente social, mediador) o por la relación de especial confianza, pueda transmitirla objetivamente (arts. 9.2 par. 3 LOPJM y 7.2 LDOIA), a nuestro entender no le resulta impuesta ninguna obligación. Si bien es cierto que, en otros supuestos también los representantes legales pueden ser transmisores de su voluntad, en litigios sobre la atribución de guarda, resulta problemático, puesto que son parte interesada y puede producirse un conflicto de intereses (arts. 9.2 LOPJM y 236-18.2 letra c CCC)²⁸⁵.

1.2. Hijos mayores incapacitados

Al igual que los hijos menores no emancipados, estos tienen reconocido indirectamente el derecho a ser informado y su opinión escuchada, antes que una decisión que les afecte directamente a su esfera personal o patrimonial sea adoptada, puesto que es una obligación de las personas titulares de las funciones de protección (art. 221-4 CCC). Ello resulta coherente con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación (art. 14 CE) y el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), así como con el principio rector de protección jurídica de las personas con discapacidad y de promoción de su integración (arts. 49 CE y 40.5 EAC).

Esta posición se fundamenta en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se encuentra reconocido en los arts. 10 CE y 12.1 CDPD, así como en el art. 3 letra l del LGDPD. En dicha normativa se contempla expresamente que: *“Las personas con discapacidad tiene derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales”* (art. 6.2 LGDPD).

²⁸⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *“Convention on the Rights of the Child. General comment n° 12”*, p. 6. En este mismo sentido, encontramos Fiona ANG / Eva BERGHMANS / Marie DELPLACE / Valentina STAELENS / Caroline VANDRESSE / Mieke VERHEYDE, *“Participation rights in the UN Convention on the rights of the child”*, pp. 14-15. Respecto a la posibilidad de que la opinión del menor sea expresada por un nuntius: Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *“El interés del menor”*, p. 196; Susana NAVAS NAVARRO, *“Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”*, pp. 280-281.

2. Propuesta de régimen jurídico de la audiencia extrajudicial

A nuestro modo de ver, los progenitores no deberían actuar como representantes de los intereses de los hijos (art. 236-2 CCC) en la negociación de un pacto amistoso de separación, en la medida en que estos pueden resultar contrarios con los suyos propios²⁸⁶. Pues, no puede olvidarse que este conflicto de intereses causa que los derechos individuales de los progenitores no siempre sean restringidos cuando ello resulte adecuado, necesario y proporcional para garantizar el respeto al óptimo desarrollo de la personalidad de su hijo, a través del ejercicio de sus derechos fundamentales. En este sentido, encontramos la STS de 17 enero 2003, al afirmar que: *“El conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos”*²⁸⁷. Dicha postura encuentra tácitamente su fundamento en el art. 9.2 par. 3 LOPJM, en el cual se admite que *“se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos”*.

En este punto, es importante poner de manifiesto que en los tres ordenamientos jurídicos estudiados se contempla la posibilidad de nombrar un representante para el hijo, por imposibilidad de los padres de representar debidamente sus intereses, entre otras circunstancias. Mientras que en Inglaterra y Gales se encuentra previsto para el supuesto en que *“the child has a standpoint or interest which is inconsistent with or incapable of being represented by any of the adult parties”* (s. 7.2.b de *Practice Direction 16A: Representation Children*), en Australia y EUA se establece su nombramiento cuando el conflicto de los padres imposibilita que valoren objetivamente las necesidades del hijo. No obstante, en la mayoría de las *State Law* de EUA solamente se prevé su nombramiento en caso de alegación de abusos o negligencia, si bien es cierto que en Wisconsin es obligatorio en todos los procesos matrimoniales contenciosos y en Oregon cuando el niño lo solicite²⁸⁸.

²⁸⁶ Susana NAVAS NAVARRO, “La participació del menor en l’elecció del model de guarda en cas de ruptura dels seus progenitors fora (del) i en el procés judicial”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, núm. 1 (2015) manifiesta: *“no sempre els pares es troben en les millors condicions personals per poder prendre decisions que afecten directament el benestar dels seus fills i, com hem manifestat, sovint els interessos dels fills acaben competint amb els dels propis pares”* (p. 70). Como manifestaba el TC, en el Auto de 18 julio 2007 (Recurso de amparo 10383-2006, promovido por doña Cristina Moríñigo Martín en pleito por guarda y custodia de menores), la ponderación de intereses en juego *“debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados”* (FJ 1).

²⁸⁷ Roj 127/2003, MP Auger Liñán. En la doctrina, vid. Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, pp. 287-289; Susana NAVAS NAVARRO, “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, pp. 695-699. En este mismo sentido, encontramos en la doctrina extranjera, entre otros: Annette Ruth APPELL, “Representing children, representing what?: Critical reflections on lawyering for children”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 39, núm. 3 (2008), p. 588; Linda D. ELROD, “Client-directed lawyers for children”, *Pace Law Review*, vol. 27, núm. 4 (2007), p. 891.

²⁸⁸ Barbara Ann ATWOOD, “Representing children: The ongoing search for clear and workable standards”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 19, núm. 2 (2005), p. 192. En EUA, se contempla para el supuesto de *“any level of acrimony that indicated a lack of objectivity of the parties regarding the needs of the child* (s. 6.b.4 de *Uniform Representation of Children in abuse, neglect, and custody proceedings Act*). En Australia se encuentra previsto en aquellos

2.1. Legitimación subjetiva para actuar como representante y defensor de los intereses de los hijos

Como consecuencia del conflicto de intereses, consideramos necesario el nombramiento de un defensor judicial, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, a petición de los padres, para que represente al hijo (arts. 236-18.2 letra c y 236-20 CCC)²⁸⁹. Si bien es cierto que dicho nombramiento puede comportar un incremento de los costes de transacción (tanto económicos como emocionales), como consecuencia de que la negociación previsiblemente se alargará (i. e. necesita tiempo para conocer el menor antes de poder identificar sus necesidades, así como para promover los métodos alternativos de resolución de conflictos), su participación como representante y defensor de los intereses de los hijos menores permite otorgar a estos una mayor protección.

Por una parte, se garantiza que la potestad parental no deje de ser ejercida en interés del menor, por el hecho de que se esté negociando un pacto amistoso de separación (art. 236-2 CCC). La razón es que se encuentra en una posición más objetiva para identificar las necesidades del hijo y controlar que estas sean debidamente tenidas en cuenta, así como para proponer soluciones alternativas, que satisfagan a las partes, a las divergencias que surjan y que impidan que se alcance un acuerdo. Además, garantiza que los acuerdos alcanzados sean el máximo de individualizados. Cabe resaltar que, de acuerdo con SHEAR, “*temporary custody arrangements usually reflect preservation of the status quo at the moment of filing, they often have more to do with who first obtained de facto physical custody than they do with what is best for the child*”. Por otra, su nombramiento permite asegurar la efectividad del derecho del hijo a ser informado y escuchado antes de la adopción de una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial. En este extremo, resulta procedente hacer referencia a un estudio, llevado a cabo en 2005 por PARKINSON, CASHMORE y SINGLE en Australia, en el cual se afirmaba que solo la mitad de los menores encuestados había podido expresar su opinión en dichos acuerdos. Asimismo, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con HUNT, el nombramiento de un representante para el hijo tiene “*empowering effects*”, al reducir su victimización, en la medida en que es respetado como un “*powerful*

casos “*where there is an apparently intractable conflict between the parents*”, de acuerdo con lo dispuesto In *the Matter of: Re K Appeals* [1994] FLC 92-461.

²⁸⁹ Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, p. 283; Susana NAVAS NAVARRO, “La participació del menor en l’elecció del model de guarda en cas de ruptura dels seus progenitors fora (del) i en el procés judicial”, pp. 71-73. Cabe tener en cuenta que, entre las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos en el ámbito de las Administraciones Públicas, se reconoce que el menor puede solicitar el nombramiento de un defensor judicial (art. 10.2 letra e LOPJM).

being whose interests [...] cannot take lightly”, evitando que sean tratados como “*bargaining chips*” en las negociaciones²⁹⁰.

Acerca la cuestión de quién tendría que desempeñar las funciones propias del defensor judicial en la esfera extrajudicial, por aplicación del art. 224-2.2 CCC, debe ser la persona que la autoridad judicial considerase más idónea, teniendo en cuenta el hecho que determina su nombramiento, sin obligación de sujetarse al orden de preferencia establecido en el art. 222-10 CCC²⁹¹.

A nuestro modo de ver, tendría que ser un tercero ajeno a la familia que, fruto de sus conocimientos o experiencia profesional, pudiera comprender los intereses y necesidades del hijo, con el propósito de valorar si su voluntad ha sido influenciada por parte de algunos padres y facilitar que tome en consideración otras opciones alternativas a la suya, examinando las consecuencias de su decisión a largo plazo y la posición de las otras partes involucradas en el proceso de decisión. Por esta razón, NAVAS NAVARRO defiende que dicho cargo debería ser desarrollado por un asistente social, un miembro del equipo técnico del juzgado o un especialista designado por los colegios profesionales correspondientes. Como manifestaban BALA, BIRNBAUM y BERTRAND, “[*if society wants an independent perspective on what is best for a child who is the subject of litigation, and this may often be highly desirable, one can ask whether mental health professionals are often better qualified to do this than lawyers*”²⁹².

En los otros ordenamientos jurídicos estudiados, la función de defensa se atribuye a un abogado, aunque únicamente con relación a los hijos menores. En Australia se contempla el nombramiento de “*independent children’s lawyer*” (s. 68 L de FLA) y en EUA de un

²⁹⁰ Leslie Ellen SHEAR, “Children’s lawyers in California Family Law Courts. Balancing competing policies and values regarding questions of ethics”, *Family Court Review*, vol. 34, núm. 2 (1996), p. 268; Katherine Hunt FEDERLE, “Looking for rights in all the wrong places: resolving custody disputes in divorce proceedings”, *Cardoza Law Review*, vol. 15, núm. 5 (1994), pp. 1563 y 1566; Patrick PARKINSON / Judy CASHMORE / Judi SINGLE, “Adolescents’ views on the fairness of parenting and financial arrangements after separation”, pp. 432-433.

²⁹¹ M^a Elena LAUROBA LACASA, “Article 248”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 1011. En este mismo sentido, aunque en relación con el art. 300 CCE, encontramos M^a del Carmen CORRAL GIJÓN, “Nuevas tendencias de la protección al menor”, *RCDI*, núm. 655 (1999), pp. 10-11. Hay que tener en cuenta que el art. 248 CF especificaba que dicho cargo podía ser ocupado por aquella persona propuesta por las partes, por el abogado o por cualquier otra persona idónea.

²⁹² Susana NAVAS NAVARRO, “La participació del menor en l’elecció del model de guarda en cas de ruptura dels seus progenitors fora (del) i en el procés judicial”, p. 72; Nicholas BALA / Rachel BIRNBAUM / Lorne BERTRAND, “Controversy about the role of children’s lawyers: advocate or best interests guardian? Comparing two Canadian jurisdictions with different policies for lawyers”, *Family Court Review*, vol. 51, núm. 4 (2013), p. 694. También vid. AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases” (2003), en prensa, pp. 10-11; Andy BILSON / Sue WHITE, “Representing Children’s Views and Best Interests in Court: an International Comparison”, *Child Abuse Review*, vol. 14, núm. 4 (2005), pp. 221-222; Leslie Ellen SHEAR, “Children’s lawyers in California Family Law Courts”, pp. 266, 285 y 295-296.

“attorney” (s. 6 *Model representation of children in abuse, neglect, and custody proceedings Act* [MRC] de 2007 y s. 310 MMDA). En cambio, en Inglaterra y Gales se prevé un modelo de representación doble por parte de un “*children’s guardian*” (trabajador social, nombrado por CAFCASS) y de un “*children’s solicitor*”, el cual representa al niño conforme con los parámetros establecidos por el primero (regla 16.29 FPR), aunque cabe la posibilidad de que solamente se encuentra representado por el segundo cuando considere que el niño es suficientemente maduro para darle instrucciones, en relación con el proceso, o el tribunal le hubiese conferido permiso (regla 16.6 FPR). En esta línea, encontramos COUNCIL OF EUROPE en el “*Draft recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities*”, en que se preveía el nombramiento de un “*guardian ad litem*” o “*independent representative*”, para el supuesto de que se produjera un conflicto de intereses entre el menor y los titulares de “*parental responsibilities*” (principio 32).

Sin embargo, las funciones desarrolladas por el abogado divergen en dichos ordenamientos jurídicos. Mientras que en Inglaterra y Gales solo se prevé su intervención, en la medida que lo requiera el interés superior del menor (regla 16.2 y 16.4 de *Family Procedure Rules* de 2010), cuando los padres inicien un proceso judicial para obtener una “*s8 orders*”, al no haber podido alcanzar ningún acuerdo, en los otros dos ordenamientos jurídicos restantes, entre sus funciones, se contempla también la de promover que las partes alcancen un acuerdo. En el caso de Australia se impone el deber de “*assist the parties to reach a resolution, whether by negotiation or judicial determination, that is in the child’s best interests*” (*Guidelines for independent children’s lawyers*). Del mismo modo, en EUA, conforme con *Model Representation of Children in abuse, neglect, and custody proceedings act* (MRC), la cual ha sido elaborada por NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS²⁹³ y aprobada por ABA FAMILY LAW SECTION, el representante de los hijos “*should encourage settlement and the use of mediation or other alternatives dispute resolution mechanisms when the attorney determines that such approaches are appropriate*” (p. 29). Esta diferencia en la regulación se encuentra en que los tribunales ingleses y galeses, por aplicación del principio de no intervención, únicamente entran a conocer cuando los progenitores no han podido alcanzar ningún acuerdo en relación con sus hijos, a diferencia de los otros dos ordenamientos jurídicos restantes, como se examinó en el capítulo II.

²⁹³ Esta se encuentra disponible en: NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “*Model Representation of Children in abuse, neglect, and custody proceedings act*” (2007), en prensa. En 2009, se aprobó cambiar la designación de “*Uniform*” a “*Model*” por decisión del *Executive Committee*.

2.2. Configuración de la intervención del defensor judicial

Creemos que el defensor judicial tendría que adaptar su intervención como representante y defensor de los intereses de los hijos, en función de la capacidad natural de estos para tener una determinada postura respecto del régimen y forma de ejercer la guarda.

La función principal del defensor judicial tendría que ser la de velar que se respete su derecho a ser informado y su opinión escuchada cuando el hijo menor no emancipado tenga “suficiente juicio” (art. 211-6.3 CCC) o “capacidades evolutivas y con las competencias alcanzadas” (art. 7.1 LDOIA), y –en cualquier caso– a partir de los 12 años. Ello resulta coherente con la exigencia de obtener su consentimiento –si ha cumplido doce años o si, de ser de menor edad, tiene suficiente juicio– para cualquier acto del representante legal que implique prestación personal del menor (art. 211-6.3 CCC). En el caso del hijo incapacitado, siempre que tenga “suficiente juicio” (art. 221-4 CCC). Por aplicación analógica de la doctrina de la DGRN respecto a la capacidad natural necesaria para prestar válidamente consentimiento matrimonial, entendemos que ello se produce cuando tenga una edad mental equivalente (identificada en el dictamen médico) de 12 años. Ello resulta coherente con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen en las limitaciones a la capacidad de obrar. Además, el defensor judicial debe velar para que el hijo reciba la información “en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias” (art. 9.1 par. 1 LOPJM).

Un modelo con duplicidad de roles en la representación del hijo menor, en función del nivel de desarrollo del menor, se encuentra previsto en la s. 6 de MRC, a través de “*child’s attorney*” o “*best interests attorney*”. La principal diferencia entre ellos es que el segundo no se encuentra vinculado por las directrices o deseos expresados por el menor. Dicha regulación encuentra su origen en los estándares de AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS (AAML) y AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA), que habían sido previamente promulgados en 1995 y 2003 respectivamente²⁹⁴. En esta misma línea, se ha posicionado ALI, a través del nombramiento de “*guardian ad litem*” o “*lawyer*” para el hijo, por parte del tribunal (s. 2.13 (2) y (3) PLFD).

La valoración del grado de madurez, en vistas al papel que tiene que adoptar el defensor judicial, tendría que corresponder a la autoridad judicial, teniendo que ser asistido por el

²⁹⁴ AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Representing Children: Standards for Attorneys and Guardians ad Litem in Custody or Visitation Proceedings (With commentary)”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 13 (1995), pp. 1-34; AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases” (2003), en prensa.

equipo técnico judicial (en atención a que se requiere que la madurez sea valorada por personal especializado, de acuerdo el art. 9.2 par. 1 LOPJM), en la medida en que se solicita su nombramiento a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. De igual modo ha sido regulado en la s. 6 MRC (al igual que en AAML) y en la mayoría de las *State Law* (p. ej. Alaska, Iowa, Florida). No obstante, ABA se pronunció a favor de que dicha decisión correspondiese al abogado, tras una entrevista con el menor.

Tomando en cuenta la regulación de EUA, seguidamente propondremos un modelo de representación de los intereses del hijo, por parte de un defensor judicial, que resulte respetuoso con la obligación de respeto a su personalidad, contenida en el programa constitucional.

2.2.1. Hijo con suficiente juicio y una opinión firme, libremente formada

Cuando el hijo tiene una opinión firme y buenas razones que la justifican, fruto de su capacidad natural para tener una determinada postura respecto del régimen y forma de ejercer la guarda (debiendo valorarse siempre que no haya sido inducida por alguno de sus progenitores), el defensor judicial tendría que limitarse en velar que se respeta su derecho a ser informado y su opinión escuchada, antes de que se adopte una decisión que le afecte directamente a su esfera personal o patrimonial. Además, puede asistirlos en los procesos de mediación (art. 4.2 LMADP) y transmitir su opinión en su lugar cuando no desee expresarla personalmente (arts. 9.2 LOPJM y 7.2 LDOIA).

Una postura similar, aunque en relación con la representación otorgada por “*child’s attorney*”, ha sido defendido por NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS en la MRC, al afirmar que “*may not refuse to advocate the child’s wishes simply because the attorney disagrees with the child’s view or believes the child’s objectives will not further the child’s best interests*”. En este mismo sentido, se habían posicionado previamente AAML y ABA²⁹⁵.

A pesar de que sea el propio hijo quien comunique su voluntad, resulta importante que el defensor judicial valore si esta se corresponde o no con sus intereses, en la medida en que

²⁹⁵ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Model Representation of Children in abuse, neglect, and custody proceedings act”, p. 31. AAML afirmó que “*Unimpaired clients, regardless of age, have the right to set the goals of representation [...] Counsel is obliged to seek to attain the objectives of representation set by the client*” (AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Representing Children”, p. 16). ABA determinó que “*the Child’s Attorney should advocate the child’s articulated position, and owes traditional duties to the child as client*” (AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases”, p. 9). De hecho, ABA contempló expresamente que el abogado tenía que consultar al menor para que el acuerdo, que se hubiese podido alcanzar con las otras partes, resultase vinculante.

tiene que velar en última instancia por estos. Por consiguiente, cuando su voluntad resulta contraria a su interés superior, consideramos que debería intervenir para determinar este, pasando a actuar conforme con los parámetros defendidos en el apartado siguiente. En este mismo sentido, AAML y ABA se han posicionado, afirmando que el “*child’s attorney*” debería abstenerse de defenderla, por aplicación analógica de las normas reguladoras de la conducta profesional de los abogados. De todos modos, ABA va más allá y defiende que cuando el menor se encuentre en riesgo de daño físico, financiero u otro debería solicitar que se le nombrase un “*best interests attorney*”, continuando defendiendo la postura, deseada por el menor, excepto que esta resultase infundada en hechos o prohibida por la ley²⁹⁶. Dicha postura ha sido la finalmente prevista en la s. 12 (e) MRC y también en la s. 2.13 PLFD.

Otro problema que puede plantearse es cuando el defensor judicial tiene que representar hermanos, cuyos intereses se encuentran en conflicto (p. ej. por distintas alianzas con los progenitores o por no encontrarse en la misma etapa de desarrollo y no compartir las mismas necesidades). La definición, empleada por ABA, para precisar que ello se produce resulta muy clarificativa: “[T]wo siblings aim to achieve fundamentally incompatible outcomes in the case as a whole”. Consideramos que en dicho caso, el defensor judicial no podría aceptar la representación conjunta de los hermanos, por aplicación del art. 222-18.1 CCC (por remisión del art. 224-5.1 CCC), al poder resultar afectado el ejercicio de sus funciones. Esta es la misma postura, aunque por aplicación analógica de las normas relativas a la conducta profesional de los abogados, de la s. 4 de MRC, aunque previamente así se había previsto en ABA y AAML²⁹⁷.

2.2.2. Hijo con una opinión no manifestada o arbitraria

Cuando el hijo no expresa una determinada postura respecto del régimen y forma de ejercer la guarda, ya sea por falta de capacidad natural o no, así como si esta no resulta defendible por resultar contraria a su interés superior, el defensor judicial tendría que presentar propuestas, tras haber desarrollado una investigación de las circunstancias particulares del caso concreto. Además, no solo deber asegurar que el hijo reciba información (adecuada a su

²⁹⁶ AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Representing Children”, p. 17; AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases”, p. 13. En este mismo sentido, se ha posicionado Barbara Ann ATWOOD, “Representing children”, p. 207. Por ejemplo, así ha sido regulado en el Estado de Nueva York, en el cual el abogado que represente el menor puede apartarse de su voluntad cuando “*is ‘convinced’ that that child lacks capacity or that ‘following the child’s wishes is likely to result in a substantial risk of imminent, serious harm’*” (Nicholas BALA / Rachel BIRNBAUM / Lorne BERTRAND, “Controversy about the role of children’s lawyers: advocate or best interests guardian?”, p. 684).

²⁹⁷ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Model Representation of Children in abuse, neglect, and custody proceedings act”, p. 16; AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases”, p. 9; AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Representing Children”, p. 15. En la doctrina, vid. Leslie Ellen SHEAR, “Children’s lawyers in California Family Law Courts”, pp. 288-289.

nivel de desarrollo, de acuerdo con el art. 9.1 par. 1 LOPJM), sino también escucharle, a pesar de no resultar vinculado por sus manifestaciones, antes de presentar propuesta alguna.

Una postura similar, aunque en relación con la representación otorgada por “*best interests attorney*”, ha sido defendida por NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS en las ss. 13 y 14 de MRC, relativa a la regulación de sus deberes, así como de ALI (s. 2.13 (2) PLFD). En este mismo sentido, encontramos la postura adoptada por ABA, aunque no la de AAML, la cual consideró que en dicho caso debería limitarse a investigar los hechos, para su presentación posterior al tribunal²⁹⁸.

Para identificar aquella opción que cumple mejor con el estándar del interés del hijo, el defensor judicial tendría que aplicar unos criterios objetivos para evitar que su decisión se fundamente en criterios subjetivos. En el caso de Cataluña, podrían resultar aplicados analógicamente los previstos en el art. 233-11 CCC, en los que se encuentra incluida la opinión del hijo (letra e). En este punto, resulta relevante la STSJC de 13 marzo 2014, por la que indirectamente se asimilan los hijos mayores incapacitados con los hijos menores de edad, respecto a la aplicación de las disposiciones de atribución o distribución del uso de la vivienda familiar²⁹⁹.

En este tipo de representación no se plantea el problema de conflicto de intereses si el defensor judicial tiene que representar hermanos, en la medida en que no se encuentra vinculado por sus opiniones. De hecho, por esta misma razón, no resulta tan problemático que la voluntad del hijo resulte contraria a su interés superior. Ahora bien, consideramos que el defensor judicial tendría que igualmente ponerla en conocimiento de los progenitores, excepto que este se oponga, y en cualquier caso a la autoridad judicial cuando se inicie el proceso judicial. En este sentido, resulta relevante hacer referencia a *Guidelines for independent children’s lawyers* (5.4), en las que se establece que, cuando no se produce dicha confluencia de opiniones, el abogado tendría que explicar las razones de su posición al hijo y al tribunal.

²⁹⁸ AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases”, pp. 15-18; AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Representing Children”, pp. 23-24.

²⁹⁹ Roj 3097/2014, MP Abril Campoy. En la doctrina, consultar: Leslie Ellen SHEAR, “Children’s lawyers in California Family Law Courts”, pp. 275 y 277; Nicholas BALA / Rachel BIRNBAUM / Lorne BERTRAND, “Controversy about the role of children’s lawyers: advocate or best interests guardian?”, p. 683; Barbara Ann ATWOOD, “Representing children”, pp. 199 y 219-221; Linda D. ELROD, “Raising the bar for lawyers who represent children: ABA Standards of Practice for Custody Cases”, *Family Law Quarterly*, vol. 37, núm. 2 (2003), pp. 121-122. Por un estudio más detallado de la concreción del interés del menor, consultar: Marina CASTELLS I MARQUÈS, “L’opinió del menor en la modificació del règim de guarda (comentari de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 9 de gener 2014)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, núm. 1 (2015), pp. 199-218.

III. TERCEROS

Desde nuestro punto de vista tampoco hay razón para negar que los cónyuges o convivientes estables, tras la correspondiente audiencia extrajudicial con sus hijos, puedan incluir un régimen de relaciones personales de estos con terceros en el pacto amistoso de separación, siempre que ello no se oponga al principio del interés superior del menor. También pueden incluirlo en la propuesta de convenio regulador (art. 233-2.2 letra c CCC), a pesar de no poder ser partes en el pleito. Ello se encuentra expresamente previsto en Australia, dónde es posible estipularlo en un “*parenting plan*” (s. 63C (2)(b) y (e) FLA).

Del mismo modo que la STS de 6 junio 2003 asemejó los convenios extrajudiciales, por los que se constituyen obligaciones alimenticias para los hijos mayores, con las estipulaciones a favor de tercero, nosotros lo hacemos respecto de aquellas por las que se reconoce un régimen de relaciones personales entre terceros y los hijos comunes, sometidos a la potestad parental. Como apuntaba INIESTA DELGADO, aunque dicha asimilación puede plantear dudas –en la medida en que el estipulante no es titular del derecho y que el promitente parece estar realizando una promesa unilateral al tercero (al comprometerse a beneficiarlo sin recibir nada a cambio por cuenta del estipulante)–, dicha interpretación resulta salvada por el hecho de que la estipulación a favor de tercero se incardina en una serie de convenios suscritos por las partes³⁰⁰. Como apuntamos en el capítulo III, las diversas estipulaciones del pacto amistoso de separación se condicionan entre sí en un equilibrio, puesto que fue el conjunto de todas ellas lo que movió a las partes a prestar su consentimiento.

Como consecuencia del principio *neque nocet neque prodest*, los progenitores deberán contar siempre con el consentimiento de las terceras personas involucradas (art. 1257.1 CCE). Como en los pactos en materia de relaciones personales con los hijos menores es necesaria la aprobación judicial para su plena validez y eficacia (aunque previamente pueden ser cumplidos voluntariamente), los terceros tendrán que dar su consentimiento en la audiencia previa (arts. 233-5.3 y 233-12.1 CCC). Sin embargo, cuando la estipulación a su favor sea de carácter condicional y no vinculante no se requerirá su consentimiento. Así se consideró, por ejemplo, en la SAPB de 9 diciembre 2003, en relación con la siguiente redacción: “[L]as partes fomentarán en toda su amplitud el derecho del menor Esteban a relacionarse con sus abuelos paternos [...] la función de recoger al menor en Murcia, los

³⁰⁰ STS de 6 junio 2003 (*ut supra*). En palabras del TS: “Los pactos celebrados por los cónyuges D. Salvador y D^a Francisca que se configura como consecuencia de su separación amistosa, distinguen con claridad las prestaciones a favor de la esposa de los acuerdos en beneficio de los hijos, todos ellos mayores de edad, que incluso se abonarian de diferente manera y puntualizan también las cantidades correspondientes a cada hijo, [...], todo lo cual permite sostener, como en la sentencia impugnada, que dicho pactos contienen determinadas estipulaciones a favor de terceros (los hijos)” (FJ 2^o). En la doctrina, vid. Juan José INIESTA DELGADO, “Sentencia de 6 de junio de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65 (2002), p. 565.

días en que las obligaciones del padre se lo impidan, podrá ser realizada por los abuelos paternos, si éstos acceden a ello” (FJ 2º). Es preciso indicar que la declaración de aceptación, junto con la ausencia de revocación por parte del estipulante, es uno de los presupuestos de la exigibilidad de la estipulación al obligado por la misma. Es decir, para la consolidación de derecho, pero no para su perfección³⁰¹.

Si bien es cierto que el art. 233-12.1 CCC únicamente contempla la posibilidad de establecer un régimen de relaciones personales para los abuelos (al igual que el art. 38.1 LDOIA) y a los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, a nuestro entender también procede respecto de las demás personas próximas (de resultar conforme con su interés superior), al tener igualmente reconocido este derecho (art. 236-4.2 CCC).

Así, se encuentra reconocido en el PEFL 3:27, el cual incluye no solamente a “*close relatives*”, sino a otras personas con las que tuviera “*close personal relations*” (PEFL 3:25). La CEFL optó por no especificar en una lista quiénes se entendían incluidos en dicho concepto, al igual que el art. 5.1 del Convenio del Consejo de Europa relativo al derecho de visita a menores. En una línea similar, encontramos el art. 3.38 MFC que lo contempla para “*third persons with whom [the child] has a close personal relationship*”. También en la s. 63C (2)(b) y (e) FLA en Australia, en que puede atribuirse a “*another person or others persons*”. Por el contrario, de manera más específica, se encuentra regulado en Inglaterra y Gales (en la s. 10 (5) CA). Reconociéndose la posibilidad de obtener un “*contact order*” a aquellas personas con las que el menor haya vivido por lo menos 3 años. Para ello, es necesario que lo consientan todas las personas que tengan atribuida “*parental responsibility*” o aquellas a cuyo favor se hubiese dictado “*residence order*”.

En el caso de EUA, la regulación varía de un Estado a otro, aunque los legisladores y los tribunales son más restrictivos en su otorgamiento desde la sentencia *Troxel v. Granville* (2000), dictada por *Supreme Court*. Mientras que en 24 Estados se reconoce “*specific visitation statutes*” para los abuelos sin prever limitaciones, en otros solo resulta posible en dos supuestos: por divorcio o separación de los progenitores (36 Estados) o por defunción de su descendiente (30 Estados). No obstante, debemos señalar que 11 Estados son mucho más restrictivos y requieren que el nieto haya vivido con ellos durante un período de tiempo

³⁰¹ SAPB de 9 diciembre 2003 (ROJ 7534/2003, MP Anglada Fors). En la doctrina, consultar: Margarita CASTILLA BAREA / Ana Laura CABEZUELO ARENAS, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II, Navarra, Thomson Reuters, 2011, p. 466; Ramon María ROCA I SASTRE / José PUIG BRUTAU, “Estudios de derecho privado”, pp. 222-223; Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, pp. 86-88; Marta CARBALLO FIDALGO, “El contrato a favor de tercero”, *Actualidad Civil*, núm. 47 (2000), p. 1709; Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, “Sentencia de 8 de julio de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60 (2001), pp. 1216-1218.

(generalmente entre 6-12 meses). Asimismo, en algunos lo han reconocido específicamente para los “*step-parents*” (8 Estados) y hermanos (13 Estados)³⁰².

A continuación, examinaremos la posibilidad de establecer un régimen de relaciones personales con los abuelos (1.), los hermanos mayores de edad que no conviven en el mismo hogar familiar (2.) y otros parientes sin límite de grado (3.).

1. Abuelos

De acuerdo con el art. 236-4.2 CCC, los hijos y los abuelos tienen derecho a relacionarse entre ellos, razón por la que los progenitores deben facilitararlo y únicamente pueden impedirlo cuando exista una justa causa. Esta posición se fundamenta en su formación integral, en aras a su pleno desarrollo, pero también para promover su mayor integración familiar y social. Como se puso de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, estos desempeñan “*un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil*”. En esta misma línea, se ha pronunciado el legislador catalán en la exposición de motivos del Libro II del CCC, al defender el carácter privilegiado de las relaciones de los menores con sus abuelos³⁰³.

El TEDH ha defendido que el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos forma parte del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH). Como, por ejemplo, en *Marckx v. Belgium* (1979), en que afirmó que: “*In the Court’s opinion, ‘family life’, within the meaning of Article 8 (art. 8), includes at least the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part*

³⁰² En *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000) (disponible en FindLaw, 99-138), *Supreme Court* declaró que, para decretar un régimen de visitas a favor de los abuelos contra la voluntad de los progenitores, se tiene que “*accord at least some special weight to the parent’s own determination*”, en la medida en que ello implica interferir en su derecho fundamental de criar a sus hijos. En la doctrina, consultar: Jeff ATKINSON, “Shifts in the law regarding the rights of third parties to seek visitation and custody of children”, *Family Law Quarterly*, vol. 47, núm. 1 (2013), pp. 1-2 y 5-6. Para mayor información, consultar pp. 12-30, en que se examinan “*grandparent and third-party visitation statutes*” de 50 Estados de manera comparativa.

³⁰³ La STS de 11 junio 1996 (ROJ 3557/1996, MP Almagro Nosete) manifestó que el mantenimiento de la relación con los abuelos resulta especialmente beneficiosa para los nietos, “*dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad*” (FJ 3º). En esta misma línea, se ha pronunciado recientemente el TSJC en su sentencia de 7 abril 2014 (ROJ 4201/2014, MP Alegret Burgués), al reconocer “*el importante papel que los abuelos representan en el libre desarrollo de la personalidad de los menores, tanto por los naturales vínculos afectivos existentes como por el trasvase de experiencias, conocimientos y sentimientos de pertenencia a un grupo protector*” (FJ 2º). En el BOE núm. 280, de 22 noviembre 2003, pp. 41421-41422 se encuentra publicada la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

in family life". En este mismo sentido, se volvió a pronunciar en *Scozzari and Giunta v. Italy* (2000)³⁰⁴.

Es importante precisar que este derecho autónomo y propio de los abuelos a relacionarse y comunicarse con sus nietos, tras una crisis matrimonial o de convivencia estable, no puede equipararse con el que tienen los progenitores, en la medida en que el fundamento es diferente. Mientras que en el caso de los últimos descansa en el ejercicio de las funciones de la potestad parental (STS de 11 junio 1996), en los abuelos es para “*ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo su estabilidad y desarrollo*” (exposición de motivos de la Ley 42/2003)³⁰⁵.

En este momento, es preciso detenerse en los beneficios potenciales de incluir un régimen de relaciones personales entre los nietos y los abuelos.

En primer lugar, el mantenimiento de relaciones con los nietos no depende del nivel de contacto que tenga atribuido su hijo, puesto que es quien acostumbra a llevarles los niños para que pasen tiempo con ellos, como apuntan los estudios sociológicos realizados en este ámbito. De este modo, se evita que los abuelos –cuyo hijo no ostenta la guarda– se encuentren en mayor riesgo de perder la relación con sus nietos. Conforme con KRUK y HALL, la raíz del problema es que los abuelos acostumbran a haberse posicionado al lado de su hijo, por lo que una vez concluido el proceso, “*they may be [...] estranged from their former child-in-law who has custody of the grandchildren which may not bode well for their continued contact with their children*”³⁰⁶.

De los datos publicados por el INE, podemos afirmar que los abuelos paternos son los que tienen una probabilidad más alta de perder contacto con los nietos. La tabla siguiente evidencia que actualmente la madre continúa siendo la que acostumbra a ejercer la guarda en caso de divorcio y de separación (entre cónyuges de diferente sexo).

³⁰⁴ *Marckx v. Belgium*, ECHR (Plenary), judgment 13 June 1979 (Application no. 6833/74); *Scozzari and Giunta v. Italy*, ECHR (Grand Chambre), judgment 13 July 2000 (Applications nos. 39221/98 and 41963/98).

³⁰⁵ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona, José María Bosch Editor S.L., 1997, pp. 118-120; Ana M^a COLÁS ESCANDÓN, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Navarra, Cizur Menor, 2005, pp. 47-53; Beatriz VERDERA IZQUIERDO, “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7 (2002), pp. 1574-1575.

³⁰⁶ Edward KRUK / Barry L. HALL, “The disengagement of paternal grandparents subsequent to divorce”, *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 23 (1995), pp. 132-133. En este mismo sentido, vid. Linda A. DREW / Peter K. SMITH, “The impact of parental separation/divorce on grandparent-grandchild relationships”, *International Journal Aging and Human Development*, vol. 48, núm. 3 (1999), p. 194; Neil FERGUSON, “Children’s contact with grandparents after divorce”, *Family Matters*, vol. 67 (2004), pp. 39-40.

	Padre	Madre	Ambos	Otros
España	2.960 (5,27%)	41.031 (73,07%)	11.929 (21,24%)	232 (0,41%)
Cataluña	811 (6,6%)	7.497 (61,05%)	3.935 (32,04%)	38 (0,31%)

Fuente: INE (2014)

De acuerdo con un estudio realizado por DOUGLAS y FERGUSON en Inglaterra y Gales, el número de abuelos paternos que, tras el divorcio, no tenían relación alguna con sus nietos era del 16%, lo que conllevaba una diferencia de 11 puntos porcentuales respecto de los abuelos maternos (5%). Del mismo modo, los abuelos paternos que, tras el divorcio, veían a sus nietos más de una vez la semana era 14%, lo que implicaba una diferencia de 34 puntos porcentuales, en comparación con los maternos (48%)³⁰⁷.

En segundo lugar, garantiza la permanencia en el tiempo de las relaciones personales entre los abuelos y los nietos, especialmente de haber sido aprobado judicialmente, en cuyo caso podrían exigir el cumplimiento por vía de apremio. De este modo, se puede garantizar que los abuelos podrán seguir manteniendo su relación con los nietos en caso de que su hijo fallezca. De hecho, en la gran mayoría de los litigios, instados por los abuelos (como titulares de un interés legítimo), para reclamar su derecho a mantener relaciones personales, concurre la circunstancia de que han perdido toda relación con los nietos a raíz de la muerte de su descendiente³⁰⁸.

En tercer lugar, permite evitar los costes económicos y emocionales asociados con la litigación, los cuales afectan a todos los familiares involucrados. Los estudios sociológicos apuntan a que las razones principales por las que los abuelos no acuden a la vía judicial, a pesar de su deseo de tener un mayor contacto con los nietos, son por el elevado coste económico, por miedo a empeorar la situación, para no entrometerse en la vida de sus hijos y por miedo a futuras represalias. Por ejemplo, en la SAPB de 7 enero 2014, los progenitores alegaron, como justa causa para impedir el derecho relacional de los abuelos, maltrato o ineptitud de estos, así como el hecho de que ataran la nieta en la cama por las noches, aunque no consiguieron probar dichas graves imputaciones. O la SAPB de 17 septiembre 2013, en

³⁰⁷ Gillian DOUGLAS / Neil FERGUSON, "The role of grandparents in divorced families", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 17, núm. 1 (2003), pp. 47-48. En este mismo sentido, encontramos Martha DOYLE / Ciara O'DYWER / Virpi TIMONEN, "How can you just cut off a whole side of the family and say move on? The reshaping of paternal grandparent-grandchild relationships following divorce or separation in the middle generation", *Family Relations*, vol. 59, núm. 5 (2010), pp. 587-588.

³⁰⁸ Miguel NAVARRO CASTRO, "El régimen de visitas de los abuelos y otros parientes y allegados tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre", en José Manuel GONZÁLEZ PORRAS / Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 3472-3473; Josep FERRER RIBA, "Article 135", en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 629; Gema Alejandra BOTANA GARCÍA, "Derecho de visita de los abuelos", *Actualidad Civil*, núm. 5 (2004), p. 555.

que la madre había presentado previamente una demanda contra el abuelo paterno por abusos sexuales, la cual había resultado provisionalmente sobreesidida³⁰⁹.

En cuarto lugar, permite incrementar las probabilidades de que el acuerdo alcanzado sea en interés superior del menor, así como de que las relaciones familiares futuras sean armoniosas y de apoyo, al resolverse la situación de conflicto potencial. Ello resulta especialmente importante, en la medida en que los abuelos actualmente ocupan un papel más importante en la familia, proporcionando apoyo emocional y encargándose del cuidado de los nietos. Conforme a BENGSTON, dicho cambio puede explicarse por los siguientes factores: incremento de la esperanza de vida; cumplimiento de las funciones familiares, como consecuencia de la crisis del modelo de familia nuclear; fuerza y capacidad de solidaridad entre generaciones tras la crisis matrimonial o de convivencia estable³¹⁰.

2. Hermanos, mayores de edad, que no conviven en el mismo hogar familiar

Los hijos, mayores y menores de edad, tienen igualmente reconocido el derecho a relacionarse entre ellos (art. 236-4.2 CCC), independientemente de si comparten uno o ambos progenitores. Al igual que en los abuelos, el legislador catalán en la exposición de motivos del Libro II del CCC ha calificado “*de carácter privilegiado*” dichas relaciones personales. De este modo, han recibido el mismo *status*, a diferencia del art. 135.2 CF.

Es importante precisar que los hijos no solo tienen que afrontar la separación de sus progenitores cuando se produce una crisis matrimonial o de convivencia estable, sino también un ajuste en la naturaleza de las relaciones que hasta entonces los hermanos habían mantenido. Dicha situación puede causar que los lazos entre hermanos sean más fuertes o que, por el contrario, se rompan, surgiendo un sentimiento de hostilidad entre ellos, especialmente cuando se encuentran inmersos en un conflicto de lealtades. Es decir, cuando toman posición al lado de uno de sus progenitores y no coinciden en su decisión.

³⁰⁹ HOUSE OF REPRESENTATIVES, STANDING COMMITTEE ON FAMILY AND COMMUNITY AFFAIRS, *Every picture tells a story. Report on the inquiry into child custody arrangements in the event of family separation*, Commonwealth of Australia, CanPrint Communications, 2003, p. 117. En la doctrina, vid. Gillian DOUGLAS / Neil FERGUSON, “The role of grandparents in divorced families”, p. 48; Felicity KAGANAS / Christine PIPER, “Grandparents and contact: ‘Rights v Welfare’ revisited”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 15, núm. 2 (2001), p. 252. En la jurisprudencia, consultar: SAPB de 7 enero 2014 (ROJ 572/2014, MP Pereda Gámez) y SAPB de 17 septiembre 2013 (ROJ 9394/2013, MP Pereda Gámez).

³¹⁰ Vern L. BENGSTON, “Beyond the nuclear family: the increasing importance of multigenerational bonds”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 63, núm. 1 (2001), pp. 5-7. En la doctrina, vid. Tara NIELSON / Robin BUCARIA, “Grandparent custody disputes and visitation rights: Balancing the interests of the child, parents and grandparents”, *Journal of Law & Family studies*, vol. 11, núm. 2 (2009), pp. 529-530; Neil FERGUSON, “Children’s contact with grandparents after divorce”, p. 40; Gillian DOUGLAS / Neil FERGUSON, “The role of grandparents in divorced families”, pp. 50-55.

La probabilidad de alejamiento entre hermanos es especialmente alta cuando estos no conviven en el mismo hogar, puesto que dicha situación ocasiona: menor frecuencia de contacto, una reducción en la calidad de su relación e incremento de conflictos y de tensiones. Esto puede explicarse por alguno de los siguientes factores: distancia geográfica, imposibilidad de los más jóvenes para iniciar contacto por sí mismos, conflictos entre ellos (especialmente si los progenitores mantienen una relación conflictiva) o por prohibición de uno de los progenitores³¹¹.

Si bien es cierto que, conforme con el art. 233-11.2 CCC no es posible separar los hermanos en la atribución de guarda, ello puede suceder si las circunstancias lo justifiquen o cuando los hijos son mayores de edad, puesto que adquieren capacidad plena para independizarse o decidir con cuál de los progenitores prefieren vivir. Los estudios sociológicos apuntan a que los hijos varones prefieren vivir con el padre, mientras que las hijas se decantan por la madre³¹². En cualquier caso, y en atención a la tasa de emancipación (porcentaje de personas que viven fuera del hogar de origen sobre el total de su misma edad), lo más probable es que sigan viviendo con alguno de sus progenitores:

	16-24 años	25-29 años	30-34 años
España	6,8%	41,8%	73,2%
Cataluña	7%	51,9%	79,6%

Fuente: Consejo de la Juventud de España (2º semestre de 2015)

El mantenimiento de una buena relación entre hermanos es importante, conforme con estudios sociológicos, en la medida en que favorece que los hijos se adapten a los cambios ocasionados por la crisis matrimonial o de la convivencia estable, lo cual ayuda a reducir el estrés causado por la nueva situación familiar. De hecho, los niños con hermanos se adaptan más fácilmente que los hijos únicos. La razón es que, si bien es cierto que los padres son generalmente la principal fuente de “*direct caretaking, emotional reassurance, and age-appropriate information*”, la calidad de dicho soporte puede verse reducido como consecuencia del conflicto en el que se encuentran inmersos. De modo que los hermanos

³¹¹ David M. SHUMAKER / Cristopher MILLER / Carolyn ORTIZ, “The forgotten bonds: The assessment and contemplation of sibling attachment in divorce and parental separation”, *Family Court Review*, vol. 49, núm. 1 (2011), pp. 46-47 y 51; Kimberly JACOBS / Alan SILLARS, “Sibling support during post-divorce adjustment: An idiographic analysis of support forms, functions, and relationship types”, *Journal of Family Communication*, vol. 12, núm. 2 (2012), p. 167; Anne-Rigt POORTMAN / Marieke VOORPOSTEL, “Parental divorce and sibling relationships”, *Journal of Family Issues*, vol. 30, núm. 1 (2009), p. 77; Sylvie DRAPEAU / Marie SIMARD / Madeleine BEAUNDRY / Cecile CHARBONNEAU, “Siblings in family transitions”, *Family Relations*, vol. 49, núm. 1 (2000), pp. 78 y 82-83.

³¹² David M. SHUMAKER / Cristopher MILLER / Carolyn ORTIZ, “The forgotten bonds”, p. 50; Sylvie DRAPEAU / Marie SIMARD / Madeleine BEAUNDRY / Cecile CHARBONNEAU, “Siblings in family transitions”, p. 83. Los datos estadísticos, relativos a la emancipación, se encuentran disponible en la página web del Consejo de la Juventud de España, concretamente en: Publicación del Observatorio de Emancipación núm. 5, relativa al primer trimestre de 2014.

complementan el apoyo parental o incluso, en algunos casos, lo compensan cuando este resulta inadecuado³¹³.

De ahí la importancia de que los progenitores intenten que sus diferencias no afecten a la relación fraternal de sus hijos. Un modo de promover que dichos lazos se mantengan es a través del pacto amistoso de separación, incluyéndose un régimen de relaciones personales, siempre que el hermano mayor otorgue su consentimiento. Este tipo de estipulaciones resulta especialmente importante para los hijos menores de edad que más dependientes son de sus padres.

Es preciso indicar otros beneficios que pueden ser alcanzados en caso de reconocer un régimen de relaciones personales para el hermano mayor de edad en el pacto amistoso de separación.

Por una parte, permite que la mala relación con alguno de los progenitores (o sus nuevas parejas) no cause una reducción de la frecuencia de contacto con los hermanos menores de edad. Cabe resaltar que los hijos, a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad, pueden seguir inmersos en conflictos de lealtad, aunque con menor probabilidad. Por ejemplo, ello sucede cuando deciden con quien pasarán los fines de semana, las vacaciones u otros eventos especiales³¹⁴.

Por otra, garantiza que podrán seguir manteniendo una relación con los hermanos menores de edad en el futuro, especialmente de haber sido aprobado judicialmente, en cuyo caso podrían exigir el cumplimiento por vía de apremio. Si bien es cierto que están legitimados para interponer una demanda, como titulares de un interés legítimo, en caso de que alguno de los progenitores se lo impidiese, ello resulta extremadamente infrecuente en la práctica.

3. Otros parientes sin límite de grado

De acuerdo con el art. 236-4.2 CCC, por resultar incluidos en el concepto de demás personas próximas, tienen también reconocido el derecho a relacionarse con los hijos menores otros parientes, además de los abuelos y hermanos mayores que no conviven en el hogar familiar.

³¹³ Sylvie DRAPEAU / Marie SIMARD / Madeleine BEAUNDRY / Cecile CHARBONNEAU, "Siblings in family transitions", p. 84; Kirby DEATER-DECKARD / Judy DUNN / Gretchen LUSSIER, "Sibling relationships and social-emotional adjustment in different family contexts", *Social Development*, vol. 11, núm. 4 (2002), p. 572.

³¹⁴ Paul R. AMATO / Tamara D. AFIFI, "Feeling caught between parents: adult children's relations with parents and subjective well-being", *Journal of Marriage and Family*, vol. 68, núm. 1 (2006), pp. 222-223 y 232; Constance R. AHRONS, "Family ties after divorce: long-term implications for children", *Family Process*, vol. 46, núm. 1 (2006), p. 59.

Como, por ejemplo, los tíos o padrinos³¹⁵, aunque puede extenderse a otros, al no establecerse límite de grado.

Dicha interpretación resulta coherente con la regulación contemplada previamente en el art. 135.2 CF, así como en el art. 160 CCE. Hay que tener en cuenta que los otros parientes no ostentan un *status* privilegiado. De todos modos, como afirmaba la exposición de motivos de la Ley 42/2003, a pesar de no ocupar la misma situación privilegiada, ni la proximidad en el parentesco, pueden coadyuvar al mismo fin. Es decir, favoreciendo la estabilidad y desarrollo del menor, a través de ayudarlo a racionalizar situaciones de conflicto familiar. Así, por ejemplo, la SAPB de 11 diciembre 2013 declaró que era importante mantener el contacto con la familia extensa paterna para crear un clima propicio para que el encarcelamiento del padre (acusado de un delito de pedofilia) repercutiese lo menos posible en la estabilidad del menor. O la SAPB de 18 marzo 2014 en que se afirmó que *“se debe instaurar una etapa en la que lo primordial sea el aseguramiento al menor de su estabilidad emocional, social y personal y el mantenimiento de los vínculos con sus dos progenitores, con sus hermanos y con su familia extensa”* (FJ 4)³¹⁶.

En la medida en que no ocupan una posición privilegiada, se acostumbra a fijar un régimen de relaciones conjunto con los abuelos. De hecho, en los arts. 233-2, 233-4 y 233-12 CCC solamente se hace referencia expresa a los abuelos y a los hermanos mayores que no convivan en el mismo hogar. De modo que las relaciones entre el menor y los abuelos son empleadas como medio para insertarlo beneficiosamente en su entorno familiar completo, como apuntaba la STS de 11 junio 1996³¹⁷.

A pesar de lo anteriormente expuesto, consideramos que en el pacto amistoso de separación se podría estipular un régimen de relaciones personales entre los otros parientes y el menor, independiente del que se reconociera a los abuelos, siempre que ello resultase conforme con su interés superior. Sin embargo, la mayoría de la doctrina postula una posición restrictiva y exige, para su reconocimiento, no solo la relación de parentesco, sino también cierta

³¹⁵ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “El derecho de visita”, p. 124; Beatriz VERDERA IZQUIERDO, “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, p. 1571.

³¹⁶ SAPB de 11 diciembre 2013 (ROJ 15088/2013, MP Ortuño Muñoz) y SAPB de 18 marzo 2014 (ROJ 2765/2014, MP Ortuño Muñoz).

³¹⁷ Así, por ejemplo, encontramos la STS de 20 septiembre 2002 (ROJ 6004/2002, MP De Asís Garrote), en la cual se confirmó el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia, que reconocía el derecho a relacionarse personalmente con las menores a los abuelos, tíos y primos. Así como la STS de 14 noviembre 2013 (ROJ 5469/2013, MP Arroyo Fiestas), por la cual se confirmó el régimen de relaciones conjunto de abuelos y tíos paternos, establecido por la Audiencia Provincial, entre muchas otras sentencias dictadas por Audiencias Provinciales.

intensidad en los vínculos afectivos creados con el menor³¹⁸. Una posición similar se aplica a EUA, en la medida en que es necesaria la concurrencia de circunstancias excepcionales para que los tribunales reconozcan un derecho a mantener relaciones personales a un pariente, contra la voluntad de los progenitores, puesto que su decisión se presume en interés superior del menor desde *Troxel v. Granville* (2000), dictada por *US Supreme Court*. Así, por ejemplo, en la sentencia *Rohmiller v. Hart* (2012), *Supreme Court* de Minnesota se pronunció a favor de reconocer un derecho de visita a los tíos sobre la base de que habían ocupado una posición de *loco parentis* (i. e. ejerciendo funciones parentales en sustitución de los progenitores) respecto a su sobrino³¹⁹.

³¹⁸ Miguel NAVARRO CASTRO, “El régimen de visitas de los abuelos y otros allegados”, pp. 3480-3481 se pronunció en los siguientes términos: “[E]l menor puede haberse desenvuelto en un ambiente familiar o afectivo que no responda a esos parámetros cotidianos y relaciones con un familiar o allegado que habitualmente no son tan estrechas pueden ser en un caso concreto específico, especialmente intensas”. En la doctrina, también vid. Josep FERRER RIBA, “Article 135”, p. 628; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “El derecho de visita”, pp. 124-125; Rafael RUIZ DE LA CUESTA, “Praxis judicial sobre los sujetos y el contenido de la facultad y régimen de visitas”, en Pedro-Juan VILADRICH (ed.), *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1982, p. 269.

³¹⁹ *Rohmiller v. Hart*, 811 N.W.2d 585, 589 (Minn. 2012) (disponible en Justia, A10-1348). Antes de la sentencia de la *US Supreme Court*, se había pronunciado en 1987 la *Supreme Court* de Wisconsin en *In Re Custody of DMM* (137 Wis. 2d 375, 404 N.W.2d 530) (disponible en Justia, 85-1792), al reconocer que se podía atribuir un derecho de visitas a los tíos cuando ello resultase conforme con el interés superior del menor (Bryce LEVINE, “Divorce and the modern family: Providing in loco parentis stepparents standing to sue for custody of their stepchildren in a dissolution proceedings”, *Hofstra Law Review*, vol. 25, núm. 1 (1996), p. 347).

CAPÍTULO V

EL CONTENIDO DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN.

ASPECTOS PATRIMONIALES Y PERSONALES

I. INTRODUCCIÓN: GRADO DE COMPLETUD Y DE PRECISIÓN REGULADORA. II. EN RELACIÓN CON LOS CÓNYUGES Y CONVIVIENTES ESTABLES: 1. Acuerdo para dar por concluida la comunidad de vida. 2. Revocación de todos los consentimientos y poderes otorgados. 3. Bases para la liquidación del régimen económico matrimonial o de la organización económica derivada de la convivencia estable: 3.1. Extinción de créditos. 3.2. Compensación económica por razón de trabajo. 3.3. Disolución de la comunidad ordinaria indivisa. 3.4. Adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. 3.5. Alimentos. 4. Prestación compensatoria y prestación alimentaria. 5. Vivienda familiar: 5.1. Atribución del derecho de uso: 5.1.1. Detentada por título distinto al de propiedad. 5.1.2. Detentada por título de propiedad. 5.2. Distribución del uso (“*bird nesting*”). 5.3. Exclusión de la atribución del uso. 5.4. Cesión o subrogación en el contrato de arrendamiento. 5.5. Adquisición de la propiedad temporal. 5.6. Constitución de una propiedad compartida. 5.7. Acuerdos respecto del pago de créditos hipotecarios. III. EN RELACIÓN CON LOS HIJOS COMUNES Y NO COMUNES: 1. Ejercicio de la potestad parental: Modelos de guarda: 1.1. Guarda exclusiva. 1.2. Guarda compartida. 2. Relaciones personales con personas próximas: 2.1. Allegado que hubiese actuado como “*de facto parent*”. 2.2. Abuelos. 2.3. Hermanos que no conviven en el mismo hogar familiar. 2.4. Otros parientes sin límite de grado. 3. Alimentos: 3.1. Hijos menores de edad e incapacitados. 3.2. Hijos mayores de edad y emancipados.

Tras examinar los sujetos que pueden participar en la celebración de un pacto amistoso de separación, es momento de centrar la investigación en su contenido, estudiando tanto los aspectos patrimoniales como personales.

Así pues, primeramente, analizaremos el grado de completud y de precisión reguladora que un pacto amistoso de separación debe tener (I.). Con posterioridad, examinaremos las cláusulas que los cónyuges y convivientes estables pueden pactar a efectos de regular sus relaciones horizontales (II.). Y, seguidamente, se procederá a estudiar los pactos que pueden alcanzarse, en relación con los hijos, tomando en consideración si son comunes o no, así como si son menores o mayores de edad (III.).

I. INTRODUCCIÓN: GRADO DE COMPLETUD Y DE PRECISIÓN REGULADORA

La alteración de contextos, en cuanto conjunto de circunstancias no constituye un hecho extraordinario, sino un estado natural del mundo, como ya defendimos en el capítulo I. Fruto de esta situación permanente de cambio, las contingencias futuras resultan complejas e inciertas. Por lo que procede determinar seguidamente cuál es el grado óptimo de completud y de precisión reguladora que debe tener un pacto amistoso de separación. De acuerdo con CROCKER y REYNOLDS, se trata de encontrar un equilibrio entre “*the ‘ex ante’ costs of*

crafting more complete agreements and the 'ex post' inefficiencies associated with less exhaustive arrangements"³²⁰.

A pesar de que la posición clásica de los economistas es que los contratos deben ser altamente complejos, para poder contrarrestar de manera óptima la incertidumbre de la realidad, cabe resaltar que en la práctica resultan bastante simples, en atención al número de contingencias futuras previstas y a la capacidad cognitiva necesaria para entenderlos. Además, contienen lagunas, que deben de resolverse posteriormente con la negociación o la intervención legal³²¹. Dicha prevalencia de los contratos simples se ha justificado principalmente por parte de la doctrina, a través de la concurrencia de tres factores.

En primer lugar, por "*transaction costs*" de la redacción de un contrato. Las partes optan por no prever una específica contingencia cuando los costes de hacerlo sean superiores a los beneficios. Como declararon AYRES y GERTNER, estos incluyen "*legal fees, negotiation costs, drafting and printing costs, the costs of researching the effects and probability of a contingency, and the costs to the parties and the courts of verifying whether a contingency occurred*". Como puede observarse, estos pueden ser *ex ante* (p. ej. costes de redacción de un contrato) o *ex post* (p. ej. costes de hacer cumplir vía judicial con las obligaciones asumidas). EGGLESTON, POSNER y ZECKHAUSER optan por referirse a los primeros como "*negotiation costs*" y a los segundos como "*judicial enforcement costs*". Según los citados autores, las partes prefieren no prever demasiadas contingencias futuras, manteniendo así el contrato simple, cuando los "*negotiation costs*" son altos en relación con el valor de la transacción³²².

En segundo lugar, por "*bounded rationality*". Como declara SIMON, este concepto fue introducido para centrar la atención en "*the discrepancy between the perfect human rationality that is assumed in classical and neoclassical economic theory and the reality of human behaviour as it is observed in economic life*". Esta causa que las partes no sean capaces de prever todos los hechos futuros previsibles. Reflejo de ello es que prefieren confiar en heurísticos que les permitan decidir de manera rápida y fácil, pudiendo así confiar en su propio juicio. De ahí su preferencia por los contratos simples. Entre las estrategias

³²⁰ Keith J. CROCKER / Kenneth J. REYNOLDS, "The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of air force engine procurement", *RAND Journal of Economics*, vol. 41, núm. 1 (1993), p. 126.

³²¹ Oliver E. WILLIAMSON, *The Economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, New York, The Free Press, 1985, p. 69; Karen EGGLESTON / Eric A. POSNER / Richard ZECKHAUSER, "Simplicity and complexity in contracts", *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, núm. 93 (2000), pp. 7-9.

³²² Ian AYRES / Robert GERTNER, "Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules", *The Yale Law Journal*, vol. 99, núm. 1 (1989), pp. 92-93; Karen EGGLESTON / Eric A. POSNER / Richard ZECKHAUSER, "Simplicity and complexity in contracts", pp. 16-17 y 26-27; Alan SCHWARTZ, "Incomplete contracts", a Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. II, London, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 279.

heurísticas adoptadas para tomar decisiones en situaciones de incertidumbre, destacan: “*representativeness*” (se extraen conclusiones a partir de la probabilidad), “*availability*” (se avalúa la frecuencia o la posibilidad de que un hecho se produzca, a partir de la información de que se dispone en ese momento) y “*adjustment and anchoring*” (se toma un punto de referencia que se adapta para alcanzar una conclusión final)³²³.

En tercer lugar, por “*asymmetric information*”, la cual causa que una de las partes prefiera abstenerse de incluir una determinada cláusula en el contrato para evitar revelar a la otra información relevante de que dispone. Y ello, a pesar de que al estar más bien informada puede predecir una situación futura, proponer una distribución de obligaciones mutuamente beneficiosa y reducir la propuesta en una cláusula clara y coherente por un bajo coste. Ahora bien, la simplicidad no solo puede ser el resultado de una ocultación estratégica de información, sino que también puede perseguir evitar que la parte más bien informada obtenga un beneficio, en detrimento de la otra³²⁴.

De manera que, para hacer frente a la imposibilidad de prever todas las contingencias futuras que pueden producirse (como consecuencia de “*transaction costs*”, así como por “*bounded rationality*” y “*asymmetric information*”), las partes pueden optar por celebrar contratos simples, en que se prevean mecanismos de renegociación *ex post*, asegurando así que serán ellas mismas, las que decidan las controversias que puedan plantearse, tal como defiende la posición neoclásica del derecho contractual. De acuerdo con HUBERMAN y KAHN, estos permiten alcanzar resultados equiparables a los obtenidos en contratos más complejos. En este sentido, resulta interesante la propuesta elaborada por NAVAS NAVARRO, conforme la cual se defiende que las partes deben obligarse a revisar o renegociar todas o algunas de las estipulaciones del negocio jurídico celebrado, tanto cuando acontezca alguno de los hechos previsibles (especificados previamente en forma de listado) como cuando se trata de hechos altamente improbables (a través de una cláusula general). La ventaja de esta duplicidad es que permite reducir la discrecionalidad judicial, pero sin que las partes tengan que incurrir en excesivos costes de negociación³²⁵.

³²³ Herbert A. SIMON, “Introductory comment”, a Massimo EGIDI / Robin MARRIS (eds.), *Economics, Bounded rationality and the cognitive resolution*, Aldershot, Edward Elgar, 1992, p. 3; Karen EGGLESTON / Eric A. POSNER / Richard ZECKHAUSER, “Simplicity and complexity in contracts”, pp. 28-29. Respecto a las estrategias heurísticas, consultar: Susan T. FISKE / Shelley E. TAYLOR, *Social cognition*, New York, Random House, 1984, pp. 267-274.

³²⁴ Kathryn E. SPIER, “Incomplete contracts and signalling”, *RAND Journal of Economics*, vol. 23, núm. 3 (1992), pp. 432-434; Karen EGGLESTON / Eric A. POSNER / Richard ZECKHAUSER, “Simplicity and complexity in contracts”, pp. 17-18; Alan SCHWARTZ, “Incomplete contracts”, pp. 278-279.

³²⁵ Gur HUBERMAN / Charles KAHN, “Limited contract enforcement and strategic renegotiation”, *The American Economic Review*, vol. 78, núm. 3 (1988), p. 483; Oliver HART / John MOORE, “Incomplete contracts and renegotiation”, *Econometrica*, vol. 56, núm. 4 (1988), pp. 755-757; Karen EGGLESTON / Eric A. POSNER / Richard ZECKHAUSER, “Simplicity and complexity in contracts”, p. 30; Oliver E. WILLIAMSON, “The Economic institutions of capitalism”, pp. 70-71. También vid. Susana NAVAS

A modo de recapitulación, podemos concluir que, en vista a los posibles cambios que puedan tener lugar y que pueden requerir de la adaptación del pacto amistoso de separación al contexto resultante, los cónyuges y convivientes estables deberían prever mecanismos de renegociación *ex post* y optar por la simplicidad de los términos empleados. Por tanto, con previsión de pocas contingencias futuras y sin excesiva dificultad de comprensión. Por esta razón, en nuestro estudio de las posibles cláusulas que los cónyuges y convivientes estables pueden pactar, nos limitaremos a estudiar aquellas que resultan más apremiantes en una situación de separación de hecho. Es decir, aquellas que requieren de una respuesta inminente, una vez que han decidido dar por concluida la comunidad de vida y han interrumpido la convivencia de manera indefinida, a pesar de no haber iniciado aún un proceso judicial.

II. EN RELACIÓN CON LOS CÓNYUGES Y CONVIVIENTES ESTABLES

Como expusimos previamente en el capítulo I, el principio de libertad civil se encuentra presente en mayor grado en las relaciones horizontales, al tratarse de personas adultas, dotadas –en principio– de plena capacidad de obrar para gestionar sus propios intereses.

En este primer epígrafe, centraremos el estudio en aquellas cláusulas incluidas en un pacto amistoso de separación, por parte de los cónyuges y convivientes estables, con el fin de regular las consecuencias derivadas de su ruptura. Concretamente respecto del: acuerdo de cese de convivencia con ruptura de la comunidad de vida (1.), la revocación de todos los consentimientos y poderes otorgados (2.), las bases para la liquidación del régimen económico matrimonial o de la organización económica derivada de la convivencia estable (3.), la prestación compensatoria y la prestación alimentaria (4.), vivienda familiar (5.).

1. Acuerdo para dar por concluida la comunidad de vida

Como consecuencia de los efectos que se derivan de la ruptura de la comunidad de vida (la cual, como vimos previamente, no tiene por qué coincidir con el cese efectivo de la convivencia), los cónyuges y convivientes estables continúan teniendo interés en probar la separación de hecho. Ahora bien, mientras que para los segundos esta es causa suficiente de extinción (art. 234-4.1 letra a CCC), para los primeros no lo es, al subsistir el vínculo

NAVARRO, “La ‘normal inestabilidad de las circunstancias’ en el Derecho de familia y de sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, en Lúcia ARNAU RAVENTÓS, *Cuestiones de derecho sucesorio catalán: principios, legítima y pactos sucesorios*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 209-212. A favor de la asunción de una obligación de negociar en el futuro, encontramos también: Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Madrid, Editorial DILEX, 2006, pp. 459-460.

conyugal (art. 85 CCE), aunque con cierta relajación de los deberes conyugales (p. ej. deber de fidelidad)³²⁶.

Antes de la reforma de 2005, cuando probar la separación de hecho resultaba esencial para poder separarse (art. 82 CCE) o divorciarse (art. 86 CCE), el pacto amistoso de separación era empleado como medio de prueba, junto con el acta notarial de notoriedad, el acto de conciliación y la contestación por carta dándose por enterado. Por esta razón, se afirma que dicha modificación legislativa implicó un cambio relevante en el uso de dicho negocio jurídico de derecho de familia, en la medida en que, actualmente, se acostumbra a celebrar cuando las partes ya tienen decidido que se van a divorciar. De acuerdo con CHAPELLE, el pacto amistoso de separación tiene el propósito de “*permettre d’instaurer une situation intermédiaire entre la communauté de vie et de sentiments que constitue le mariage envisagé dans sa plénitude, et la rupture définitive du lien conjugal qui est le divorce*”. Para referirnos a la función actual de la separación de hecho, tomamos prestada la expresión de “*preludio del divorcio*”, empleada por GARCÍA CANTERO. Hay que tener en cuenta que cuando existe un umbral de incertidumbre respecto del futuro del matrimonio, lo más probable es que no alcancen acuerdo alguno y que la separación de hecho sea empleada para que ambos reflexionen con el fin de encontrar una solución que permita su reconciliación. Como defendía BRUCH, “[t]his step [separación sin alcanzar ningún acuerdo] may be taken for any number reasons: to give each party time to reflect upon the marriage; to permit experimentation with life alone as a tentative prelude to divorce; to provide a respite from marital strains while the parties attempt changes in themselves and their relationship that will promote an effective reconciliation”³²⁷.

³²⁶ Santiago ESPIAU ESPIAU, “La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español”, pp. 39-40. Si bien es cierto que las normas civiles, como se expondrá seguidamente, han equiparado la separación de hecho y la separación judicial, ello no se ha producido en la condición de beneficiario en el régimen de prestaciones de la Seguridad Social (p. ej. pensión de viudedad, ayudas públicas en caso de fallecimiento del cónyuge por delito violento o contra la libertad sexual o aquellas por actos de terrorismo). En la normativa, vid. art. 174.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (publicado en el BOE núm. 154, de 29 junio 1994, pp. 20658-20708); art. 2.3 letra a de la Ley 35/1995, de 11 diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos contra la libertad sexual (publicada en el BOE núm. 296, de 12 diciembre 1995, pp. 35576-35581); art. 17.2 letra a de la Ley 29/2011, de 22 septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo (publicada en el BOE núm. 229, de 23 septiembre 2011, pp. 100566-100092).

³²⁷ Carol S. BRUCH, “The legal import of informal marital separations: A survey of California Law and a call for change”, *California Law Review*, vol. 65, núm. 4 (1977), p. 1018; André CHAPELLE, “Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale”, p. 427. También vid. Gabriel GARCÍA CANTERO, “La separación de los cónyuges en el matrimonio civil”, p. 10; Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, “Derecho Civil de Cataluña”, p. 103; Alicia LORENZO, “La separación matrimonial de hecho”, pp. 514-515 y 519; Irene LORENZO-REGO, “Familia y comunidad de vida: seguridad jurídica y libertad individual”, en Reyes BARRADA ORELLANA / Martín GARRIDO MELERO / Sergio NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 573; Antonio DOMINGO AZNAR, “Evolución histórica de la separación de hecho”, pp. 193-194.

En relación con las otras fuentes normativas estudiadas, debemos señalar que los cónyuges y convivientes estables tienen igualmente interés en acreditar la separación de hecho, aunque por razones distintas.

En el caso de Australia, para que el “*financial agreement*” sea eficaz (ss. 90DB (2) y 90UG FLA) y no meramente vinculante (ss. 90G y 90UJ FLA), las partes tienen que estar separadas, como manifestación de la crisis matrimonial o de convivencia estable. Este es también el caso de EUA, en que un “*separation agreement*” puede ser invalidado si las partes en el momento de su celebración no viven separadas o están a punto de estarlo, por considerar que promueve la separación o el divorcio, lo que se encuentra prohibido bajo sanción de nulidad. Además, en Australia, para que sean eficaces las estipulaciones acerca de la división de propiedades y recursos financieros, es necesario que por lo menos uno de los cónyuges o convivientes estables haya firmado la “*separation declaration*” (ss. 90DA (1) y 90UF (1) FLA), salvo si los cónyuges están ya divorciados o alguno de ellos hubiese fallecido. En esta declaración, se hace constar que se han separado y que han estado viviendo separados desde que dicha declaración fue firmada, además de que no hay ninguna posibilidad razonable que vuelven a reanudar la convivencia (ss. 90DA (2)(3) y 90UF (4)(5) FLA). En el caso de los convivientes estables también tienen que manifestar que vivían en una “*de facto relationship*” (s. 90UF (5)(a) FLA). Sin embargo, dicha declaración deberá cumplir con más requisitos, en caso de que en “*financial agreement*” se haya incluido un “*superannuation agreement*” (s. 90MP FLA).

En el caso de Inglaterra y Gales, los cónyuges y “*civil partners*” pueden pactar separarse y vivir separados, a través de la celebración de un “*separation agreement*” (ss. 34 (2) MCA y 67 CPA, sched. 5). Como expusimos en el capítulo II, mientras que un “*maintenance agreement*” (que contenga “*financial arrangements*”) es empleado para pactar acerca de la redistribución de propiedades e ingresos, un “*separation agreement*” tiene por objeto regular la separación de las partes y es empleado para acreditar que ha transcurrido el período de tiempo suficiente para entender que la relación “*have broken irretrievably*”. La razón es que no se puede obtener el divorcio (“*divorce order*”) o la disolución de la “*civil partner*” (“*dissolution order*”) hasta que las partes hayan estado viviendo separadas durante dos años y ambas estén de acuerdo en dicha pretensión (ss. 1 (2d) MCA y 44 (5b) CPA). Así, una vez que haya transcurrido dicho lapso de tiempo, si una de las partes no da su consentimiento, se podrá presentar como prueba de dicha voluntad. En cambio, en el “*maintenance agreement*”,

al no incluir dicha cláusula, no procede su presentación como prueba a dichos efectos³²⁸. En esta misma línea, se encuentra regulado en algunos Estados de EUA (p. ej. New York), en que las partes tienen que firmar un “*agreement of separation*” y haber estado viviendo separadas por un período superior a un año para que puedan acceder al divorcio (s. 170.6 New York Domestic Relations)³²⁹.

Por lo que se respeta a los PEFL, se encuentra previsto que si los cónyuges alcanzan un acuerdo por escrito en relación con la división o redistribución de propiedades, así como de manutención (“*maintenance agreements*”), puedan divorciarse sin que tenga que transcurrir un período de reflexión (PEFL 1:5 (2) y 1:6). En caso de que tengan hijos menores de 16 años, no solo tienen que haber alcanzado acuerdos respecto lo estipulado en las letras a y b del PEFL 1:6 (1), para poder divorciarse, sino que además deberá de haber transcurrido un período de reflexión de 3 meses, salvo que hubiesen estado viviendo separados durante 6 meses (PEFL 1:5). En sentido similar, se ha posicionado el MFC, al no requerir tampoco de un período de reflexión (fijado en 6 meses) cuando hubiesen alcanzado un acuerdo, excepto que tuvieran hijos menores, en cuyo caso siempre tienen que renovar la solicitud de divorcio transcurrido dicho lapso de tiempo (1.10). El argumento alegado es por la dificultad de probar la separación de hecho cuando los cónyuges siguen viviendo en el mismo hogar, razón por la que se prefiere un criterio objetivo y no controvertido. Asimismo, el transcurso de dicho período de tiempo asegura que las partes podrán ponderar cuidadosamente su decisión y negociar entre ellos, minimizando el riesgo de “*hasty divorce*”³³⁰.

En este punto, es necesario examinar, desde la perspectiva del derecho civil catalán, aquellas razones que justifican que los cónyuges y convivientes estables continúen teniendo interés en probar su separación de hecho.

En primer lugar, si uno de ellos muere después de que haya pasado un año desde la separación de hecho o del cese de la convivencia, el otro ya no puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación compensatoria o a la prestación alimentaria (arts. 233-

³²⁸ No obstante, ello no implica que el otro cónyuge o “*civil partner*” tenga que esperar 5 años para poder divorciarse o disolver la unión unilateralmente (s. 1 (2) para. e MCA o s. 44 (5) para. c CPA), sino que lo puede obtener igualmente, una vez hayan transcurrido 2 años desde que se produjo el abandono (s. 1 (2) para. c MCA y s. 44 (5) para. d CPA). Respecto a la diferencia entre “*separation agreement*” y “*maintenance agreement*” puede consultarse: Jill BLACK, “A practical approach to family law”, p. 562.

³²⁹ Así se establece en s. 170.6 New York Domestic Relations. En cambio, en Delaware es suficiente que hayan estado viviendo separados durante 6 meses, pudiendo incluso haber seguido viviendo bajo el mismo techo, siempre que hubiesen estado durmiendo en habitaciones distintas y sin mantener relaciones sexuales (s. 1503.3 Delaware Code). Ambos se pueden consultar en: Harry D. KRAUSE, “Family Law. Cases, comments, and questions”, pp. 407 y 418.

³³⁰ Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, pp. 24-25; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 55.

14.2 y 234-10.3 CCC). En segundo lugar, tampoco tiene derecho a suceder *ab intestato* al causante (art. 442-6 CCC), ni a la cuarta viudal (art. 452-2 CCC). Además, la institución del heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado del causante a favor suyo (o de sus parientes) devienen ineficaces (art. 422-13 CCC) y se extingue el pacto de supervivencia (art. 231-18.1 letra b CCC). En tercer lugar, dejan de tener que dar su asentimiento a la adopción (art. 235-41.1 letra a CCC). En cuarto lugar, no podrán ser designados tutor por delación judicial de la persona incapacitada, al exigirse de convivencia (art. 222-10.2 letra a CCC). En quinto lugar, pierden la condición de perjudicados para ser resarcidos, a través de indemnizaciones, por responsabilidad civil extracontractual, por no cumplir con el requisito de mantener una relación de afectividad y de convivencia con la víctima. En sexto lugar, la prescripción se encuentra suspendida en las pretensiones entre los cónyuges hasta la separación de hecho (art. 121-16 letra b CCC) y entre los convivientes estables mientras se mantenga la convivencia (art. 121-16 letra c CCC). En último lugar, permite restringir la aplicación de las presunciones, que legitiman para el ejercicio de las acciones de reintegración (art. 71.1 LC³³¹), en caso de que alguno de ellos sea declarado en concurso de acreedores, aunque ello resulte poco frecuente en la práctica. La razón es que el procedimiento concursal resulta poco útil y desproporcionado para las situaciones de insolvencia de las personas físicas, al tomar como modelo de deudor el empresario como persona jurídica³³².

En relación con los cónyuges, hay generalmente interés en evitar en la medida de lo posible la aplicación de la presunción *iuris tantum* de donación (correspondiéndoles la carga de prueba del carácter oneroso de la transmisión de ser impugnada judicialmente, *arg.* art. 231-11 CCC), contenida en el art. 231-12 CCC, la cual afecta a los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge no deudor durante el año anterior a la declaración de concurso. De modo que, para garantizar que dicha presunción deje de resultar aplicable, pueden incluir en el pacto amistoso de separación una estipulación, a través de la que puedan acreditar su separación de hecho (art. 231-12.3 CCC)³³³.

³³¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (publicado en el BOE núm. 164, de 10 julio 2003, pp. 26905-26965).

³³² En relación con los efectos sucesorios, la STSJC de 5 enero 2012 (ROJ 1/2012, MP Alegret Burgués) ha declarado que, a pesar de que se encuentren separados de hecho, “*si del contexto del testamento y también mediante elementos periféricos integradores de aquel pudiese acreditarse que la intención de favorecer al cónyuge se mantenía con independencia de su condición de tal, habría de prevalecer la voluntad real*”. En el caso de la responsabilidad civil, encontramos que la SAP de Girona, de 1 octubre 2004 (ROJ 1309/2004, MP Cruz Moratones), la cual denegó la indemnización por muerte derivada de accidente (por una póliza de seguro suscrita únicamente por el empresario y la compañía aseguradora), a la mujer separada de hecho hacía más de dos años, del fallecido. En la doctrina, respecto al concurso de persona física, consultar: Fernando GÓMEZ POMAR / Marco CELENTANI, “Tarea urgente: el concurso personal”, *InDret*, núm. 1 (2012), pp. 1-3; Núria REYNAL QUEROL, “El derecho de alimentos en el concurso”, *Justicia*, núm. 2 (2013), p. 338.

³³³ Encarna ROCA I TRIAS, “Article 12”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 145 defiende que la separación de hecho, siempre que sea real y efectiva al tiempo de efectuarse la adquisición, permite evitar la aplicación de dicha presunción.

Ahora bien, respecto a los actos de disposición a título gratuito celebrados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso (por el cónyuge deudor) se presume *iuris et de iure* el perjuicio patrimonial, salvo de concurrir garantía real (art. 71.2 LC). Por lo que son rescindibles, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (art. 71.1 LC). Ello implica que el cónyuge no deudor puede ser condenado a devolver la cantidad que se presume donada, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC)³³⁴. Así, para evitarlo, sin perjuicio de que los acreedores interpongan acción de simulación (art. 1276 CCE) o subrogatoria (art. 1111 CCE)³³⁵, pueden acudir al reconocimiento de deuda, para probar que si bien los fondos procedían del concursado, estos no fueron dados a título gratuito (p. ej. préstamo con intereses, permuta), y que no se ha producido perjuicio patrimonial contra la masa activa, puesto que de serlo igualmente sería rescindible, por tratarse de un acto dispositivo realizado a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3 ap. 1 LC). Es preciso indicar que la separación de hecho de los cónyuges (al igual que la separación judicial) tiene escasa trascendencia, por no alterar su condición de persona especialmente relacionada con el concursado, al mantenerse el vínculo conyugal (arts. 92.5 y 93.1 ap. 1 LC).

Además, continuando con los cónyuges, la separación de hecho también supone la pérdida del derecho al ajuar de la vivienda (art. 231-30.1 CCC) y del año de viudedad (art. 231-31.1 CCC). Del mismo modo que supone la extinción del régimen económico matrimonial de participación en las ganancias y del de comunidad de bienes, siempre que la separación de hecho haya sido por un período superior a 6 meses (arts. 232-16.2 letra a y 232-36.2 letra a CCC). Por último, hace decaer la presunción de paternidad matrimonial de los hijos nacidos después de los 300 días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges (art. 235-5.2 CCC).

³³⁴ Lúdia ARNAU RAVENTÓS, “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4 (2011), pp. 10-12 ha defendido que el art. 232-3.1 CCC no puede ser alegado por terceros, al considerar que entonces los requisitos adicionales previstos en el art. 231-12 CCC carecerían de toda utilidad. También consultar: Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN, “Los efectos del concurso de acreedores”, en Aurelio MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, pp. 937-938; María Victoria JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la ley concursal”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 3 (2010), pp. 425-426.

³³⁵ Ello, sin perjuicio, de las responsabilidades penales, por comisión de un delito de alzamiento de bienes (arts. 257-258 CP) o por comportamientos lesivos del derecho de crédito de los acreedores en procedimiento de concurso (arts. 259-261 CP). Por ejemplo, en la SAPL de 6 noviembre 2014 (ROJ 897/2014, MP García Navascues) se apreció un delito de alzamiento de bienes, con la necesaria cooperación de su esposa, cuando cuyo esposo le vendió su único piso de propiedad exclusiva, por haberse estipulado en el convenio regulador. Dicha apreciación tuvo su razón de ser en la forma en que se cambió la titularidad (sin constancia de que la entrega de dinero fuese real), el momento en que se hizo (un momento después de la remisión de un burofax por parte de los acreedores reclamando la resolución del contrato y la devolución del dinero entregado) y la falta de motivos que justificaran tal operación (por tratarse de una separación conyugal ficticia).

En el caso de los convivientes estables, concurre igualmente la voluntad de limitar la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial, en relación con los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguno de ellos en los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 71.3 ap. 1 LC). La razón es que únicamente ostenta la consideración de «persona especialmente relacionada con el concursado» su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.1 ap. 1 LC). Así, con el propósito de evitar que dicha presunción continúe operando a partir de ese momento, pueden incluir en el pacto amistoso de separación una estipulación, a través de la que puedan acreditar el cese de convivencia. Además, pueden también tener interés en probar su consideración como tal (p. ej. para que la tramitación judicial de su ruptura, en lo no regulado por el CCC, sea de acuerdo con lo dispuesto por la LEC en materia de procesos matrimoniales). Como ya se sabe, salvo que haya descendencia común o hayan otorgado escritura pública, se requiere que hayan convivido durante más de dos años ininterrumpidos (art. 234-1 CCC). Por consiguiente, como medio de prueba, pueden estipular una cláusula por la que reconozcan el período de tiempo que duró la convivencia estable.

2. Revocación de todos los consentimientos y poderes otorgados

Mientras que el cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida implica la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los convivientes estables hubiese otorgado a favor del otro (art. 234-4.2 CCC), en el caso de los cónyuges, dicho efecto *ex lege* únicamente se produce con la solicitud de medidas provisionales a la autoridad judicial (art. 233-1.5 CCC). De ahí que consideramos que los cónyuges tienen un mayor interés en que se incorpore una cláusula de revocación de todos los consentimientos y poderes en el pacto amistoso de separación, a los efectos de probar que hubo notificación, puesto que así evitan quedar vinculados en lo sucesivo. De todos modos, resulta preferible que se recupere la escritura de apoderamiento (art. 1733 CCE). Pues, en caso contrario y sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de su actuación, puede seguir vinculando al poderdante, frente a terceros de buena fe, como consecuencia de la legitimación que produce. Como declaraba la STS de 26 mayo 1994, los compradores “*no tenían con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil de mandante y mandatario, –marido y mujer–*” (FJ 3)³³⁶.

³³⁶ STS de 26 mayo 1994 (ROJ 4116/1994, MP González Elípe). En la doctrina, vid. Ángel SERRANO DE NICOLÁS, “Repercusiones notariales y registrales del Derecho de Familia”, en Carlos VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), *Derecho de Familia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 524-525.

Es necesario señalar que si los poderes se hubiesen configurado como irrevocables, no procedería su revocación. Sin embargo, resultarían ineficaces *ex lege*, una vez que se solicitasen medidas provisionales a la autoridad judicial (cónyuges) o se produjese el cese de la convivencia (convivientes estables). Eso sí, nada impide que las partes puedan pactar mantener los poderes o que el poderdante ratifique posteriormente los actos realizados (art. 1259 CCE)³³⁷.

3. Bases para la liquidación del régimen económico matrimonial o de la organización económica derivada de la convivencia estable

Los cónyuges pueden pactar en un pacto amistoso de separación las bases de la liquidación futura del régimen económico matrimonial de separación de bienes, la cual sobreviene con la extinción de este por separación, divorcio o nulidad (art. 232-5 CCC), entre otras causas. Sin embargo, el régimen de separación no puede liquidarse en el sentido del art. 806 LEC, puesto que este requiere de la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones. A pesar de ello, como apuntaba ROCA TRIAS, el término liquidación tiene un sentido más amplio, pudiendo ser empleado para definir las reglas que permitan terminar aquellas relaciones generadas durante la convivencia (p. ej. titularidades dudosas, extinción de créditos). En cualquier caso, solamente se puede llevar a cabo “*una liquidación de hecho del régimen*”, como defiende NAVAS NAVARRO. La razón es que, a pesar de que el acuerdo tiene plena eficacia jurídica –al no ser obligatoria su inclusión en el convenio regulador (art. 233-2.3 letra d CCC)–, no se podrá proceder a la liquidación, conforme con lo pactado, hasta que el régimen económico se haya extinguido³³⁸.

Es preciso indicar que, una vez que ha cesado la convivencia, los cónyuges dejan de estar obligados a contribuir a los gastos familiares, a pesar de que el régimen económico matrimonial no se haya extinguido. La razón es que, como defendía EGEA FERNÁNDEZ, su fundamento se encuentra en la «convivencia» y «mutua solidaridad». Así pues, no solo es una obligación de los cónyuges, sino también de los hijos –comunes o no– y de los parientes que conviven con ellos (art. 231-6 CCC). No obstante, el cese en la convivencia conyugal no impide la subsistencia de los gastos familiares, respecto a los hijos menores comunes que convivan con alguno de ellos. Como defiende BADOSA I COLL, la «convivencia familiar» no

³³⁷ En este sentido, encontramos RDGDEJ de 19 junio 2009 (publicada en el DOGC núm. 5404, de 19 junio 2009, pp. 49740-49744).

³³⁸ Encarna ROCA I TRIAS, “La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3 (2008), pp. 655-656; Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2172-2173.

desaparece, a pesar de que los cónyuges dejen de vivir juntos, al fundamentarse en la relación filial³³⁹.

En cambio, en el caso de los convivientes estables, la extinción de la convivencia determina el cese de las relaciones económicas que hubiesen podido acordar (art. 234-3.1 CCC). Así, una vez han decidido dar por concluida su convivencia, pueden pactar los efectos extintivos que estimen oportunos (art. 234-6.1 CCC), al no estar sujetos a un régimen primario (a diferencia del art. 3.2 CF, no hay ni obligación de contribuir a los gastos comunes) o a un estatuto jurídico que deba extinguirse. En ningún caso, como ya se sabe, se puede renunciar a los alimentos, por ser irrenunciables, intransmisibles e inembargables (art. 237-12.1 CCC). Conviene destacar que se presume que los bienes pertenecen a quien los hubiese adquirido durante la convivencia, salvo que hubiese concurrido la voluntad inequívoca de constituir un patrimonio común, ya sea por pacto expreso o tácitamente (*facta concludentia*). Para que concurra esta, se requiere de “una aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común”, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entre los indicios más relevantes tomados en consideración por la jurisprudencia, encontramos: adquisición de bienes en comunidad ordinaria indivisa (especialmente cuando las cuotas no se correspondan con la proporción pagada por cada uno de ellos), así como la existencia de cuentas bancarias indistintas. En este sentido, resulta relevante la STS de 27 mayo 1998, al argumentar que “del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más aquella voluntad [de constitución de un patrimonio común]”³⁴⁰.

Antes de proceder con el estudio, cabe resaltar que en los sistemas legales del “*Common Law*”, en defecto de acuerdo entre las partes, los tribunales tienen atribuidos amplios poderes discrecionales (“*ancillary relief*”) con el fin de conseguir un resultado justo y equitativo, a través de la redistribución de propiedades (obtenidas mediante el esfuerzo conjunto o pertenecientes a uno de ellos en exclusividad). En esta misma línea, se encuentra regulado en

³³⁹ Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Article 4”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 95. En este sentido, se remite al artículo 50 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (CDCC): “*aquesta obligació cessarà quan els cònjuges visquin separats i no hi hagi fills del matrimoni*” (BOE núm. 107, de 4 mayo 1984, pp. 12211-12217; DOGC núm. 456, de 27 julio 1984, pp. 2205-2239). También vid. Ferran BADOSA I COLL, “Comentari art. 35.3”, en VV. AA., *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 412-413.

³⁴⁰ STS de 27 mayo 1998 (ROJ 3473/1998, MP Gullón Ballesteros), entre muchas otras. Por ejemplo, dicha voluntad de constituir un patrimonio común fue estimada en la STS de 22 febrero 2006 (ROJ 734/2006, MP Sierra Gil de la Cuesta), como consecuencia de la explotación comercial (venta de artesanía) y las cuentas bancarias en común. Así como en la SAPB de 28 febrero 2014 (ROJ 1315/2014, MP Valdivieso Polaino), como consecuencia de que, a pesar de adquirir una vivienda a mitades iguales, uno de los convivientes hizo una aportación superior del precio de compra, además de tener cuentas indistintas. En cambio, no se estimó en la STS de 8 mayo 2008 (ROJ 2187/2008, MP Roca Trias), respecto los bienes que constituían el negocio de Clínica Veterinaria, incluido el fondo de comercio y fondos existentes. Las razones fueron que: la mujer había trabajado en esta en cumplimiento del contrato de trabajo y no se adquirió ningún bien en común.

MFC, al otorgar flexibilidad a los tribunales para decidir, a partir del establecimiento de unas directrices. Como defensa LOWE, en relación con el derecho inglés y galés, “*the powers over property do in part fulfil a function of support*”, en la medida en que no hay un “*matrimonial property law*” (con la excepción de 8 Estados en EUA), ni tampoco se encuentran reguladas las consecuencias patrimoniales derivadas de la disolución de una convivencia estable, a diferencia del “*Civil Law*”³⁴¹.

Ahora bien, no hay coincidencia en los tres ordenamientos jurídicos estudiados respecto de los activos que pueden ser objeto de distribución.

Así, en Australia, el juez puede dividir o redistribuir propiedades, adquiridas antes o durante el matrimonio o “*de facto relationship*”, así como tras la separación, independientemente de su titularidad (ss. 79 y 90SM FLA). En Inglaterra y Gales, se distingue entre “*matrimonial property*” (p. ej. vivienda familiar, bienes adquiridos con esfuerzo conjunto) y “*non-matrimonial property*” (p. ej. herencias o regalos, de propiedad exclusiva, que se produjeron antes del matrimonio o después de la separación). Mientras que los activos de la primera categoría resultarán siempre repartidos equitativamente, para aquellos pertenecientes a la segunda, ello dependerá de la duración del matrimonio y de si las necesidades de ambos cónyuges ya están cubiertas (ss. 24-25 MCA). Hay que tener en cuenta que lo previamente apuntado también resulta aplicable a los “*civil partners*” (Parts 2-5, Schedule 5 CPA). En este sentido, se encuentra igualmente regulado en MFC, el cual se aplica tanto a los cónyuges como a los convivientes estables (art. 1.1 ap. 2)³⁴².

En relación con EUA, podemos afirmar que en la gran mayoría de los Estados en que se aplican los principios tradicionales de “*Common Law*” se distingue entre “*marital property*” y “*separate property*”, evitando así que todos los activos (independientemente de su origen) resulten susceptibles de redistribución en el momento del divorcio, como sucede en Australia. De este modo, se han reducidos diferencias con los 9 Estados, en que operan principios de “*community property*” (solo resultan repartibles aquellas propiedades adquiridas durante el matrimonio, con la excepción de Washington en que no se efectúa distinción alguna). En el caso de los PLFD, se ha adoptado la posición mayoritaria de los

³⁴¹ Nigel LOWE, “Grounds for divorce and maintenance between former spouses” (2002), en prensa (disponible en la página web de CEFL), p. 23; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, pp. 40-43.

³⁴² Dicha distinción se encuentra en: *Miller v. Miller and McFarlane v. McFarlane* de *House of Lords*, [2006] UKHL 24 (disponible en BAILII); *Charman v. Charman* de *Court of Appeal*, [2007] EWCA Civ 503 (disponible en BAILII). En la doctrina, consultar: Anne BARLOW, “Property Relationship between spouses – England & Wales” (2008), en prensa (disponible en la página web de CEFL), p. 11; Joanna MILES, “Marital agreements and private autonomy in England and Wales”, p. 94. También consultar: Owen JESSEP, “Marital agreements and private autonomy in Australia”, en Jens M. SCHERPE (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 19.

Estados pertenecientes a EUA. Así, se considera que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio (y antes de que se haya firmado un “*written separation agreement*”, salvo pacto en contra) son “*marital property*”, excepto en caso de herencia o de tratarse de regalos de terceros a uno de ellos, en que se trata de “*separate property*” (s. 4.03). Sin embargo, dicho régimen jurídico únicamente resulta aplicable a los cónyuges. Así, por ejemplo, en *Blanchard v. Houdek* (2011), *Iowa Court of Appeals* declaró que no tenía competencia para dividir la propiedad acumulada por “*unmarried cohabitants*”. Por lo que si los “*civil union*” o “*domestic partnership*” desean una mayor protección (especialmente en aquellos Estados en que no se les han reconocido derechos) tienen que celebrar un “*separation agreement*”, a través del cual se especifique cómo se dividirán las propiedades en caso de disolución de su unión. En este sentido, por ejemplo, *Supreme Court de New York*, en *Gonzalez v. Green* (2006), otorgó validez a un acuerdo celebrado por “*domestic partners*”, en que regulaban las consecuencias patrimoniales derivadas de su separación. Por el contrario, los PLFD sí les han otorgado una mayor protección jurídica, aplicándoles por analogía los principios establecidos en relación con “*marital property*” (ss. 6.04 y 6.05)³⁴³.

La voluntad de reducir la incertidumbre e imprevisibilidad causada por la atribución de amplia discrecionalidad judicial es la que causa la celebración de acuerdos privados. Así, BRINIG calculó en 2005 que el 88% de los divorcios se habían resuelto a través de un “*separation agreement*”, cifra que resulta coherente con estudios realizados previamente³⁴⁴.

En el caso de Australia, los cónyuges y convivientes estables pueden celebrar “*financial agreements*”, en que se pacte sobre la división o redistribución de propiedades o recursos financieros (ss. 90 C y 90 UD FLA). Ello igualmente resulta posible en Inglaterra y Gales (tanto por parte de los cónyuges como de “*civil partners*”), a través de la celebración de un “*maintenance agreement*” que contenga “*financial arrangements*” (ss. 34 (2) MCA y 67 CPA, sched. 5), así como en MFC con el otorgamiento de un “*partnership agreement*” (art. 1.38). También en EUA con la celebración de un “*separation agreement*” (ss. 306 (a)

³⁴³ *Blanchard v. Houdek*, 810 N.W.2d 25 (Iowa Ct. App. 2011) (disponible en Justia, 1-813/11-0057); *Gonzalez v. Green*, 831 N.Y.S.2d 856 (Sup. Ct. 2006) (disponible en Justia, 2006 NY Slip Op 26523). De acuerdo con RICHARDS, los 9 Estados con “*community property*” son: Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington y Wisconsin (Janet Leach RICHARDS, “*Mastering Family Law*”, p. 63). En la doctrina, consultar: Ira Mark ELLMAN, “*Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*”, pp. 404-406; Marsha GARRISON, “*What’s fair in divorce property distribution: cross-national perspectives from Survey Evidence*”, *Louisiana Law Review*, vol. 72, núm. 1 (2011), pp. 58-61; Jeanne M. HANNAH, “*The law & living together*”, pp. 28-32.

³⁴⁴ Margaret F. BRINIG, “*Unhappy Contracts: The case of Divorce Settlements*”, *Review of Law and Economics*, vol. 1, núm. 2 (2005), p. 250. En sentido similar, encontramos Penelope BRYAN, “*Women’s freedom to contract at divorce: a mask for contextual coercion*”, *Buffalo Law Review*, vol. 47, núm. 3 (1999), pp. 1155-1556, quien defendió que entre un 90-95% de los divorcios en EUA se resolvieron por pacto entre los cónyuges, en lugar de por litigación. También Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “*Bargaining in the shadow of the law*”, p. 951, cuyo estudio afirmó en 1979 que la gran mayoría de parejas en Estados Unidos de América (así como en Inglaterra) resolvían las cuestiones relativas a régimen económico matrimonial, prestación alimentaria, manutención para los hijos y la custodia, a través de acuerdos privados.

MMDA y 7.09 PLFD). Aunque, como apuntamos en el capítulo II, únicamente en los PLFD (s. 7.01) se reconoce que un determinado tipo de convivientes (“*domestic partners*”) puedan celebrarlos. Por lo que, en la gran mayoría de los Estados, ello solo les resultará posible, a través de un “*cohabitation agreement*”³⁴⁵.

En Australia, aunque igualmente en las otras fuentes normativas, pueden pactar sobre “*superannuation interests*” (el cual constituye el segundo activo más valioso, después de la vivienda familiar), de acuerdo con las ss. 90MH y 90MHA (p. ej. dividiendo las contribuciones efectuadas por uno de ellos a su futura pensión de jubilación, aunque para cobrarlo tendrán que esperar alcanzar una determinada edad). Ello se debe a que no hay un sistema público de pensiones. Como declaraba AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSIONS, el problema de este modelo es que “[t]he greatest benefit is derived by those who work full-time and continuously over an extended number of years” (par. 15.28). Por lo que cuando se produce la crisis matrimonial o de convivencia estable, si alguno de los dos no ha desarrollado un empleo retributivo por tiempo suficiente, pierde la posibilidad de autofinanciarse tras la jubilación. No obstante, *New Mexico Court of Appeals* en el caso *Garcia v. Garcia* (2009) declaró que, cuando se ha pactado que uno de los cónyuges tendrá derecho a recibir una parte de los beneficios derivados de la jubilación del otro, estos se podrán percibir desde el momento en que el segundo reúna los requisitos necesarios para poderlo hacer. La razón es que, de prolongarlo hasta el momento en que efectivamente se jubile, se haría depender exclusivamente de su voluntad³⁴⁶.

En otra línea se sitúan los PEFL, puesto que la CDFE optó por la visión del “*Civil Law*”, por la que incluyó “*matrimonial property law*” y se estableció que los cónyuges pueden alcanzar acuerdos sobre la división y redistribución de propiedades (PEFL 1:6). Así, en el régimen de participación en las ganancias, pueden acordar libremente la extensión del crédito de participación (convenio sobre la participación), dejando sin efecto o introduciendo modificaciones a las reglas generales de participación (PEFL 4:29). En el caso del régimen de comunidad de gananciales, pueden pactar una distribución de los bienes gananciales (bien

³⁴⁵ Así, por ejemplo, en *Edgar v. Edgar* [1980] EWCA Civ 2 (disponible en BAILII), los cónyuges pactaron: “*the husband agreed to purchase in the name of the wife a named house, or some commensurate alternative, to pay for alterations, to provide accommodation for the wife’s mother, to buy the wife a motor car*”. En la doctrina, vid. Owen JESSEP, “Marital agreements and private autonomy in Australia”, pp. 18-20; Margaret HARRISON, “Australia’s Family Law Act: the first twenty-five years”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 16 (2002), pp. 13-15; Joanna MILES, “Marital agreements and private autonomy in England and Wales”, p. 93; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, pp. 82-83.

³⁴⁶ *Garcia v. Garcia*, 227 P.3d 621 (N.M. Ct. App. 2009) (disponible en Justia: 28,106). También consultar: AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSIONS, “Equality before the law: women’s equality”, Report núm. 69, Part. 2 (1994), en prensa (disponible en la página web de ALRC). En la doctrina, vid. Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, p. 796.

mueble o inmueble adquirido durante el régimen) en el momento de la liquidación, distinta de la legal (de forma igual), a través del convenio sobre la distribución (PEFL 4:55).

3.1. Extinción de créditos

Los cónyuges y los convivientes estables tienen absoluta libertad para transmitirse bienes y derechos, así como para celebrar entre ellos todo tipo de negocios jurídicos (arts. 231-11 y 234-3.1 CCC). En este mismo sentido, se encuentra regulado en el PEFL 4:3. Ello puede generar un conjunto de derechos y deberes a liquidar, una vez se haya producido una crisis matrimonial o de la convivencia estable (p. ej. cantidades invertidas en el patrimonio del otro, cantidades no pagadas por gastos familiares o comunes que han sido afrontados exclusivamente por uno de ellos)³⁴⁷. Cabe recordar que en las pretensiones entre los cónyuges la prescripción se encuentra suspendida hasta la separación de hecho (art. 121-16 letra b CCC). Asimismo, en las pretensiones entre los convivientes estables, entretanto se mantiene la convivencia (art. 121-16 letra c CCC).

Mientras que los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio que pertenecen a uno de los cónyuges se presume la donación de probarse que la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro (art. 232-3.1 CCC), ello no resulta así para los convivientes estables. Por esta razón, resultan reintegrables las adquisiciones o aportaciones hechas a uno de ellos (a pesar de no tratarse de un simple préstamo), por aplicación de la institución del enriquecimiento injustificado o sin causa, excepto que concurra *animus donandi*. Ahora bien, difícilmente puede apreciarse cuando se trata de aportaciones extraordinarias, tanto por su cuantía como por su naturaleza (p. ej. de tratarse de un coche o de un inmueble). Como apuntaba la SAPB de 25 junio 2013, “no es dable confundir los obsequios habituales en las relaciones de pareja, con importantes aportaciones dinerarias” (FJ 2). En cambio, dicha voluntad de donación sí concurre cuando uno de los convivientes estables durante la convivencia dispone de fondos de propiedad exclusiva del otro (por haberse estipulado así) sin cortapisas y con su consentimiento para atender las necesidades comunes (sin exigirle la rendición de cuentas), razón por la que luego no se le podrá reclamar su devolución³⁴⁸.

³⁴⁷ Encarna ROCA I TRIAS, “La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya”, p. 17.

³⁴⁸ En la SAPB de 25 junio 2013 (ROJ 6848/2013, MP Font Marquina) se condenó a devolver la cantidad de 20.000€, por no apreciarse el *animus donandi* cuando se entregó el dinero para la compra de una peluquería. También encontramos la SAPT de 24 enero 2014 (ROJ 319/2014, MP Perarnau Moya), por la que uno de los convivientes tuvo que devolver al otro: 18.000€ en concepto del pago de un vehículo de su propiedad exclusiva; 37.050€ en concepto de parte proporcional del precio de compra y de las obras de rehabilitación de una vivienda de titularidad conjunta. En cambio, sí se apreció la voluntad de donación en la STSJC de 22 marzo 2010 (ROJ 3177/2010, MP Ramos Rubio).

Para concluir este apartado, realizaremos algunas precisiones para el caso de que alguno de los cónyuges o convivientes estables sea declarado en concurso. Es preciso indicar que la separación de hecho de los cónyuges (al igual que la separación judicial) tiene escasa trascendencia, en relación con la subordinación de los créditos, por no alterar su condición de persona especialmente relacionada con el concursado, al quedar incólume el vínculo conyugal (arts. 92.5 y 93.1 ap. 1 LC)³⁴⁹, a diferencia de los que acontece con los convivientes estables.

Por una parte, cuando el crédito (p. ej. compensación económica por razón de trabajo, prestación compensatoria) nace con posterioridad a la declaración de concurso (aunque antes de la aprobación del convenio o de la liquidación) se trata de un crédito contra la masa, aunque solamente respecto de las obligaciones legales (art. 84.2 ap. 10 LC)³⁵⁰. Por lo que respeta a las de naturaleza contractual, entendemos que será un crédito ordinario o subordinado, en función de si en el momento de la declaración de concurso han transcurrido dos años o no desde el divorcio o el cese de la convivencia estable (art. 93.1 ap. 1 LC).

Por otra parte, si el crédito nace antes de que se declare de concurso y sin que hayan transcurridos dos años desde el divorcio o el cese de la convivencia estable (art. 93.1 ap. 1 LC), entonces tiene la condición de crédito subordinado (art. 92.5 LC), salvo los créditos salariales aludidos en el art. 91.1 LC, los cuales son con privilegio general. Además, de acuerdo con ARNAU RAVENTÓS, resultan igualmente excluidos aquellos constituidos por resolución judicial³⁵¹, los cuales serían créditos ordinarios. De haber transcurrido ya dos años desde el divorcio o el cese de la convivencia estable, al no poder ser considerada persona especialmente relacionada con el concursado, pasaría a ser un crédito ordinario.

3.2. Compensación económica por razón de trabajo

Este derecho, propio del régimen de separación de bienes, nace desde el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio o nulidad (art. 232-5.1 CCC), siempre que concurren los requisitos previstos legalmente. Asimismo, se reconoce a los convivientes

³⁴⁹ José M^a GARRIDO, “Artículo 93”, Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1675; Javier BÉJAR, “Artículo 93”, en Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico (comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Madrid, Iurgium, 2004, p. 473. En contra, se ha posicionado Juan FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 374-376.

³⁵⁰ Así, pero en relación con la pensión compensatoria, se han posicionado Matilde CUENA CASAS, “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 20 (2010), p. 101 y Emelina SANTANA / Santiago SENENT, “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12 (2007), pp. 174-175.

³⁵¹ Lúdia ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 24.

estables, una vez se ha producido el cese de convivencia (art. 234-9 CCC). Eso sí, mientras que para los cónyuges dicha compensación económica es una norma de liquidación del régimen de separación de bienes, para los convivientes estables no lo es.

El fundamento de dicha medida, según la exposición de motivos del Libro II del CCC, -es “*el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí que los genera*”, razón por la que la nueva regulación ha abandonado toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto. En cualquier caso, difícilmente se podrá apreciar un incremento patrimonial superior por parte de uno de ellos, en detrimento del otro, si hubiesen constituido un patrimonio común, en virtud de su autonomía privada (art. 234-3.1 CCC), de acuerdo con FRANCINO BATLLÉ³⁵².

Procederemos seguidamente a examinar las estipulaciones que se pueden contener en un pacto amistoso de separación. Podemos afirmar que lo previsto en relación con los cónyuges se puede hacer extensivo a los convivientes estables, en la medida en que el art. 234-9.2 CCC realiza una remisión expresa a los arts. 232-5 a 232-10 CCC.

Tanto los cónyuges como los convivientes estables pueden pactar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo que estimen oportuna. Esta posición encuentra su fundamento en una interpretación *a fortiori* del art. 232-7 CCC, el cual reconoce que los cónyuges pueden pactar un incremento o reducción de la compensación económica por razón de trabajo en un pacto en previsión de una ruptura matrimonial. En la medida en que se admite dicho pacto cuando el derecho aún no ha nacido, por más razón tiene que reconocerse cuando ya se ha producido el hecho que da lugar a su reclamación. Si bien es cierto que la compensación económica por razón de trabajo tiene como límite máximo la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios (art. 232-5.4 CCC), una cuantía superior puede también ser estipulada. Del mismo modo que puede igualmente acordarse una reducción de la que le hubiese correspondido en caso de aplicar los parámetros contemplados en el art. 232-5.3 CCC.

Por otra parte, pueden alcanzar acuerdos respecto de la forma de pago de la compensación económica. Aunque debe hacerse en dinero, pueden acordar que se haga de otro modo con carácter total o parcial (art. 232-8.1 CCC). Como, por ejemplo, en bienes del patrimonio del

³⁵² Francesc Xavier FRANCINO BATLLÉ, “Convivència estable de parella”, p. 402. En relación con la evolución experimentada en su fundamento, consultar: Esteve BOSCH CAPDEVILA, “L’evolució del règim de separació de béns en el dret civil de Catalunya: La compensació econòmica per raó de treball”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 109, núm. 4 (2010), pp. 138-141.

deudor (p. ej. transmisión de la cuota sobre un bien en comunidad ordinaria indiviso). Asimismo, resulta posible que se haga a favor del acreedor sobre bienes propiedad del deudor, mediante la creación de derechos reales (p. ej. usufructo)³⁵³. Otras posibilidades son, a través de la asunción de deuda (p. ej. hipoteca grava un inmueble de su propiedad) o de la compensación voluntaria de créditos (p. ej. cuotas hipotecarias pendientes sobre un inmueble en comunidad ordinaria indivisa), en cuyo caso, como se sabe, no es necesario que concurren los presupuestos exigibles en la compensación legal. Nada impide que acuerden aplazar el pago u estipular que se haga a plazos (art. 232-8.2 CCC).

En último lugar, conviene destacar que pueden pactar la renuncia a la compensación económica por razón de trabajo, por aplicación del argumento *a fortiori*, en relación con el art. 232-7 CCC. De acuerdo con la sentencia del TSJC, de 19 julio, se requiere que esta sea “*expresa y explícitamente manifestada, sobre todo cuando concurren [...] sobradamente en la persona renunciante cuantos elementos relaciona la Ley para el surgimiento del derecho*” (FJ 10)³⁵⁴. No obstante, si dicha renuncia puede perjudicar a terceros, esta no les será oponible (art. 111-6 CCC).

3.3. Disolución de la comunidad ordinaria indivisa

La estricta separación de bienes resulta moderada, como ya se sabe, por bienes que los cónyuges tienen en comunidad ordinaria indivisa (ya sea en mitades o en otra proporción), siendo la vivienda familiar el más habitual de ellos (objeto de estudio exhaustivo en el ap. 4), junto con las cuentas corrientes indistintas. Aunque pueden haber otros como: segundas residencias u otros productos financieros (p. ej. cuenta a plazo fijo, fondo de inversión, plan de pensión). Además, los bienes destinados al uso familiar (vehículos, mobiliario, aparatos domésticos y demás bienes que integran el ajuar, de acuerdo con el preámbulo) se presume que pertenecen a ambos cónyuges, salvo prueba en contrario (art. 232-3.2 CCC), requiriéndose para ello medios de prueba más concluyentes que la mera titularidad formal (p. ej. por medio de recibos de compra). Ahora bien, se presume que pertenecen a uno de ellos cuando se trate de bienes muebles de uso personal que no sean de extraordinario valor³⁵⁵ o que estén destinados al ejercicio de una actividad profesional (art. 232-4 CCC). Igualmente

³⁵³ Encarna ROCA I TRIAS, “Els efectes de la nul·litat del matrimoni, de la separació i del divorci”, p. 427.

³⁵⁴ En esta sentencia (*ut supra*), la estipulación contenida en el pacto amistoso de separación determinaba, tras el reconocimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa: “*con la cantidad asignada a la esposa, esta se compromete a nada más pedir ni reclamar a su esposo en concepto de pensión compensatoria y/o compensación económica*”. El TSJC no le otorgó validez, por considerar que no contenía una renuncia expresa y explícita.

³⁵⁵ Adolfo LUCAS ESTEVE, “Règims econòmics matrimonials: el règim de separació de béns”, en Adolfo LUCAS ESTEVE (Dir.), *Dret Civil Català*, vol. II: Persona i Família, Barcelona, Bosch Editor, 2012, p. 249 afirma que se trata de: ropas de vestir, objetos de limpieza personal, relojes o joyas que no sean de extraordinario valor. En cambio, no incluye bienes que no sean considerados socialmente de uso personal (p. ej. ordenador o coche), a pesar de ser solo utilizados por uno de los cónyuges.

los convivientes estables pueden adquirir bienes conjuntamente, mediante la constitución de comunidad ordinaria indivisa por negocio jurídico (art. 552-2 letra a CCC³⁵⁶). Cabe resaltar que, aunque en principio los bienes pertenecen a quien los adquirió durante la convivencia, también procederá el ejercicio de la acción de división de la cosa común cuando se aprecie una voluntad inequívoca de constituir un patrimonio común.

Los cónyuges y los convivientes estables pueden acordar la disolución de la comunidad ordinaria indivisa por división de la cosa o patrimonio común cuando lo estimen oportuno (art. 552-9 letra a CCC), puesto que cualquiera de los cotitulares puede exigir la división del objeto de la comunidad, en cualquier momento y sin expresar sus motivos (art. 552-10.1 CCC). Sin embargo, el ejercicio de la división de la cosa común nunca puede perjudicar el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a uno de ellos (arts. 233-25 y 234-8.4 CCC). Así se posicionó la STSJC de 29 marzo 2004, al declarar que el ejercicio de la división *“mai pot anar en detriment de l’ús que en favor d’un cònjuge s’hagi atorgat en un procediment matrimonial, el qual protegeix interessos de superior abast als estrictament econòmics o patrimonials”* (FJ 3). Del mismo modo que tampoco puede perjudicar a terceras personas, al conservar íntegramente sus derechos –tanto reales como personales– sobre el objeto de la comunidad o los que resultan después de su división (art. 552-12.2 CCC). De ahí que los acreedores pueden concurrir a la división e impugnarla en caso de efectuarse en fraude de sus derechos (art. 552-12.3 CCC). En este sentido, hay que tener en cuenta que no puede pactarse en contra de la aplicación de la presunción del art. 79 LC, conforme la cual los saldos de cuentas de titularidad indistinta (en las que cada titular puede reclamar a la entidad de crédito la totalidad del saldo) pertenecen íntegramente al cónyuge o conviviente deudor, salvo prueba en contrario, en cuyo caso el otro podrá sustraer de la masa activa del concurso los importes que acredite que le pertenecen (art. 231-13 CCC). La razón es que la confesión de uno de ellos tiene escaso valor, puesto que por sí sola no permite perjudicar a los acreedores (art. 1324 CCE). Por lo que el cónyuge o conviviente estable no deudor tendrá que emplear necesariamente otros medios de prueba (p. ej. recibos de entrega que cada titular haya realizado). Es importante precisar que lo dispuesto en dicho precepto no resulta extensible a las cuentas de titularidad conjunta (en que es necesaria la actuación conjunta de todos los titulares para reclamar la totalidad del crédito). En estos, salvo prueba en contrario, cada uno de los titulares tiene derecho a los fondos depositados por partes iguales³⁵⁷.

³⁵⁶ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (publicado en el BOE núm. 148, de 22 junio 2006, pp. 23543-23595; DOGC núm. 4640, de 24 mayo 2006, pp. 23167-23202).

³⁵⁷ STSJC de 29 marzo 2004 (La Ley 76851/2004, MP Feliu Llansa). En relación con las cuentas de titularidad conjunta, en este sentido se ha posicionado Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 482-483. En esta línea, también se ha pronunciado Lúdia ARNAU RAVENTÓS, “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa”, pp. 183-184.

La división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa puede realizarse conforme con el acuerdo alcanzado por los cónyuges y convivientes estables (arts. 551-2.1 y 552-11.1 CCC), procediendo a la adjudicación tanto del activo como del pasivo.

Hay una gran multiplicidad de cláusulas que pueden pactarse, aunque nosotros examinaremos las más frecuentes en la práctica. En primer lugar, si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, pueden considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos (arts. 232-12.2 y 552-11.6 CCC). También se admite la adjudicación uno a uno, pudiéndose estipular en cualquiera de los casos un pago compensatorio a favor del adjudicatario (p. ej. si le hubiese correspondido en la adjudicación un valor inferior al de su cuota de participación)³⁵⁸. En segundo lugar, puede pactarse que todos los bienes se adjudiquen a uno de ellos, otorgando una compensación económica al otro por la cuantía que se estime oportuna. En tercer lugar, especialmente cuando las partes no puedan ponerse de acuerdo en la adjudicación de los bienes, pueden acordar la venta extrajudicial, confiada a un profesional del sector, o la venta en subasta pública, con admisión de licitadores extraños, con reparto entre las partes del precio obtenido. En último lugar, nada impide que los cónyuges efectúen la división adjudicando a uno el derecho real de usufructo y al otro la nuda propiedad sobre el bien objeto de la comunidad (art. 552-11.3 CCC).

En cualquiera de los supuestos anteriores, pueden acordar la designación de expertos (p. ej. peritos, tasadores), así como una fecha de valoración de los bienes (p. ej. la de celebración del acuerdo, la del cese de la convivencia) y los criterios con los que se realizará (p. ej. valor catastral o valor justo de mercado). Asimismo, puede estipularse quién abonará los gastos que se deriven, tanto del uso como de la propiedad, mientras no se proceda a la extinción de la comunidad. Como ya se sabe, salvo pacto en contrario, cada cotitular deberá contribuir en proporción a su cuota (art. 552-8.1 CCC). También pueden acordar quién sufragará los gastos, tasas, honorarios e impuestos que se produzcan a raíz del cambio de titularidad de los bienes adjudicados, incluido el levantamiento de cargas y su inscripción registral. Igualmente, pueden acordar un régimen de tenencia y administración de los bienes en

³⁵⁸ Es preciso señalar que el art. 43.1 CF, con un contenido muy similar al art. 232-12 CCC, fue declarado inconstitucional por la STC 21/2012, de 16 febrero 2012 (publicada en el BOE núm. 61, de 12 marzo 2012, pp. 89-106), al considerar que la acumulación de acciones reconocido en dicho precepto (liquidar los bienes adquiridos por los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa en el mismo procedimiento de separación, divorcio o nulidad, así como los dirigidos a obtener eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas) constituía una innovación procesal que iba más allá de las competencias autonómicas (art. 149.1.6 CE)

comunidad ordinaria indivisa, mientras no se produzca su división efectiva (art. 233-1.1 letra g CCC)³⁵⁹.

Si alguno de los cónyuges o convivientes estables es declarado en concurso de acreedores, el régimen general de composición de la masa activa para aquellos bienes cuya titularidad se disfruta en comunidad *pro indiviso* resulta aplicable. Por lo que el otro podría: ejercer la acción de división de la cosa común (art. 552-9 letra a CCC), aunque es necesaria la autorización del juez del concurso de requerir la venta (art. 43.1 LC); exigir la entrega de la cosa, si tiene atribuido el uso (art. 80 LC); ejercer el derecho de tanteo y retracto, en caso de enajenación onerosa a favor de terceras personas ajenas a la comunidad (art. 552-4 CCC)³⁶⁰.

Otra opción para la disolución de la comunidad ordinaria indivisa es por reunión en una sola persona de la totalidad de los derechos (art. 552-9 letra b CCC). Ello puede producirse cuando uno de los cotitulares renuncia a su derecho (art. 552-5 CCC), como consecuencia del acrecimiento de los demás cotitulares.

Para terminar este apartado, analizaremos aquel supuesto en que decidan mantener alguno de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, en cuyo caso pueden acordar un régimen de tenencia y administración.

Ello, por ejemplo, puede reputarse necesario, en relación con los animales de compañía, cuando ambos desean su adjudicación y no desean arriesgarse a su pérdida, puesto que de ejercer la acción de división de la cosa común, decide la suerte cuando los cotitulares tienen interés y participación iguales (art. 552-11.5 CCC). Si bien es cierto, en relación con los cónyuges, que uno de ellos puede ostentar la titularidad formal, se presume que pertenece a ambos por mitades indivisas, siempre que hubiese sido adquirido a título oneroso durante el matrimonio y sea de valor ordinario destinado al uso familiar (art. 232-3.2 CCC). Lo que sucede en la mayoría de casos, en atención a que por animal de compañía, se entiende “*animal doméstico que las personas mantienen generalmente en el hogar para obtener compañía*” (art. 3 letra b LPA). En este sentido, son expresamente contemplados en MFC como ejemplo de “*family chattels*”³⁶¹.

³⁵⁹ Nuria BARCONES AGUSTÍN, “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2085 (2009), pp. 1501-1502; Sergio NASARRE AZNAR, “La divisió dels béns en proindivisió en el règim de separació de béns de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 10 (2009), p. 142.

³⁶⁰ Lúdia ARNAU RAVENTÓS, “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa”, pp. 62-63.

³⁶¹ Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, p. 37.

Los animales de compañía constituyen un bien de carácter de carácter mueble, aunque solamente se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza (art. 511-1.3 CCC). La razón es que, de acuerdo con el art. 2.2 LPA, “*son seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, así como de movimiento voluntario, y deben recibir el trato que, atendiendo básicamente a sus necesidades etológicas, procure su bienestar*”. Ahora bien, nada impide que estipulen un uso compartido (p. ej. por semanas o meses alternos) y pacten acerca de la participación en los gastos (p. ej. de alimentación, de veterinario)³⁶².

Es preciso indicar que, en relación con otros ordenamientos jurídicos, varios autores doctrinales (p. ej. ROOK o WHARTON) se han pronunciado sobre la necesidad de la aprobación de una normativa específica, como consecuencia de las particularidades de los animales domésticos (i. e. limitaciones de aplicarles normas estrictas de propiedad) y del aumento de demandas por “*pet custody disputes*” en los últimos años. Así, por ejemplo, en Suiza los propietarios de un animal doméstico pueden celebrar un acuerdo en relación con la atribución de la propiedad exclusiva a uno de ellos y que, en defecto de este, decida un tribunal, aplicando los criterios previstos en el art. 651a *Code civil suisse*, los cuales persiguen determinar con quién se encuentran mejor protegidos los intereses del animal, además de estipular una compensación económica a favor del que no resulte beneficiario. O en Reino Unido, en que se ha formulado una propuesta de “*prenup for pets*”, por la cual se regula un régimen de propiedad, estipulando las responsabilidades y derechos en caso de ruptura de la relación³⁶³.

3.4. Adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia

El otro modo en que la estricta separación patrimonial puede verse moderada es en caso de que los cónyuges o convivientes estables adquieren bienes con pacto de supervivencia (arts. 231-15 y 234-3.3 CCC). Este resulta extinguido, una vez se ha producido la separación de hecho o el cese de la convivencia estable (arts. 231-18.1 letra b y 234-3.3 CCC), lo que

³⁶² El auto de la APB de 5 abril 2006 (ROJ 1186/2006, MP Ortuño Muñoz) se declaró que: “*de la práctica forense en los juzgados y tribunales de familia puede colegirse que, incluso ha dejado de ser anecdótico que en convenios reguladores se establezcan acuerdos minuciosos sobre animales de compañía*” (FJ 2). En la jurisprudencia menor, se ha establecido un uso compartido de un perro: SAPB de 24 julio 2013 (ROJ 11508/2013, MP Ortuño Muñoz). En la doctrina, vid. Cristina GIL MEMBRADO, *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 69-72; M^a Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, “Las mascotas en las rupturas de parejas de hecho”, *Actualidad Civil*, núm. 20 (2011), pp. 2289-2290.

³⁶³ Así, se encuentra establecido en el art. 651a *Code civil suisse*: “*le juge attribue en cas de litige la propriété exclusive à la partie qui, en vertu des critères appliqués en matière de protection des animaux, représente la meilleure solution pour l’animal*” (ap. 1). Una propuesta similar fue elaborada en Wisconsin, en la Assembly Bill núm. 436 (3 julio 2007), aunque al final no fue aprobada e incorporada en el Chapter 767, relativo a “*actions affecting the family*”, de Wisconsin Statutes. En relación con la propuesta de “*prenup for pets*” en Reino Unido, se puede consultar: L. J. JACKSON, “Fighting over Fido”, *ABA Journal*, vol. 101, núm. 1 (2015), p. 13. En la doctrina, consultar: T. Christopher WHARTON, “Fighting like cats and dogs: the rising number of custody battles over the family pet”, *Journal of Law & Family Studies*, vol. 10, núm. 2 (2008), pp. 433-441; Deborah ROOK, “Who gets Charlie? The emergence of pet custody disputes in Family Law: adapting theoretical tools from Child Law”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 28, núm. 2 (2014), pp. 177-193.

supone la cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria de los cónyuges o convivientes estables (arts. 231-18.2 y 234-3.3 CCC). Por lo que nos remitimos a lo defendido en el apartado anterior.

En caso de que uno de ellos hubiese sido declarado en concurso antes de la separación de hecho o del cese de la convivencia estable, ello implica que su cuota de titularidad en la comunidad ha pasado a integrarse en la masa activa del concurso y que el otro dispone de un derecho de opción de origen legal. Por lo que puede adquirir la titularidad exclusiva del bien (del que ya es cotitular) si decide satisfacer la mitad de su valor (art. 231-17.2 CCC), quedando excluida de la masa activa del concurso a modo de un especial derecho de separación (art. 80 LC). La razón es que la declaración de concurso no causa la extinción del pacto de supervivencia (art. 231-18.1 CCC), manteniéndose la indivisión de los bienes y sin resultar permitida la transmisión a terceras personas del derecho que se tenga (art. 231-15.2 CCC). Cabe resaltar que ello no encaja bien con lo dispuesto en el art. 78.3 LC, en que se declara que son divisibles³⁶⁴.

El problema, que puede plantearse, es que si no ha transcurrido el plazo de 4 años de duración del ejercicio del derecho de opción (art. 568-6 letra a CCC), y naturalmente siempre que el proceso concursal no hubiese concluido (en cuyo caso ya se habría extinguido al pasar a ser una comunidad ordinaria), el cónyuge o conviviente estable del declarado en concurso podría decidir entre ejercer el derecho de opción o el derecho de tanteo y retracto frente al adjudicatario (art. 552-4 CCC). De acuerdo con NAVAS NAVARRO, se debería de restringir la atribución del segundo derecho, para evitar comportamientos oportunistas que acaben perjudicando a la masa del concurso y a los acreedores. Por consiguiente, defiende que únicamente se debería permitir su ejercicio, una vez que el derecho de opción hubiese caducado, lo cual sucede cuando ha transcurrido el plazo de 4 años y el proceso concursal no ha concluido³⁶⁵.

En cambio, una vez que se produzca la separación de hecho o el cese de la convivencia estable, el pacto de supervivencia se extingue (art. 231-18.1 letra b CCC), y con este también

³⁶⁴ De acuerdo con SANCIÑENA ASURMENDI, se trata de un derecho de opción de carácter legal, por constituir una adquisición voluntaria, en la que la ley determina el plazo para su ejercicio y el precio que el titular tendrá que pagar. A diferencia de los derechos de adquisición preferente, en que estas vienen determinadas por la decisión del transmitente de vender al tercero (Camino SANCIÑENA ASURMENDI, *La opción de compra*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 122). En la doctrina, consultar: Susana NAVAS NAVARRO, *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 47-53, 60-63 y 105-106; Lúcia ARNAU RAVENTÓS, “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa”, p. 156; Lúcia ARNAU RAVENTÓS, “El Régimen concursal en las adquisiciones con pacto de supervivencia: el artículo 78.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4 (2006), pp. 261 y 265-266.

³⁶⁵ Susana NAVAS NAVARRO, “Concurso de acreedores y pacto de supervivencia”, pp. 130-132 y 152-153.

el derecho de opción de no haberse ejercido, pasando a ser cotitular en comunidad indivisa ordinaria (art. 231-18.2 CCC). Es necesario señalar que primero continuará siendo cotitular con su cónyuge o conviviente estable, y posteriormente con un tercero, una vez que la cuota del concursado le sea adjudicada como consecuencia del procedimiento concursal –ya fuere por razón del cumplimiento del convenio (art. 100 LC) o de la apertura de la fase liquidatoria (art. 149.3 LC). En ambos supuestos, podrá ejercer su derecho de tanteo y retracto, en caso de enajenación onerosa a favor de terceras personas ajenas a la comunidad (art. 552-4 CCC), así como pedir la división de la cosa común (art. 552-9 letra a CCC).

3.5. Alimentos

Los cónyuges separados de hecho pueden acordar la fijación de alimentos legales a favor de uno de ellos (art. 237-2.1 CCC), en la medida en que persiste el vínculo conyugal y se mantiene vigente el deber de ayuda y socorro mutuo (art. 231-2.1 CCC)³⁶⁶. En este sentido, conviene destacar que su fijación se encuentra incluida entre las medidas provisionales que pueden solicitarse a la autoridad judicial (art. 233-1.1 letra d CCC). En cambio, ello no resulta extensible a los convivientes estables, al no encontrarse entre las personas obligadas a prestar alimentos de origen familiar (art. 237-2.1 CCC).

En la medida en que los alimentos legales se extinguen con la disolución del vínculo matrimonial (art. 237-2.1 CCC), ya sea por divorcio o nulidad, pueden pactar una prestación alimentaria durante la separación, la cual se sustituya por una prestación compensatoria por el mismo importe, una vez se produzca el divorcio o la nulidad. En caso de separación judicial, la atribución de una prestación compensatoria no producirá la extinción automática de los alimentos, al resultar compatibles, de acuerdo con la jurisprudencia³⁶⁷, aunque difícilmente procederá el reconocimiento de ambas. La razón es que, una vez atribuida la prestación compensatoria, desaparece la causa de necesidad, la cual es presupuesto ineludible para el reconocimiento del derecho de alimentos.

Hay que tener en cuenta que, además de los alimentos legales, los cónyuges también pueden pactar alimentos voluntarios (ya fuere a título oneroso o gratuito), en virtud de su autonomía

³⁶⁶ María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 42 y 76-78. En la jurisprudencia, cabe hacer referencia a la SAPB de 31 marzo 2009 (ROJ 2110/2009, MP Vigo Morancho), la cual establece que: “esta Sala debe confirmar su doctrina reiterada de acuerdo con la que constante matrimonio, aunque se haya producido la separación de los cónyuges, sigue manteniéndose el derecho recíproco a la prestación de alimentos” (FJ 1). Sin embargo, es preciso señalar que con anterioridad se había mantenido una jurisprudencia contradictoria (Encarna ROCA I TRIAS, “Els efectes de la nul·litat del matrimoni, de la separació i del divorci”, p. 509).

³⁶⁷ A favor de la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la prestación compensatoria, encontramos: SAPB 26 abril 2010 (ROJ 3712/2010, MP Martín Villa), SAPB de 21 diciembre 2009 (ROJ 13577/1999, MP Ortuño Muñoz) y SAPB de 7 marzo 2006 (ROJ 2624/2006, MP Viñas Maestre).

de la voluntad, los cuales tienen naturaleza convencional. Estos van destinados a sufragar gastos que van más allá de lo que legalmente constituye el contenido de la obligación legal de alimentos. De acuerdo con la STS de 4 noviembre 2011, salvo que se limite de forma expresa a la separación, dicho pacto mantiene su eficacia en caso de que se divorcien con posterioridad³⁶⁸. Las disposiciones de los alimentos legales (arts. 237-1 a 237-13 CCC) resultan aplicables subsidiariamente en lo no establecido por pacto o por la correspondiente regulación (art. 237-14 CCC). Este último supuesto tiene lugar cuando se estipulan alimentos onerosos (i. e. contrato de alimentos), en cuyo caso se registrarán por lo dispuesto en el art. 1791 y ss. CCE, en tanto no resulte aprobado el Anteproyecto de Libro VI del CCC (arts. 624-8 a 624-11 CCC).

Para concluir este apartado, procederemos a realizar algunas breves precisiones para el supuesto de que alguno de los cónyuges sea declarado en concurso.

Durante la separación de hecho (aunque igualmente en la separación legal), la cuantía y periodicidad de los alimentos al concursado y a su cónyuge (al subsistir los derechos y obligaciones derivadas del vínculo matrimonial), percibidos con cargo a la masa activa (art. 47.1 LC), será las que acuerde la administración concursal (en caso de intervención, si es concurso voluntario) o las que autorice el juez (en caso de suspensión, de ser concurso necesario). Dicha posición a favor del reconocimiento de alimentos al concursado y a su cónyuge es fundamentada por SANTANA y SENENT sobre la base del art. 606.1 LEC, el cual reconoce el carácter de inembargable de aquellos bienes que resultan imprescindibles para que las personas dependientes del ejecutado puedan atender con razonable dignidad su subsistencia. Como apuntaba BELTRÁN, la circunstancia de que el concursado ostente a la vez la condición de acreedor y deudor se explica por la separación de patrimonios –personal y concursal– que produce la declaración de concurso³⁶⁹.

Ahora bien, para que pueda acceder a la prestación alimentaria es necesario que en la masa activa existan bienes suficientes y que el concursado se encuentre en estado de necesidad. La razón es que, en caso contrario, al resultar reducida la masa activa, ello supondría un recorte

³⁶⁸ Roj 6998/2011, MP Roca Trias. En esta, se fijó la siguiente doctrina: “*el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos*”. En la doctrina, vid. María Paz GARCÍA RUBIO, “Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho”, pp. 78-80; Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, p. 561; María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Los pactos conyugales de separación de hecho”, p. 247.

³⁶⁹ Emelina SANTANA / Santiago SENENT, “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, pp. 173-174; Emilio BELTRÁN, “Artículo 84”, Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1514-1515.

injustificado del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CCE) e iría en detrimento de los intereses de los acreedores del deudor insolvente. Además, de acuerdo con CUENA CASAS, a pesar de que dicho precepto no lo contempla con carácter subsidiario, únicamente cuando no los pudiese percibir de otras personas legalmente obligadas, resultando incluido su cónyuge, debería reputarse que se encuentra en estado de necesidad (art. 237-2 CCC)³⁷⁰.

En este punto, es momento de preguntarse qué sucede en relación con los alimentos fijados por resolución judicial, una vez se ha producido la separación legal.

Cuando la resolución judicial que fije los alimentos es anterior a la declaración de concurso, a pesar de la competencia del juez civil, la administración concursal (en caso de intervención) o el juez de concurso (en caso de suspensión) tienen la facultad de autorizar el pago, siempre que existan bienes suficientes en la masa activa. Por lo que les corresponde valorar si la cuantía puede ser atendida en toda su extensión con cargo a la masa activa (art. 84.2 ap. 4 LC) o debe ser minorada, en cuyo caso se requerirá de una justificación especial. Entonces, dicho exceso tendrá la consideración de crédito ordinario (*arg.* aplicación analógica del art. 47.2 LC), evitándose igualmente la subordinación causada por tratarse de persona especialmente relacionada con el deudor (art. 93.1 ap. 1 LC). Esta condición también se otorga a los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso (art. 92 ap. 5 LC).

En cambio, si la resolución judicial fuera posterior a la declaración de concurso, los alimentos a cargo del concursado serán considerados créditos contra la masa en toda la extensión (art. 84.2 ap. 4 LC). Ello se debe a que la situación concursal del deudor ya ha sido tomada en cuenta en la fijación de los alimentos y que la administración concursal ha podido ejercer control (art. 54 LC)³⁷¹.

En último lugar, nos resta examinar cómo se debería proceder en caso de que los cónyuges hubieren estipulado alimentos voluntarios, de naturaleza convencional, en un pacto amistoso

³⁷⁰ Matilde CUENA CASAS, “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, pp. 72-77. En este mismo sentido, se ha posicionado Fátima YÁÑEZ VIVERO, “¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?”, *Actualidad civil*, núm. 19 (2007), p. 2212. También vid. Núria REYNAL QUEROL, “El derecho de alimentos en el concurso”, pp. 340-348.

³⁷¹ Respecto a la resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso: Francisco Javier ORDUÑA / Javier PLAZA, “Artículo 47”, en Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 957-958. De ser con posterioridad, consultar: Matilde CUENA CASAS, “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, pp. 89-90; Matilde CUENA CASAS, “El derecho de alimentos del concursado tras la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal”, en Luis BARBER MARRERO / Pablo RUIZ DE IZA (coord.), *II Congreso concursal y Mercantil de Salamanca*, Cizur menor, Civitas, 2014, pp. 62-63.

de separación. Es decir, de aquellos que no entran dentro del concepto de alimentos del art. 47 LC. A nuestro modo de ver, estos tienen siempre la consideración de crédito subordinado (art. 92.5 LC). Sin embargo, de haberse estipulado su mantenimiento tras la disolución del matrimonio, entonces creemos que el crédito debería ser calificable como ordinario o subordinado, en función de si la declaración de concurso se hubiese producido antes o dentro de los dos años posteriores a su divorcio.

4. Prestación compensatoria y prestación alimentaria

Una vez se ha producida la ruptura en la convivencia, uno de los cónyuges o convivientes estables tiene reconocido el derecho a percibir, a cargo del otro, una prestación compensatoria³⁷² (art. 233-14.1 CCC) o prestación alimentaria (art. 234-10 CCC). Es necesario señalar que, como consecuencia de su distinta naturaleza, el alcance es más limitado en la última. Mientras que en la primera se persigue compensar el cónyuge cuya situación económica resulte más perjudicada como consecuencia de la ruptura de la convivencia (art. 233-14.1 CCC), en la segunda se reconoce al conviviente estable que lo requiera para poder atender adecuadamente a su sustentación (art. 234-10.1 CCC). No obstante, entendemos que en caso de concurso, no resulta de aplicación el art. 47 LC, puesto que únicamente resulta aplicable a los alimentos legales. Por lo que nos remitimos a lo previamente apuntado, en relación con la extinción de créditos.

Antes de proceder con el estudio, cabe resaltar que en los otros ordenamientos jurídicos estudiados también se contempla la posibilidad de pactar sobre la manutención.

En Australia, los cónyuges y convivientes estables pueden acordar el reconocimiento de “*maintenance*” a uno de ellos (ss. 90C (2) y 90UD (2) FLA), aunque ello no impide que los tribunales puedan luego introducir modificaciones cuando no sea suficiente para garantizar el sustento de su beneficiario (ss. 90F y 90UI FLA). Para que su acuerdo no se repunte como nulo, es necesario que especifiquen: para quién se prevé, así como la suma económica o el valor de la porción de la propiedad que se destinará al pago de la manutención (ss. 90E y 90UH FLA). Asimismo, en Inglaterra y Gales, los cónyuges o “*civil partners*” puedan pactar su reconocimiento en un “*maintenance agreement*”, a través de “*financial arrangements*” (ss. 34 (2) MCA y 67 CPA, sched. 5). También en EUA con el otorgamiento de un “*separation agreement*” (ss. 306 (a) MMDA y 7.09 PLFD).

³⁷² De acuerdo con el INE (Estadística de nulidades, separaciones y divorcios), solo en el 7,93% de los divorcios y en el 18,55% de las separaciones entre cónyuges de diferente sexo procedió el otorgamiento de una prestación compensatoria. El pago correspondió al esposo en un 88,49% en caso de divorcio y en 96,03% en el supuesto de separación.

De acuerdo con HARRISON, el reconocimiento de “*spousal maintenance*” en Australia por parte de los tribunales es más bien una rareza. Esta misma situación se produce en Inglaterra y Gales (MILES) y en EUA (ELLMAN), al igual que en MFC (SCHWENZER), dónde igualmente resulta excepcional. La razón es que, al tratarse de fuentes normativas pertenecientes a un sistema legal de “*Common Law*”, se valora su procedencia, una vez han sido resueltas las cuestiones de propiedad, por estar ambas comprendidas en el ámbito de “*ancillary relief proceedings*”. O, como afirmaba BARLOW, por tratarse de un “*global package*”³⁷³. Por lo que, en función de cómo se haya decidido acerca la división y redistribución de activos, puede haber cesado por completo la necesidad que justificaba su otorgamiento o haber resultado afectada la capacidad económica del deudor. Además, opera el principio de “*clean-break*”, el cual persigue que ambas partes resulten autosuficientes después del divorcio o la disolución de su unión. Así, se encuentra previsto en Australia (ss. 81 y 90ST FLA), como en Inglaterra y Gales (ss. 25A (1) MCA y 23 (2) CPA, Sched. 5), en relación con los cónyuges y convivientes estables. En un sentido similar, encontramos el art. 1.20 MFC y en el PEFL 2:2, aunque se denomina el principio de “*self sufficiency*”. Respecto a esta última, es preciso indicar que su regulación del “*maintenance agreement*” resulta más próxima a la del CCC (como se expondrá seguidamente), puesto que la CDFE optó por la visión del “*Civil Law*”, la cual considera los regímenes matrimoniales y alimentos como instrumentos independientes.

La prestación compensatoria o alimentaria resulta compatible y complementaria con la compensación económica por razón de trabajo, pero deben reclamarse conjuntamente al efecto de ser ponderadas adecuadamente (arts. 233-15 letra a y 234-13 CCC)³⁷⁴. De hecho, y como se expondrá a continuación, lo previamente apuntado en relación con esta, puede hacerse en gran medida extensible.

Primeramente, conviene destacar que los cónyuges o convivientes estables pueden acordar la cuantía que estimen oportuna, al igual que en el PEFL 2:10 (1). Esta posición se fundamenta en una interpretación *a fortiori* de los arts. 233-16.2 y 234-10.2 CCC. Si se admite que resulta renunciante, por más razón debe reconocerse que puedan estipular la cuantía que estimen oportuna, ya fuere superior o inferior a la que le correspondería de aplicar los parámetros legales (arts. 233-15 y 237-9 CCC). Además, como apuntamos previamente, la

³⁷³ Margaret HARRISON, “Australia’s Family Law Act: the first twenty-five years”, p. 14; Joanna MILES, “Marital agreements and private autonomy in England and Wales”, p. 93; Ira Mark ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, p. 409; Anne BARLOW, “Property Relationship between spouses – England & Wales”, p. 15. También consultar: Owen JESSEP, “Marital agreements and private autonomy in Australia”, pp. 20-21; Nigel LOWE, “Grounds for divorce and maintenance between former spouses”, pp. 20-23; Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, pp. 79-81.

³⁷⁴ Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, “Las parejas estables”, p. 130.

atribución del uso de la vivienda, que pertenece en todo o en parte al que no es beneficiario, debe tenerse en cuenta como contribución de la prestación compensatoria o alimentaria (arts. 233-20.7 y 234-8.4 CCC).

Asimismo, pueden pactar que el pago puede atribuirse en forma de pensión o de capital (arts. 233-17.1 y 234-11.1 CCC), ya sea en: dinero, en bienes (en dominio, ya sea en propiedad exclusiva o en cotitularidad), en usufructo (como se encontraba previsto en el art. 85.2 CF) o mixta. Ello dependerá en gran medida de la liquidez de que disponga el deudor. En caso de atribución en forma de capital, pueden acordar el aplazamiento del pago o que se haga a plazos (arts. 233-17.2 y 234-11.2 CCC), pudiendo ser con carácter mensual, trimestral o anual. De hecho, como apunta el preámbulo del CCC, ha sido la generalización de esta última posibilidad de pago la que ha causado que pasara a recibir el nombre de “*prestación*”, en sustitución de “*pensión*”. De acordar el pago mediante esta forma, pueden pactar su duración (arts. 233-16.1, 233-19.1 letra d y 234-12 CCC) y es preferible que estipulen cuando se debe de hacer efectivo el pago (p. ej. primer día de cada mes).

En Australia, pueden pactar que el importe de manutención se haga efectivo en pagos periódicos, en una cantidad global o a través de la cesión de propiedades por dicho valor (ss. 90E y 90UH FLA). Aparte de estas modalidades de pago, algunos Estados de EUA reconocen otras. Como, por ejemplo, “*rehabilitative alimony*” que persigue incrementar la capacidad de obtener ingresos de su acreedor, a través de proveerlo con educación o formación (p. ej. pagando una prestación con carácter mensual, además de los gastos derivados de la matriculación en la universidad, durante 3 años). O “*reimbursement alimony*”, cuyo propósito es el de reembolso de las cuantías invertidas por uno de los cónyuges a favor del otro. Ello puede estimarse cuando se divorcian, después de haber invertido considerablemente en el negocio del otro o de haberlo estado manteniendo mientras cursaba un grado universitario, al no haberse podido beneficiar de la inversión realizada³⁷⁵.

También procede modular, suprimir o añadir causas de extinción (de las previstas en el art. 233-19 CCC), así como pactar una reducción o la suspensión temporal de pago, en función de los ingresos o del patrimonio del cónyuge o conviviente estable beneficiario o del deudor (arts. 233-18 y 234-11.4 CCC). En sentido similar, encontramos el PEFL 2:10 (1), en que se contempla que puedan pactar la duración y la extinción de la obligación de manutención. Si

³⁷⁵ Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, p. 713; Janet Leach RICHARDS, “Mastering Family Law”, pp. 81-85.

bien es cierto que en principio se otorga por un período limitado (arts. 233-17.4 y 234-11.3 CCC), pueden libremente pactarla con carácter indefinido o vitalicio. En el caso *Simpson v. Simpson* (2011), *Supreme Court of Missouri* defendió que, como las partes habían establecido en el “*separation agreement*” la obligación de pagar una manutención durante 15 años a la esposa, con la única excepción de su fallecimiento, el hecho de que se hubiese casado no permitía extinguirla. De ahí la importancia de que las partes especifiquen las circunstancias por las cuales dicha obligación resultará modificada, suspendida o extinguida, tomando especialmente en consideración la cohabitación, nuevo matrimonio o encontrar un empleo retribuido³⁷⁶.

En último lugar, pueden pactar la renuncia a la prestación compensatoria (arts. 233-16.1 y 234-10.2 CCC) o realizar reconocimiento expreso de la inexistencia de desequilibrio económico en el momento del cese efectivo de la convivencia (presupuesto que justifica su fijación) con el propósito de que en un proceso posterior no sea posible su reclamación. La posibilidad de pactar su renuncia se encuentra igualmente prevista en el PEFL 2:10 (1), así como en EUA, salvo en los matrimonios de duración superior a 10 años, en los que dicho pacto deviene ineficaz si posteriormente alguna de las partes requiere de asistencia pública. O, en Australia, en que deben especificar que la cuantía destinada a este concepto sea cero, para otorgar validez al acuerdo alcanzado (ss. 90E y 90UH FLA)³⁷⁷. En cambio, ello no resulta posible en Inglaterra y Gales, en la medida en que no pueden pactar excluir la competencia de los tribunales (ss. 34 (1) MCA y 68 (a) Sched. 5 CPA).

5. Vivienda familiar

La «vivienda familiar» es un objeto patrimonial, que constituye la sede física del «domicilio familiar», el cual se corresponde con la sede jurídica en que se desarrollan las diferentes relaciones jurídico-familiares, tanto la conyugal o convivencial, como la paterno-filial. Por lo que podemos afirmar que es parcialmente coincidente con el «domicilio conyugal», pero sin que haya una relación de equivalencia necesaria y absoluta entre uno y otro³⁷⁸.

³⁷⁶ 352 S.W.3d 362 (Mo. 2011) (disponible en FindLaw, SC 91498): “*The separation agreement states that the ‘only’ event that can terminate maintenance is the death of either Husband or Wife. [...] The word ‘only’ excludes all other possible terminating event including Wife’s remarriage*”. A favor de especificar las circunstancias, por las cuales se extinguirá la manutención: Scott M. MANN, “Best practices in drafting family law agreements: a systematic approach using checklist”, *American Journal of Family Law*, vol. 26, núm. 1 (2012), p. 47. En la doctrina: Núria GINÉS CASTELLET, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial”, p. 2610; Ángel SERRANO DE NICOLÁS, “Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, pp. 45-46.

³⁷⁷ Joseph N. DUCANTO, “Divorce and poverty are often synonymous”, *American Journal of Family Law*, vol. 24, núm. 2 (2010), p. 89; Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, p. 713.

³⁷⁸ Santiago ESPIAU ESPIAU, “La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español”, pp. 26-27 y 37; Matilde CUENA CASAS, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 278-280; Susana NAVAS NAVARRO, “La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán”, p. 3245.

Para fijar el domicilio familiar, especialmente ante terceras personas, se requiere de “*residencia habitual*” y “*convivencia*” del grupo familiar (art. 231-3.1 CCC), independientemente del tiempo que haya durado la ocupación. De ahí que se deniega dicho carácter a las viviendas por temporada o de recreo (por no concurrir habitualidad), así como a los domicilios individuales pertenecientes a cada uno de los cónyuges (por no existir convivencia). Como defendía MUÑOZ DE DIOS, es necesario un asentamiento con carácter permanente (*corpus*) y la intención de que así lo sea (*animus*), independientemente del tiempo que dure la ocupación. En contra esta disociación, se ha pronunciado CUENA CASAS, al defender que el *animus* se deduce del propio *corpus*. Es decir, que si se habita en un inmueble con carácter permanente es porque ya concurre la intención de hacerlo³⁷⁹.

En cualquier caso, una vez que el domicilio familiar ya ha sido identificado, deja de requerirse la concurrencia de dichos requisitos. Por lo que este (y consecuentemente la vivienda familiar), a diferencia del domicilio conyugal, puede subsistir en los supuestos de separación judicial, nulidad y divorcio, así como de crisis en la convivencia estable, siempre que haya hijos comunes que convivan con alguno de los progenitores (art. 231-3.1 CCC). Así, al evitar que su identificación dependa de circunstancias fácticas cambiantes, se garantiza de manera efectiva la protección jurídica que se persigue otorgarle³⁸⁰.

En este momento, consideramos oportuno exponer algunos datos estadísticos con el propósito de conocer mejor cuál es el régimen de tenencia de la vivienda familiar, en función de la edad media del hogar (calculada a partir de la edad de los distintos miembros que lo integran):

	En propiedad	En arrendamiento	Cedida gratis o a bajo precio	Otra forma
Menos de 31 años	70,66%	21,34%	3,17%	4,83%
De 31 a 45 años	77,45%	14,89%	2,50%	5,16%
De 46 a 65 años	83,49%	8,81%	1,79%	5,91%
Más de 65 años	86,87%	6,38%	1,84%	4,91%
Media	79,62%	12,86%	2,33%	5,20%

Fuente: INE (2011)

³⁷⁹ Mariano MUÑOZ DE DIOS, “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVII, 1986, pp. 225-227; Matilde CUENA CASAS, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, p. 286.

³⁸⁰ Santiago ESPIAU ESPIAU, “El régimen de disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 127; Susana NAVAS NAVARRO, “La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán”, p. 3245; Matilde CUENA CASAS, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, pp. 282 y 287.

A continuación, procederemos a examinar los acuerdos que las partes pueden alcanzar, en relación con la vivienda familiar, el cual es el activo más complejo de gestionar una vez la crisis matrimonial o de la convivencia estable se ha producido. Reflejo de ello son todos aquellos procesos contenciosos, en que una de las partes condiciona su renuncia a la petición de guarda exclusiva o compartida, a cambio de que la otra acepte su propuesta en relación con la vivienda familiar. La razón es que, como manifestaba RAMS ALBESA, “*el decidir sobre la vivienda equivalía a decidir, la mayor parte de las veces, sobre la totalidad de los bienes y un porcentaje más que considerable de las deudas*”³⁸¹.

5.1. Atribución del derecho de uso

Los cónyuges y convivientes estables pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos (arts. 233-20.1 y 234-8.1 CCC) y/o a los hijos (art. 562-3 CCC), aunque respecto a este último únicamente cuando las partes lo pactasen expresamente, al no estarle reconocido en el CCC. Es importante enfatizar que este derecho de uso se extiende únicamente a los bienes que integran el «ajuar familiar». Conforme a ESPIAU ESPIAU, dicho concepto resulta más restrictivo que el de «bienes muebles destinados al uso familiar», puesto que en este resultan excluidos aquellos que se encuentran fuera de la vivienda familiar, a pesar de ser destinados al uso familiar (p. ej. automóviles al servicio de la familia, bicicletas). Como defendió GARCÍA CANTERO, lo relevante para su inclusión en este concepto es “*su destino, accesorio y vinculado a la vivienda familiar*”. Así, se especifica en MFC que por “*family chattels*” se refiere a “*furniture, domestic appliances, and corporeal chattels, including pets, for the joint use of the partners*”³⁸².

Cabe preguntarse si pueden pactar mantener un uso compartido de la vivienda familiar y continuar viviendo juntos (siempre que ambos estén de acuerdo y no resulte perjudicial para los hijos menores). El TSJC, en su sentencia de 18 enero 2010, defendió que dicha modalidad no se podía reputar *contra legem*, aunque precisó que no suele ser lo habitual. Frente a dicho pronunciamiento, ESPIAU ESPIAU se pronunció de modo muy crítico, declarando que la autonomía de la voluntad no puede modificar la configuración legal de la

³⁸¹ Joaquín J. RAMS ALBESA, “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en Joaquín J. RAMS ALBESA / Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ / Eduardo SERRANO GÓMEZ / Luis A. ANGUITA VILLANUEVA, Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, p. 81; Ángel CARRASCO PERERA, “Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos”, p. 195; Roser PALLEROLS VIDAL, “La atribución del uso del domicilio familiar”, en Vicente PÉREZ DAUDI (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 79. Ello también ha sido defendido desde la sociología: Mireia MASCARELL LLOSA / Marta RICO IÑIGO, “Qui es queda amb què? L’habitatge en els processos de separació conjugal”, *Revista Catalana de Sociologia*, vol. 12 (2000), p. 43-44.

³⁸² Santiago ESPIAU ESPIAU, “El régimen de disposición de la vivienda familiar”, pp. 130-131; Gabriel GARCÍA CANTERO, “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en Pedro-Juan VILADRICH, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, EUNSA, 1986, p. 75. También vid. Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, p. 37.

atribución del uso de la vivienda familiar, porque “*això significa alterar els trets típics que la defineixen*”³⁸³. En cualquier caso, como expondremos más adelante, ello no supone negar la posibilidad de un uso alterno, en la medida en que cabe la distribución del uso, si bien limitado a períodos determinados.

El contenido del derecho de uso se regula por su título de constitución (art. 562-1 CCC), pudiéndose establecer a título gratuito u oneroso³⁸⁴. De tener carácter gratuito, podrá residir sin coste alguno en el inmueble, aunque le corresponderá el pago de los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda (p. ej. gastos ocasionados por el uso de la caldera de agua), incluidos los de comunidad y suministros (p. ej. agua, gas, electricidad, teléfono), así como los tributos y las tasas de devengo anual (p. ej. impuesto sobre bienes inmuebles, tasa de recogida de basuras, tasa de vado permanente), de acuerdo con lo dispuesto por el art. 233-23.2 CCC, salvo pacto en contrario. Como se expondrá seguidamente, los efectos de la atribución del uso sobre la vivienda familiar dependerán en gran medida del título en virtud del cual la poseen. Los datos estadísticos, relativos al año 2015, ponen de manifiesto que el 79,5% de los hogares constituidos por dos adultos sin niños dependientes son propietarios de la vivienda familiar. Estos se encuentran seguidos de un 11,9% en alquiler (aunque el 2,2% de estos es por un precio inferior al mercado) y de un 6,4% en cesión gratuita³⁸⁵.

5.1.1. Detentada por título distinto al de propiedad

Cuando la posesión de los cónyuges o convivientes estables sobre el inmueble se sustenta sobre un derecho personal (p. ej. comodato) o real (p. ej. usufructo, de superficie) en exclusiva o de cotitularidad, el derecho de uso nunca tiene naturaleza real. La razón es que seguirá la suerte del derecho sobre el que recae, por lo que extinguido aquel, también se extingue este (arts. 233-21.2 y 234-8.4 CCC)³⁸⁶. Debemos precisar que se trata de un

³⁸³ STSJC de 18 enero 2010 (Roj 1/2010, MP Anglada Fors). En sentido similar, se posicionó la SAPB de 29 julio 2010 (Roj 6628/2010, MP Noblejas Negrillo), limitándolo “*a casos excepcionales, en atención a singularísimas circunstancias que hagan inviable, por una u otras razones, y especialmente de índole económica, la salida de cualquiera de los cónyuges*”. En la doctrina, vid. Santiago ESPIAU ESPIAU, “L’atribució conjunta de l’ús de l’habitatge familiar en una situació de crisi matrimonial: Comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 18 de gener de 2010”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 11 (2010), pp. 252-253 y 256.

³⁸⁴ Con relación al art. 90.1 letra b del CCE, ROCA TRIAS afirmó que se limita a establecer la necesidad de que se atribuya el uso, pero no exige que este tenga que ser gratuito. Por lo que puede constituirse a favor del cónyuge que deba usarlo derechos personales, tales como arrendamientos o comodatos (Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, p. 555).

³⁸⁵ Los datos estadísticos pueden consultarse en: Encuesta de condiciones de vida (Hogares por régimen de tenencia de la vivienda y tipo de hogar), realizada por el INE. Cabe precisar que las cifras son ligeramente distintas cuando se trata de dos adultos con uno o más niños dependientes: 77,5% (en propiedad); 13,9% (alquiler a precio de mercado); 1,7% (alquiler inferior al precio de mercado); 6,9% (cesión gratuita).

³⁸⁶ En la jurisprudencia, de modo tajante se pronunció la STS de 14 enero 2010 (Roj 1894/2010, MP Xiol Rios): “*nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que carecía por el matrimonio*” (FJ 8). En la doctrina, Matilde CUENA CASAS, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, p. 362; Matilde CUENA CASAS, “Uso de la

supuesto de detentación, por constituir una tenencia con la tolerancia de los titulares (art. 521-1.2 CCC).

Es importante identificar si nos hallamos frente un precario o ante un comodato (préstamo de uso). Mientras que en el primero el propietario puede recuperar la posesión en cualquier momento, por medio de la acción de desahucio, en el segundo no resulta posible hasta después de concluido el uso para el que se prestó, salvo en caso de urgente necesidad (art. 1749 CCE).

Para facilitar la distinción entre ambos, la STS de 26 diciembre 2005 estableció que *“habrá que examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de este contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista”* (FJ 4). Por lo que la cesión gratuita de vivienda – que se produce generalmente entre padres e hijos– puede considerarse en principio a precario, excepto que se haya pactado por una duración determinada (pudiéndose igualmente inferir del uso concreto). Ahora bien, como defiende CUADRADO PÉREZ, cuando se cede el uso para que puedan establecer su vivienda familiar no puede entenderse que concurre el requisito de temporalidad (propio del contrato de comodato), puesto que la duración se dejaría al arbitrio del comodatario, al no poderse reclamar la devolución hasta que dejase de servir a tales fines. En este mismo sentido, se ha posicionado la jurisprudencia. Como, por ejemplo, la SAPB de 18 julio 2007, al declarar que *“no se puede presumir el deseo de los parientes propietarios de una cesión vitalicia y de forma absolutamente gratuita, sin ninguna posibilidad de recuperación, habiéndose podido instrumentar en caso contrario la cesión por medio de una donación”* (FJ 2)³⁸⁷.

Sin embargo, cabe resaltar que –una vez rota la convivencia– el excónyuge o exconviviente estable del comodatario pasará a ser un precarista, independientemente de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda (STS de 2 octubre 2008). CUADRADO PÉREZ se ha posicionado a favor de dicha doctrina jurisprudencial, en la medida en que se admite la posibilidad de su configuración *“en contemplación de la persona del*

vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (2014), pp. 11-12; Fabián ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 509-510.

³⁸⁷ Carlos CUADRADO PÉREZ, “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia (1)”, *RCDI*, núm. 734 (2012), pp. 3173-3174. En la jurisprudencia, vid. STS de 26 diciembre 2005 (Roj 7530/2005, MP Roca Trias) y SAPB de 18 julio 2007 (Roj 9506/2007, MP Utrillas Carbonell). A favor de esta interpretación, encontramos también STSJC de 26 junio 2008 (Roj 14508/2008, MP Valls Gombau), en que se consideró que la finca, otorgada por un padre a su hijo para que la utilizase como vivienda familiar, había sido otorgada sin destino a uso determinado. Por lo que su situación posesoria fue calificada a precario.

comodatario” y, en la hipótesis estudiada, los propietarios –como regla general– persiguen favorecer solamente a su hijo³⁸⁸.

En previsión de que el tercero reclame la restitución (lo que resulta previsible cuando no les une una relación de parentesco en línea directa con el propietario del inmueble), los cónyuges o convivientes estables pueden estipular la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias para garantizar suficientemente las necesidades de vivienda del beneficiario, que generalmente se corresponde con aquel que tiene atribuida la guarda, y/o de los hijos (arts. 233-7.2, 233-21.2 y 234-8.4 CCC).

5.1.2. Detentada por título de propiedad

Cuando ambos cónyuges o uno de ellos son propietarios del inmueble, entendemos que el derecho de uso sí puede considerarse como un auténtico derecho real. La razón es que entonces sí tiene la eficacia típica de estos, al resultar inscribible en el Registro de la Propiedad y tener eficacia *erga omnes* (art. 233-22 CCC), por lo que puede reputarse como tal (así se afirmó en la STS de 18 enero 2010). Otro argumento a favor de dicha naturaleza es que el uso no inscrito resulta oponible frente a terceros, siempre que lo conozcan al margen del Registro de la Propiedad. En este mismo sentido, ya se posicionó la STS de 4 diciembre 2000³⁸⁹.

Cabe precisar que el derecho de uso solamente reconoce la facultad de uso (*uti*), pero no el disfrute (*frui*)³⁹⁰. De modo que los beneficiarios de dicha atribución únicamente pueden utilizar el bien ajeno de modo suficiente para atender sus necesidades y las de quienes convivan con ellos (art. 562-6 CCC). Como ya se sabe, en caso de querer incluir también la facultad de disfrute, se requiere de la constitución de un derecho de usufructo (art. 561-2.1 CCC). Entonces, por ejemplo, sí podrían alquilar habitaciones sobrantes a terceros para obtener ingresos adicionales o cobrar alquiler por tener antenas de telefonía móvil en la

³⁸⁸ STS de 2 octubre 2008 (Roj 4872/2008, MP Sierra Gil de la Cuesta). En la doctrina, vid. Carlos CUADRADO PÉREZ, “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, en Matilde CUENA CASAS / Luis Antonio ANGUITA VILLANUEVA / Jorge ORTEGA DOMÉNECH, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 1256-1257.

³⁸⁹ En la STS de 4 diciembre 2000 (Roj 8881/2000, MP Romero Lorenzo) se consideró que el tercero que había adquirido una vivienda en subasta no actuó de buena fe, por lo que no procedía declarar la nulidad del derecho de uso concedido, a pesar de no estar inscrito en el Registro de la Propiedad. Ello se debió a que conocía el carácter de vivienda familiar, por la relación de amistad que le unía con uno de los cónyuges. También vid. STS de 18 enero 2010 (Roj 776/2010, MP Roca Trias). En contra de la consideración del derecho de uso como derecho real, se ha posicionado DGRN, declarando que se trata de un derecho de naturaleza familiar. Entre muchas otras, encontramos: RDGRN de 24 octubre 2014 (La Ley 156869/2014). En la doctrina, vid. Matilde CUENA CASAS, “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial”, pp. 14-15; María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro”, *RCDI*, núm. 710 (2008), pp. 2518-2522.

³⁹⁰ Así se pronunció la STSJC de 28 enero 2013 (Roj 688/2013, MP Anglada Fors), si bien en relación con la atribución del uso de una segunda residencia (FJ 4). A favor del alquiler de habitaciones a terceras personas, encontramos: SAPB de 18 octubre 2013 (Roj 1157/2013, MP Vigo Morancho) y SAPB de 7 marzo 2013 (Roj 2829/2013, MP García Esquiús).

azotea. En previsión de dicho supuesto, podrían pactar que, para el caso de que un tercero pasase a residir en dicha vivienda, sin ser familiar de primer grado, estuviese obligado al pago de una renta en concepto de alquiler, la mitad de la cual debería ser abonada al que no tuviese atribuido un derecho de uso.

La jurisprudencia ha interpretado que el derecho de uso debe hacerse extensivo a todas las dependencias que arquitectónicamente constituyen un anexo contiguo con dicha vivienda, de conformidad con lo dispuesto por el art. 562-7 CCC. Como, por ejemplo: garaje (en 2011, el 46,75% de las viviendas principales disponían de uno), trastero, buhardilla, sótano o jardín. No obstante, nosotros consideramos que es posible pactar en contra, salvo que ello constituya una fuente de conflictos que resulte contraria al interés superior de los hijos menores de edad, por perjudicar al libre desarrollo de su personalidad³⁹¹.

Por más que el derecho de uso atribuido judicialmente sobre la vivienda familiar deba ser con carácter temporal (art. 233-20.5 CCC), los cónyuges o convivientes estables libremente pueden pactarlo con carácter indefinido, pudiéndose estipular una condición resolutoria. Como, por ejemplo, de contraer nuevo matrimonio o pasar a convivir con otra persona. Así, se planteó en el caso *Carbone v. Carbone* (2010), cuando el marido solicitó judicialmente la venta de la vivienda familiar, en la medida en que la pareja de su hija estaba residiendo en ella y se había firmado un “*separation agreement*”, por el que se había estipulado que: “*No third party guest of the opposite sex, related or not, shall reside at said marital residence*”. Al no haberse estipulado el concepto de de “*third party guest*”, *New York Supreme Court* citó a las partes a un juicio para clarificar su significado. En cualquier caso, lo más común es que pacten la atribución temporal, estipulando un término final (p. ej. consumación de la venta y efectiva percepción de las cantidades correspondientes, división material, extinción de la guarda, mayoría de edad o independencia económica de los hijos), sin perjuicio de que se solicite en su momento una prórroga de mantenerse las circunstancias que motivaron su atribución (arts. 233-20.5, 234-8.4 y 233-7 CCC)³⁹².

³⁹¹ En la SAPT de 16 diciembre 2004 (Roj 1933/2004, MP Vigo Morancho) se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la esposa, con la excepción de: buhardilla, sótano, garaje y el jardín. La razón es que, sobre la base de un informe técnico de un arquitecto, se consideró que se trataba de elementos anexos a la otra vivienda colindante, copropiedad del esposo y de su madre. De acuerdo con Idescat, en 2011 las viviendas principales que disponían de garaje representaban el 46,75% (550.390 de 1.177.321). Estos se pueden consultar en: Anuario Estadístico de Cataluña; Vivienda y construcción; Edificios; Edificios destinados principalmente a vivienda. Por plazas de garaje.

³⁹² *Carbone v. Carbone*, 907 N.Y.S.2d 436 (Sup. Ct. 2010) (disponible en Justia, 2010 NY Slip Op 50519 [U]). Como declara el legislador catalán en la exposición de motivos del libro II del CCC: “*la atribución por razón de necesidad es siempre temporal, sin perjuicio de que puedan instarse las prórrogas que procedan*”. De este modo, la doctrina de la TSJC, que excepcionalmente permitía la atribución con carácter indefinido en caso de prever que la situación de necesidad sería permanente e invariable (vid. STSJC de 16 diciembre 2010 [Roj 9940/2010], MP Alegret Burgues), ya no resulta aplicable. De acuerdo con la SAPB de 30 septiembre 2014 (Roj 11051/2014, MP Sambola Cabrer), la petición de prórroga en la atribución puede resultar estimada: “*atendida la edad [...] y las dificultades que por su edad y formación existen para que pueda incorporarse al mercado laboral con capacidad efectiva y real de generar ingresos de forma autónoma*” (FJ 3). Así, por ejemplo, dicha petición fue desestimada

A nuestro modo de parecer, cuando el bien es propiedad privada de uno de los cónyuges o convivientes estables, por más que la atribución del uso de la vivienda permite ser compensada como contribución en especie a la prestación alimentaria y compensatoria (arts. 233-20.7 y 234-8.3 CCC), es poco probable que se atribuya libremente.

Por un lado, en atención a que no permite la transmisión libre de cargas, al subsistir el derecho de uso (arts. 233-25 y 234-8.4 CCC). Asimismo, a nuestro entender, durante la separación de hecho (y hasta que la crisis matrimonial sea judicialmente constatada) también se encuentra limitada su facultad de disposición, al seguir vigente la necesidad de obtener asentimiento por parte del otro o, en su defecto, autorización judicial para poder realizar actos de disposición sobre la vivienda familiar (art. 231-9 CCC). De acuerdo con NAVAS NAVARRO, ello encuentra su fundamento en que, al permanecer el vínculo conyugal, continúa siendo vivienda conyugal, además de familiar³⁹³. En este mismo sentido, se encuentra regulado en el PEFL 4:5, aunque sin especificar la limitación temporal de dicha protección, por dejarse a decisión del legislador nacional.

Por otro lado, al tener que continuar satisfaciendo las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros, de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución (arts. 233-23.1 y 234-8.4 CCC). Por ejemplo, debe seguir abonando el pago de la hipoteca y el seguro del hogar, a la vez que debe procurarse un nuevo inmueble donde alojarse. Y, en caso de estar sometida la vivienda al régimen jurídico de propiedad horizontal, tendría que sufragar los gastos extraordinarios de comunidad (p. ej. pintar la escalera o la fachada, reparación de la terraza, adecuación del ascensor a la normativa)³⁹⁴. Dicho mismo argumento, acerca de la poca disposición del cónyuge o conviviente estable – como propietario único– de atribuir el uso al otro, resulta extensible de ser un bien en comunidad ordinaria indivisa, puesto que lo más común es que prefieran dividir el bien, por medio del ejercicio de la acción de división de la cosa común.

en el siguiente supuesto, resuelto por la SAPB de 27 noviembre 2014 (Roj 12272/2014, MP Sambola Cabrer): ingresos de la ex esposa de 650€ mensuales, careciendo su nueva pareja y el hijo mayor de edad no independiente económicamente, que vivía con ellos, de ingresos. Además, el ex marido percibía exclusivamente una ayuda de 426 euros mensuales.

³⁹³ Susana NAVAS NAVARRO, “La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán”, p. 3268. También defiende que el propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede comprometerse en un pacto amistoso de separación, como una obligación de no hacer, a no realizar ningún acto de disposición. En contra de la aplicación del art. 231-9 CCC en situaciones de separación de hecho, por considerar que les resulta de aplicación una regulación específica, se ha posicionado Santiago ESPIAU ESPIAU, “El régimen de disposición de la vivienda familiar”, p. 127. En este sentido, resulta interesante la RDGDEJ de 22 marzo 2007 (publicada en el DOGC núm. 4854, de 2 abril 2007, pp. 11966-11969) que defendió que no se podía entender que el uso sobre la vivienda familiar resultase comprometido por división material, puesto que “no impediría, si fos el cas, que la convivència de l’antic propietari (ara propietari exclusiu de la nova entitat) amb l’hipotètic cònjuge o parella de fet continués en un dels pisos resultants d’aquesta operació divisòria” (FD 3.2).

³⁹⁴ Así, encontramos la SAPB de 24 julio 2014 (Roj 8250/2014, MP Rallo Ayezuren), que declara como doctrina de las secciones que conocen de los asuntos de Derecho de familia que: “*las derramas y recibos extraordinarios, distintos de los recibos por las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios, no se incluyen dentro de los gastos ordinarios que debe sufragar el titular del uso*” (FJ 4).

5.2. Distribución del uso (“*bird nesting*”)

Los cónyuges y convivientes estables también pueden acordar la distribución del uso de la vivienda en caso de guarda compartida (arts. 233-20 y 234-8 CCC). Ello implica que los hijos menores permanecen en el hogar familiar y son los progenitores, quienes se trasladan a la misma cuando les corresponda. El único límite legal (aunque solo previsto para los cónyuges) es que los períodos temporales de uso estén determinados (art. 233-20.1 CCC), sin que resulte de aplicación un límite mínimo o máximo de duración. Si bien lo más común es que estos sean iguales, nada impide que no lo sean. En este sentido, MOLL DE ALBA proponía distribuir el uso, otorgando los días laborales a uno de ellos y los festivos al otro, o bien, establecer términos iniciales y finales para cada cónyuge³⁹⁵.

Cabe resaltar que esta forma de organización familiar únicamente puede ser acordada por los cónyuges o convivientes estables y, por tanto, nunca puede ser impuesta por la autoridad judicial, al no estar contemplada en los art. 233-20.2 y 234-8.4 CCC. Dicha voluntad puede concurrir cuando los progenitores desean garantizar que los hijos tengan unas mismas condiciones de espacio, distancia al colegio, proximidad a amigos y actividades, así como si quieren hacer un reparto igualitario y equitativo de la vivienda familiar. Ahora bien, resulta poco común en la práctica, en atención al elevado coste económico (al implicar el mantenimiento de tres viviendas) y la dificultad de compatibilizarlo, en caso de querer convivir con una nueva pareja. En este sentido, se ha pronunciado el TSJC en su sentencia de 5 septiembre 2008, al desaconsejarlo con carácter general, por considerar que “*no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida*”³⁹⁶.

³⁹⁵ Chantal MOLL DE ALBA, “La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar”, en Vicente PÉREZ DAUDI (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 92-93; María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *RCDI*, núm. 732 (2012), pp. 2312-2313 a partir del estudio de la jurisprudencia menor, afirmó que la frecuencia de los cambios pactados fue: cada seis días, por semanas, trimestres, cuatrimestres o semestres.

³⁹⁶ STSJC de 5 septiembre 2008 (Roj 9511/2008, MP Anglada Fors), FJ 3. En este mismo sentido, se pronunció de nuevo la STSJC de 3 marzo 2010 (Roj 3128/2010, MP Ramos Rubio). A pesar de dicha postura jurisprudencial, la SAPT de 27 octubre 2010 (Roj 1142/2010, MP Carpi Martín) estableció un uso alterno de la vivienda familiar, a pesar de la falta de acuerdo de los cónyuges, y que este era propiedad del padre. Se consideró que ninguno de los domicilios actuales (uno en Salou y el otro en la Mora) de estos permitían a los menores seguir desenvolviéndose en sus actividades cotidianas (Tarragona), lo que resultaba esencial en atención a su edad. Además, se valoró que ambos progenitores tenían ingresos salariales medios y que no existía un especial interés necesitado de protección. A favor de esta forma de organización familiar: María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar”, pp. 2312-2314; Chantal MOLL DE ALBA, “La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar”, p. 92. En contra, encontramos Víctor MORENO VELASCO / John GAUDET, “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU”, *Diario La Ley*, núm. 7179 (2009), p. 2 y María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *RCDI*, núm. 736 (2013), pp. 1144-1145.

5.3. Exclusión de la atribución del uso

Los cónyuges y convivientes estables igualmente pueden acordar no atribuir ningún derecho de uso sobre la vivienda familiar, pudiendo dicho pacto ser aprobado por la autoridad judicial, siempre que concurren unas determinadas condiciones, que se procederá a examinar a continuación. De todos modos, ello no resulta posible cuando el grado de vinculación de los hijos con el domicilio familiar es de tal calibre que requiere, por aplicación del interés superior del menor, que sigan residiendo en el mismo (p. ej. lugar de escolarización o de arraigo, proximidad de familiares que pueden auxiliar a su cuidado)³⁹⁷.

A continuación, examinaremos aquellos supuestos en que resulta posible no atribuir ningún derecho de uso sobre la vivienda familiar.

En primer lugar, cuando el cónyuge o conviviente estable, que resultaría beneficiario por tener atribuida la guarda, tuviera medios suficientes³⁹⁸ para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos (arts. 233-21.1 letra a y 234-8.4 CCC), y siempre que no resultasen comprometidas las posibilidades de atender a las necesidades básicas del otro cónyuge o conviviente estable (arts. 233-21.3 y 234-8.4 CCC).

En segundo lugar, también procede cuando se haya pactado sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias (arts. 233-20.6 y 234-8.4 CCC), siempre que se cumplan con unos presupuestos, los cuales serán examinados posteriormente. Es preciso indicar que lo pueden pactar libremente con el propósito de garantizar que ambos, independientemente de quien tenga atribuida la guarda, tienen garantizada la necesidad de vivienda (p. ej. así uno tiene atribuido el uso de la vivienda familiar y el otro de una segunda residencia).

Por una parte, estas otras residencias deben ser idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda. A nuestro entender, ello implica que debe ser digna y adecuada (art. 47 CE). Es decir, debe cumplir con determinadas condiciones de habitabilidad para poder ser destinada a residencia y evitar ser desalojados. Por lo que debe reunir la infraestructura mínima para cumplir los requerimientos de la normativa administrativa, los cuales se verifican con la

³⁹⁷ Acerca de la necesidad de tomar en consideración el grado de vinculación de los hijos con el domicilio familiar, encontramos la SAPG de 21 enero 2011 (Roj 6/2011, MP Ferrero Hidalgo), al igual que la SAPG de 30 junio 2014 (Roj 601/2014, MP Lefort Ruiz de Aguiar). En esta, se valoró la proximidad del domicilio familiar al colegio del menor.

³⁹⁸ Como apuntaba Chantal MOLL DE ALBA, "La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar", p. 89, ello sucede cuando es titular de otros bienes inmuebles, así como cuando tiene rentas inmobiliarias o mobiliarias, ya fuere por actividades económicas o por razón de trabajo.

obtención de la cédula de habitabilidad (art. 26.1 LDV). De modo que, por ejemplo, resultarían excluidos establos, chozas, locales de negocio o cabañas³⁹⁹.

Mientras que algunos autores han reconocido que algunos bienes muebles pueden satisfacer la necesidad de vivienda, siempre que cumplan con las condiciones de habitabilidad mínimas, otros lo han limitado a bienes inmuebles. Entre ellos, destaca GARCÍA CANTERO, quién defendió dicha posición: por la difícil identificación de los bienes muebles; por su vulnerabilidad y fácil destrucción; por la casi imposibilidad de inscribirlo en un Registro⁴⁰⁰. Asimismo, nosotros entendemos que los bienes muebles (p. ej. una tienda de campaña o una *roulotte*) difícilmente permiten cumplir con las condiciones mínimas para obtener la cédula de habitabilidad. Si bien es cierto que ello sí resulta posible en el caso de “*mobile homes*” (o caravanas estáticas), estas deben considerarse un bien inmueble, a pesar de resultar transportables (a diferencia de una casa prefabricada), por tratarse de una construcción con vocación de permanencia (art. 511-2.2 letra a CCC).

Por otra parte, debemos precisar el concepto de “*otras residencias*”, empleado por el legislador. La STSJC de 30 julio 2012 declaró, confirmando así la posición defendida por la jurisprudencia menor, que no se limitaba a las segundas residencias, sino que era más amplio, pudiéndose entender incluidas aquellas que no son destinadas a pasar períodos vacacionales o de descanso. Y que, además, no era necesario que la familia estuviera haciendo uso de la misma, puesto que también se encontraban incluidas aquellas viviendas que estuvieran siendo rentabilizadas por alguno de los cónyuges. De acuerdo con IDESCAT, el 14,25% de las viviendas principales en 2001 disponían de una segunda residencia, incluyendo tanto aquellas situadas dentro de España como en el extranjero, aunque las más habituales se encuentran en Cataluña⁴⁰¹.

³⁹⁹ Ley 18/2007, de 29 diciembre, del derecho a la vivienda (DOGC núm. 5044, de 9 enero 2008, pp. 1609-1688; BOE núm. 50, de 27 febrero 2008, pp. 11653-11696). Los requerimientos se encuentran en el Anexo 1 (de nueva construcción) y 2 (de viviendas preexistentes) del Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad (DOGC núm. 6245, de 2 noviembre 2012, pp. 53432-53452). En la doctrina, vid. Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, *RCDI*, núm. 734 (2012), pp. 3473-3474; Juan A. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2003, p. 34; Mariano MUÑOZ DE DIOS, “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil”, p. 223.

⁴⁰⁰ A favor de la inclusión de los bienes muebles, encontramos Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, p. 3475; María CÁRCABA FERNÁNDEZ, “La protección de la vivienda familiar y mobiliario de la familia en el artículo 1320 del Código Civil”, *RCDI*, núm. 582 (1987), p. 1436; Mariano MUÑOZ DE DIOS, “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil”, pp. 222-223; Juan A. TAMAYO CARMONA, “Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición”, p. 35. En contra, Gabriel GARCÍA CANTERO, “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, pp. 72-74.

⁴⁰¹ STSJC de 30 julio 2012 (Roj 8898/2012, MP Alegret Burgués). La STSJC de 28 enero 2013 (*ut supra*) se consideró como “*otra residencia*”, una vivienda que hasta ese momento había sido destinada al alojamiento de los chóferes de una empresa de turismo, con la que la esposa mantenía una actividad de colaboración. Para mayor información, consultar el comentario de dicha sentencia en: Marina CASTELLS I MARQUÈS, “Atribució de l’ús d’altres residències (Comentari a la sentencia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 28 de gener de 2013)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 14 (2014), pp. 149-160. Los

En caso de que esta otra residencia, cuyo uso se pretende atribuir, estuviera arrendada, conviene destacar que puede ser recuperada por el propietario, incluso cuando no se hubiera pactado expresamente en el contrato de arrendamiento, aunque únicamente para los cónyuges, al no estar previsto para los convivientes estables. De acuerdo con la normativa vigente, no procederá la prórroga obligatoria del contrato por plazos anuales (prevista cuando la duración del arrendamiento es inferior a tres años) si, una vez transcurrido el primer año de duración del mismo, el arrendador comunica al arrendatario que la necesita para destinarla a vivienda permanente para sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial (art. 9 ap. 1 y 3 LAU⁴⁰²).

En último lugar, la atribución del uso de la vivienda familiar igualmente puede ser excluida cuando el cónyuge o conviviente estables (que debería ceder el uso) pueda sufragar el coste de alquiler de una vivienda en la zona y de similares características de la que hasta entonces había sido familiar (arts. 233-21.1 letra b y 234-8.4 CCC).

Sin embargo, cuando el cónyuge o conviviente estable (que debería ser beneficiario del uso por razón de tener atribuida la guarda) disponga de medios suficientes para sufragar su vivienda, aunque no la de los hijos, lo más común (cabe pacto en contrario) es que sufrague la parte del alquiler que le corresponda, mientras que la relativa a los hijos, sea pagada en la proporción que ambos progenitores acuerden, en concepto de alimentos⁴⁰³.

5.4. Cesión o subrogación en el contrato de arrendamiento

Si bien es cierto que, como regla general, el arrendador puede resolver de pleno derecho el contrato cuando la vivienda deje de estar destinada a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario (art. 27.2 letra f LAU), ello no resulta procedente si le cede el contrato con el consentimiento escrito del arrendador (art. 8.1 LAU) o el otro se subroga como titular exclusivo del contrato de arrendamiento, sin necesidad de previo consentimiento del arrendador (a diferencia de la cesión, *arg.* 8.1 LAU), en caso de que el primitivo arrendatario no renueve o desista (art. 12.1 LAU). Tampoco si abandona el hogar familiar (art. 12.3 LAU), entonces le correspondería al otro la carga de notificar al

datos estadísticos pueden consultarse en: Anuario Estadístico de Cataluña; Vivienda y construcción; Vivienda y locales; Viviendas principales por disponibilidad de 2a residencia; Censo de viviendas.

⁴⁰² Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 noviembre 1994, pp. 36129-36146).

⁴⁰³ Así se pronunció la SAPB de 25 febrero 2013 (Roj 1162/2013, MP Sambola Cabrer) y la SAPG de 21 enero 2011 (*ut supra*). En esta se declaró que: “Y así podríamos fijar que un alquiler de una vivienda en Girona podría rondar los 900,00 euros con lo cual si son tres los ocupantes, una tercera parte debe ser satisfecha exclusivamente por la Sra. Hugo y las otras dos, que se corresponderían con cada hijo, deben ser satisfechas por ambos progenitores en la proporción que se establezca” (FJ 2).

arrendador su voluntad de pasar a ser arrendatario. En el supuesto de que no conteste o no notifique dicha voluntad, el contrato se extinguirá, quedando obligado al pago de la renta de ese mes (art. 12 ap. 3 LAU). Es necesario señalar que ello resulta aplicable tanto cuando uno de ellos es titular exclusivo del contrato como cuando son cotitulares arrendaticios (salvo que se haya pactado expresamente la ocupación solidaria, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1737 CCE), en la medida en que en ambos casos se produce una modificación subjetiva que requiere del consentimiento del propietario. Otra solución se encuentra regulada en el PEFL 4:6 (1), al estipular que se presume que ambos cónyuges son titulares del contrato de arrendamiento, incluso cuando hubiere sido concluido únicamente por uno de ellos con anterioridad a la celebración del matrimonio⁴⁰⁴.

En caso de que acuerden atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cotitulares o al que no es titular del contrato de arrendamiento, siendo posteriormente dicho pacto aprobado judicialmente, a través de una propuesta de convenio regulador, entonces el titular del contrato pasaría a ser el cónyuge o conviviente estable a quien se ha atribuido el uso de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato (art. 15.1 LAU), correspondiéndole de nuevo la obligación de manifestar dicha voluntad al arrendador (art. 15.2 LAU). Si bien es cierto que dicho precepto únicamente se refiere a los cónyuges, en la medida en que el art. 234-8 CCC permite a la autoridad judicial atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los convivientes estables, a nuestro entender, también les resulta de aplicación a estos. En cualquier caso, de no realizarse dicha notificación, ello no supone la extinción automática del contrato, en la medida en que la subrogación en la titularidad se produce desde la firmeza de la propia sentencia. Sin embargo, ello no impide que tal incumplimiento pueda derivar en una resolución del contrato por cesión o subrogación no consentida del arrendador (art. 27.2 letra c LAU)⁴⁰⁵.

5.5. Adquisición de la propiedad temporal

La atribución de un derecho de propiedad temporal sobre la vivienda familiar, a través del cual se confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado (art. 547-1 CCC), consideramos que puede resultar especialmente útil cuando esta sea propiedad

⁴⁰⁴ Así se ha posicionado la SAPB de 14 noviembre 2014 (Roj 12310/2014, MP Cremades Morant), así como la SAPB de 19 septiembre 2012 (Roj 9476/2012, MP Cremades Morant). Ahora bien, es preciso indicar que la doctrina jurisprudencial, sentada por el Tribunal Supremo, conforme la cual: “*el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*” (STS de 9 julio 2010 [Roj 3531/2010, MP Seijas Quintana], entre muchas otras). Por lo que actualmente prevalece la titularidad que expresa el contrato de arrendamiento.

⁴⁰⁵ Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, “La situación jurídica del cónyuge del arrendatario en la vivienda arrendada”, *RCDI*, núm. 738 (2013), pp. 2618-2626 y 2646; Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, p. 355; Alberto M. SANTOS MARTÍNEZ, “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 15-16 (2012), pp. 1574-1575.

exclusiva de uno de los cónyuges o convivientes estables (o incluso de los progenitores de algunos de ellos) y concurren hijos comunes, sometidos a la potestad parental (aunque este segundo presupuesto no tiene por qué darse necesariamente). Ello se debe a que permite superar muchas de las desventajas que la atribución de un derecho de uso ocasiona, pudiendo beneficiarse igualmente de la protección registral, siempre que las partes optasen por su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 547-8.1 CCC). Como ya se sabe, la propiedad temporal ha sido recientemente introducida en el Libro V del CCC, junto con la propiedad compartida, para convertirse en una alternativa real a la propiedad y al alquiler, como consecuencia de hacer posible una reducción en los costes de adquisición. Como afirmaba el legislador en el preámbulo, “[l]a introducción de estas modalidades de dominio obedece, principalmente, al propósito de aportar soluciones al problema del acceso a la propiedad de la vivienda”⁴⁰⁶.

La adopción de esta modalidad de dominio resulta beneficiosa para el propietario temporal, ya que le permite acceder a una vivienda que resulta económicamente más asequible, en la medida en que únicamente se confiere el dominio del bien durante un plazo cierto y determinado, pudiendo pactarse el pago a plazos (art. 547-5 letra a CCC). También se asegura así, por medio de la atribución de todas las facultades del derecho de propiedad, que no podrá ser privado de esta vivienda durante un determinado lapso de tiempo y que tendrá plena disponibilidad de su derecho, pudiendo realizar alteraciones sobre el bien, así como modificaciones y mejoras. En relación con el titular sucesivo (el cual será –en principio– el primer propietario), también le reporta ventajas. El precio de adquisición de la propiedad temporal le conferirá liquidez (p. ej. para procurarse un nuevo alojamiento, para amortizar la hipoteca). Además, puede optar por alienar su derecho real de adquisición de la propiedad plena, el cual operará automáticamente, vencido el plazo fijado (art. 547-7.1 CCC). Así, puede proceder a la venta de su vivienda, obteniendo más liquidez, sin tener que esperar el transcurso del lapso de tiempo pactado. En último lugar, no tendría que asumir los gastos generados por la vivienda, al corresponder al propietario temporal en exclusiva (quien en ningún caso podría reclamarle el reembolso de dichos importes)⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Reforma introducida, en virtud de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña (BOE núm. 215, de 8 septiembre 2015, pp. 79039-79048; DOGC núm. 6927, de 4 agosto 2015). En la doctrina, vid. Sergio NASARRE AZNAR, “La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado”, en Sergio NASARRE AZNAR (Dir.), *Bienes en común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 785-787.

⁴⁰⁷ Para mayor información respecto de las ventajas de la propiedad temporal, consultar: Sergio NASARRE AZNAR / Héctor SIMÓN MORENO, “Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, *RCDP*, núm. 739 (2013), p. 3088; Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña: derechos reales*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 159-160.

5.6. Constitución de una propiedad compartida

La constitución de dicha modalidad de dominio, a través de la cual uno de los copropietarios –además del uso y disfrute exclusivo del bien– tiene el derecho de adquirir gradualmente la cuota del otro (a través de su gravamen con un derecho de opción⁴⁰⁸), puede resultar especialmente atractiva en caso de que la vivienda familiar sea una comunidad ordinaria indivisa entre los dos cónyuges o convivientes estables (ya sea por mitades o con otra proporción). La razón, por la que defendemos que la reconversión de una comunidad ordinaria indivisa en propiedad compartida puede resultar útil, es porque facilita su extinción, a través de su conversión en una comunidad especial (art. 552-9 letra d CCC), la cual requerirá de unanimidad de los comuneros (art. 552-7.6 CCC). Esto se explica por nacer con vocación de transitoriedad, pues con ella se persigue la reunión en una sola titularidad de todas las cuotas de propiedad (art. 556-11.1 letra a CCC). Así tiene lugar, por una parte, cuando el copropietario –que tenga atribuido el uso y disfrute exclusivo (propietario material)– vaya adquiriendo gradualmente la cuota del otro hasta convertirse en propietario exclusivo. Por otra parte, si pactan que el propietario material enajene progresivamente su cuota al propietario material hasta la extinción de esta comunidad especial (posibilidad admitida expresamente en el preámbulo).

Ahora bien, dicha modalidad de dominio puede igualmente constituirse cuando solo uno de los cónyuges o convivientes estables es propietario exclusivo de la vivienda familiar, aunque creemos que será poco habitual en la práctica, como consecuencia de la falta de incentivos para optar por esta opción (p. ej. si desea alienarlo es más probable que opte por venderlo a un tercero, obteniendo su precio en un único pago), excepto que se encuentre ante una necesidad imperiosa de liquidez (p. ej. para pagar las cuotas hipotecarias y no encontrar comprador alguno).

En aquellos supuestos en los que se produzca una conversión de una comunidad ordinaria indivisa en una propiedad compartida, la cuota inicialmente adquirida podría ser la misma (art. 556-4.2 CCC). Sin embargo, en la modalidad en la que se pacta que el propietario material pueda ir ejerciendo su derecho de adquisición, lo más frecuente será que la adquisición a título oneroso de una cuota mayor, sin que legalmente se imponga un % mínimo (art. 556-4.2 letra b CCC). La duración de la propiedad compartida sería aquella que, de acuerdo con la planificación elaborada por las partes, se corresponda con el tiempo que el propietario material o formal (en función de la modalidad adoptada) necesita para la

⁴⁰⁸ Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, “Derecho Civil de Cataluña: derechos reales”, p. 345, quienes defienden que la constitución de la propiedad compartida supone el gravamen de la cuota retenida con un derecho de opción.

adquisición plena del dominio, sin que legalmente se imponga una duración mínima (art. 556-4.3 CCC).

La propiedad compartida resulta especialmente ventajosa para aquellos que no disponen de recursos suficientes, para adquirir todo el dominio del bien a través de un único pago, ni tampoco puedan obtener la financiación necesaria para hacerlo, evitando así que se vean forzados a aceptar la alienación del bien a un tercero (con reparto del precio obtenido entre ellos). Además, la percepción por parte del propietario formal de una contraprestación dineraria –por el uso y goce exclusivo (art. 556-4.2 letra c CCC)– permiten obtener liquidez para hacer frente a la pérdida de poder adquisitivo, originada por la ruptura de la pareja. Si bien, a diferencia de la propiedad temporal, el propietario formal sí que podrá satisfacer los gastos extraordinarios y de ejecución de obras de instalación, en proporción a su cuota (art. 556-6.4 CCC)⁴⁰⁹.

5.7. Acuerdos respecto del pago de créditos hipotecarios

La adquisición de la vivienda familiar requiere generalmente de la constitución de una hipoteca. En este sentido, los datos estadísticos ponen de manifiesto que del total de viviendas principales de propiedad en 2011, el 41,62% lo era por compra, aunque con pagos pendientes. Ahora bien, en función de la edad media del hogar, los porcentajes resultaban muy diferentes⁴¹⁰:

Edad	Por compra, con pagos pendientes	Por compra, totalmente pagada	Por herencia o donación
Menos de 31 años	77,10%	18,28%	4,62%
De 31 a 45 años	55,13%	37,63%	7,24%
De 46 a 65 años	23,49%	63,87%	12,64%
Más de 65 años	5,45%	81,82%	12,73%
Media	40,29%	50,40%	9,31%

Fuente: INE (2011)

La hipoteca, que grava la vivienda familiar, será satisfecha de conformidad con lo dispuesto por el título de constitución frente a la entidad acreedora (arts. 233-23.1 y 234-8.4 CCC). Es decir, por lo dispuesto en el contrato de préstamo hipotecario. Por lo que lo más común será

⁴⁰⁹ Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, “Derecho Civil de Cataluña: derechos reales”, pp. 342-343; Sergio NASARRE AZNAR / Héctor SIMÓN MORENO, “Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, pp. 3086-3087.

⁴¹⁰ Dichos porcentajes han sido calculados a partir de los datos publicados en el censo de población y viviendas (base 2011). De acuerdo con la encuesta de presupuestos familiares (Gasto anual de los hogares según diferentes niveles de desagregación funcional) de 2015, el 31,77% del presupuesto familiar iba destinado a gastos de vivienda, agua, electricidad, gas y otros combustibles (en Cataluña era del 31,46%). Además, el 4,25% por mobiliario, equipamiento del hogar y gastos corrientes de conservación de la vivienda (en Cataluña era del 4,02%).

que el cónyuge o conviviente estable, que tenga la propiedad exclusiva, sea el que abone las cuotas hipotecarias (por principal e intereses) que se devenguen hasta su total cancelación. Y, en caso de ser ambos cotitulares *pro indiviso*, que cada uno asuma la mitad o en proporción a sus cuotas. En dicho supuesto, se acostumbra a pactar que se proceda a la venta por precio para poder deducir la deuda pendiente (incluidos los otros gastos que se produzcan con relación a la transmisión). En caso de que no haya sobrante, la deuda existente sea asumida de conformidad con el título de constitución y, si lo hay, que sea repartido entre ellos en proporción a sus cuotas. Mientras no se haga efectiva la venta y la percepción de la cantidad correspondiente, ambos deberán seguir abonando las cuotas, aunque para sufragar dicho gastos pueden celebrar un contrato de arrendamiento con un tercero, repartiéndose entre ellos la renta percibida, en caso de que no se hubiese atribuido un derecho de uso a ninguno de ellos.

Es necesario señalar que los cónyuges y convivientes estables frecuentemente deberán de pactar cómo se sufragará el pago de la cuota hipotecaria. Ello resultará esencial en atención a que en 2014 la duración media del matrimonio (hasta la fecha de la sentencia) fue de 15,8 años en España y el plazo medio de las hipotecas, celebradas entre 2006 y 2014, se sitúa en 298 meses (24 años y 10 meses) para las viviendas y en 278 meses (23 años y 2 meses) para los garajes⁴¹¹. Ahora bien, como ponen de manifiesto los datos estadísticos, desde el año 2006 se ha producido una reducción progresiva de la duración media de los nuevos créditos hipotecarios contratados. Así, en relación con el año 2006, ha disminuido en 49 meses (64 meses en Cataluña) para las viviendas y en 43 meses (55 meses en Cataluña) para los garajes.

	España		Cataluña	
	Vivienda	Garaje	Vivienda	Garaje
2014	272 (22 años y 8 meses)	272 (22 años y 8 meses)	275 (22 años y 11 meses)	284 (23 años y 8 meses)
2012	280 (23 años y 4 meses)	254 (21 años y 2 meses)	286 (23 años y 10 meses)	270 (22 años y 6 meses)
2010	301 (25 años y 1 mes)	280 (23 años y 4 meses)	301 (25 años y 1 mes)	299 (24 años y 11 meses)
2008	321 (26 años y 9 meses)	301 (25 años y 1 mes)	324 (27 años)	344 (28 años y 8 meses)
2006	321 (26 años y 9 meses)	315 (26 años y 3 meses)	339 (28 años y 3 meses)	339 (28 años y 3 meses)

Fuente: Estadística Registral Inmobiliaria

⁴¹¹ La duración media del matrimonio del año 2014 únicamente se encuentra disponible en la nota de prensa, de 15 septiembre 2015, relativa a Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios. Para calcular la duración media, hemos tomado en consideración todas las cifras, publicadas en el Anuario de Estadística Registral Inmobiliaria (ERI), entre 2006 y 2014. Publicado en la página web oficial del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Así, por ejemplo, pueden acordar que aquel que tenga atribuido el uso sea el que abone íntegramente la hipoteca (junto con todos los gastos a cargo del propietario) hasta el momento de su venta y que, si hay sobrante tras la liquidación, este sea repartido en la proporción estipulada (p. ej. en atención al porcentaje abonado por cada una de las partes). También pueden estipular que uno de ellos abone la totalidad de la deuda, quedando el otro obligado a reembolsarle la mitad de las cuotas hipotecarias satisfechas en su nombre, una vez realizada la venta del inmueble. Otra posibilidad es que uno de ellos asuma el pago de la cuota hipotecaria hasta la total cancelación de la deuda sin posibilidad de reclamarle posteriormente los pagos hechos al otro. En dicho caso, no puede estipularse que, como contraprestación, sea dispensado del abono de la prestación alimentaria de los hijos menores⁴¹².

En cualquier caso, es muy importante diferenciar entre si la subrogación se produce en la deuda o en la carga hipotecaria.

Cuando la subrogación es sobre la deuda hipotecaria (i. e. obligación personal con ella garantizada) se requiere del consentimiento del acreedor hipotecario. La razón es que, salvo que este lo haya consentido, no se produce subrogación alguna en la posición del deudor (arts. 1205 CCE), puesto que los contratos únicamente producen efecto entre las partes que los otorgan (art. 1257 CCE). De hecho, cuando el bien es de titularidad común y las partes pactan atribuirlo en propiedad a uno de ellos (ya sea a título gratuito u oneroso), a cambio de que el otro quede subrogado íntegramente en el préstamo existente sobre la finca, es habitual condicionar la adjudicación a que el acreedor (y, si procede, los avalistas) acepte dicha liberación de responsabilidad.

Sin embargo, si la subrogación se produce únicamente en relación con la carga hipotecaria, y no en la deuda que tal carga asegura, no se precisa del consentimiento por parte del acreedor, como declaró la sentencia del TSJC de 10 septiembre 2010. Ello se debe a que la posición del tercero se mantiene inalterable, en la medida en que ambos continúen respondiendo solidariamente frente al acreedor, por más que la acción real (art. 104 LH) se dirige contra el cónyuge o conviviente estable que haya pasado a ser propietario exclusivo. Si bien es cierto que, en caso de incumplimiento de lo pactado, el otro podrá ejercer luego la acción de repetición y de reclamación eventual de daños y perjuicios. Por ejemplo, en EUA, cuando una de las partes asume el pago de la deuda pueden incluir “*hold harmless provision*”. Esta

⁴¹² En este sentido, la SAPB de 5 diciembre 2012 (Roj 16014/2013, MP Jiménez de Parga Gastón) fue tajante, al declarar que ello supone una renuncia indebida a la pensión de alimentos y una aplicación *contra legem* de la compensación de créditos, por no ser acreedores y deudores recíprocamente.

permite reclamar una indemnización, en caso de incumplimiento. Así, en *Gardner v. Gardner* (2012), *Utah Court of Appeals* consideró que ello procedía cuando se hubiera causado un daño (p. ej. “*for the alleged reduction in [Husband’s] credit rating, the alleged reduction in the credit limit on his credit cards, the alleged suspension of his home equity line of credit, the alleged loss of his ability to refinance his home*”), sin necesidad de que efectivamente hubiese tenido que pagar⁴¹³.

III. EN RELACIÓN CON LOS HIJOS COMUNES Y NO COMUNES

La autonomía privada reconocida a los cónyuges y convivientes estables para regular sus relaciones verticales con los hijos, menores de edad e incapacitados sometidos a la potestad parental, es muy limitada, como consecuencia de las normas imperativas que operan en este ámbito y del control ejercido por parte de los poderes públicos.

A lo largo de este epígrafe, examinaremos los tres aspectos más destacables que pueden pactarse en relación con los hijos comunes y no comunes en un pacto amistoso de separación: ejercicio de la potestad parental (1.), relaciones personales con personas próximas (2.) y alimentos (3.). Cabe resaltar que, en comparación con las cláusulas respecto a los cónyuges y convivientes estables, entendemos que el contenido debe ser en este ámbito mucho más simple. Dicha posición se fundamenta en que los costes de prever todas las contingencias futuras posibles resultan excesivamente elevados, para un acuerdo cuya eficacia depende de su posterior aprobación judicial⁴¹⁴. De ahí que, a nuestro entender, las partes se deberían limitar a regular solamente aquellas cuestiones más fundamentales e indispensables para asegurar el correcto ejercicio de la potestad parental mientras no recaiga pronunciamiento judicial.

1. Ejercicio de la potestad parental: Modelos de guarda

El concepto de potestad parental no resulta equivalente con el de “*parental responsibility*”, empleado por las fuentes normativas que pudieron haber ejercido mayor influencia en la configuración del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, así como por

⁴¹³ Decreto de 8 febrero 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 febrero, pp. 1518-1532). En la jurisprudencia, consultar: Roj 8051/2010, MP Anglada Fors; *Gardner v. Gardner*, 294 P.3d 600 (Utah Ct. App. 2012) (disponible en Justia, 20100520-CA). En la doctrina, vid.: Gemma RUBIO GIMENO, “Control judicial de contingents sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers”, pp. 17-19; Ángel SERRANO DE NICOLÁS, “Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal”, pp. 501-502.

⁴¹⁴ En relación con el coste de fijar un régimen de relaciones personales, se ha pronunciado CARRASCO PERERA: “*El enorme coste de consensuar el sistema, momento y lugar, de la entrega y la recogida del niño. El coste de ponerlo en práctica. El coste de asegurarse que el derecho podrá ser ejercitado a pesar de la falta de simpatía del cónyuge custodio. [...] Y, finalmente, la maldición que produce su propia rigidez*” (Ángel CARRASCO PERERA, “Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos”, p. 167).

numerosos instrumentos de derecho internacional privado, derecho comunitario y *soft law* europeo⁴¹⁵.

Para clarificar las diferencias entre potestad parental y “*parental responsibility*”, tomaremos como referente la regulación de Inglaterra y Gales, por haber sido la primera de incorporarlo. Por una parte, esta nunca puede extinguirse, salvo en caso de “*adoption order*”, “*order*” bajo la s. 30 *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 o por medio de “*court order*” respecto aquellos padres que no hubiesen contraído matrimonio con la madre en el momento del nacimiento del hijo, por aplicación de la s. 4 (2A) CA. Así, por ejemplo, *In Re D (A Child)* de 2014, *Court of Appeals* confirmó la procedencia de terminar “*parental responsibility*” de un padre que había sido condenado por delitos sexuales cometidos contra dos hijos de la madre. Por otra, la titularidad puede no ser exclusivamente ostentada por los progenitores, sino por terceras personas (ss. 2(5) y 4A CA). Como ya expusimos en el capítulo II, ello resulta posible a través de la celebración de “*parental responsibility agreement*” o de “*step-parent parental responsibility agreement*”⁴¹⁶.

Por el contrario, sí hay cierta confluencia entre “*parental responsibility*” y el ámbito objetivo de la potestad parental, al estar integrada por las responsabilidades parentales. Ello se pone claramente de manifiesto, de comparar la redacción del art. 236-17 CCC con el PEFL 3:1, en la medida en que ambos especifican cuál es dicho contenido, a diferencia de otras fuentes normativas, cuya imprecisión había sido criticada por la doctrina. En sentido similar, se había regulado previamente en el principio 1 de la la “*Recommendation num. R (84) 4 of the Committee of Ministers to Member States on parental responsibilities*”⁴¹⁷ y en el principio 18 de los “*principles concerning the establishment and legal consequences of parentage*” (PELCP), aunque se remplazó la noción de “*care of the person of the child*” por la de “*care and protection*”, por considerar que esta era más amplia e incluía la salud, alimentación y

⁴¹⁵ Art. 1.2 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 2 diciembre 2010, pp. 99837-99868); Art. 2.7 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000; PEFL 3:1 (Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding parental responsibilities”, pp. 315-322).

⁴¹⁶ *Human Fertilisation and Embryology Act* se encuentra disponible en National Archives (1990 c. 37). En la jurisprudencia, vid. *In Re D (A Child)* [2014] EWCA Civ 315. En la doctrina, consultar: Andrew BAINHAM, *Children: the modern law*, Bristol, Family Law, 2005, pp. 62-64; Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 432-434.

⁴¹⁷ COUNCIL OF EUROPE, “Recommendation num. R (84) 4 of the Committee of Ministers to Member States on parental responsibilities (adopted by the Committee of Ministers on 28 February 1984 at the 367th meeting of the Ministers’ deputies). A favor de la confluencia en el ámbito objetivo de la “*parental responsibility*” y de la potestad parental, se ha posicionado Susana NAVAS NAVARRO, “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, pp. 229-230. En contra de la imprecisión del concepto de “*parental responsibility*”, vid. Nigel V. LOWE, “The meaning and allocation of parental responsibility – a common lawyer’s perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 11 (1997), pp. 195-197; Rebecca BAILEY-HARRIS, “The Family Law Reform Act 1995 (CTH)”, pp. 86-87.

bienestar. Además, se suprimió la referencia a su manutención, en la medida en que dicha obligación persiste, a pesar de que los progenitores dejen de ser titulares de las responsabilidades parentales. Posteriormente, a raíz de la aprobación “*Draft recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities*”, COUNCIL OF EUROPE optó por otorgar una mayor relevancia a la salud, introduciendo en el listado “*health and development*” (principio 20).

La crisis matrimonial o de la convivencia estable no causa alteración en las responsabilidades parentales, por lo que mantienen el carácter de compartido (sin que ello implique que los hijos tengan que pasar el mismo tiempo con ambos progenitores) y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente (art. 233-8.1 CCC). Pues, como defiende el legislador catalán en la exposición de motivos del Libro II del Código Civil de Cataluña (CCC), “[l]a igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos”. En este mismo sentido, se encuentra regulado en PEFL 3:10 y PELCP 22. También en los arts. 3.26 y 3.35 MFC con ciertas similitudes, al estipularse que los titulares de la responsabilidad parental deben cooperar para la consecución del interés superior del menor. Ello se fundamenta en la responsabilidad común de hombres y mujeres como progenitores, proclamada en diversos instrumentos internacionales. Concretamente en: art. 18.1 Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 5 (letra b) y 16 (letra d) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y art. 12 Carta Europea de Derechos del niño.

Antes de proceder con el estudio, resulta importante hacer referencia de nuevo a los otros ordenamientos jurídicos estudiados, al haber podido inspirar el legislador catalán cuando especificó que las responsabilidades parentales mantienen el carácter de compartido y deben ejercerse conjuntamente en la medida de lo posible (art. 233-8.1 CCC). Si bien es cierto que la disposición más similar se encuentra en el PEFL 3:11 (al igual que PELCP 19.1), en las otras se distingue entre “*parental responsibility*” (en EUA, se emplea el término de “*(legal) decision-making*”) y “*parenting time*” (en Inglaterra y Gales, se refiere a “*parental involvement*”) ⁴¹⁸.

En Australia, para valorar en qué medida dichas responsabilidades parentales pueden ejercerse conjuntamente, se aplica una doble presunción (desde que en 2006 entró en vigor

⁴¹⁸ Recientemente se ha introducido el término “*parental involvement*” por una modificación, introducida por la s. 11 de *Children and Families Act* de 2014, de la s. 1 *Children Act* (2009). En el caso de EUA, por ejemplo, los conceptos de “*legal decision-making*” y “*parenting time*” se encuentran definidos en la s. 25-401 de *Arizona Revised Statutes*.

Shared Parental Responsibility Act), razón por la que RHOADES lo ha definido como “*a new two-tiered ‘best interests’ checklist*”. En primer lugar, se presume que “*it is in the best interests of the child for the child’s parents to have equal shared parental responsibility for the child*” (s. 61 DA (1) FLA), lo cual implica que los progenitores tienen que hacer un esfuerzo auténtico para alcanzar conjuntamente acuerdos en relación con los hijos (s. 65 DAC (3) FLA). En segundo lugar, en el caso de que la primera presunción no haya sido refutada⁴¹⁹, el tribunal debe entrar a valorar si el hijo pasando “*equal time*” con cada uno de sus progenitores resulta conforme a “*best interests of the child*” (aplicando los parámetros de la s. 60 CC FLA) y si ello es “*reasonable practicable*” (s. 65 DAA (1) FLA). De no resultar procedente, debe aplicar los dos parámetros anteriores, pero en lo concerniente a la atribución de “*substantial and significant time*”, para valorar si este sí que resulta posible (s. 65 DAA (2) FLA). En un sentido similar, se encuentra regulado en Iowa (s. 598.41 ap. 1a Iowa Code, vol. VI) y en Texas (s. 153.001 letra a Family Code), pero no en Inglaterra y Gales (s. 1 (2A) CA), en que únicamente se encuentra prevista la primera presunción⁴²⁰.

Si bien es cierto que las responsabilidades parentales deban en principio ejercerse conjuntamente (art. 233-8.1 CCC), los progenitores pueden configurar el ejercicio de la potestad parental que estimen oportuno, en atención a sus circunstancias particulares, siempre con el límite del interés superior del menor y para facilitar su pleno desarrollo (arts. 236-2 CCC y 5.3 LDOIA). En este sentido, pueden acordar delegar su ejercicio a uno de ellos o distribuirse las funciones, así como mantener el ejercicio conjunto de la potestad parental (art. 236-11 CCC). En este último caso, ello generalmente implica una cotitularidad sucesiva o alterna, aunque podría ser simultánea de seguir conviviendo ambos progenitores en el mismo domicilio⁴²¹. En el caso de las fuentes normativas estudiadas, ello también resulta posible. Así, en la misma línea que el PELCP 20.2, los PEFL reconocen que los

⁴¹⁹ *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act* (2006), disponible en Federal Register of Legislation (C2008C00441). Ello únicamente sucede por la concurrencia de tres circunstancias: cuando hay pruebas razonables que uno de los progenitores (u otra persona con quien viva) ha abusado o maltratado al niño (u otro menor en la familia); si el tribunal considera inapropiado aplicar dicha presunción en “*interim hearing*” (esta audiencia se produce 2-3 meses después de que se haya presentado una demanda y se dictan breves órdenes a la espera del “*final hearing*”); cuando el “*child’s best interests*” resulta contradicho por la aplicación de esta presunción (Anne-Marie RICE, “*Shared parental responsibility*”, pp. 92-94). También vid. Alexandra HARLAND / Donna COOPER / Zoe RATHUS / Renata ALEXANDER, “*Family Law Principles*”, pp. 132-133.

⁴²⁰ Helen RHOADES, “*The dangers of shared care legislation: why Australia needs (yet more) family law reform*”, *Federal Law Review*, vol. 36, núm. 3 (2008), pp. 281-282. En la s. 598.41 ap. 1 Iowa Code se establece que: “*The court, insofar as is reasonable and in the best interest of the child, shall order the custody award, [...] which will assure the child the opportunity for the maximum continuing physical and emotional contact with both parents [...], and which will encourage parents to share the rights and responsibilities of raising the child*”. En cambio, en la s. 153.001 Texas Family Code, ello se contempla como la política pública del Estado. En relación con Inglaterra y Gales, en la s. 1 (2A) CA (tras modificación introducida por la s. 11 de *Children and Families Act* de 2014) se declara: “*A court [...] to presume, unless the contrary is shown, that involvement of that parent in the life of the child concerned will further the child’s welfare*”.

⁴²¹ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, “*Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil*”, en Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. La ley 15/2005, de 8 de julio*, Barcelona, CEDECS, 2000, p. 135.

progenitores pueden alcanzar acuerdos sobre el ejercicio de la “*parental responsibility*” (PEFL 3:13), ya fuere en el sentido de mantener el ejercicio conjunto (pp. 3:11) o pactar que sea unilateral (PEFL 3:15). Asimismo, en Australia, donde pueden pactar que sea ejercida conjuntamente o individualmente, a través de “*parenting agreement*” o “*parenting plan*” (s. 63C (2) para. c FLA), así como en Inglaterra y Gales, en que pueden celebrar “*informal agreement for the delegation of the exercise of parental responsibility*” (s. 2 (9) y (11) CA), así como en EUA con “*co-parenting agreement*”.

Seguidamente procederemos a examinar los distintos modelos de guarda que los cónyuges y convivientes estables pueden acordar en un pacto amistoso de separación, en relación con los hijos menores no emancipados e incapacitados. Si bien en principio pueden elegir aquel que estimen oportuno, siempre se encuentran limitados por el respeto al interés superior del menor (arts. 233-5.3 y 234-6.3 CCC). Cabe resaltar que, salvo que las circunstancias lo justifiquen, los progenitores no pueden separar los hermanos de doble vínculo, pactando una guarda partida (consistente en atribuir la guarda de los hijos a uno de ellos y el resto al otro), de acuerdo con el art. 233-11.2 CCC. En un sentido similar se encuentra regulado en Australia, al presumir que la separación de hermanos resulta contrario al “*child’s best interests*”. Por el contrario, nada impide que puedan establecer un régimen de relaciones personales distinto para los hijos, cuando así lo requiera el interés superior del menor. Así, por ejemplo, por existir una gran diferencia de edad entre los hermanos. Ello también puede resultar necesario para los hermanos sin necesidades especiales, los cuales pueden necesitar estar solos algún tiempo con sus progenitores⁴²². Asimismo, resulta esencial que el régimen de guarda y de relaciones personales adoptado resulte flexible, para que los hijos (especialmente cuando son adolescentes) puedan adaptarlo con sus propios compromisos. Es preciso indicar que una de las dificultades más frecuentes con las que se encuentran es la de poder ver y quedar con sus amigos, así como para asistir a actividades extraescolares⁴²³.

⁴²² Alexandra HARLAND / Donna COOPER / Zoe RATHUS / Renata ALEXANDER, “Family Law Principles”, pp. 162-163; Sheila JENNINGS, “Autism in children and parents: unique considerations for family court professionals”, *Family Court Review*, vol. 43, núm. 4 (2005), p. 591. Respecto al régimen de relación y comunicación conveniente, en atención al momento evolutivo y características personales de los menores, consultar las recomendaciones para la elaboración de planes de parentalidad, elaborado por el Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña (disponible en su página web. Para acceder: secciones, sección de psicología jurídica).

⁴²³ Judy CASHMORE / Patrick PARKINSON / Ruth WESTON / Roger PATULNY / Gerry REDMOND / Lixia QU / Jennifer BAXTER / Marianne RAJKOVIC / Tomasz SITEK / Ilan KATZ, *Shared Care Parenting Arrangements since the 2006 Family Law Reforms: Report to the Australian Government Attorney-General’s Department*, Sydney, Social Policy Research Centre, University of New South Wales, 2010, pp. 124-128. En este mismo sentido, entre muchos otros, vid. Bruce SMYTH, “Time to rethink time?”, *Family matters*, núm. 71 (2005), p. 5. Así, por ejemplo, encontramos la SAPG de 9 octubre 2014 (ROJ 951/2014, MP Lacaba Sánchez) que estableció que la hija de 15 años sería quién decidiría de forma libre y voluntaria las visitas con su padre, atendiendo a sus necesidades y obligaciones escolares. Ahora bien, se estableció un mínimo semanal consistente en dos tardes entre semana, que igualmente escogería ella. En sentido similar, aunque respecto al régimen de relación con la abuela, la SAPB de 13 noviembre 2013 (ROJ 14762/2013, MP Pereda Gámez) aprobó el pacto presentado, conforme el cual las partes se comprometían a respetar la voluntad del hijo de 14 años sobre si deseaba pasar los primeros dos sábados de cada mes con ella.

Antes de proceder con el estudio, consideramos oportuno examinar cuál de los progenitores acostumbra a ejercer la guarda, una vez se ha producido la separación o el divorcio. Desafortunadamente, las estadísticas del INE no incluyen datos relativos a los convivientes estables, ni tampoco de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

(en %)	España			Cataluña		
	2014	2012	2010	2014	2012	2010
Padre	2.960 (5,27%)	3.104 (5,28%)	3.322 (5,66%)	722 (7,12%)	544 (5,14%)	555 (5%)
Madre	41.031 (73,07%)	46.787 (79,54%)	48.828 (83,25%)	5843 (57,29%)	7.153 (67,56%)	8620 (77,71%)
Ambos	11.929 (21,24%)	8.595 (14,61%)	6.130 (10,45%)	3548 (34,97%)	2.793 (26,38%)	1835 (16,54%)
Otros	232 (0,41%)	334 (0,57%)	373 (0,64%)	32 (0,32%)	97 (0,92%)	83 (0,75%)

Fuente: INE⁴²⁴

Como puede observarse, se otorga generalmente la guarda a la madre en exclusiva. Ahora bien, si comparamos los datos relativos a los años 2010 y 2014, podemos afirmar que se ha producido en Cataluña una reducción en dicho modelo del 32,22% (en España ha sido del 15,97%). Por el contrario, el mayor aumento se sitúa en la guarda compartida, que ha experimentado un incremento del 93,35% (en España ha sido del 94,60%). De la misma manera que han aumentado los casos en que la guarda es atribuida en exclusiva al padre, el cual ha sido de un 30,09% (a diferencia de España, en que se ha reducido en un 10,90%).

A efectos comparativos, resulta relevante examinar los datos publicados por la OCDE relativos a la proporción de niños entre 0-14 años (en el caso de EUA es de 0-17 años), en función de con quién convivan:

	Padre y madre	Madre	Padre	Ninguno de los dos
Australia	83,51%	14,28%	2,21%	-
España	84,74%	12,68%	1,77%	0,81%
USA	68,52%	23,72%	4,06%	3,70%
UK	70,51%	26,04%	1,99%	1,46%

Fuente: OCDE (2013)⁴²⁵

⁴²⁴ Estos porcentajes han sido calculados, a partir de los datos publicados por el INE, en la Estadística de nulidades, separaciones y divorcios.

Las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, ya fuere de hecho o de derecho (art. 236-11.5 CCC). Debemos señalar que el ámbito objetivo de estas es más reducido que el de las responsabilidades parentales, por más que ambos conceptos formen parte del contenido de la potestad parental. De acuerdo con FERRER RIBA, las obligaciones de guarda únicamente abarcan: satisfacción de las necesidades materiales del hijo y de vigilancia para evitar que sufra un daño o lo cause a terceros⁴²⁶.

Por esta razón, resulta esencial determinar quién tiene atribuida la guarda a efectos de la asunción de responsabilidad civil por los daños causados por los hijos menores e incapacitados (art. 1903 CCE). De acuerdo con la jurisprudencia, cuando los progenitores se encuentran en una situación de separación judicial, divorcio o nulidad, la responsabilidad civil recae sobre el progenitor que tenía atribuida la guarda en el momento de la producción del daño. No obstante, es necesario preguntarse qué sucede en caso de separación de hecho o de cese de la convivencia estable. Algunos autores (en relación con los cónyuges) han defendido que deben responder siempre los dos, argumentando que en caso contrario aquel que abandonó el domicilio familiar resultaría premiado con la exoneración de responsabilidad. A nuestro modo de ver, ello no resultaría predicable si hubiesen alcanzado previamente un acuerdo sobre la forma de ejercer la potestad parental (art. 236-11.1 CCC), en la medida que ninguno estaría incumpliendo sus responsabilidades parentales (al no ser una situación impuesta unilateralmente por uno de ellos) y resultaría posible determinar cuál de los dos tenía que ejercer los deberes de vigilancia en el momento en que se produjo el daño⁴²⁷.

Llegado este punto, procede examinar los modelos de guarda que los progenitores pueden pactar en un pacto amistoso de separación:

1.1. Guarda exclusiva

Implica la atribución de la guarda a uno de los progenitores y el reconocimiento de un régimen de relaciones personales al otro (no guardador), el cual puede ser más amplio o

⁴²⁵ Cifras publicadas en *OECD Family Database*, “SF1.3: Living arrangements of children”.

⁴²⁶ Josep FERRER RIBA, “Article 139”, p. 672.

⁴²⁷ En este sentido, se ha posicionado Josep FERRER RIBA, “Article 139”, p. 673 declarado que procede imponer la responsabilidad civil, incluso cuando dicho deber de vigilancia se base en una pura relación fáctica, por no haber sido atribuida la guarda judicialmente. Encontramos así, por ejemplo, la STS de 11 octubre 1990 (ROJ 10825/1990, MP Marina Martínez-Pardo), en que se condenó solamente al padre, pues ese fin tenía la guarda de hecho y le correspondía controlar el comportamiento del menor, a pesar de que la madre es quien tenía la guarda legal. En contra, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad de padres, tutores y guardadores por daños a terceros”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 926-930; Mónica NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, José María Bosch, 1998, p. 74.

limitado, en atención a lo que consideren conveniente. Este modelo resulta especialmente adecuado para los hijos con necesidades especiales, los cuales precisan de una mayor estabilidad. Ello puede suceder en caso de estar afectados por una discapacidad física (p. ej. necesitan de una vivienda adaptada a sus limitaciones en movilidad) o mental (p. ej. por no empeorar su patología)⁴²⁸.

A partir de los datos publicados por el INE⁴²⁹, relativos al año 2014, podemos afirmar que en España la guarda exclusiva por divorcio o separación (entre personas de distinto sexo) fue otorgada en el 78,34% (siendo el 73,07% a la madre y el 5,27% al padre), en lugar de la guarda compartida. La cifra en que la guarda fue otorgada a la madre en exclusiva (y no se optó por otro de los modelos) experimenta variaciones, en función del tipo de proceso: cuando era de mutuo acuerdo representa el 71,23%, mientras que cuando era contencioso fue del 78,87%.

(en %)	Guarda exclusiva		Guarda compartida	Otros
	Madre	Padre		
Mutuo acuerdo	30.358 (71,23%)	1.859 (4,36%)	10.301 (24,17%)	99 (0,23%)
Contencioso	10.674 (78,87%)	1.100 (8,13%)	1.628 (12,03%)	132 (0,98%)

Fuente: INE (2014)

Sin embargo, dichos resultados experimentan variaciones, al tomar en consideración únicamente los datos relativos a la guarda exclusiva:

(en %)	Guarda exclusiva	
	Madre	Padre
Mutuo acuerdo	94,23	5,77
Contencioso	90,66	9,34

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE (2013)

Cuando el proceso era de mutuo acuerdo, la guarda exclusiva fue atribuida a la madre en un 94,23%. En cambio, cuando era contencioso, dicha cifra fue de 90,66%. En consecuencia, podemos concluir que cuando los cónyuges optan por un modelo de guarda exclusiva, es más probable que la atribuyan a la madre.

⁴²⁸ Donald T. SAPOSNEK / Heidi PERRYMAN / Josanna BERKOW / Sherrill ELLSWORTH, "Special needs children in family court cases", *Family Court Review*, vol. 43, núm. 4 (2005), p. 575; Sheila JENNINGS, "Autism in children and parents: unique considerations for family court professionals", p. 590; Daniel B. PICKAR / Robert L. KAUFMAN, "Parenting plans for special needs children: applying a risk-assessment model", pp. 122 y 126.

⁴²⁹ Porcentajes de elaboración propia, a partir de los datos publicados en la Estadística de nulidades, separaciones y divorcios (2013).

En los otros ordenamientos jurídicos estudiados, la residencia del menor con la madre igualmente resulta mayoritaria. En Reino Unido se calculó en 2008 que cuando el menor vivía solamente con alguno de sus progenitores, en el 91% era la madre. Un año antes en EUA, se afirmó que ello ocurría en el 80-85% de los casos. Por lo que lo más habitual era que el menor pasase con el padre cada dos fines de semanas con una o dos pernoctas (lo que representa el 14% del tiempo). En el caso de Australia, se identificó en 2008 que el 33,6% pernoctaban siempre y el 45,1% la mayoría de noches con su madre. En cambio, solo el 2,3% pernoctaban siempre y el 3% la mayoría de noches con su padre⁴³⁰.

Diversos estudios, realizados en Australia, apuntan que cuando el hijo reside principalmente con su madre es menos probable que se produzcan modificaciones en un futuro. Así, se calculó que en el 87,4% de los casos, en que se había acordado que el menor viviría con su madre, dicha situación se mantenía al cabo de 4-5 años tras la separación (pasando el 7% a un reparto del 53-65% de las noches, en favor de la madre). En cambio, cuando se había determinado que residirían fundamentalmente con el padre, ello se mantenía inalterable únicamente en el 50,8% de los casos (pasando el 16,6% a residir con la madre y el 16,3% a un reparto de 48-52% de pernoctaciones). Esta misma estabilidad se produce en Wisconsin, en que se calculó que cuando el hijo residía principalmente con la madre no se producían variaciones después de 3 años después de haberse dictado sentencia entre un 93-96% (dependiendo de si se pregunta al padre o a la madre)⁴³¹. Después de esta presentación de datos estadísticos, procederemos con nuestro estudio acerca los acuerdos que pueden alcanzar, en función de la frecuencia de contacto entre el hijo y el progenitor no guardador. Conforme con SMYTH, puede diferenciarse entre 5 modalidades distintas: “*standard contact*” (cada fin de semana o cada dos), “*daytime-only contact*” (sin pernocta), “*holiday-only contact*” (durante las vacaciones escolares), “*occasional contact*” (una vez cada tres o 6 meses) o “*little or no contact*” (menos de una vez al año)⁴³². Tomando en consideración

⁴³⁰ Rae KASPIEW / Matthew GRAY / Ruth WESTON / Lawrie MOLONEY / Kelly HAND / Lixie QU, “Evaluation of the 2006 family law reforms” (2009), en prensa (disponible en la página web de Australian Institute of Family Studies), p. 119; Victoria PEACEY / Joan HUNT, *Problematic contact after separation and divorce? A national survey of parents*, London, One Parent Families – Gingerbread, 2008, p. 16; Joan B. KELLY, “Children’s living arrangements following separation and divorce: insights from empirical and clinical research”, *Family Process*, vol. 26, núm. 1 (2006), pp. 36-37.

⁴³¹ En relación con Australia, consultar: Rae KASPIEW / Matthew GRAY / Ruth WESTON / Lawrie MOLONEY / Kelly HAND / Lixie QU, “Evaluation of the 2006 family law reforms”, pp. 126-127. En esta línea, se había pronunciado previamente: Bruce SMYTH / Ruth WESTON / Lawrie MOLONEY / Nick RICHARDSON / Jeromey TEMPLE, “Changes in patterns of post-separation parenting over time: Recent Australian data”, *Journal of Family Studies*, vol. 24 (2008), pp. 29-31. Respecto a Wisconsin, vid. Lawrence M. BERGER / Patricia R. BROWN / Eunhee JOUNG / Marygold S. MELLI / Lynn WIMER, “The stability of child physical placements following divorce: descriptive evidence from Wisconsin”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 70, núm. 2 (2008), p. 278.

⁴³² Bruce SMYTH, “Time to rethink time?”, pp. 4-5. Según dicho estudio, la frecuencia de las modalidades en los hijos menores era: 6% “*equal (or near) shared care*”, 34% “*standard contact*”, 16% “*daytime-only contact*”, 10% “*holiday-only contact*”, 7% “*occasional contact*” o 26% “*little or no contact*”. Así, AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Protecting your children during divorce: A model parenting plan and guidelines” (2005), en prensa (disponible en su página web), establece que los progenitores pueden escoger entre: un solo día, fines de semana alternos, tres fines de semana completos al mes, todos los fines de semana, fines de semana alternos y una noche intersemanal.

dichas modalidades, deben estipular en qué día o días tendrá lugar el régimen de relaciones personales de los hijos con el progenitor no guardador (p. ej. fines de semana; martes y jueves, tomando en consideración las actividades extraescolares), en qué momento (p. ej. tarde o mediodía, para almorzar juntos), así como la frecuencia (p. ej. semanal, bimensual o cuando se encuentre en situación de desempleo). Asimismo, tienen que pactar el lapso de tiempo que pasarán con el progenitor no guardador. Este variará en función de si se reconoce con pernocta en su hogar, en cuyo caso es común pactar que sea desde la salida del colegio (o del centro de educación, o bien, del taller ocupacional) hasta la mañana siguiente. En caso contrario, únicamente sería hasta la hora estipulada (p. ej. 20 o 21 horas).

En atención a la amplitud que puede llegar a tener el régimen de relaciones personales con el progenitor no guardador, puede resultar difícil establecer la línea divisoria con la guarda compartida. En cualquier caso, cabe resaltar que también pueden optar por un régimen progresivo. Es decir, atribuyendo la guarda exclusiva a uno de ellos, pero ir ampliando paulatinamente el régimen de relaciones personales del otro, pudiéndose incluso pasar a un modelo de guarda compartida. De este modo, la mayor conflictividad entre los progenitores de los primeros tres años desde la crisis matrimonial o de la convivencia estable, a la que apuntan los estudios realizados en el ámbito de las relaciones familiares, tiene un menor impacto para los hijos⁴³³.

1.2. Guarda compartida

Implica un reparto equitativo de los deberes y derechos de ambos progenitores, aunque ello no implica necesariamente que la distribución del tiempo del menor tenga que ser a partes iguales. Este modelo de guarda ha sido propuesto por el TSJC como “*solución preferencial*”. Así, en su sentencia de 26 julio 2012, lo defendió sobre la base de que “*favorece las prácticas de corresponsabilidad al no prevalecer el criterio de uno de los progenitores en las decisiones relativas a la atención ordinaria y vida cotidiana del menor, a la vez que impone una leal colaboración entre ambos*” (FJ 6). No obstante, solo se considerará

⁴³³ Así se estipuló, por ejemplo, en la SAPB de 7 marzo 2014 (ROJ 2472/2014, MP Jiménez de Parga Gastón). Para el primer año escolar, se atribuyó la guarda exclusiva a la madre, otorgando al padre los fines de semana alternos y dos días intrasemanales con pernocta (lunes y martes). En el año siguiente, se incrementan cada dos semanas un día más (jueves). En el tercer año se establece ya la guarda compartida, por semanas alternas y con un día de pernocta intersemanal para el no guardador. En esta misma línea, también puede consultarse: SAPB de 25 marzo 2014 (ROJ 2632/2014, MP Sambola Cabrer). En la doctrina, consultar: Manuel DE TORRES PEREA, “Custodia compartida”, p. 40; Fabiola LATHROP, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *Diario La Ley*, núm. 7206 (2009), pp. 11-12. Respecto a la mayor conflictividad en la relación entre los progenitores en los tres años inmediatos a la crisis matrimonial o de la convivencia estable: Sanford L. BRAVER / William A. GRIFFIN / Jeffrey T. COOKSTON, “Prevention programs for divorced non-resident fathers”, *Family Court Review*, vol. 43, núm. 1 (2005), p. 83.

conforme con el interés superior del menor de cumplir con los criterios y circunstancias, contemplados en el art. 233-11 CCC⁴³⁴.

Algunos investigadores han calificado como guarda compartida, aquella situación en la que el menor pasa entre 33-50% del tiempo con cada progenitor. Este modelo se diferencia de la guarda exclusiva “*en términos de asunción y visibilización de responsabilidades*”, conforme a LAUROBA LACASA. En este sentido, resulta interesante la posición de la *Court of Appeal* (en Inglaterra y Gales) que declaró que los tribunales deben “*to rule first upon the optimum division of the child’s time in his interests and then, in the light of that ruling, to proceed to consider whether the favoured division should be expressed as terms of a shared residence order or of a contact order*”⁴³⁵. En esta línea, diversos Estados pertenecientes a EUA han introducido específicos porcentajes para poder considerar que se trata de “*shared parenting time*”. Si bien es cierto que en muchos se establece el límite en atención al número de pernотaciones, NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES lo ha expresado en porcentajes para facilitar la comparación y la mayoría lo sitúan entre 25-40%⁴³⁶.

De los datos publicados por el INE, relativos al año 2014, se desprende que la guarda compartida fue adoptada como modelo en el 21,24% de los procesos, en lugar de la guarda exclusiva (que se situó en el 78,34%). Ahora bien, dicha cifra experimenta variaciones, en atención al tipo de proceso: cuando era de mutuo acuerdo fue del 24,17%, mientras que cuando era contencioso se reducía al 12,03%. En los otros ordenamientos jurídicos estudiados, los acuerdos de “*shared time*” resultan igualmente minoritarios. En el caso de Australia, se identificó en 2008 que el 16,1% de los menores pernотaban el 35% noches con cada progenitor. En Reino Unido, se calculó que en 2006-2007 entre el 9-12% pasaban tres o más días y noches cada semana con ambos progenitores (o, de media, alrededor de la mitad del año). En EUA, aunque no se disponen de datos oficiales, se calcula que el 20% de los menores pasan por lo menos 30% del tiempo con cada progenitor (su mayor prevalencia se produce en Wisconsin, donde representaban 32% en 2001)⁴³⁷.

⁴³⁴ STSJC de 26 julio 2012 (ROJ 8896/2012, MP Alegret Burgués). En este mismo sentido, entre muchas otras, encontramos: STSJC de 2 octubre 2014 (ROJ 10728/2014, MP Abril Campoy). En la doctrina, consultar: Encarna ROCA I TRIAS, *Libertad y familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 176. También vid.: José Manuel DE TORRES PEREA, “Custodia compartida”, pp. 40-41; Fabiola LATHROP, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental”, pp. 11-12.

⁴³⁵ María Elena LAUROBA LACASA, “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110, núm. 2 (2011), p. 21. La sentencia de *Court of Appeal* se encuentra citada en: Stephen GILMORE, “Shared parenting: the law and the evidence (Part I)”, *Seen and heard*, vol. 19, núm. 4 (2009), p. 23. En la doctrina extranjera, consultar: Joan B. KELLY, “Children’s living arrangements following separation and divorce: insights from empirical and clinical research”, p. 37.

⁴³⁶ Así, por ejemplo, en Utah, se requiere que el menor pase más del 30% de noches al año con ambos progenitores (s. 30-3-10.1 (2) Utah Code Annotated).

⁴³⁷ Rae KASPIEW / Matthew GRAY / Ruth WESTON / Lawrie MOLONEY / Kelly HAND / Lixie QU, “Evaluation of the 2006 family law reforms”, pp. 119; Victoria PEACEY / Joan HUNT, “Problematic contact after separation and divorce”, p. 19;

De acuerdo con un estudio sociológico realizado en Cataluña, se concluyó que es más frecuente la adopción de este modelo de guarda en parejas con edades ligeramente superiores a la media en el momento de contraer matrimonio, cuando no hubieran estado divorciados previamente y cuando los hijos no son muy pequeños. Dichas variables no coinciden plenamente con las identificadas en otros países. Así, en Australia, se consideró que este modelo de guarda es más frecuente en progenitores con alto grado de formación, en que ambos trabajan, con niños en edad escolar primaria y que viven cerca. En cambio, en el caso de EUA, se detecta una mayor prevalencia cuando son más ricos, con mayor formación académica, en una posición laboral más elevada y con niños varones⁴³⁸.

Diversos estudios, realizados en Australia, apuntan a que este modelo es más propenso a experimentar variaciones. Así, se calculó que cuando se había acordado que el menor pasara entre el 48-52% de las noches con cada uno de los progenitores, en el 59,8% de los casos dicha situación se mantenía al cabo de 4-5 años tras la separación (pasando el 27,8% a residir mayoritariamente con la madre). En cambio, cuando se había acordado una distribución del 53-65% a favor de la madre, solamente el 49,1% se mantenían inalterados (pasando el 31,6% a residir principalmente con la madre). En cambio, dicho fenómeno no resultó acreditado en un estudio realizado en Wisconsin, en el cual en un 89% de los casos no se habían producido variaciones, transcurridos 3 años desde que se dictó sentencia⁴³⁹.

Tras la presentación de datos estadísticos, procederemos a examinar los principales modelos de guarda compartida, distinguiendo en función de si hay alternancia o no en la posición de guardador y beneficiario en el régimen de relaciones personales.

Por una parte, la atribución de la guarda puede ser en forma simultánea. Es decir, ambos comparten permanentemente la posición de guardador. Ello únicamente resulta posible

Marygold S. MELLI / Patricia R. BROWN, "Exploring a new family form – the shared time family", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 22, núm. 2 (2008), pp. 236 y 259.

⁴³⁸ Montse SOLSONA / Cristina BRULLET / Jeroen SPIJKER, "Coparentalitat i custodia compartida a Catalunya", *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 60, núm. 2 (2014), pp. 402-403. En el caso de Australia, consultar: Bruce SMYTH / Lixia QU / Ruth WESTON, "The demography of parent-child contact", en Bruce SMYTH, *Parent-child contact and post-separation parenting agreements*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2004, p. 119. En relación con EUA, vid. Marygold S. MELLI / Patricia R. BROWN, "Exploring a new family form", pp. 237-240.

⁴³⁹ En relación con Australia, vid. Rae KASPIEW / Matthew GRAY / Ruth WESTON / Lawrie MOLONEY / Kelly HAND / Lixie QU, "Evaluation of the 2006 family law reforms", pp. 126-127. En este mismo sentido, se había pronunciado con anterioridad: Bruce SMYTH / Ruth WESTON / Lawrie MOLONEY / Nick RICHARDSON / Jeromey TEMPLE, "Changes in patterns of post-separation parenting over time: Recent Australian data", pp. 29-31. De acuerdo con CASHMORE *et al.*, ello se explica por diversos factores, como: cambios de trabajo o de horario laboral, entablar una nueva relación de pareja, traslado de domicilio, preferencia del menor a vivir con alguno de los dos (Judy CASHMORE / Patrick PARKINSON / Ruth WESTON / Roger PATULNY / Gerry REDMOND / Lixia QU / Jennifer BAXTER / Marianne RAJKOVIC / Tomasz SITEK / Ilan KATZ, "Shared Care Parenting Arrangements since the 2006 Family Law Reforms", pp. 9-10). En el caso de EUA, consultar: Lawrence M. BERGER / Patricia R. BROWN / Eunhee JOUNG / Marygold S. MELLI / Lynn WIMER, "The stability of child physical placements following divorce: descriptive evidence from Wisconsin", p. 278.

cuando deciden seguir viviendo en el mismo domicilio (p. ej. si residen en partes distintas de una misma vivienda). Ello igualmente se encuentra admitido en el derecho inglés y galés, al resultar posible por los tribunales “*to make a shared residence order where persons in whose favour the order is made are living together in the same location (e.g. a house or flat), albeit not sharing households*”⁴⁴⁰.

Por otra, dicha atribución puede ser en forma sucesiva o alterna. De modo que será guardador aquel progenitor a quien le corresponda, según los períodos fijados previamente. Si bien es cierto que lo habitual es que los hijos tengan que ir cambiando de domicilio, ello no ocurre de haber pactado una distribución del uso de la vivienda familiar (“*bird nesting*”), examinada con anterioridad. La alternancia en la atribución de la guarda puede ser: por horas (p. ej. pernocta a casa de uno y pasa el día con el otro), diaria, de tres días y medio, semanal, quincenal, mensual, trimestral o anual (p. ej. si los domicilios se encuentran muy alejados entre sí). De acuerdo con CATALÁN FRÍAS, psicóloga de la AP de Murcia, las modalidades de alternancia con un ritmo inferior al semanal son preferibles para los niños de muy corta edad. Aunque, una vez que son mayores de 5 años, se considera la semanal como la fórmula más idónea⁴⁴¹. Al igual que en la guarda exclusiva, puede reconocerse al progenitor no guardador un régimen de relación intersemanal y/o fin de semana, en la frecuencia que se estime oportuna, así como un régimen de comunicación. Por lo que nos remetimos a lo apuntado previamente, en relación con la guarda exclusiva.

Para concluir, conviene destacar que no es indispensable para la adopción de este modelo que haya convivencia efectiva de los progenitores con los hijos (lo cual resulta poco común en la práctica), conforme con ROCA I TRIAS. La razón es que pueden compartir otros espacios de tiempo. Así, por ejemplo, los progenitores –cuyos hijos se encuentren internados con carácter permanente en un centro residencial (por padecer graves trastornos psíquicos) o en régimen de internado (por razón de estudios)– pueden distribuirse el régimen de visitas permitido en el centro residencial⁴⁴².

⁴⁴⁰ En relación con el derecho inglés y galés, consultar: Stephen GILMORE, “Shared parenting: the law and the evidence (Part I)”, p. 20. Dicha modalidad en forma simultánea de la guarda ha sido reconocida por: Dionisio RODA Y RODA, “El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad”, p. 138; José CATALÁN FRÍAS, “La custodia compartida”, *Revista Derecho y Criminología*, núm. 1 (2011), pp. 68-69. En contra, encontramos Aurelia María ROMERO COLOMA, *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Madrid, Colección Scientia Iuridica, 2011, p. 46 que defiende que es imposible que ambos progenitores –separados o divorciados– la ejerzan a un mismo tiempo.

⁴⁴¹ M^a José CATALÁN FRÍAS, “La custodia compartida”, p. 68. En este mismo sentido, las recomendaciones para la elaboración de planes de parentalidad, elaborado por el Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña (pp. 10-11). También consultar: Manuel DE TORRES PEREA, “Custodia compartida”, p. 43; Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La custodia compartida alternativa”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 2 (2008), p. 4.

⁴⁴² Encarna ROCA I TRIAS, “Libertad y familia”, p. 176. Así, por ejemplo, la SAPT de 26 abril 2012 (ROJ 526/2012, MP Díaz Muyor) que confirmó la distribución del régimen de visitas de un incapacitado, internado con carácter permanente en una residencia, al 50% entre ambos progenitores.

2. Relaciones personales con personas próximas

Los otorgantes de un pacto amistoso de separación pueden incluir en este, si así lo desean, un régimen de relaciones personales con los hijos, menores de edad no emancipados e incapacitados, a favor de uno de ellos (cuando no sea su progenitor) o de otras personas próximas.

En lo concerniente a la frecuencia de contacto, consideramos necesario precisar que ello deberá depender de los otros regímenes de relaciones personales reconocidos, puesto que debe evitarse una multiplicidad excesiva que sea contraria al interés superior del menor. En cualquier caso, no puede olvidarse que el fundamento de este régimen de relaciones personales es distinto del que se atribuye al progenitor no guardador, como titular de la potestad parental.

A continuación, examinaremos de qué manera puede reconocerse un régimen de relaciones personales con sus hijos menores de edad o incapacitados.

2.1. Allegado que hubiese actuado como “*de facto parent*”

Cuando uno de los otorgantes del pacto amistoso de separación no sea titular de la potestad parental podría reconocérsele igualmente un régimen de relaciones personales a favor suyo, siempre que resultase incluido en el concepto de «demás personas próximas» del art. 236-4.2 CCC, por estar unidos por un vínculo afectivo intenso, a pesar de no compartir vínculo alguno de parentesco. Ello resulta frecuente en relación con los hijos no comunes en las familias recompuestas o reconstituidas⁴⁴³, pero también respecto aquellos hijos nacidos a consecuencia de una fecundación asistida y que solamente tuviesen una filiación establecida, por no haber prestado su consentimiento expreso (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCC), ni posteriormente haberlo adoptado. Igualmente, para aquellos, cuya filiación hubiese sido impugnada judicialmente.

Hay que tener en cuenta que únicamente resultará procedente incluir un régimen de relaciones personales a favor de un allegado cuando ello obedezca al interés superior del hijo no común. Para ello, resulta imprescindible que este sea informado y su opinión debidamente escuchada, a través de la audiencia extrajudicial (con la correspondiente intervención por

⁴⁴³ Los Estados que les han reconocido expresamente derechos al ex cónyuge o ex conviviente estable son: California, Illinois, Kansas, New Hampshire, Oregon, Tennessee, Virginia y Wisconsin. Por ejemplo, mientras que en Virginia se requiere únicamente que resulte conforme con el interés superior del menor, en Tennessee además es necesario que este pague o contribuya a los alimentos para que le sea reconocido un régimen de visitas. En la doctrina, vid. Jeff ATKINSON, “Shifts in the law regarding the rights of third parties”, pp. 5-6; John DEWITT GREGORY, “Blood ties: A rationale for child visitation by legal strangers”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 55, núm. 2 (1998), pp. 361-362; Denise A. SKINNER / Julie K. KOHLER, “Parental rights in diverse family contexts: current legal developments”, *Family Relations*, vol. 51, núm. 4 (2002), p. 295.

parte del defensor judicial), antes de que no se alcance ningún acuerdo, por las razones previamente expuestas, así como la concurrencia de *affectio familiaris*. Es decir, de un estrecho vínculo afectivo. Ello sucede cuando se convierte en un “*psychological parent*” o “*functional parent*”, tras haberse involucrado íntimamente en su crianza y adquirir la condición de figura parental⁴⁴⁴. En este sentido, resulta muy interesante la postura de *Supreme Court* de Pennsylvania en el caso *Spells v. Spells* (1977), en que ya declaró: “*It is our belief that a stepfather may not be denied the right to visit his stepchildren merely because of his lack of a blood relationship to them. Clearly, a stepfather and his young stepchildren who live in a family environment may develop deep and lasting mutual bonds of affection*”. Es necesario señalar que en dicha posición generalmente se encuentra una figura masculina, en la medida en que la madre acostumbra a tener atribuida la guarda, como expusimos previamente, y conviven en el mismo hogar. De hecho, la mayoría de estudios sociológicos realizados se centran exclusivamente en el estudio del “*stepfather*”⁴⁴⁵.

Consideramos que la figura “*de facto parent*” (s. 2.03 (1) (c) PLFD), definida por AMERICAN LAW INSTITUTE, puede resultar esclarecedora para valorar cuando el establecimiento de un régimen de relaciones personales permite cumplir con el interés superior del menor. Si bien es cierto que tiene su origen en la doctrina de *in loco parentis*, desarrollada por los tribunales norteamericanos y empleada para reconocer derechos a los “*step-parent*” que hubiesen estado actuando como si fueran progenitores (p. ej. adquiriendo funciones parentales o proveyendo ayuda económica), esta va más allá, al entrar a valorar la calidad de la relación. Para que pueda ser considerado “*de facto parent*” se requiere que se cumplan los siguientes requisitos: convivencia con el menor por un período de tiempo (no inferior a dos años) y desarrollo de funciones de cuidado en una proporción equivalente a la del progenitor (como mínimo) sin recibir compensación económica alguna. Con ello, se persigue garantizar que

⁴⁴⁴ Robert A. SIMON, “Polyparenting: the psychological impact of having multiple “parents” in a child’s life”, *Family Advocate*, vol. 36, núm. 1 (2013), p. 37; Jason D. HANS, “Stepparenting after divorce: stepparents’ legal position regarding custody, access, and support”, *Family Relations*, vol. 51, núm. 4 (2002), p. 301; Sarah E. C. MALIA, “Balancing family members’ interests regarding stepparent rights and obligations: A social policy challenge”, *Family Relations*, vol. 54, núm. 2 (2005), pp. 302-303; Katharine T. BARTLETT, “Rethinking parenthood as an exclusive status: The need for legal alternatives when the premise of the nuclear family has failed”, *Virginia Law Review*, vol. 70, núm. 5 (1984), pp. 912-913.

⁴⁴⁵ *Spells v. Spells*, 378 A.2d 879 (P. Super. Ct. 1977) (disponible en Justia, 250 Pa. Super. 168). Entre la pluralidad de estudios sociológicos, realizados en este ámbito, encontramos: Maria SCHMEECKLE, “Gender dynamics in stepfamilies: Adult stepchildren’s views”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 69, núm. 1 (2007), pp. 174-175 y 178; Lawrence M. BERGER / Marcia J. CARLSON / Sharon H. BZOSTEK / Cynthia OSBORNE, “Parenting practices of residential fathers: the role of marital and biological ties”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 70, núm. 3 (2008), pp. 626-629 y 634-636; Joshua M. GOLD / Oluwatoyin ADEYEMI, “Stepfathers and noncustodial fathers: two men, one role”, *The Family Journal: Counseling and Therapy for couples and families*, vol. 21, núm. 1 (2013), p. 100. Conforme con los anteriores estudios, mientras que los “*stepfather*” acostumbran a cooperar con la madre en la crianza, las “*stepmother*” son las que se encargan principalmente (reemplazando al padre biológico) de la guía y cuidado diario de los niños.

hubiera desarrollado un papel significativo en su vida, tomando en consideración los siguientes factores: edad del niño, frecuencia de contacto e intensidad de la relación⁴⁴⁶.

Desde nuestro punto de vista, y a la luz de la regulación del CCC, creemos que se adquiere la condición de “*psychological parent*” o “*functional parent*” cuando se hubiese participado activamente en el ejercicio de la potestad parental (que ostenta el progenitor con el que se hubiese estado conviviendo), a través de asumir las facultades previstas en el art. 236-14 CCC⁴⁴⁷. Por el contrario, no consideramos que deba exigirse un período mínimo de convivencia para poder defender que se ha creado un vínculo afectivo estrecho, del mismo modo que tampoco se exige a las demás personas que tienen reconocido el mismo derecho. De hecho, el legislador catalán solo lo ha contemplado expresamente como condición en caso de fallecimiento del progenitor (art. 236-15.3 CCC). Es preciso indicar que el problema de imponer un período previo de convivencia es que resulta incierto el fundamento de escoger una específica duración y no otra, además de reducir la discrecionalidad para valorar si el establecimiento de un régimen de relaciones personales puede resultar conforme o no con el interés superior del menor. En esta línea, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kroon and others v. The Netherlands* (1994), en los siguientes términos: “*Although living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto ‘family ties’*”⁴⁴⁸.

En la STS, de 12 mayo 2011, por la que se reconoció un derecho de relación a la compañera de la madre biológica respecto del hijo, por entender que se encontraba comprendida en el concepto de allegado, se establecieron los criterios que la autoridad judicial debe tomar en consideración para determinar la extensión e intensidad del mismo⁴⁴⁹. Creemos oportuno

⁴⁴⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, pp. 118-123. Respecto a la doctrina *in loco parentis* vid. Denise A. SKINNER / Julie K. KOHLER, “Parental rights in diverse family contexts”, p. 295; Bryce LEVINE, “Divorce and the modern family”, pp. 327-328; Sarah E. C. MALIA, “Balancing family members’ interests regarding stepparent rights and obligations”, pp. 301-302; Jeff ATKINSON, “Shifts in the law regarding the rights of third parties”, p. 7; Katharine T. BARTLETT, “Rethinking parenthood as an exclusive status”, pp. 913-914.

⁴⁴⁷ Antonio VIDAL TEIXIDÓ, “Artículo 236-14”, en Encarnación ROCA TRÍAS / Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 1269 a través de participar en “las decisiones sobre los horarios de las comidas, las normas de higiene, horarios de acostarse, actividades culturales, vacaciones, así como los hábitos generales que comporta la convivencia”.

⁴⁴⁸ *Kroon and others v. The Netherlands*, ECHR (Chamber), judgment 27 october 1994 (Application no. 18535/95). En la doctrina, vid. Susana NAVAS NAVARRO, “Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del libro segundo del CCC, relativo a la persona y la familia”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, p. 655 manifiesta ciertas reticencias al establecimiento de un período mínimo de convivencia. En relación con la propuesta de AMERICAN LAW INSTITUTE, se ha posicionado también críticamente Jason D. HANS, “Stepparenting after divorce”, p. 305: “*It is unclear how and why the ALI settled on 2 years as being crucial threshold for gaining third-party parental rights. The establishment of a minimum coresidency period may have arisen out of practical necessity to reduce case overload in the court system*”.

⁴⁴⁹ Roj 2676/2011, MP Roca Trias.

hacer referencia a estos, en la medida en que resultan extrapolables. Estos son: la situación personal del menor y de la persona con la que desea relacionarse; las conclusiones de los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; intensidad de las relaciones anteriores; la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la potestad parental y ejerciente de la guarda; todas aquellas que sean convenientes para el menor.

El principal beneficio de que se incluya en el pacto amistoso de separación un régimen de relaciones personales a favor del “*psychological parent*” o “*functional parent*” (y, como consecuencia, con los hijos menores de este) es garantizar que puedan seguir en contacto con ellos. Puesto que, si bien es cierto que pueden reclamar judicialmente su derecho para obtener un régimen de relaciones personales, resultan desincentivados en dicha pretensión por los elevados costes económicos y emocionales, así como por la discrecionalidad judicial⁴⁵⁰ en la valoración del interés superior del menor para su otorgamiento y por el contexto de crisis matrimonial o de convivencia estable en que se encuentren inmersos, el cual puede generar el temor de empeorar la situación y de dificultar que se alcancen acuerdos en otros aspectos.

Conviene destacar que la pérdida total de contacto con ellos puede ocasionar graves perjuicios emocionales y psicológicos al menor. De hecho, conforme a estudios sociológicos, la falta de relaciones familiares estables les ocasiona dificultades en su desarrollo y bajos niveles de bienestar. De ahí la relevancia de que puedan mantener la relación estrecha que los une con aquellos que hasta ese momento consideraban su familia, a pesar de la falta de parentesco biológico o adoptivo. Como apuntaron BRAY y KELLY, los miembros de las familias recompuestas o reconstituidas con el paso del tiempo “*began to acquire many of the characteristics of the traditional nuclear family, including a fairly degree of emotional cohesiveness: Family members were bound closely to one another and to the stepfamily; there was a close parent-child bond*”⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Joshua M. GOLD, “Stepparents and the Law: Knowledge for Counselors, Guidelines for Family Members”, *The Family Journal*, vol. 17, núm. 3 (2009), p. 275 calculó que en EUA únicamente se otorga un régimen de visitas en la mitad de las solicitudes presentadas. En este mismo sentido, se han pronunciado: Jason D. HANS, “Stepparenting after divorce”, pp. 304 y 306; Sarah E. C. MALIA, “Balancing family members’ interests regarding stepparent rights and obligations”, p. 303; Katharine T. BARTLETT, “Rethinking parenthood as an exclusive status”, p. 917.

⁴⁵¹ James BRAY / John KELLY, *Stepfamilies: Love, marriage and parenting in the first decade*, New York, Broadway Books, 1998, p. 23. Acerca de la importancia de promover el contacto, después de la crisis matrimonial o de convivencia estable, vid.: Sarah E. C. MALIA, “Balancing family members’ interests regarding stepparent rights and obligations”, p. 303; Cynthia OSBORNE / Sara MCLANAHAN, “Partnership instability and child well-being”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 69, núm. 4 (2007), p. 1079; Lawrence M. BERGER / Marcia J. CARLSON / Sharon H. BZOSTEK / Cynthia OSBORNE, “Parenting practices of residential fathers”, p. 637; Peter M. BRYNICZKA, “Rights, responsibilities and liabilities of a stepparent”, *Family Advocate*, vol. 36, núm. 1 (2013), pp. 26-27; Katharine T. BARTLETT, “Rethinking parenthood as an exclusive status”, pp. 918-919.

Para establecerse un régimen de relaciones personales a su favor, deberá de ser informado necesariamente el otro progenitor, al tratarse de un hecho relevante del cuidado del hijo (art. 236-12.1 CCC), pudiéndose únicamente oponer al mismo en caso de que concurra justa causa (art. 236-4.2 CCC). Como puso de manifiesto NAVAS NAVARRO, antes de que se produzca la crisis matrimonial o de la convivencia estable tampoco puede impedir que participe en los asuntos de vida diaria del hijo, puesto que únicamente puede oponerse a las decisiones adoptadas y, en todo caso, recurrir a la autoridad judicial para que decida (art. 236-11.4 CCC). En este punto, se regula de modo diferente a la propuesta de AMERICAN LAW INSTITUTE, puesto que se requiere del consentimiento del otro progenitor (puede ser tácito por las circunstancias) para que pueda asumir responsabilidades parentales y adquirir la condición de “*de facto parent*”, salvo que este se encuentre ausente de la vida del menor (p. ej. por abandono o por estar encarcelado). En un sentido muy similar, se ha regulado en Inglaterra y Gales, al condicionar la obtención de un “*contact order*” para un “*step-parent*” (independientemente de si ha estado casado o unido en “*civil partnership*” con el progenitor) a que lo consientan todas las personas que tengan atribuida “*parental responsibility*” o aquellas a cuyo favor se hubiese dictado “*residence order*” (s. 10 (5) CA)⁴⁵².

La extensión de dicho régimen de relaciones personales debe obedecer al interés superior del menor, por lo que tiene que corresponderse con la posición ocupada por el allegado. Sin embargo, cuando solo hay un titular de la potestad parental, entendemos que el régimen de relaciones personales puede ser más amplio, por haber ocupado el lugar del progenitor ausente. En este sentido, se pronunció la STS de 12 mayo 2011, previamente citada, que reconoció un régimen de relaciones personales a la que había sido conviviente estable de la madre de un hijo nacido a consecuencia de la fecundación asistida (por reconocerle su condición de allegado), consistente en: fines de semana alternos, dos tardes intersemanales, así como la mitad de las vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidad⁴⁵³. En cambio, entendemos que el régimen reconocido será más limitado cuando el menor tuviera dos titulares de la potestad parental y no se hubiesen creado vínculos afectivos de tanta intensidad. A nuestro entender, entonces resultaría suficiente si se le atribuyera, al igual que a los abuelos, una tarde intersemanal, un sábado o domingo con carácter bimensual o un fin

⁴⁵² Susana NAVAS NAVARRO, “Los derechos del menor en las familias reconstituidas”, pp. 650-651; AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, pp. 121-122.

⁴⁵³ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, pp. 113-115. Respecto a la jurisprudencia, consultar: STS 12 mayo 2011 (*ut supra*). Sin embargo, en caso de que los vínculos afectivos creados fuesen de poca intensidad, consideramos que se debería de reducir la frecuencia en los encuentros pactados en el régimen de relaciones personales. En este sentido, la SAP de Pontevedra de 16 noviembre 2011 (ROJ 2897/2011, MP García Brea) declaró que el hijo del ex cónyuge sin paternidad legalmente establecida podría estar con ella el tercer fin de semana de cada mes. La razón es que en el momento del divorcio el menor solo tenía 1 año.

de semana completo con carácter mensual. Todo ello, sin perjuicio, que las partes pactaran de mutuo acuerdo estancias con mayor amplitud o flexibilidad.

2.2. Abuelos

Los progenitores pueden estipular un régimen de relaciones personales entre los nietos y los abuelos en el pacto amistoso de separación, aunque raramente sucede, en la medida en que es a costa de reducir el tiempo que ellos tienen atribuido, como apuntaba NAVARRO CASTRO. Así pues, a nuestro modo de ver, podrían estipularlo únicamente en previsión de que alguno de ellos pueda fallecer en un futuro próximo o ser privado de libertad, en atención a que la mayoría de los litigios instados por los abuelos para reclamar dicho derecho concurre alguna de las circunstancias anteriores. De acuerdo con un estudio realizado por DOUGLAS y FERGUSON en Inglaterra y Gales, las actividades más frecuentes que los abuelos realizaban con sus nietos eran: jugar a cartas, ir a pasear con ellos y hablarles acerca de la historia familiar. Mientras que las abuelas les ayudaban más a hacer los deberes, los abuelos estaban más involucrados en actividades al aire libre⁴⁵⁴.

A nuestro modo de ver, resulta suficiente para cumplir con el fundamento de su reconocimiento, que es el de “*ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo su estabilidad y desarrollo*” (exposición de motivos de la Ley 42/2003), un régimen de relaciones personales consistente en: una tarde intersemanal, un sábado o domingo con carácter bimensual o un fin de semana completo con carácter mensual. No obstante, nada impide que los progenitores acuerden mantener este régimen o ampliarlo durante los períodos de vacaciones escolares, así como estipular que los menores puedan pernoctar en casa de los abuelos o atribuyéndoles un régimen de comunicación telefónica. Asimismo, y especialmente si es en previsión de que alguno de los progenitores fallezca o sea encarcelado en un futuro próximo, pueden estipular que pasen con sus ascendientes algunas fechas señaladas o períodos vacacionales⁴⁵⁵. En relación con la forma

⁴⁵⁴ En la SAPB de 13 noviembre 2013 (*ut supra*) se aprobó la propuesta de régimen de relaciones personales, reconocido a favor de los abuelos: “*la Sala considera que los pactos propuestos son ajustados a derecho y beneficiosos para los menores, por lo que los hace suyos*”. En la doctrina, vid. Miguel NAVARRO CASTRO, “El régimen de visitas de los abuelos y otros parientes”, p. 3471; Gillian DOUGLAS / Neil FERGUSON, “The role of grandparents in divorced families”, pp. 50-51.

⁴⁵⁵ La STS de 28 junio 2004 (ROJ 4535/2004, MP Corbal Fernández) declaró que este derecho de relación puede comprender “*pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos*”. Así, en un supuesto en que ambos progenitores estaban vivos, la SAPB de 13 noviembre 2013 (*ut supra*) reconoció que los abuelos podrían tener los nietos los primeros sábados de cada mes de 10 a 19 horas, salvo los meses de julio y agosto, Navidad y Semana Santa, en que permanecerían con los padres. En esta misma línea, se pronunció la SAP de León de 19 septiembre 2014 (ROJ 848/2014, MP Robles García), que reconoció que el abuelo pudiese estar con su nieto un fin de semana al mes desde la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas. Por otra parte, en un caso en que el padre había fallecido, la SAPB de 23 diciembre 2014 (ROJ 13530/2014, MP Farre Trepas) reconoció a los abuelos paternos el derecho a estar con sus nietas durante dos horas por Navidad o San Esteban y dos más en la vigilia de Reyes o el día de Reyes. En sentido similar, se pronunció la SAPB de 15 mayo 2014 (ROJ 5741/2014, MP Pereda Gámez), reconociendo además que los abuelos podrían mantener una conversación telefónica con los nietos todos los domingos a las 20 horas. En la doctrina, sobre la extensión y límites del derecho de relación personal de los abuelos, consultar: Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, pp. 111-113.

de recoger y restituir los menores, así como la previsión de eventualidades, nos remitimos a lo previamente expuesto en relación con los progenitores.

2.3. Hermanos que no conviven en el mismo hogar familiar

A raíz de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, algunos hermanos pueden dejar de convivir en el mismo domicilio. Dicha situación puede producirse en caso de no atribuirse su guarda al mismo progenitor, ya fuese por la concurrencia de circunstancias excepcionales o por tratarse de hermanos de único vínculo⁴⁵⁶. Ello también puede producirse respecto los hijos, ya mayores de edad o emancipados.

En estos supuestos, para asegurar el derecho que tienen los hermanos de relacionarse entre ellos para preservar los lazos afectivos que los unen, puede reconocérseles un régimen de relaciones personales. De acuerdo con JACOBS y SILLARS, resulta suficiente con que pasen juntos algún tiempo, puesto que “*children derive support from the mere presence of the sibling*”. Como, por ejemplo, en la SAPB de 20 mayo 2014, por la cual se reconoció que aquella semana que el padre no le correspondiese derecho de visitas, los dos hijos menores podrían acudir a su casa o comunicarse con él y su hermano mayor todos los miércoles (a falta de mejor acuerdo) desde la finalización del colegio hasta las 21 horas. Ahora bien, cuando uno de los hermanos se encuentra ya emancipado resulta preferible el reconocimiento de un derecho autónomo. Así, por ejemplo, se pronunció el auto de la AP de Barcelona de 23 de marzo de 2004, atribuyendo un régimen de relación personales entre un hermano mayor de edad y otro incapacitado, a pesar de la oposición de la madre, consistente en: dos tardes cada semana y quince días en verano, además de la mitad de las vacaciones de Navidad y de Semana Santa⁴⁵⁷.

2.4. Otros parientes sin límite de grado

Al no ocupar tampoco una posición privilegiada, se acostumbra a fijar un régimen de relaciones personales conjunto con los abuelos, como ya expusimos en el capítulo IV. En este sentido, encontramos la STS de 20 septiembre 2002, en la cual se confirmó el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia, que reconocía dicho derecho a relacionarse personalmente a los abuelos, tíos y primos. También la STS de 14 noviembre

⁴⁵⁶ Por ejemplo, la SAPT de 17 abril 2001 (ROJ 695/2001, MP Artero Mora) no consideró oportuno modificar la atribución de la guarda de la hija mayor al padre y de la menor a la madre, en la medida en que los progenitores mantenían una relación especialmente conflictiva. Asimismo, la jurisprudencia menor ha interpretado que dicha limitación no resulta predicable a los hermanastros. Entre muchas, encontramos la SAPL de 17 noviembre 2014 (ROJ 879/2014, MP Sainz Pereda) y la SAPT de 30 mayo 2014 (ROJ 689/2014, MP Carril Pan).

⁴⁵⁷ Kimberly JACOBS / Alan SILLARS, “Sibling support during post-divorce adjustment: An idiographic analysis of support forms, functions, and relationship types”, p. 185. En la jurisprudencia, vid. SAPB de 20 mayo 2014 (ROJ 5348/2014, MP Noblejas Negrillo) y AAP de Barcelona de 23 de marzo de 2004 (ROJ 1265/2004, MP García Esquius).

2013, por la cual se confirmó el régimen de relaciones conjunto de abuelos y tíos paternos, establecido por la Audiencia Provincial⁴⁵⁸.

No obstante, los progenitores pueden preferir atribuirles un derecho autónomo. Si bien es cierto que se presume que son los abuelos quienes se encuentran en mejor posición para ayudar a los menores a racionalizar situaciones de conflicto familiar, así como para favorecer su estabilidad y desarrollo, el interés superior del menor puede requerir que dicha función se atribuya a otros familiares, en atención a la intensidad de los vínculos afectivos creados. Así, por ejemplo, puede suceder en caso de defunción de los abuelos o si antes de la crisis matrimonial o de la convivencia estable no hubieran mantenido relación alguna con sus nietos.

3. Alimentos

En el pacto amistoso de separación, los progenitores pueden pactar sobre los alimentos, en su sentido más amplio, que están obligados a prestarles a sus hijos comunes menores de edad o incapacitados, como un deber inherente a la potestad parental (art. 236-17.1 CCC). Dicha responsabilidad no resulta alterada por la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial (art. 233-8.1 CCC). Igualmente pueden estipularlos a favor de los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos propios, de acuerdo con lo que establece el art. 237-1 CCC.

De acuerdo con la STC de 14 marzo 2005 (FJ 6)⁴⁵⁹, su fundamento resulta diferente. Mientras que en el caso de los hijos mayores de edad o emancipados descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria, para los hijos comunes menores de edad o incapacitados tiene su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE). De ahí que los primeros solo facilitan “*el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista*” y los segundos “*se extiende[n] a todo lo necesario para su mantenimiento*”. Es decir, los progenitores no solamente están obligados a financiar los gastos ordinarios, sino también aquellos de carácter extraordinario.

Bajo nuestro punto de vista, este distinto régimen jurídico obedece a que sí podemos hablar de gastos familiares (en lugar de alimentos de origen familiar), en relación con los hijos

⁴⁵⁸ STS de 20 septiembre 2002 (*ut supra*) y STS de 14 noviembre 2013 (*ut supra*).

⁴⁵⁹ STC 57/2005, de 14 marzo 2005 (BOE núm. 93, de 19 abril 2005, pp. 36-45), por la que se resolvió un recurso de amparo presentado por considerar que el legislador dispensaba un trato discriminatorio a las personas que, por decisión judicial, tenían que abonar alimentos a los hijos, al no resultar deducibles en la base imponible del IRPF, a diferencia de las pensiones de alimentos de origen familiar.

comunes menores e incapacitados⁴⁶⁰, puesto que la convivencia familiar se mantiene, sobre la base de la obligación de los progenitores de convivir con los hijos sometidos a la potestad parental (art. 236-17.1 CCC), a pesar de que hubiese cesado la convivencia entre los cónyuges o convivientes estables. Ahora bien, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas y demás bienes de uso de la familia son a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso (art. 233-23.2 CCC).

Es importante clarificar una diferencia entre la regulación del CCC y la prevista en aquellos ordenamientos jurídicos, que pudieron haber influenciado al legislador catalán. Entre las personas que pueden resultar obligadas a pagar manutención, junto con los progenitores, se encuentran otras, aunque únicamente cuando concurren unas determinadas circunstancias que deben ser ponderadas por el tribunal.

En esta línea, encontramos la regulación de Inglaterra y Gales. Para que dicha obligación nazca es necesario que se haya asumido previamente una responsabilidad de manutención, a sabiendas de que el hijo no era suyo, aunque se valorará si concurren otras personas obligadas (s. 25 ap. 4 MCA). También en EUA, aunque con carácter excepcional. Así, ALI ha considerado que en dicha situación se pueden encontrar “*stepparents*”, así como aquellas personas que, en virtud de un “*procreation agreement*”, hubiesen acordado que únicamente su pareja (ya estuviesen casados o no) fuese titular de “*parental responsibility*”, a pesar de haber asumido ambos un rol parental. Además de los maridos, cuyas esposas hubieran concebido hijos extramatrimoniales. Con ello, se persigue “*discourage belated inquiries into the biological paternity of marital children, undertaken long after the family relationship has been well established as a social reality*”. Para la imposición de dicha obligación de manutención (s. 3.03 (2) PLFD), se establece que el tribunal debe valorar si: actúan como padre e hijo (a), se ha impedido la oportunidad del menor de desarrollar una relación con el progenitor ausente (b), la necesidad de manutención resulta cubierta por los dos progenitores (c), entre otros hechos (d)⁴⁶¹.

En cambio, en Australia, únicamente se impone un deber de manutención a “*step-parents*” (ss. 66D FLA). Las circunstancias que el tribunal debe valorar son: duración y circunstancias del matrimonio o de la relación mantenida con el progenitor; relación personal con el menor;

⁴⁶⁰ Ferran BADOSA I COLL, “Comentari art. 35.3”, pp. 412-417; Encarna ROCA I TRIAS, “Els efectes de la nul·litat del matrimoni, de la separació i del divorci”, p. 510.

⁴⁶¹ AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, pp. 415-420. La mayoría de los Estados valoran, para imponer la obligación de manutención a “*stepparents*”, se toma en consideración que se haya ocupado una posición de *loco parentis*, así como de haber asumido dicha obligación por escrito o por actos propios (Jason D. HANS, “Stepparenting after divorce”, pp. 303-304; Joshua M. GOLD, “Stepparents and the Law: Knowledge for Counselors”, p. 274).

los acuerdos previos relativos a la manutención; otras circunstancias especiales que, de no ser tomadas en consideración, puedan resultar en una injusticia o una carga desproporcionada (s. 66M ap. 3 FLA). En una línea aún más restrictiva, también encontramos MFC. Dicha obligación se impone a cualquier titular de responsabilidad parental (lo es quien hubiese estado viviendo con el menor más de tres años y lo solicitase judicialmente, *arg.* 3.28 MFC), aunque con carácter meramente subsidiario cuando no tenga legalmente determinada filiación a su favor (art. 3.40 (2) MFC)⁴⁶².

En cualquier caso, en todas las anteriores fuentes normativas (con la excepción del MFC), se admite que pueda ser asumida una obligación de manutención, en virtud de su autonomía privada⁴⁶³. Ello igualmente resulta procedente en Cataluña, a través del reconocimiento de alimentos voluntarios, de naturaleza convencional (art. 237-14 CCC). Estos cobran una especial relevancia para los hijos no comunes, quienes de otro modo no tendrían derecho a percibirlos.

Antes de proceder con el estudio, es momento de examinar detenidamente el caso en que alguno de los progenitores sea declarado en concurso de acreedor.

Respecto a los hijos bajo potestad parental, cabe afirmar que tienen derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa (art. 47.1 LC). El importe y la periodicidad serán las que acuerde la administración (en caso de intervención) o las que autorice el juez (en caso de suspensión). Ello únicamente resulta posible, como defendimos previamente, cuando el concursado se encuentre en estado de necesidad y en la masa activa existan bienes suficientes para atender sus necesidades y las de sus descendientes bajo su potestad parental.

En relación con los hijos mayores de edad o emancipados, también tienen reconocido el derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa (art. 47.2 LC), aunque estos son autónomos a los del concursado, a diferencia de los reconocidos a los menores de edad e incapacitados, y mucho más restrictivos en sus presupuestos. Para que su pretensión prospere, no deben poderlos obtener de otras personas legalmente obligadas (p. ej. otro

⁴⁶² Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, p. 168.

⁴⁶³ Así, en Australia aparecen entre las personas que pueden celebrar “*child support agreement*” (s. 83 *Children Support (Assessment) Act* de 1989). En el caso de Inglaterra y Gales, si bien es cierto no se encuentran incluidos de manera expresa, ello resulta posible al preverse que: “[n]othing in this Act shall be taken to prevent any person from entering into a *maintenance agreement*” (s. 9 *Child Support Act* de 1991). En relación con EUA, también procede la celebración de dichos acuerdos (Ron BROWN, “No contract to support Russian wife’s stepchildren”, *American Journal of Family Law*, vol. 24, núm. 4 (2011), pp. 229-230). Así, lo ha regulado igualmente los PLFD, al reconocer validez a “*parental agreement on a child-support award*” (s. 3.13).

progenitor) y tienen que haber ejercido la acción de reclamación en el plazo de 1 año desde el momento en que debieron percibirse (i. e. se encuentren en estado de necesidad, *arg.* art. 237-5.1 CCC). La cuantía y la periodicidad serán las que acuerde la administración o las que autorice el juez, en función del tipo de concurso (art. 47.2 LC y aplicación analógica del art. 47.1 LC).

Seguidamente analizaremos el caso de los alimentos fijados por resolución judicial en la jurisdicción civil.

Cuando la resolución judicial es anterior a la declaración de concurso, independientemente de si se hubiere extinguido la potestad parental o no, los alimentos nacidos y devengados a partir del momento en que se declare el concurso serán atendidos con cargo a la masa activa (arts. 47.2 y 84.2 ap. 4 LC), aunque en aquella cuantía fijada por la administración concursal o el juez de concurso. Por lo que puede permanecer inalterada o ser minorada, en cuyo caso se requerirá de especial justificación, tomando en consideración el principio *favor filii*. El exceso, en comparación con los alimentos otorgados previamente, tendrá la consideración de crédito ordinario (aplicación analógica del art. 47.2 LC a los hijos menores de edad e incapacitados). Esta condición igualmente se otorga a los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso (art. 92 ap. 5 LC).

En cambio, si la resolución judicial fuera posterior a la declaración de concurso, debemos diferenciar en función de si se ha extinguido la potestad parental o no. En relación con los menores de edad e incapacitados, los alimentos a cargo del concursado son considerados créditos contra la masa en toda la extensión, sin que la administración concursal o el juez de concurso pueden imponer límite alguno (art. 84.2 ap. 4 LC). En el caso de los mayores de edad y emancipados, es necesario valorar si ha transcurrido el plazo de 1 año desde el momento en que tenían derecho a percibirse (art. 47.2 LC). De estar dentro de plazo, se trata de un crédito contra la masa en su totalidad, en caso contrario, es crédito subordinado (art. 92.5 LC).

Para concluir este epígrafe, conviene destacar que en el supuesto de que se hubiesen estipulado alimentos voluntarios, estos siempre tendrán la consideración de crédito subordinado (art. 92.5 LC), al no entrar dentro del concepto de alimentos del art. 47 LC y por tener los hijos (como descendientes) la consideración de personas especialmente relacionadas con el concurso (art. 93.1 ap. 2 LC).

3.1. Hijos menores de edad e incapacitados

Los progenitores pueden pactar una prestación alimentaria en un pacto amistoso de separación, la cual debe satisfacer las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias de sus hijos menores de edad e incapacitados (art. 233-2.2 letra b CCC). Dicha obligación se fundamenta en un deber inherente a la potestad parental (art. 236-17.1 CCC), del que no resultan eximidos ni en caso de privación (art. 236-6.1 CCC). Como ya se sabe, los alimentos son irrenunciables, intransmisibles e inembargables (art. 237-12.1 CCC).

El reconocimiento de autonomía privada, para el establecimiento de una prestación alimentaria a favor de los hijos, se encuentra igualmente reconocido en los ordenamientos jurídicos que creemos que han podido ejercer una mayor influencia en el legislador catalán. En ellos, los progenitores pueden pactar una prestación alimentaria no solo a favor de los hijos menores, como ya expusimos en el capítulo II, sino también para los hijos con alguna discapacidad, una vez han alcanzado la mayoría de edad. Cabe resaltar que, en defecto de acuerdo, y a diferencia del CCC, no podrían reclamar manutención a sus progenitores en algunos Estados integrantes de EUA, por no estar previsto como una obligación legal, aunque los PLFD sí que lo hayan admitido recientemente (s. 3.24 ap. 3)⁴⁶⁴. En cambio, ello sí resulta posible en Australia, donde un tribunal puede dictar “*child maintenance order*” a su favor o prorrogar la eficacia de la que se hubiese aprobado con anterioridad, cuando sufra de alguna discapacidad mental o física (s. 66L FLA). O, en Inglaterra y Gales, en que los hijos pueden solicitar “*order for financial relief for persons over eighteen*” (s. 2 Schedule 1 CA), a partir del momento en que se les extinga “*child support*”, siempre que concurren circunstancias especiales que lo justifiquen (s. 2 ap. 2 Schedule 1 CA).

Si bien es cierto que lo habitual (y, de hecho, se aplica en defecto de pacto) es que los alimentos sean abonados en dinero y por mensualidades avanzadas (arts. 237-9.1 y 237-14 CCC), los progenitores pueden acordar otra periodicidad (p. ej. semanal, bimensual) y modalidad de pago (art. 233-2.2 letra b CCC). Así, por ejemplo, en Australia se admite que puede hacer efectivo, a través de pagos periódicos o de cantidades globales, así como de transmisión de propiedades (s. 84 CSAA), pudiéndose incluso pactar en favor de terceras personas (p. ej. matrícula escolar o el pago de la hipoteca de la vivienda, dónde actualmente

⁴⁶⁴ Así, por ejemplo, en Arkansas se permite que un tribunal pueda dictar que se mantenga la manutención más allá de los 18 años cuando el hijo tenga una discapacidad que le impida vivir de manera independiente. Por el contrario, en Kansas ello solo resulta posible cuando hubiere acuerdo previo entre los progenitores. Así también se encuentra regulado en la s. 3.24 (4) PLFD. Para más información, vid. NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Termination of child support – Exception for adult children with disabilities” (2015), en prensa. Así, Katherine BYRNS, “Postmajority child support for children with disabilities”, *Family Court Review*, vol. 51, núm. 3 (2013), pp. 504-505 pone de manifiesto que en 32 Estados solo se impone la obligación de manutención cuando la discapacidad se produce antes de la mayoría de edad y únicamente en 5 Estados (California, Maryland, Pennsylvania, South Carolina, West Virginia) de producirse con posterioridad.

reside el menor)⁴⁶⁵. Asimismo, en virtud de su autonomía privada, entendemos que la atribución del uso de la vivienda, de pertenecerle en todo o en parte, no tiene que ser ponderado necesariamente a la hora de fijar la cuantía (art. 233-20.7 CCC), así como tampoco el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores o los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente (art. 233-10.3 CCC).

3.2. Hijos mayores de edad y emancipados

En la medida en que la potestad parental se encuentra extinguida, los progenitores únicamente pueden reconocer alimentos de origen familiar (art. 237-1 CCC) a su favor en un pacto amistoso de separación. Ahora bien, en el caso de los emancipados, al necesitar de complemento de capacidad para los actos legalmente establecidos, también pueden contemplar en el pacto amistoso de separación el modo en que le prestarán dicha asistencia (art. 211-7 CCC), así como de qué manera cumplirán con su deber de informar y escuchar su opinión (art. 221-4 CCC). En este sentido, debemos señalar que los hijos mayores o menores emancipados deben otorgar su consentimiento ante el secretario judicial o notario respecto de aquellas medidas que les afecten, por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar (art. 82 par. 2 CCE).

El derecho a ser alimentado de los hijos mayores y emancipados nace o se extingue de concurrir el presupuesto legal de necesidad (arts. 237-5.1 y 237-13.1 letra d CCC), siempre que dicha situación no haya sido buscada o propiciada por el alimentista (p. ej. renunciado a empleos retribuidos), de acuerdo con el art. 237-4 CCC. La jurisprudencia menor, para decidir sobre su procedencia, valora si el hijo está en disposición de tener medios de vida propios. Es decir, si el acceso al mercado de trabajo ha sido en condiciones tales que le permitan adquirir independencia económica⁴⁶⁶. Ello, sin perjuicio, de que el hijo pueda en un futuro interponer demanda de alimentos contra ambos progenitores, por la vía del juicio declarativo verbal (art. 250.1 ap. 8 LEC), de encontrarse en una situación de necesidad (p. ej. desempleo). Además, conviene destacar que en el caso del hijo emancipado por razón de matrimonio, su cónyuge ocupa un lugar prevaleciente en el orden de reclamación (art. 237-

⁴⁶⁵ Para mayor información, consultar: John DEWAR / Garry WATTS / Catherine ARGALL, "The legal practitioner's guide: precedents for child support agreements and court orders" (2004), en prensa, pp. 22-33; Grant TRIETHMULLER / Kay FEENEY, "Child Support and maintenance", p. 809. Ingeborg H. SCHWENZER, "Model family code", p. 168 afirma que el pago de una cantidad global puede resultar procedente cuando el progenitor desea emigrar.

⁴⁶⁶ A nivel ejemplificativo, se ha considerado que el presupuesto de necesidad no concurría: por percepción de remuneraciones salariales, que han arribado a 712,52€ (SAPB de 31 marzo 2014 [Roj 2650/2014, MP Jiménez de Parga Gastón]); por contrato de trabajo a tiempo parcial, con un salario mensual de 950€, a pesar de no haber terminado los estudios (SAPB de 25 junio 2014 [Roj 7065/2014, MP Farre Trepal]). Tampoco en la SAPB de 18 noviembre 2014 (ROJ 12246/2014, MP Ortuño Muñoz), en la medida en que un hijo de 21 años había optado voluntariamente por la inactividad tanto en el campo formativo como en el laboral: desistiendo de varios trabajos retribuidos y sin seguir ningún proceso formativo.

6.1 CCC). Por lo que los progenitores únicamente estarían obligados a prestarles alimentos cuando los recursos y posibilidades de este no resultasen suficientes (art. 237-6.2 CCC).

La prestación de alimentos, al tener que cumplirse en dinero y por mensualidades avanzadas (art. 237-9.1 CCC), debe incluir “*todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos [...] para la continuación de la formación, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular*” (art. 237-1 CCC)⁴⁶⁷. Ahora bien, el deudor de alimentos también puede optar por satisfacer los alimentos acogiendo y manteniendo en su casa a la persona que tiene derecho a recibirlos (art. 237-10.2 CCC). Por esta razón, lo más común es que solo uno de los progenitores resulte obligado al pago de dicha prestación. En cualquier caso, la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentado, así como de los medios económicos y posibilidades de los progenitores (art. 237-9 CCC). Es necesario señalar que cuando el hijo está cursando estudios, especialmente si son de nivel universitario, la prestación otorgada es más elevada⁴⁶⁸.

Sin embargo, en virtud de su autonomía de la voluntad, los progenitores pueden reconocer alimentos a hijos que no cumplan con el presupuesto legal de necesidad o ampliarlos para que resulten incluidos otros gastos (p. ej. seguro médico privado, móvil), aunque entonces tendrán naturaleza convencional⁴⁶⁹. Por lo que pueden pactar la cantidad que estimen oportuna, así como el modo en que serán abonados (p. ej. por mitad, reparto del 75-25%, a cargo exclusivo de uno de ellos). Como ya señalamos previamente, las disposiciones relativas a los alimentos a favor de familiares resultan de aplicación en defecto de pacto (art. 237-14 CCC). Todo ello, sin perjuicio, de que alguno de los progenitores decida, a sus propias expensas, seguir manteniendo al hijo, a pesar de no concurrir el presupuesto legal necesario para que nazca la obligación legal de alimentos.

⁴⁶⁷ Por ejemplo, se consideró que el hijo no mantenía un rendimiento regular en sus estudios cuando: tras seis años había superado el 30% del total de créditos de la carrera universitaria (SAPL de 4 abril 2014 [Roj 342/2014, MP Sainz Pereda]); tras cinco años había aprobado 57 créditos de un total de 240 que componen el grado en cuestión (SAPL de 4 julio 2014 [Roj 612/2014, MP Bernat Alvarez]).

⁴⁶⁸ Así, en la SAPB de 6 julio 2014 (ROJ 5752/2014, MP Viñas Maestre) se reconoció una prestación de alimentos de 180€ mensuales, en atención a que el hijo había trabajado puntualmente y podía obtener ingresos para complementar dicha cuantía. En cambio, en la SAPB de 26 febrero 2014 (ROJ 2781/2014, MP Viñas Maestre) fue de 360€, en la medida en que la hija no trabajaba y estaba cursando un ciclo de formación de grado medio y preparándose para el acceso a un ciclo formativo de grado superior. O la SAPB de 8 abril 2014 (ROJ 3249/2014, MP Jiménez de Parga Gastón), en que se fijó en 1000€, en atención al precio de la matrícula universitaria de la hija.

⁴⁶⁹ Encarna ROCA TRIAS, “Artículo 90”, p. 558.

La atribución de una prestación alimentaria a favor de los hijos mayores de edad igualmente se encuentra reconocido en los ordenamientos jurídicos que creemos que han podido ejercer una mayor influencia en el legislador catalán, aunque con un carácter mucho más restrictivo. La razón es que, al pertenecer al sistema del “*Common Law*”, no se encuentra reconocido el principio de solidaridad intergeneracional.

De ahí que los únicos supuestos en que se atribuye manutención a los hijos, una vez han alcanzado una determinada edad, es cuando sufren una discapacidad o realizan estudios. Por lo tanto, independientemente de estar en una situación de necesidad (p. ej. desempleo). Así, mientras que en Australia se limita a los 18 años (ss. 66L FLA y 24 CSAA), en Inglaterra y Gales se sitúa a los 16 años, aunque puede perdurar hasta los 20 años, siempre que el hijo continúe estudiando a tiempo completo en un centro educativo reconocido (s. 55 CSA). En el caso de EUA, la regla general es que la obligación de manutención se extingue una vez han alcanzado los 18 años, aunque en algunos Estados se amplía⁴⁷⁰. Este es precisamente el caso de los PLFD, en que se admite que puede prolongarse mientras que el menor no alcance los 20 años y siempre que hubiese seguido estudiando (s. 3.24). En este sentido, también encontramos MFC, en que se contempla que la obligación de manutención se extingue cuando el hijo haya completado sus estudios o, en su defecto, cuando haya alcanzado la edad de 24 años (art. 3.41). Dicha opción legislativa se fundamenta en que “*the child should have adequate opportunity to complete first tertiary course of studies by this age*”⁴⁷¹.

En relación con los hijos que continúan sus estudios, cabe resaltar que no hay confluencia entre las distintas fuentes normativas estudiadas respecto el instrumento jurídico empleado para mantenerles la manutención. En Australia, un tribunal puede dictar “*child maintenance order*” a su favor o prorrogar la eficacia de la que se hubiese aprobado durante su minoría de edad, para que pueda completar sus estudios (s. 66L FLA). A pesar de que no se reconozca expresamente en FLA, nada impide que los progenitores estipulen “*adult child maintenance*” en “*parenting plan*”. Asimismo, resulta común en EUA que los progenitores pacten “*post-majority support*”, el cual resulta ejecutable de integrarse en el “*divorce decree*”, para asegurar que el hijo continuará recibiendo una manutención. La razón es que solamente una

⁴⁷⁰ Así, por ejemplo, District of Columbia es hasta los 21 años o con anterioridad, de ser auto-suficiente por razón de matrimonio, trabajo o servicio militar. En cambio, en Colorado se produce a los 19 años, salvo que se hubiese emancipado previamente. En Pennsylvania es a los 18 años, salvo que la graduación de la escuela secundaria se produzca con posterioridad. Para mayor información, consultar: NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Termination of support-age of majority”.

⁴⁷¹ Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, p. 169.

tercera parte de los Estados permiten a los tribunales atribuir manutención para que los hijos puedan realizar estudios universitarios⁴⁷².

En el caso de Inglaterra y Gales, son los hijos, quiénes pueden solicitar “*order for financial relief for persons over eighteen*” (s. 2 Schedule 1 CA), a partir del momento en que se les extinga “*child support*”, siempre que se estuviesen formando por un oficio, profesión o vocación (independientemente de tener un empleo remunerado) o de concurrir circunstancias especiales que lo justifiquen (s. 2 ap. 2 Schedule 1 CA). Así, sus progenitores (siempre que no estuviesen viviendo en el mismo domicilio) están obligados a abonarle pagos periódicos por un plazo determinado y/o una cantidad global.

Para terminar con este epígrafe, debemos señalar que los progenitores pueden alcanzar acuerdos, en previsión de que el hijo alcance la mayoría de edad o se emancipe, en virtud del art. 233-7.2 CCC. Así, por ejemplo, pueden estipular que la prestación de alimentos (incluidos los gastos extraordinarios) se mantenga en la misma cuantía hasta que el hijo alcance la plena independencia económica. Conviene destacar que dichos alimentos voluntarios tendrán naturaleza convencional, en todo aquello que supere a los legales. Además, pueden prever una reducción en la prestación (art. 233-7.2 CCC), para que únicamente permita cumplir con la obligación legal de prestar alimentos. En cualquiera de los dos supuestos anteriores, pueden limitar el pago durante un período de tiempo (p. ej. durante 4 años, mientras curse estudios universitarios), de modo que si tras dicho período persiste una situación de necesidad, el hijo tenga que interponer demanda de alimentos contra ambos progenitores.

⁴⁷² Así, por ejemplo, en Colorado, un tribunal puede dictar sentencia para que el hijo pueda obtener “*bachelor’s degree*” o “*vocational instruction*”, con el límite de 23 años. O Iowa, en que se reconoce que puede prorrogarse entre los 18-22 años cuando sea un estudiante a tiempo completo, de buena fe, en un centro educativo acreditado. Para mayor información, consultar: NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Termination of support-college support beyond the age of majority” (2015), en prensa. En la doctrina, vid. Sally F. GOLDFARG, “Who pays for the ‘boomerang generation’?”, pp. 72-74 y 88-89; Anne-Marie RICE, “Parenting orders, plans and guidelines”, pp. 131-132.

CAPÍTULO VI

FORMA DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN.

OPONIBILIDAD Y PUBLICIDAD REGISTRAL

I. EL REQUISITO DE LA FORMA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS.
II. MEDIOS DE EXTERIORIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD: 1. Forma verbal. 2. Forma escrita: 2.1. Documento privado. 2.2. Documento público: 2.2.1. Testimonio de legitimación de firmas. 2.2.2. Acta de protocolización de documento privado. 2.2.3. Escritura pública. III. OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS: 1. Revocación de poderes. 2. Novación modificativa o extintiva. IV. PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. Disolución de la comunidad ordinaria indivisa. 2. Cancelación de pacto de supervivencia inscrito. 3. Transmisión de bienes privativos y atribución de la propiedad temporal. 4. Atribución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar u otras residencias: 4.1. Detentada por título de propiedad. 4.2. Detentada en virtud de un derecho de usufructo o de superficie. 5. Cesión o subrogación en el contrato de arrendamiento. 6. Constitución de una propiedad compartida. 7. Sujeción a condiciones suspensivas o resolutorias. 8. Aspectos hipotecarios: 8.1. Transmisión de fincas gravadas con un derecho real de hipoteca: 8.1.1. Compraventa con pacto de asunción de deuda. 8.1.2. Compraventa con pacto de retención. 8.1.3. Compraventa con pacto de descuento. 8.1.4. Compraventa con precio aplazado, por el importe de la carga, en garantía. 8.1.5. Donación modal o con carga. 8.2. Constitución de un derecho real de hipoteca: 8.2.1. En garantía de obligaciones dinerarias. 8.2.2. En garantía de prestaciones periódicas. 8.2.3. En garantía de la devolución de un crédito con garantía inmobiliaria.

Una vez examinado el contenido del pacto amistoso de separación, procederemos a estudiar la cuestión de la forma. Como apuntamos con anterioridad en el capítulo III, nos encontramos ante un negocio no formal, puesto que no se impone a las partes que exterioricen su declaración de voluntad, a través de un medio concreto. Ahora bien, en atención a que se trata de un negocio jurídico complejo, al poder incluir distintos negocios jurídicos de variada naturaleza (patrimonial o familiar), es preciso indicar que se producen excepciones en el principio de libertad de forma. Por lo que, para que resulten oponibles frente a terceros, es necesario que se celebre bajo una determinada forma (art. 1230 CCE) y, en otras ocasiones, se precisa además de su inscripción en Registros Públicos (art. 606 CCE).

A tenor de lo expuesto, estudiaremos primeramente el requisito de la forma, tomando en consideración la regulación de las fuentes normativas de referencia (I.). Posteriormente, centraremos el estudio en las distintas formas en que el pacto amistoso de separación puede celebrarse (II.). Procederemos analizando aquellos supuestos en que, para la realización de un determinado negocio jurídico, los cónyuges y convivientes estables tienen que cumplir con una determinada forma, ya fuere a los efectos de su oponibilidad frente a terceros (III.) o para su inscripción posterior en el Registro de la Propiedad (IV.).

I. EL REQUISITO DE LA FORMA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS

Tomando en consideración que en nuestro ordenamiento jurídico opera el principio general de libertad de forma (arts. 1258 y 1278 CCE) y que el legislador catalán no ha impuesto que su nacimiento dependa de su celebración bajo una forma ordenada legalmente, entendemos que no se exige que la declaración de voluntad se realice a través de un medio específico. No obstante, como ya defendimos en el capítulo III, resulta posible que las partes se obliguen a celebrarlo de una determinada forma (art. 1255 CCE). Entonces, resulta de gran relevancia que especifiquen si tiene carácter *ad solemnitatem* y *ad probationem*, puesto que de ello depende que el negocio jurídico sea válido y eficaz desde que se cumpla con la forma pactada o desde su celebración, sin perjuicio de que las partes se compelen recíprocamente a llenarla (art. 1279 CCE)⁴⁷³.

Esta libertad de forma, que opera en el derecho catalán, como ya tuvimos ocasión de introducir en el capítulo III, únicamente se da en “*maintenance agreements*” y “*separation agreements*” del derecho inglés y galés. Sin embargo, debemos distinguir ambos del “*maintenance agreement*”, cuya definición es más restrictiva, en que sí se requiere de la forma escrita (ss. 34 (2) MCA o 67 (Schd. 5) de CPA). Dicha diferencia encuentra su razón de ser en que estos últimos, al tener naturaleza contractual, resultan ejecutables sin necesidad de ser incorporados en “*court order*”.

Es, por este mismo motivo, que los “*financial agreements during marriage*” y “*financial agreement after the breakdown of a de facto relationship*” del derecho australiano necesariamente tienen que celebrarse siempre por escrito y contener alguna de las estipulaciones previstas legalmente (ss. 90C o 90UD (1) FLA), aparte de estar firmados por ambas partes (ss. 90G y 90UJ FLA), para que resulten vinculantes (entre otros requisitos). Dicha forma escrita igualmente se impone en relación con “*parenting plan*”, aunque no para “*parenting agreement*”. Si bien ninguno de los dos acuerdos es directamente ejecutable, se ha promovido en las últimas reformas legislativas su formalización a efectos probatorios. La razón es que los tribunales no pueden dictar una “*divorce order*” hasta que los progenitores hayan adoptado los acuerdos necesarios para garantizar el cuidado, bienestar y desarrollo de los hijos menores de 18 años, que estuvieron viviendo en la unidad familiar en el momento de la separación, independientemente de si fueren comunes o no (s. 55A (1)(b) FLA). Además, “*parenting plan*” deben estar firmados por ambos progenitores y dejarse constancia

⁴⁷³ Salvador TORRES ESCÁMEZ, “El negocio jurídico. Parte segunda. Forma”, pp. 384-386; Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, p. 508.

de la fecha de su celebración (s. 63C (1) FLA), tratándose de las cuestiones determinadas en la s. 63C (2) FLA, las cuales comprenden los distintos aspectos de cuidado, bienestar y desarrollo del menor. Aquellos celebrados antes de 2003 tienen que ser inscritos en un registro (*Family Law Registries*), pero no los posteriores, por la modificación legislativa introducida a través de la *Family Law Amendment Act*.

La exigencia de forma escrita igualmente se encuentra prevista en el art. 1.38 MFC, en relación con “*partnership agreements*”, celebrados para regular aspectos relativos a “*financial relief*”. SCHWENZER se posiciona en contra de la exigencia de otros requisitos formales (p. ej. necesidad de otorgarlo ante notario), argumentando que: “*Instead of setting hurdles for entering such agreements, their content should be controlled by the court*”. Asimismo, en el PEFL 1:6 se prevé la forma escrita en relación con aquellos acuerdos que alcancen los esposos sobre: responsabilidad parental, división o repartición de los bienes, pensiones de alimentos de los niños o entre ellos. En relación con estos últimos, el PEFL 2:10 reitera la necesidad de que el acuerdo se formalice por escrito. La CEFL lo fundamenta en que puede ser empleado como prueba para esclarecer su contenido (en caso de controversia), facilita que su legalidad pueda ser examinada por un tribunal y promueve que las partes lo tomen en consideración con mayor seriedad⁴⁷⁴.

En una posición intermedia encontramos los “*separation agreements*” del derecho norteamericano. MMDA y PLFD coinciden en imponer la forma escrita para que resulten vinculantes (ss. 306 (a) MMDA y 7.09 (1) para. a PLFD, en que además se requiere que hayan sido firmados por ambas partes). Ahora bien, conforme con PLFD, también pueden ser estipulados ante el tribunal (s. 7.09 (1) para. a PLFD). Ello acostumbra a suceder cuando las partes no llegan a un acuerdo hasta ese momento. Por esta razón, ALI justifica dicha posición en que: “[*M*]any couples fail to conclude an agreement until the eve of trial, or even the hour before trial, and those agreements should not, for that reason, be made vulnerable”⁴⁷⁵.

La jurisprudencia, dictada por *Court of Appeals* de Missouri, resulta relevante por haber precisado cuando un acuerdo alcanzado ante los tribunales vincula a los cónyuges. En *Peirick v. Peirick*, a partir de una aplicación analógica de la jurisprudencia de *Supreme Court*

⁴⁷⁴ Ingeborg H. SCHWENZER, “Model family code”, p. 83; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, pp. 42 y 132; Anne SANDERS, “Private autonomy and marital property agreements”, p. 592.

⁴⁷⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of the Law of Family Dissolution”, p. 1014.

del mismo Estado, se defendió que, a pesar de que la s. 452.325 de *Missouri Revised Statutes* (Title XXX) impusiera la forma escrita, un acuerdo verbal es igualmente vinculante, siempre que “*is entered into in open court by parties represented by able counsel*” y que “*is spread upon the record*”. Este segundo requisito se considera satisfecho cuando ambas partes manifiestan, bajo juramento, que lo entienden y están de acuerdo en los términos presentados en audiencia pública –ya fuere a través de suscribir memorándum (*Perryman v. Perryman*) o por ser leídos en voz alta por el abogado de alguna de las partes (*Markwardt v. Markwardt*)–, así como en quedar obligadas por estos. Por lo que así será, incluso cuando luego alguno de ellos rechace el acuerdo y se niegue a firmar “*separation agreement*” (lo acordado oralmente es posteriormente puesto por escrito por los abogados e incorporado en “*divorce decree*”, salvo pacto en contrario). Por el contrario, no resultará vinculante y no se podrá exigir su cumplimiento, si se ha alcanzado verbalmente un acuerdo entre las partes, pero los abogados son los únicos que lo manifiestan al juez (*O’Neal v. O’Neal*). Tampoco si alguna de las partes no se declara conforme en el momento en que sea presentado en audiencia pública (*Freeland v. Freeland*)⁴⁷⁶.

Dicha interpretación se encuentra en otros Estados. Este es el caso, por ejemplo, de Virginia. A diferencia de Missouri, donde únicamente se encuentra prevista la forma escrita, la s. 20-155 de *Virginia Code* establece que un acuerdo verbal también puede resultar ejecutable, si era “*recorded and transcribed by a court reporter and affirmed by the parties on the record personally*”. *Court of Appeals* de Virginia en *Gaffney v. Gaffney* declaró que ello implicaba que los términos del acuerdo debían ser leídos o recitados y que las partes tenían que otorgar su consentimiento de manera específica y afirmativa. Asimismo, dicha posibilidad se encuentra reconocida en Colorado y en Georgia, aunque en estos ha sido por interpretación jurisprudencial. Así, *Supreme Court* de Georgia consideró que, en la medida en que el marido estaba presente cuando la mujer recitó oralmente el acuerdo de separación que habían alcanzado en el juicio y no se opuso, este le vinculaba (*Sponsler v. Sponsler*). De la misma manera, *Court of Appeals* de Colorado llegó al mismo veredicto, porque tras la lectura en voz alta por parte del marido del acuerdo alcanzado, ambos lo habían aceptado. Por lo que, a

⁴⁷⁶ *Peirick v. Peirick*, 641 S.W.2d 195 (App. E.D. 1982) (disponible en Justia: 44696). En este mismo sentido, se había pronunciado un año antes en *Markwardt v. Markwardt*, 617 S.W.2d 461 (Mo Ct. App. 1981) (disponible en Justia: 41969). También vid. *Perryman v. Perryman*, 117 S.W.3d 681 (Mo. Ct. App. E.D. 2003) (disponible en FindLaw: ED 82017); *O’Neal v. O’Neal*, 673 S.W.2d 126 (Mo. Ct. App. E.D. 1984) (disponible en (Justia: 47478); *Freeland v. Freeland*, 256 S.W.3d 190 (Mo Ct. App. 2008) (disponible en FindLaw: 89610).

pesar de que el acuerdo no hubiese sido transcrito hasta tres meses más tarde, ello no le privaba de sus efectos obligatorios (*Crabtree v. Crabtree*)⁴⁷⁷.

II. MEDIOS DE EXTERIORIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Tras haber defendido que el pacto amistoso de separación no es un negocio formal, puesto que la ley no impone un determinado medio de exteriorización de la voluntad, procederemos a examinar las distintas formas en que puede celebrarse: verbal (1.) o escrita (2.).

1. Forma verbal

El negocio jurídico se perfecciona, como ya se sabe, con el consentimiento de las partes, expresado oralmente (art. 1258 CCE).

El problema de esta forma es que puede causar inseguridad en las relaciones jurídicas, al dificultar el ejercicio probatorio acerca del contenido de los pactos y sobre la fecha en que fueron adoptados, lo cual resulta trascendental a efectos del cómputo del plazo de caducidad de 3 meses que se dispone para ejercer la facultad de desistimiento reconocida por el art. 233-5.2 CCC. Además, puede causar resultados equívocos o que una de las partes no actúe de buena fe y no cumpla posteriormente con lo pactado⁴⁷⁸.

2. Forma escrita

La celebración del pacto amistoso de separación por escrito es más frecuente, especialmente cuando intervienen letrados. Como ya se sabe, esta forma permite una mayor claridad respecto de las circunstancias de la conclusión del negocio como a su contenido y a su fecha de celebración. Como declaraba MONTERO AROCA, en relación con el derecho procesal, “*un documento sigue siendo el medio más idóneo para la prueba*”. Asimismo, evita que las partes tomen decisiones poco meditadas. O, como defendía SANDERS, permite “*make it clear to the parties that they are engaging in a potentially risky agreement*”. De ahí que, NAVAS NAVARRO defienda que no hubiese sido desacertado que el legislador catalán hubiese impuesto la forma escrita en el pacto amistoso de separación, en atención al contexto psicológico en que generalmente son adoptados, el cual puede generar una notable confusión emocional que enturbie el pensamiento racional. Debemos indicar que los otorgantes pueden

⁴⁷⁷ *Gaffney v. Gaffney*, 613 S.E.2d 471 (Va. Ct. App. 2005) (disponible en FindLaw: 1286-04-4); *Sponsler v. Sponsler*, 699 S.E.2d 22 (Ga. 2010) (disponible en Justia: S10F0299); *Crabtree v. Crabtree*, 527 P.2d 920 (Colo. App. 1974) (disponible en RAVEL).

⁴⁷⁸ Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, p. 2171; Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “La separación de hecho matrimonial”, p. 27; Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, p. 116.

sentirse confundidos (sino contrariados), asustados ante un futuro incierto, deprimidos por el fracaso de su unión, solos, enfadados o abrumados por la nueva situación⁴⁷⁹.

Conviene destacar que el otorgamiento de dicho negocio jurídico de derecho de familia no se encuentra sometido a ninguna forma en especial. En este sentido, la STSJC de 10 julio 2006 se posicionó en un sentido tajante, al declarar que “*no se encuentra ninguno específico [de requisito] relativo a la forma [...], llegándose a admitir incluso que la renuncia de los derechos puede ser tácita*” (FJ 4). Por consiguiente, la falta de firma por parte de las partes o de la fecha de su celebración no afecta a la validez del mismo.

Examinaremos, seguidamente, el documento privado y el público, tratándose de formas con distinto valor probatorio (art. 299.1 LEC).

2.1. Documento privado

Todos los que no tienen el carácter de documento público (en los términos del art. 317 LEC) tienen la consideración de documento privado (art. 324 LEC). Por lo tanto, su elemento definitorio es la ausencia de funcionario público o de persona que tenga atribuida legalmente la facultad de dar fe. En atención al número ilimitado de documentos privados, debemos precisar que el pacto amistoso de separación pertenece a la categoría de aquellos que tienen carácter bilateral, en la medida en que intervienen dos partes (cónyuges o convivientes estables) en su celebración y contiene un negocio jurídico.

La validez de un pacto amistoso de separación, recogido en documento privado, ha sido reconocida por la jurisprudencia en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, encontramos la STS de 3 febrero 2006, en que solamente impuso como límites que reuniese las condiciones del contrato y no se opusiera a las normas imperativas. O, como señaló la STS de 22 diciembre 2000, no existe “*precepto alguno que exija la necesidad ineludible de firma para la eficacia probatoria de un documento privado, ni siquiera cuando en el mismo se da vida a una obligación*” (FJ 5)⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ A favor de la imposición de la forma escrita, encontramos: Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, p. 2171. En este mismo sentido, también se ha pronunciado Esther FARNÓS AMORÓS, “Renuncia a la pensió compensatòria en un pacte de separació amistosa”, p. 245. Respecto las ventajas de la forma escrita, vid. Anne SANDERS, “Private autonomy and marital property agreements”, p. 592; Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, p. 506; Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 2012, p. 286. En relación con el contexto psicológico en el que dichos pactos son adoptados, consultar: Margaret F. BRINIG, “Unhappy Contracts: The case of Divorce Settlements”, pp. 244-245.

⁴⁸⁰ STS de 3 febrero 2006 (ROJ 489/2006, MP Roca Trias) y STS de 22 diciembre 2000 (ROJ 9587/2000, MP Corbal Fernández). En la doctrina, vid. Xavier ABEL LLUCH, “Estudio doctrinal: La prueba documental”, en Xavier ABEL LLUCH / Joan PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, Barcelona, ESADE: Bosch, 2010, p. 79; Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 748.

El documento privado goza de eficacia civil desde el momento de su celebración, como consecuencia de su naturaleza negocial (arts. 1091 y 1257 CCE), excepto que las partes hayan supeditado su eficacia a la ratificación ante el secretario judicial⁴⁸¹. No obstante, como ya expusimos previamente, aquellas estipulaciones que sean contenido propio e imperativo del convenio regulador no vincularán a los cónyuges o convivientes estables, al requerirse de su aprobación judicial para su plena eficacia. Además, para la transmisión y adquisición de derechos reales será necesaria la tradición, a través de alguna de las formas previstas en el art. 531-4 CCC.

Desde la reforma del año 2000, los documentos privados ya no resultan directamente ejecutables, al no ser títulos ejecutivos extrajudiciales (art. 1429 LEC 1881⁴⁸²). Por lo que actualmente solo pueden ser presentados como prueba documental (art. 299.1.3º LEC). Por consiguiente, para exigir su cumplimiento, no puede presentarse demanda de ejecución, sino que se requiere del inicio de un proceso declarativo.

Debemos señalar que, si no se impugna su autenticidad, hacen prueba plena en el proceso en los términos del art. 319 LEC (art. 326.1 LEC). De acuerdo con MONTERO AROCA, ello también se produce, en caso de que la autenticidad resulte admitida o si, una vez impugnada, resulta debidamente acreditada por otros medios probatorios. En el supuesto que la parte aportante (por corresponderle la carga de la prueba) no pueda probar que sea auténtico (aunque tampoco que no lo sea), ello no le priva en absoluto de valor y fuerza probatoria. Así pues, podrá ser tomado en consideración por el Tribunal, ponderando su grado de credibilidad, atendidas las circunstancias del caso y del debate, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 326.2 LEC). Es decir, comparándolo con los demás elementos de prueba⁴⁸³.

El fundamento de dicha regulación se encuentra en el art. 1225 CCE, al establecer que el documento privado tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes. Es necesario precisar que ello únicamente resulta aplicable a una categoría determinada de los documentos privados. Concretamente, a “*los documentos*

⁴⁸¹ Así, por ejemplo, la SAPB de 7 junio 2001 (ROJ 5916/2001, MP Ortuño Muñoz).

⁴⁸² Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (dicho precepto se encuentra publicado en la Gaceta de Madrid núm. 48, de 17 febrero 1881, p. 460).

⁴⁸³ Así, entre muchas otras, encontramos STS de 24 octubre 2000 (ROJ 7668/2000, MP Corbal Fernández), en la que se declara: “[C]omo tiene declarado profusa jurisprudencia, no impide otorgar relevancia a un documento privado no reconocido conjugando su contenido con otros elementos de prueba” (FJ 3). En la doctrina, vid. Juan MONTERO AROCA, “La prueba en el proceso civil”, pp. 325-329. También: Rosa Mª MÉNDEZ TOMÁS, “Valoración de la prueba de documento privado”, en Xavier ABEL LLUCH / Joan PICÓ I JUNOY (Dirs.), *La prueba documental*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 548-551.

de contenido dispositivo, suscritos por los litigantes, que tengan por objeto un acto o negocio jurídico, esto es, una o varias declaraciones de voluntad constitutivas de negocio o destinadas a integrarse en él” (FJ 1), de acuerdo con la STS de 24 septiembre 2007. Pero, en cambio, no para aquellos documentos que son meramente testimoniales (p. ej. cartas, documentos contables)⁴⁸⁴.

Sin embargo, frente a terceros, la fecha del documento privado solamente tiene eficacia probatoria desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los firmantes o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio (art. 1227 CCE). Como defendía ABEL LLUCH, ello encuentra su razón en la necesidad de conferir certeza, en atención a la facilidad en que puede resultar alterada. Eso sí, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la fecha que consta en el documento privado puede ser aceptada, siempre que su veracidad resulte corroborada, tras la apreciación conjunta de otros medios de prueba⁴⁸⁵.

2.2. Documento público

De acuerdo con el art. 1216 CCE, ostentan dicha consideración, aquellos documentos autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Como ya se sabe, frente a terceros, hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y su fecha. También contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho (art. 1218 CCE). Ahora bien, ello no implica reconocer la veracidad intrínseca de las mismas, las cuales siempre pueden ser objeto de libre valoración judicial (art. 319.1 LEC). Así, la STS de 28 septiembre 2006 dictaminó que su veracidad *“puede ser desvirtuada por prueba a contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha”* (FJ 3)⁴⁸⁶.

En el supuesto de que las partes deseen una mayor garantía de autenticidad y dar fecha fehaciente al documento privado que han elaborado (a los efectos del art. 1227 CCE), a través de la intervención notarial, disponen de dos documentos públicos: testimonio de

⁴⁸⁴ STS de 24 septiembre 2007 (ROJ 5998/2007, MP Almagro Nosete). En la doctrina, vid. Xavier ABEL LLUCH, “Estudio doctrinal: La prueba documental”, pp. 159-160; Rosa M^a MÉNDEZ TOMÁS, “Valoración de la prueba de documento privado”, pp. 555-556.

⁴⁸⁵ En este sentido, encontramos la STS de 15 febrero 2007 (ROJ 821/2007, MP Sierra Gil de la Cuesta), en que se determinó que: “[L]a norma del art. 1227 del Código Civil es operante sólo cuando el hecho a que se refiere el documento no se puede acreditar más que a través de él, lo que no ocurre si la realidad de la fecha se corrobora por otras pruebas prácticas”. En la doctrina, vid. Xavier ABEL LLUCH, “Estudio doctrinal: La prueba documental”, pp. 160-161.

⁴⁸⁶ STS de 28 septiembre 2006 (ROJ 5687/2006, MP Auger Liñán)

legitimación de firmas (2.2.1.) y acta de protocolización de documento privado (2.2.2.). El problema es que, como puede firmarse sin leer o comprender su contenido, es posible reconocer la autenticidad de la firma en juicio, pero alegando ignorancia de su contenido, a través de la *exceptio schaedulae non lectae* (excepción del documento no leído)⁴⁸⁷. Por lo que si las partes desean que deje de tener naturaleza de documento privado, deberán otorgar necesariamente escritura pública (2.2.3.).

Antes de continuar con el estudio, cabe resaltar que si las partes desean acreditar fehacientemente un determinado hecho (p. ej. comunicación al otro de la renuncia a su derecho en la comunidad) pueden acudir a las actas de notificación (art. 202 RN). De la misma manera que, si algunos pactos son incumplidos (p. ej. reclamaciones de pago), pueden utilizar el ministerio notarial para intimar que se adopte una determinada conducta, a través de las actas de requerimiento (art. 202 RN). De esta manera, la notificación o el requerimiento se dan por hechos.

Los datos estadísticos, publicados por CGN, evidencian el uso frecuente de las actas de notificación y de requerimiento en la práctica notarial.

	España	Cataluña
2010	108.351	13.306 (12,28%)
2011	84.374	10.785 (12,78%)
2012	77.268	9.869 (12,77%)
2013	82.823	15.089 (18,22%)
2014	80.925	16.014 (19,79%)
2015	88.593	17.959 (20,27%)

Fuente: CGN

Mientras que en España entre 2010 y 2015 se ha reducido su número en un 18,24%, en Cataluña se ha incrementado en un 34,97%. La media anual de actas de notificación y de requerimiento se sitúa en 87.056 en España y en 13.837 en Cataluña.

Procederemos, en este momento, a examinar con detenimiento los distintos documentos públicos, en los que puede recogerse un pacto amistoso de separación.

⁴⁸⁷ De acuerdo con NÚÑEZ LAGOS, en relación con la protocolización de documentos privados, ello no resulta posible cuando el funcionario emplea la siguiente fórmula de otorgamiento: “a todos leo en alta voz... y enterados de su contenido, lo ratifican y firman” (Rafael NÚÑEZ LAGOS, “Estudios de Derecho Notarial”, p. 658). También vid. José GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de derecho notarial*, tomo 1, Madrid, Reus, 1948, p. 99; Pedro ÁVILA ÁLVAREZ, “Derecho Notarial”, p. 335.

2.2.1. Testimonio de legitimación de firmas

Las partes pueden otorgar documento privado con testimonio de legitimación de firmas (art. 258 RN)⁴⁸⁸. Si bien es cierto que entonces no resultaría incorporado al protocolo notarial, ello proporciona una garantía de autenticidad, en la medida en que permite acreditar el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o la pertenencia de la misma a una persona determinada a su juicio (art. 256 RN), aparte de dar fecha fehaciente al documento a los efectos del art. 1227 CCE. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el notario no asume responsabilidad alguna por el contenido del documento, cuyas firmas hubiese legitimado.

2.2.2. Acta de protocolización de documento privado

Si desean incorporar su acuerdo privado en un protocolo notarial, pero privándole de los efectos de la escritura pública, pueden hacerlo a través de acta de protocolización. En este sentido, debemos señalar que cuando no existía costumbre por parte de los notarios de autorizar escrituras públicas de separación, puesto que dichos pactos eran considerados nulos por la jurisprudencia, resultaba frecuente que fuesen recogidos en actas de protocolización⁴⁸⁹.

A partir de los datos publicados por CGN, podemos afirmar que su uso resulta bastante frecuente. Sin embargo, entre 2010 y 2015, se ha reducido su número en un 11,17% en España y en un 6,73% en Cataluña:

	España	Cataluña
2010	20.816	3.668 (17,62%)
2011	22.013	3.768 (17,12%)
2012	20.042	3.535 (17,63%)
2013	18.715	3.498 (18,69%)
2014	17.772	3.497 (19,68%)
2015	18.491	3.421 (18,50%)

Fuente: CGN

En la medida en que no se recoge un nuevo consentimiento de las partes, puede hacerse por requerimiento de cualquiera de las partes o de otra persona que entregue el documento al notario (art. 144 y 215 RN). Dicha protocolización permite evitar su extravío, asegurándose

⁴⁸⁸ Ramon FAUS ESTEVE, "La separación de hecho en el matrimonio", pp. 363-364.

⁴⁸⁹ Roberto BLANQUER ÜBEROS, con la colaboración de Roberto BLANQUER ÜBEROS / José Luis MARTÍNEZ GIL / Vicente Luis SIMÓ SANTONJA, "Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en derecho comparado (Ponencia de la Delegación Española en la II Comisión del XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971)", *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXIII-LXXIV (1971), pp. 169-170. A favor del empleo de este documento notarial también se pronunció Ramon FAUS ESTEVE, "La separación de hecho en el matrimonio", pp. 362-363.

su conservación y custodia segura (al haberse convertido en matriz, circulará en el tráfico jurídico, a través de las copias que de este se expidan), y da autenticidad a la fecha a los efectos del art. 1227 CCE.

2.2.3. Escritura pública

El otorgamiento de escritura pública permite cumplir con la función de tradición necesaria para la transmisión y adquisición de derechos reales (arts. 531-3 y 531-4.2 letra a CCC). Asimismo, sirve de vehículo o medio de acceso al Registro de la Propiedad (art. 3 LH) de los títulos de dominio o de otros derechos reales (art. 2 LH). Ello resulta posible, en la medida en que el notario verifica que el contenido no sea contrario a Derecho antes de su otorgamiento e informa a las partes acerca del valor y alcance de dicha redacción (arts. 17 LN⁴⁹⁰ y 147 RN), lo cual además permite evitar futuras controversias entre las partes. Pues, como defendía TORRES ESCÁMEZ, la actividad notarial “*contribuye desde hace siglos a que el conflicto no surja. Y, si éste no nace, no es necesario resolverlo*”⁴⁹¹.

Es preciso indicar que la escritura pública constituye un título ejecutivo no judicial, a través del cual puede fundarse una acción ejecutiva (art. 517.2.4º LEC). Ello se consigue, a través de la primera copia de la escritura pública, la cual se obtiene mediante la expedición de copia con eficacia ejecutiva por parte del notario (art. 233 RN). También con la segunda copia, aunque esta solamente se puede obtener por mandamiento judicial (a solicitud del interesado) y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes (art. 235 RN)⁴⁹². Cabe resaltar que ello solo resulta predicable de aquellas escrituras públicas que tengan contenido exclusivamente económico (p. ej. por contener una obligación de pago en dinero efectivo o en cosa o especie computable en dinero) y de cuantía superior a 300€⁴⁹³ (art. 520.1 LEC). De no cumplir con dichos requisitos, únicamente pueden ser presentadas, como prueba documental en el marco de un proceso declarativo, por tratarse de documentos públicos (art. 317.2º LEC).

⁴⁹⁰ Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 mayo 1862).

⁴⁹¹ Salvador TORRES ESCÁMEZ, “La mediación como sistema de solución de conflictos: una perspectiva notarial”, en Juan Carlos MARTÍN ROMERO (Dir.), *La reforma de la justicia preventiva*, Madrid, Civitas, 2004, p. 327.

⁴⁹² José GONZÁLEZ PALOMINO, “Instituciones de derecho notarial”, pp. 147-148; Francisco RAMOS MÉNDEZ, “Enjuiciamiento civil”, pp. 136-137.

⁴⁹³ Cuantía expresada en los términos que contiene el anexo II del Real Decreto 1417/2001, de 17 diciembre, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LEC (publicado en el BOE núm. 310, de 27 diciembre 2001, pp. 49708-49709). También vid. Francisco RAMOS MÉNDEZ, “Enjuiciamiento civil”, pp. 136-137.

III. Oponibilidad frente a terceros

A pesar del principio de libertad de forma que opera en nuestro ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta que el legislador en algunas ocasiones impone una determinada forma para que el negocio jurídico sea oponible frente a terceros (art. 1230 CCE). A continuación, procederemos a identificar en que supuestos la celebración en documento público resulta relevante a dichos efectos.

1. Revocación de poderes

Cuando el poder hubiese sido otorgado en escritura pública, la copia de la matriz que contiene el apoderamiento conferido es el medio establecido más frecuentemente utilizado para justificar su existencia y vigencia, por parte de la persona que actúa en representación de otro (arts. 164 y 227 RN).

Si bien es cierto que esta no se puede obtener en caso de separación de hecho (al igual que tampoco si se han solicitado medidas provisionales), circunstancia que debe comunicar el cónyuge autorizado bajo su responsabilidad, el poderdante puede preferir (por mayor seguridad) otorgar escritura pública de revocación (art. 227 RN). Dicho precepto, como declaró la RDGRN de 15 febrero 1982, tiene su fundamento en *“la garantía que ofrece al poderdante en caso de revocación real del poder, el confiar en que por haber retirado u obtenido la devolución del título que legitima la actuación del apoderado, éste no podrá actuar con posterioridad en su nombre”*. La relevancia se encuentra en que, mientras que el apoderado ignore su revocación, los actos o negocios jurídicos, que haya celebrado con terceros de buena fe (admitiéndose prueba a contrario, arg. art. 521-7.2 CCC), son válidos y plenamente eficaces (art. 1738 CCE)⁴⁹⁴.

2. Novación modificativa o extintiva

En atención al objeto del presente estudio, ello puede ocurrir en caso de que los cónyuges y convivientes estables, por medio del pacto amistoso de separación, deseen modificar o añadir pactos complementarios, a un negocio jurídico de derecho de familia, celebrado con anterioridad en escritura pública.

⁴⁹⁴ Así, lo declara la RDGRN de 10 abril 2003 (La Ley 12033/2003): *“[L]a mera constancia al Registrados, al tiempo de la calificación, de que el poder invocado por el otorgante del negocio cuya inscripción se pretende, estaba revocado con anterioridad a su celebración, no puede ser obstáculo que impida su inscripción, pues, nada garantiza que tal revocación fuera conocida por el apoderado o por los terceros que con él contrataron”* (FD 2). También vid. RDGRN de 15 febrero 1982 (La Ley 45/1982).

El pacto en previsión de una ruptura matrimonial y el pacto en previsión del cese de la convivencia deben necesariamente otorgarse en dicha forma. De la misma manera que el convenio regulador, contenido en escritura pública de separación matrimonial o de divorcio. En cambio, el acuerdo de mediación es celebrado en dicha forma solamente cuando las partes así lo estimen oportuno. La relevancia de que se recojan las alteraciones pactadas en escritura pública, consignándose la derogación de aquellas cláusulas sobre las que se ha producido el cambio de voluntad, se encuentra en su oponibilidad frente a terceros, a diferencia de si se hubiese celebrado por documento privado o acuerdo verbal (art. 1230 CCE). Además, se precisará para ello de su anotación en el registro público competente o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero (arts. 1219 CCE y 178.1º RN).

En relación con el pacto de delegación de la potestad parental a uno de los progenitores o la distribución de funciones (celebrados igualmente en escritura pública), conviene destacar que si los cónyuges o convivientes estables desean introducir modificaciones o añadir pactos complementarios deben otorgar escritura pública *ad hoc*. De perseguir, por el contrario, su revocación, resulta suficiente –en principio– la notificación notarial, la cual puede tener lugar en cualquier momento (art. 236-11.3 CCC). No obstante, resulta conveniente su formalización en escritura pública, a efectos de su oponibilidad a terceros (arts. 1219 y 1230 CC, 178 RN), a raíz de su constancia en el Registro Civil, al margen de la inscripción del nacimiento del hijo (arts. 46 LRC y 180 RRC). Ello cobra especial relevancia cuando se contrata con terceros en el ejercicio del deber de administración de los bienes de los hijos. Como ya apuntamos previamente, con la excepción de los actos de administración ordinaria, el progenitor que ejerza la potestad parental necesita el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 236-11.6 CCC). El incumplimiento de dicho deber de consulta no tiene consecuencias para el tercero de buena fe, siempre que le hubiese sido acreditado el ejercicio exclusivo de la potestad parental por parte del progenitor con quien contrató (p. ej. con certificación del Registro Civil o a través del Libro de Familia)⁴⁹⁵.

IV. PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En atención al contenido del pacto amistoso de separación, podemos adelantar que con especial frecuencia, como se expondrá con mayor detalle más adelante, se deberá proceder a su inscripción o anotación al Registro de la Propiedad, para que no se trate de un mero acuerdo obligacional, sin trascendencia registral. La razón es que los títulos de dominio o de

⁴⁹⁵ En esta línea, se ha posicionado Josep FERRER RIBA, “Article 139”, pp. 670 y 676.

otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados, no perjudican a terceros (arts. 606 CCE y 32 LH). Ello se debe a que el Registro de la Propiedad, como ya se sabe, protege a toda aquella persona física o jurídica adquirente que confía en los derechos que publica, siempre que cumpla con los requisitos previstos legalmente (art. 34 LH).

Para que los títulos expresados en el art. 2 LH resulten inscribibles (en que deberán expresarse las circunstancias de los arts. 9 LH y 51 RH) en el Registro de la Propiedad, deben estar consignados “*en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico exigido por Autoridad judicial o por el Gobierno a sus agentes*” (art. 3 LH)⁴⁹⁶.

Cabe resaltar que los cónyuges y convivientes estables tienen un menor interés en otorgar escritura pública cuando tengan decidido que incorporarán el pacto amistoso de separación en un convenio regulador, por resultar título inscribible suficiente, de ser presentado junto con testimonio de sentencia firme o de decreto del secretario judicial, por tratarse de documentos públicos (art. 1216 CCE). Sin embargo, y como se expondrá seguidamente, para que ello sea posible, el documento presentado para la inscripción tiene que ser congruente con la naturaleza del acto inscribible. De ahí que la DGRN haya declarado que “*no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia*”. Por lo que se precisa de un estudio exhaustivo de la doctrina de la DGRN con el fin de identificar aquellos actos que requieren necesariamente de escritura pública. En cualquier caso, no podemos olvidar que cabe pacto en contra⁴⁹⁷. Es decir, que en convenio regulador las partes pueden estipular la necesidad de elevación a escritura pública. Entonces, ya no puede ser inscrito, en virtud de una resolución judicial.

Tras estos breves apuntes introductorios, procederemos a examinar aquellos supuestos en que los cónyuges y convivientes estables, para la realización de un determinado negocio jurídico (contenido en un pacto amistoso de separación), tienen que cumplir con una determinada forma.

⁴⁹⁶ Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (publicado en el BOE núm. 106, de 16 abril, pp. 2238-2239). La RDGRN de 11 mayo 2013 (La Ley 64321/2013) denegó la inscripción de una acta de conciliación dictada por juez de Paz, en la cual las partes habían acordado la constitución de un derecho de uso sobre una vivienda, por no haber empleado ninguno de los cauces procesales y formales para su creación.

⁴⁹⁷ Respecto de los límites del convenio regulador, consultar: RDGRN de 22 diciembre 2010 (La Ley 255161/2010) o de 10 diciembre 2012 (La Ley 222079/2012). Sobre la posibilidad de estipular la obligación de elevación a escritura pública, la DGRN tuvo ocasión en pronunciarse en su resolución de 5 septiembre 2012 (La Ley 156239/2012).

1. Disolución de la comunidad ordinaria indivisa

En caso de ejercicio de la acción de división de la cosa común, para que los bienes inmuebles –inscritos a nombre de los dos por mitad y pro indiviso– pasen a estarlo a nombre de uno de ellos o de un tercero en el Registro de la Propiedad, se requiere del otorgamiento de escritura pública (arts. 1280.1 CCE y 2.1 LH). La DGRN entiende que el derecho que resulta inscribible es el de dominio y su causa es la extinción de condominio (art. 51.10 RH). Ello igualmente resulta predicable cuando optan por la adjudicación a uno de ellos con pago de una compensación económica al otro. La razón es que, como declaró la RDGRN de 27 febrero 2015, la cantidad pagada constituye “*la compensación debida en la división de la cosa común y no propiamente el precio pagado por adelantado de una futura compraventa*” (FD 4)⁴⁹⁸.

Procedemos exponiendo, a nivel comparativo, el número de escrituras de extinción de condominio otorgadas en España y en Cataluña. Podemos afirmar, a partir de dichos datos estadísticos, que se ha producido una reducción en su número entre 2010 y 2015. Mientras que en España se detecta una disminución del 17,04%, en Cataluña se sitúa en el 25,84%.

	España	Cataluña
2010	53.470	7.046 (13,18%)
2011	46.140	5.087 (11,03%)
2012	45.135	5.069 (11,23%)
2013	39.416	4.428 (11,23%)
2014	44.062	5.147 (11,68%)
2015	44.360	5.225 (11,78%)

Fuente: CGN

Antes de proceder, debemos señalar aquellos supuestos en que el testimonio de una resolución judicial (ya fuere la sentencia o el decreto emitido por el secretario judicial) sí resulta título inscribible suficiente. Por una parte, ello sucede cuando el negocio jurídico traslativo de dominio se celebra entre cónyuges. Así, la doctrina del DGRN lo ha reconocido, en relación con la vivienda familiar, por concurrir “*una causa familiar propia de la solución de la crisis objeto del convenio*”. Por otra parte, cuando los cónyuges, sometidos a un régimen de separación de bienes (y respecto aquellos bienes adquiridos antes o después de la celebración del matrimonio), acuerdan adjudicar la titularidad a uno de ellos. Dicha posición se fundamenta en que pueden ejercer la acción de división de la cosa común simultáneamente con el proceso de divorcio (arts. 232-12.1 y 233-2.3 letra d CCC). Es

⁴⁹⁸ RDGRN de 4 junio 2014 (La Ley 90050/2014) y de 27 febrero 2015 (La Ley 16780/2015).

preciso indicar que en relación con los convivientes estables, de acuerdo con la RDGRN de 6 junio 2010, ello también resulta posible, aunque únicamente cuando hubiesen alcanzado acuerdos reguladores de las relaciones económicas derivadas de su convivencia o para liquidarlas tras su cese, los cuales se asemejen a los de un régimen conyugal⁴⁹⁹.

Por el contrario, encontramos otros actos o negocios jurídicos que requieren siempre y necesariamente de escritura pública, para que puedan resultar inscritos en el Registro de la Propiedad.

Así sucede, cuando uno de los cotitulares renuncia a su derecho en la comunidad, puesto que tiene que constar en escritura pública, siempre que la comunidad tenga por objeto la propiedad sobre un bien inmueble (art. 552-5.4 CCC). Además, para que pueda inscribirse, procediéndose así a la cancelación total de su derecho (art. 79.2 LH), es imprescindible que se acredite fehacientemente que ha comunicado su renuncia a los otros comuneros. Entonces, estos podrán solicitar la inscripción de su acrecimiento, por aplicación del principio de rogación (art. 6 letra a LH)⁵⁰⁰.

Asimismo, deben de otorgar necesariamente escritura pública, cuando las partes acuerdan la división material del bien inmueble, al tratarse de una operación de segregación (art. 47 LH) o de división (art. 50 RH). Es decir, que implica abrir una hoja o folio nuevo a cada finca resultante, expresando su procedencia y los gravámenes que tuviera, al no resultar afectados los derechos de terceros sobre ella (art. 46 RH). Conviene destacar que, en caso de división o segregación de terrenos en dos o más lotes que facilite o tenga por finalidad facilitar la construcción de edificaciones o de instalaciones para destinarlas a usos urbanos (art. 191.1 letra a LU), debe aportarse licencia de parcelación o la declaración de que no es necesaria, para otorgar escritura y para que se pueda inscribir en el Registro de la Propiedad (art. 193 LU). Cabe resaltar que si la segregación se efectúa, en virtud de un documento judicial, igualmente se deberá presentar licencia o declaración de innecesaridad (RDGDEJ de 18 diciembre 2009)⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ RDGRN de 16 junio 2010 (La Ley 129414/2010). En relación con la vivienda familiar, encontramos: RDGRN de 10 diciembre 2012 (*ut supra*). Respecto los bienes en comunidad ordinaria indivisa, pertenecientes a cónyuges sometidos a un régimen de separación de bienes, se ha pronunciado la DGDEJ en su resolución de 7 octubre 2011 (publicada en DOGC núm. 6000, de 8 noviembre 2011, pp. 57279-57282). También la RDGRN de 27 febrero 2015 (*ut supra*) y de 5 diciembre 2012 (La Ley 222991/2012), entre otras.

⁵⁰⁰ RDGDEJ de 19 julio 2012 (publicada en el DOGC núm. 6191, de 13 agosto 2012, pp. 40293-40295).

⁵⁰¹ Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo. Publicada en: BOE núm. 218, de 8 septiembre, pp. 77011-77125; DOGC núm. 5686, de 8 agosto, pp. 61305-61418. También vid. RDGDEJ de 18 diciembre 2009 (DOGC núm. 5557, de 1 febrero 2010, pp. 5714-5717).

Las cifras, publicadas por CGN (a partir del número de escrituras públicas otorgadas), ponen de manifiesto que en la práctica resulta mucho más frecuente la segregación que la división:

	Segregación		División
	(España)	(Cataluña)	
2010	25.372	2.485 (9,79%)	1.977
2011	22.145	1.987 (8,97%)	1.569
2012	19.484	1.797 (9,22%)	1.386
2013	16.835	1.678 (9,97%)	1.023
2014	16.165	1.585 (9,80%)	910
2015	15.713	1.549 (9,86%)	1.011

Fuente: CGN

En caso de adopción del régimen de propiedad horizontal (art. 552-11.2 CCC), también se requiere necesariamente del otorgamiento de escritura pública. La razón es que el título de constitución debe celebrarse en escritura pública, expresando las circunstancias requeridas legalmente (arts. 553-8.3 y 553-9.1 CCC) y tiene que inscribirse en el Registro de Propiedad (art. 553-7.2 CCC). Asimismo, se exige de la aportación de licencia urbanística de constitución de dicho régimen (art. 187.1 letra k LU), salvo que en la licencia de obras ya se desprende el número de viviendas u otros elementos susceptibles de aprovechamiento independiente. De acuerdo con la RDGDEJ de 10 febrero 2010, la finalidad es *“la d’evitar que, un cop obtinguda la llicència d’obres per a la construcció d’un nombre determinat d’habitatges, per la via de la divisió dels que existeixen o han obtingut la llicència, es constitueixin com a entitats independents un nombre major d’habitatges o entitats”* (FD 1.3). Entonces, al amparo de una única licencia, se permite que se otorguen dos actos jurídicos distintos (obra nueva y división horizontal), pudiéndose celebrar en una misma escritura pública o en dos⁵⁰².

Si la vivienda ya se encuentre sometida al régimen jurídico de la propiedad horizontal (p. ej. por estar en un bloque de pisos) y se ejerce la acción de división a las situaciones de propiedad indivisa sobre los elementos privativos (art. 553-1.4 CCC), dicha vicisitud deberá constar en su folio propio (art. 8.4 LH), una vez obtenido el voto favorable de cuatro quintas partes de los propietarios con derecho de voto, que a su vez deben representar cuatro quintas partes del total de cuotas de participación (art. 553-26.2 letra a CCC). De acuerdo con la RDGDEJ de 22 marzo 2007, en la escritura pública es suficiente con que conste la voluntad de los propietarios del piso afectado por la división. Por lo que el acuerdo de la junta de

⁵⁰² RDGDEJ de 10 febrero 2010 (publicada en el DOGC núm. 5592, de 22 marzo 2010, pp. 22038-22042).

propietarios se puede acreditar a través de la certificación expedida por el secretario (art. 553-17 CCC), la cual se debe protocolizar o testimoniar en la escritura pública, previa legitimación de las firmas. Si, además, se desea la modificación de la cuota de participación y se ha obtenido el acuerdo unánime de todos los propietarios (art. 553-3.3 CCC), dicho cambio se deberá de introducir en el folio del edificio en su conjunto⁵⁰³. En este caso, entendemos que el acuerdo de la junta de propietarios sí tendrá que ser necesariamente otorgado en escritura pública.

Para concluir con este epígrafe, nos resta poner de relieve los datos estadísticos, relativos al régimen de propiedad horizontal:

	División horizontal y supuestos análogos		Modificación o extinción de división horizontal	Constitución o modificación de estatutos de división horizontal
	(España)	(Cataluña)		
2010	17.595	2.259	2.340	1.103
2011	13.019	1.573	1.708	782
2012	11.087	1.402	1.273	840
2013	8.008	996	932	693
2014	7.759	1.146	959	651
2015	7.672	1.130	1.087	612

Fuente: CGN

La realidad notarial es que el otorgamiento de escrituras de división de bienes con el propósito de adoptar un régimen de propiedad horizontal se ha reducido en un 56,40% (un 49,98% en Cataluña) entre los 2010 y 2015. Consecuentemente, también ha bajado el número de escrituras de modificación o extinción, así como de constitución o modificación de estatutos de comunidad. El menor otorgamiento de estas últimas obedece a que no es obligatoria su celebración en escritura pública (art. 553-11.3 CCC, igualmente art. 5 par. 3 LPH⁵⁰⁴).

2. Cancelación de pacto de supervivencia inscrito

Si los cónyuges o convivientes estables han inscrito en el Registro de la Propiedad una finca a su nombre, por mitad e indiviso, y con pacto de supervivencia, pueden tener interés en hacer constar su cancelación, para que surta efecto frente terceros. La razón es que, mientras

⁵⁰³ RDGDEJ de 22 marzo 2007 (*ut supra*). En la doctrina, sobre la forma de proceder a la inscripción de dichas modificaciones en el Registro de la Propiedad, consultar: Lino RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, Dijusa, 2007, pp. 130-132.

⁵⁰⁴ Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (publicada en el BOE núm. 176, de 23 julio, pp. 10299-10303).

está vigente, operan limitaciones que restringen la facultad de disposición (art. 231-15.2 CCC).

Basándonos en los datos publicados por CGN (en relación con el pacto de supervivencia y el pacto al más viviente), podríamos concluir que el uso de dicha institución jurídica no es muy habitual en la práctica. Ahora bien, cabe resaltar que mientras que el primero es una institución propia del derecho civil catalán, el otro lo es del aragonés. Así pues se explica su menor presencia en la práctica notarial. En 2015 en España se otorgaron 129 escrituras públicas, por las que se procedía a su constitución, lo cual representa una reducción del 42,41% respecto al año 2010, en que se alcanzó el número de 224.

Para practicar asiento de cancelación, las partes deberán de otorgar escritura pública (arts. 82 LH y 174 RH), en que conste el acuerdo de ambos de dejar sin efecto el pacto de supervivencia (art. 231-18.1 letra a CCC). En este sentido, por ejemplo, nos encontramos con el caso resuelto por la RDGDEJ de 29 enero 2007, en que se consideró que la esposa había adquirido la mitad indivisa del marido desde el momento de su fallecimiento, a pesar de que con posterioridad se practicase asiento de cancelación. Dicha posición se fundamentó en que *“el pacto ya había producido su eficacia –aunque al margen del registro–, por lo tanto difícilmente se puede presumir extinguido el derecho a adquirir la mitad del premuerto, cuando esta adquisición ya se había consumado mucho antes”* (FD 3.2)⁵⁰⁵. En caso de que este ya hubiese resultado extinguido, como consecuencia de la falta de convivencia entre las partes (arts. 231-18.1 letra b y 234-3.3 CCC), entendemos que procedería nota marginal, la cual se practica a instancia de parte. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la inscripción no es constitutiva –como regla general– en nuestro sistema registral.

3. Transmisión de bienes privativos y atribución de la propiedad temporal

Los cónyuges o convivientes estables pueden pactar adjudicaciones de bienes privativos por parte de uno de ellos a favor del otro, así como la transmisión de la propiedad temporal⁵⁰⁶. Para que puedan inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, se requiere del

⁵⁰⁵ RDGDEJ de 29 enero 2007 (publicada en el DOGC núm. 4815, de 6 febrero 2007, pp. 4406-4409).

⁵⁰⁶ El régimen aplicable es exactamente el mismo. Como no se exige legalmente ninguna forma específica en el título constitutivo, procede aplicar las reglas generales. De modo que, de adquirirse por negocio jurídico a título oneroso, operará el principio de libertad de forma. Mientras que, de ser a título gratuito, hará falta escritura pública, por tratarse de un bien inmueble. La inscripción en el Registro de la Propiedad entendemos que es voluntaria (si bien el legislador no lo establece expresamente, art. 547-8.1 CCC) por tratarse de una transmisión de dominio. En la doctrina, vid. Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, “Derecho Civil de Cataluña: derechos reales”, pp. 162-163; Sergio NASARRE AZNAR, “La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias”, p. 823.

otorgamiento de escritura pública (de tratarse de una vivienda el notario verificará, entre otros, si dispone de cédula de habitabilidad vigente antes de autorizar su suscripción, *arg.* 132 LDV⁵⁰⁷).

En caso de que la transmisión se produzca en virtud de una compraventa, los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar esta forma desde que se perfeccionó el contrato (art. 1279, en relación con el art. 1280.1 CCE), y distribuyéndose los gastos ocasionados, en atención a lo dispuesto por el art. 1455 CCE. No obstante, en la medida en que en principio no es obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad, es necesario que las partes pacten expresamente la obligación del vendedor de otorgar escritura pública en condiciones que permitan al comprador inscribir su adquisición. Ello supone, por ejemplo, que este tenga que inscribir previamente su derecho en el Registro, por exigencia del principio de tracto sucesivo (art. 20.1 LH). De tratarse de una donación, esta debe hacerse necesariamente en escritura pública, para que sea válida (salvo que sea un bien mueble, con especial atención a los derechos de créditos, *arg.* 531-12.2 CCC), por tratarse de una forma *ad substantiam* (art. 531-12.1 CCC). De la misma manera que el donatario debe aceptarla bajo pena de nulidad, ya fuere en la misma escritura o en otra posterior, o por medio de una diligencia de adhesión, siempre que sea notificada de manera auténtica a los donantes (art. 531-12.1 CCC). Así, por ejemplo, la STS de 31 marzo 2011 reputó que la obligación del marido, pactada en escritura pública, de donar un piso o apartamento elegido libremente por la donataria, cuyo precio no podía exceder una determinada cuantía, era una mera promesa de donación, puesto que la esposa no la había aceptado. Además de nula, por comprender bienes futuro⁵⁰⁸.

Hay que tener en cuenta que puede procederse a la inscripción de una escritura pública, por la que uno de los cónyuges cede al otro una serie de bienes en pago y finiquito de la prestación compensatoria, dándose el otro así totalmente pagado de cuantas cantidades le pudiesen corresponder por este concepto (renuncia onerosa y anticipada), sin necesidad de homologación judicial previa, por resultar ya eficaz *inter partes*⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Hay que tener en cuenta, lo dispuesto por la RDGDEJ de 29 junio 2012 (publicada en el DOGC núm. 6180, de 27 julio 2012, pp. 38274-38278), en que se declaró como doctrina que no se puede exigir la cédula de habitabilidad en “*les donacions i els negocis entre copropietaris com són la dissolució de condomini ordinari, la compra per part d’un copropietari de la participació indivisa de l’habitatge a un altre copropietari o la liquidació del règim matrimonial de comunitat de béns*” (FD 2).

⁵⁰⁸ Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, pp. 269-270. También vid. STS de 31 marzo 2011 (ROJ 2158/2011, MP Roca Trias).

⁵⁰⁹ RDGRN de 10 noviembre 1995 (La Ley 272/1996). En contra, se había pronunciado previamente el Presidente del TSJC, declarando que “*sería incomprensible que dicho convenio produjera plenos efectos antes de que la separación o divorcio se haya producido o iniciado*”. En la doctrina, vid. María Paz GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, pp. 1660-1668.

Respecto a la cuestión de si, en este caso, el convenio regulador constituye título inscribible suficiente, es preciso prestar atención a su causa.

Cuando las transmisiones de bienes privativos constituyen un negocio independiente, con su propia causa, deberán de otorgar siempre escritura pública, lo cual ocurre cuando lo pactado se aparta del contenido propio del convenio regulador. Como defendía la RDGRN de 9 septiembre 2015, “*hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan sólo de aquellas derivadas de la vida en común*”. Así, por ejemplo, debe otorgarse escritura pública cuando un bien privativo se adjudica proindiviso al otro y a los hijos en común (RDGRN de 5 agosto 2011) o si se transmiten bienes inmuebles privativos, a cambio de que el adquirente asuma las deudas hipotecarias y pague una compensación en metálico por el desequilibrio causado (RDGRN de 22 diciembre 2010). Igualmente si, en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal, se producen transmisiones de bienes privativos que persiguen compensar la toma de menos del remanente consorcial (RDGRN de 3 junio 2006)⁵¹⁰.

En cambio, si estas adjudicaciones tienen su razón en la entrega de bienes en sustitución de prestaciones económicas, entonces el convenio regulador sí es suficiente para proceder a su inscripción. En este supuesto, encontramos la transmisión patrimonial, cuya causa es la sustitución del derecho a la prestación compensatoria (RDGRN de 2 enero 2006), a la prestación alimentaria o a la compensación económica por razón de trabajo. Tampoco se precisa del otorgamiento de escritura pública para la adjudicación de un bien adquirido durante el matrimonio, por mitad y pro indiviso en régimen de separación de bienes (RDGRN de 5 mayo 2016), ni de una vivienda, adquirida por los cónyuges en estado de solteros, siempre que tenga carácter familiar (RDGRN de 9 septiembre 2015).

Del mismo modo, el convenio regulador permite inscribir la donación de un bien inmueble a favor de los hijos sometidos a la potestad parental (RDGRN de 29 julio 1999), en cuyo caso se entiende que son representados por el progenitor que no es donante. De acuerdo con la RDGRN de 29 julio 1999, no puede negarse que la cesión de una vivienda a los hijos sea contenido extraño del convenio regulador, puesto que “*las especificaciones recogidas en el*

⁵¹⁰ En este sentido, se ha pronunciado la RDGDEJ de 7 octubre 2011 (*ut supra*), al declarar que en un convenio regulador “*no hi ha lloc per tractar-hi de les finques o béns que només són d'un dels esposos, per molt que s'hagin adquirits durant el matrimoni, llevat que es tracti de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar o d'altres compensacions*” (FD 2). Respecto a la doctrina emitida por la DGRN, consultar las siguientes resoluciones: de 9 septiembre 2015 (La Ley 131866/2015); de 5 agosto 2011 (La Ley 184293/2011); de 22 diciembre 2010 (*ut supra*) y de 3 junio 2006 (*ut supra*).

artículo citado [art. 90 CCE] constituyen el contenido «mínimo» del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad» (FD 2). Dicha posición ha sido confirmada por la STS de 18 julio 2014, al declarar que el hijo menor de edad ya se encontraba debidamente representado en dicho acto por sus padres, a los efectos de la aceptación que se realiza a su favor. Por consiguiente, se negó la necesidad de otorgamiento ulterior de escritura pública para su formalización⁵¹¹. Lo mismo resulta predicable de tratarse de hijos mayores de edad (no precisándose de que la donación sea celebrada en escritura pública, de estar comprendida en un convenio regulador), aunque entonces sí se precisará de la aceptación en escritura pública de este (art. 531-12.1 CCC). Asimismo, en el supuesto de que la donación se encuentre sometida a plazo (p. ej. para cuando alcancen la edad de 30 años)⁵¹². La razón es que sin aceptación se reputará como una promesa de donación y, por tanto, carecerá de consecuencias jurídicas.

4. Atribución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar u otras residencias

Los cónyuges y convivientes estables pueden pactar la atribución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar (con su ajuar) o de otras residencias (arts. 233-20 y 234-8 CCC) a uno de ellos y/o de los hijos, aunque en este último caso las partes lo deben pactar expresamente. A continuación, exponemos el número de negocios jurídicos, celebrados ante notario, para atribuir un derecho de uso:

	Carácter oneroso	Carácter gratuito
2010	439 (69,57%)	192 (30,43%)
2011	364 (66,30%)	185 (33,70%)
2012	423 (68,23%)	197 (31,77%)
2013	310 (62,63%)	185 (37,37%)
2014	271 (57,66%)	199 (42,34%)
2015	290 (59,67%)	196 (40,33%)

Fuente: CGN

La inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad cobra una especial trascendencia en relación con los convivientes estables (siempre que no haya hijos comunes que convivan con alguno de los progenitores), puesto que –desde la ruptura en la comunidad

⁵¹¹ RDGRN de 29 julio 1999 (La Ley 11788/1999) y STS de 18 julio 2014 (ROJ 3175/2014, MP Seijas Quintana). También vid. RDGRN de 2 enero 2006 (La Ley 10677/2006), de 5 mayo 2016 (La Ley 57161/2016) y de 9 septiembre 2015 (*ut supra*).

⁵¹² Así lo ha interpretado la RDGRN de 8 mayo 2012 (La Ley 70592/2012). También la STS de 25 enero 2008 (ROJ 211/2008, MP Roca Trias), al declarar que “podría admitirse que está otorgada en forma pública”, en relación con una donación contenida en un convenio regulador. Por el contrario, en un supuesto de hecho similar, la STS de 24 enero 2008 (ROJ 145/2008, MP Roca Trias) tomó en consideración la falta de escritura pública, requerida por el art. 633 CCE, para reputarlo como una promesa de donación.

de vida– la vivienda gravada por el derecho de uso pierde su carácter de familiar (art. 234-3.2 CCC). De modo que el propietario o titular de derechos reales puede proceder a realizar actos de disposición que comprometan el uso o a constituir hipoteca, sin necesidad de que el que hasta entonces había sido su cónyuge o conviviente estable otorgue su asentimiento. Por lo que, si desea que su derecho de uso resulte oponible a terceros de buena fe (art. 34 LH), es imprescindible que proceda a su inscripción. De esta manera, mientras el derecho de uso esté vigente (siempre que este fuese anterior), el tercero no estará legitimado para reclamar la posesión de la vivienda. De este modo, quedará garantizada su permanencia en caso de cambiar el dueño del inmueble⁵¹³.

Cabe resaltar que igualmente resulta importante inscribir el derecho de uso en el Registro de la Propiedad cuando el propietario o titular de derechos reales precisa del asentimiento del que hasta entonces había sido su cónyuge o conviviente estable para realizar actos de disposición que comprometan el uso de la vivienda familiar (art. 231-9.1 CCC) o para constituir hipoteca (art. 569-31.1 CCC). Ello ocurre siempre que haya hijos comunes que convivan con alguno de los progenitores, por subsistir la vivienda familiar (art. 231-3.1 CCC), así como en caso de separación de hecho de los cónyuges, porque seguirá siendo vivienda conyugal, además de familiar, al existir formalmente relación conyugal. La razón es que, de no constar inscrito su derecho de uso, a pesar de que no haya otorgado su asentimiento, no podrá oponer al tercero adjudicatario su legitimación posesoria, cuando este se encuentre protegido como tercero hipotecario (arts. 231-9 CCC y 34 LH), pudiendo demandar únicamente al disponente por los daños y perjuicios causados (art. 1902 CCE). Ahora bien, la buena fe del adjudicatario resulta más difícil de apreciar en caso de subasta de bienes inmuebles, en la medida en que no solo el derecho de uso debe carecer de publicidad en el Registro de la Propiedad, sino que tampoco tiene que haberse puesto de manifiesto el destino familiar de la vivienda en el seno del procedimiento, conforme lo dispuesto por el artículo 661 LEC⁵¹⁴.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no siempre dicho derecho resultará inscribible en el Registro de la Propiedad. Así, no procede cuando la finca no estuviera inscrita a nombre de alguno de los cónyuges o convivientes estables, sino de un tercero que no intervino en el

⁵¹³ Ana LÓPEZ FRÍAS, “El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, *RCDI*, núm. 729 (2012), pp. 123-124.

⁵¹⁴ Susana NAVAS NAVARRO, “La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán”, pp. 3265-3266 y 3268; Ana LÓPEZ FRÍAS, “El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, pp. 118 y 120-121; Santiago ESPIAU ESPIAU, “La disposición de la vivienda familiar en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en Reyes BARRADA ORELLANA / Martín GARRIDO MELERO / Sergio NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 426-427.

proceso⁵¹⁵. Examinaremos seguidamente, con detenimiento aquellos supuestos en que ello sí resulta posible.

4.1. Detentada por título de propiedad

Para que dicho derecho resulte inscribible en el Registro de la Propiedad (arts. 2.2 LH y 233-22 CCC), es necesario que la finca (o, por lo menos, una parte indivisa) sea propiedad de uno de los cónyuges o convivientes estables, por exigencia del principio del tracto sucesivo (art. 20 LH), y que se otorgue escritura pública, aunque también resulta posible mediante resolución judicial. Es preciso indicar que los notarios, antes de autorizar la suscripción de un acto de cesión del uso, deben verificar (entre otros) que dispone de cédula de habitabilidad (art. 132 letra a LDV).

Hay que tener en cuenta que, de tratarse de una cesión de uso de una vivienda de protección oficial (VPO), las partes deben haber obtenido previamente el correspondiente visado público, protocolizado en escritura pública, el cual permite probar el cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 85.5 y 133 LDV. Además, para que el notario autorice la suscripción, deben acreditar que la vivienda dispone de la calificación definitiva (art. 132 letra a LDV). En cualquier caso, de no cumplir con los requisitos exigidos legalmente, no se podrán inscribir dichas escrituras públicas en el Registro de la Propiedad (art. 135.1 LDV).

En el supuesto de que la finca estuviera previamente grabada con un usufructo a favor de un tercero, ello no impide la inscripción del derecho de uso, al resultar compatibles. Así, la RDGRN de 28 mayo 2005 declaró que: “[S]i bien la utilización de la cosa podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible al menos cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide la nuda propiedad. Además, [...] la constancia registral solicitada impedirá que la esposa pueda verse afectada por un acto dispositivo del marido hecho sin su consentimiento” (FD 3)⁵¹⁶.

El contenido del derecho de uso se regula por su título de constitución (art. 562-1 CCC), en el que deben constar las facultades que lo integra y las circunstancias identificativas de los titulares a cuyo nombre debe inscribirse (arts. 9.4 LH y 51.9 letra a RH). Así, la RDGRN de

⁵¹⁵ Así, lo declaró la DGDEJ, en su resolución de 3 junio 2013 (publicada en el DOGC núm. 6397, de 14 junio 2013, pp. 1-4) respecto a la inscripción de un derecho de uso que no pertenecía a ninguno de los cónyuges, sino a una sociedad limitada, en la que el marido participaba. En este mismo sentido, entre muchas otras, encontramos la RDGRN de 17 diciembre 2002 (La Ley 1297/2003) y de 28 noviembre 2002 (La Ley 11000/2003).

⁵¹⁶ RDGRN de 28 mayo 2005 (La Ley 13132/2005). En sentido contrario, se había pronunciado previamente en la RDGRN de 21 junio 2004 (La Ley 146419/2004).

19 mayo 2012 decretó la necesidad de que se hagan constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho, por exigencia del principio de determinación. En cambio, el establecimiento de un plazo de duración máximo no es imprescindible para que resulte inscribible. La RDGRN de 20 febrero 2004 lo fundamenta en las siguientes razones: no se trata propiamente de un derecho real, siempre tiene un término máximo y la atribución no es irrevocable, pudiéndose cambiar cuando se alteren las circunstancias. Del mismo modo que tampoco se precisa de la descripción de la vivienda con los requisitos establecidos en el art. 9 LH, cuando el Registrador no tiene dudas sobre la identificación de la misma (RDGRN de 21 junio 2004)⁵¹⁷.

Conviene destacar que cuando uno de los cónyuges o convivientes estables es, al mismo tiempo, titular de dominio y adjudicatario de un derecho de uso en la misma finca no procede su inscripción en el Registro de la Propiedad “*en cuanto ha de considerarse facultad ínsita en su dominio*”, como ha declarado la RDGRN de 9 julio 2013. Por esta razón, resulta importante precisar si los hijos son efectivamente titulares del derecho de uso o meros beneficiarios del mismo, evitando crear dudas sobre los efectos de tal derecho. En este sentido, cabe hacer referencia a la RDGRN de 18 noviembre 2009, en que se negó acceso al Registro de la Propiedad a una escritura pública, en virtud de la cual el padre se obligaba a que sus hijas, nacidas en el seno del matrimonio, podrían residir en una vivienda privativa suya, mientras no fuesen independientes económicamente. Dicha posición se fundamentó en que “*era una simple declaración de intenciones o una obligación sin repercusión frente a terceros*”. En cambio, lo que sí resulta posible es constituir un derecho de uso respecto a la cuota de la comunidad ordinaria indivisa que pertenece al otro cónyuge o conviviente estable⁵¹⁸.

Como ya defendimos en el capítulo V, el derecho de uso solamente reconoce la facultad de uso (*uti*), pero no el disfrute (*frui*). Por lo que, en caso de querer incluirla, se requiere de la constitución de un derecho de usufructo en su lugar (art. 561-2.1 CCC). Cabe destacar que la DGRN, en su resolución de 5 mayo 2008, ha defendido que la atribución de ambos derechos al mismo sujeto crea un confusionismo, respecto a la extensión del derecho, contrario al

⁵¹⁷ Respecto a la doctrina de la DGRN, consultar las siguientes resoluciones: de 20 febrero 2004 (La Ley 1027/2004), 19 mayo 2012 (La Ley 83466/2012) y 21 junio 2004 (*ut supra*).

⁵¹⁸ RDGRN de 9 julio 2013 (La Ley 126872/2013) y RDGRN de 18 noviembre 2009 (La Ley 237743/2009). En la doctrina, vid. Antoni CUMELLA GAMINDE, “Article 83”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 399.

principio de especialidad⁵¹⁹. Para que este resulte inscribible en el Registro de la Propiedad, se precisa de su constitución en escritura pública, aunque también resulta suficiente una resolución judicial.

4.2. Detentada en virtud de un derecho de usufructo o de superficie

En caso de que la posesión de los cónyuges o convivientes estables sobre el inmueble se sustente sobre un derecho de usufructo o de superficie, no hay inconveniente para que pueda atribuirse un derecho de uso a favor de uno de ellos (art. 561-2.1 CCC), resultando inscribible en el Registro de la Propiedad (siempre que se otorgue escritura pública), aunque su existencia quedará condicionada a la duración del usufructo⁵²⁰. Sin embargo, en relación con el segundo, podría no resultar posible cuando en el título de constitución se hubiese pactado una limitación en la disponibilidad de su derecho (art. 564-4.2 letra a CCC).

Otra posibilidad, alternativa a la atribución de un derecho de uso, es la transmisión del propio derecho real. En relación con el derecho de usufructo, cabe resaltar que resultará posible siempre que el título de constitución no lo impidiese (art. 561-9.2 CCC) y el nudo propietario decidiera no ejercer su derecho de adquisición preferente, una vez que la voluntad de transmitir le hubiese sido comunicada fehacientemente (art. 561-10.1 CCC). Asimismo, si alguna de las partes fuese titular de un derecho de superficie podría transmitir su titularidad al otro, aunque dicho cambio únicamente resultará oponible frente a terceros de buena fe de ser inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 564-3.3 CCC). Dicha disposición creemos que tiene su razón de ser, en que el derecho de superficie no se encuentra expresamente incluido en las situaciones jurídico-reales inscribibles, que aparecen contempladas en el art. 2.2 LH.

5. Cesión o subrogación en el contrato de arrendamiento

Si la vivienda familiar es ocupada, en virtud de un contrato de arrendamiento, y se produce la cesión del contrato (art. 8.1 LAU) o la subrogación en la posición de arrendatario por parte de su cónyuge o conviviente estable (art. 12 LAU), ello resulta inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 2.5 LH), siempre que se otorgue en escritura pública o se eleve a dicha

⁵¹⁹ Dicha postura fue defendida en la RDGRN de 5 mayo 2008 (La Ley 68666/2008). Tras reconocer a los hijos y a la esposa un derecho de uso sobre la vivienda familiar, posteriormente se atribuía únicamente a la última el 50% indiviso de dicha vivienda y un derecho de usufructo hasta que los hijos del matrimonio fuesen mayores de edad o independientes económicamente.

⁵²⁰ Antoni CUMELLA GAMINDE, "Article 83", pp. 399-400.

forma el documento privado de este contrato (arts. 2 y 5 Real Decreto 297/1996⁵²¹). El beneficio de su inscripción es que, en caso de que dicho bien inmueble sea adquirido por un tercero, este deberá de soportar la vigencia del contrato. Es preciso indicar que, en cumplimiento del principio de tracto sucesivo (art. 20.1 LH), no se puede introducir modificación alguna en dicho contrato sin la inscripción original del mismo.

Cabe preguntarse cómo proceder si un pacto privado, por el que las partes acuerdan atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de ellos que no es titular ni cotitular del contrato de arrendamiento, es recogido en una resolución judicial, a través de una propuesta de convenio regulador. Como ya apuntamos en el capítulo anterior, se produce la subrogación en la titularidad desde la firmeza de la resolución judicial, aunque lo deberán comunicar al arrendador en el plazo de dos meses desde que fueron notificados, acompañando copia de esta o de la parte de la misma que afecte el uso de la vivienda (art. 15.2 LAU). De nuevo, lo podrían inscribir en el Registro de la Propiedad, en virtud de la sentencia o del decreto del secretario judicial.

6. Constitución de una propiedad compartida

Si bien la regla general es que se requiere de escritura pública para constituir una comunidad especial (como sucede respecto a: la propiedad horizontal, art. 553-9 CCC; y la comunidad especial por turnos, art. 554-4.2 CCC), no se precisa de ninguna forma específica para la propiedad compartida, por lo que se aplicarán las reglas generales. Ello concuerda con la naturaleza del negocio jurídico constitutivo: la cesión de una cuota sobre un bien, en la cual opera el principio de libertad de forma⁵²². Por lo que la inscripción en el Registro de la Propiedad es de nuevo meramente declarativa, si bien el legislador precisa como debe ser la mecánica registral, en relación con los bienes inmuebles (art. 556-5.3 CCC), supuesto frecuente en la práctica.

7. Sujeción a condiciones suspensivas o resolutorias

Entre las circunstancias que deben constar en la inscripción, encontramos las condiciones suspensivas y resolutorias a las que esté sujeto el derecho (art. 9 letra c LH). Ello se debe a

⁵²¹ Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos (publicado en el BOE núm. 64, de 14 marzo 1996, pp. 10138-10139). De acuerdo con los datos publicados por CGN, durante el año 2015 en España se otorgaron 211 escrituras de traspaso y cesión de arrendamiento. Ello representa una reducción del 41,71%, en relación con el año 2010, en que se alcanzó la cifra de 362.

⁵²² Así lo defienden Pedro DEL POZO CARRASCOSA / Antoni VAQUER ALOY / Esteve BOSCH CAPDEVILA, “Derecho Civil de Cataluña: derechos reales”, p. 346, quienes defienden que “*la no exigencia de documento público para constituir una propiedad compartida puede encontrarse en el intento de evitar gastos de constitución*”. En sentido opuesto, defiendiendo la necesidad de su constitución por documento público, encontramos: Sergio NASARRE AZNAR, “La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias”, p. 804.

que, como ya se sabe, su adquisición o pérdida depende del acontecimiento que constituya la condición (art. 1114 CCE).

Así, por ejemplo, en caso de atribución de un derecho de uso con carácter indefinido, aunque pactando el hecho de contraer un nuevo matrimonio o pasar a convivir con otra persona como condición resolutoria. O si se hace depender la adquisición de dicho derecho de la denegación del subsidio para mayores de 55 años por parte del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), como condición suspensiva. También puede garantizarse el cumplimiento del violario (o pensión vitalicia), constituido a título oneroso, mediante condición resolutoria⁵²³. Por lo que, en caso de falta de pago de las pensiones, pueda proceder a la resolución del contrato (así se reconoce en art. 15.4 LPP⁵²⁴, igualmente en el art. 624-6.4 CCC). Su uso resulta frecuente, en atención a que la falta de pago solamente faculta al acreedor para reclamar las pensiones vencidas y no satisfechas y, en todo caso, solicitar a la autoridad judicial que se adopten las medidas de garantía necesarias para asegurar el pago de las futuras (art. 15 ap. 1 y 2 LPP). Por el contrario, de haberse constituido a título gratuito, es menos usual la sujeción a dicha condición resolutoria. La razón es que, al resultar de aplicación las normas sobre donaciones (art. 11.2 LPP), el donante puede revocarla por incumplimiento de cargas (art. 531-15.2 CCC).

De los datos, hechos públicos, por CGN, observamos que la inscripción de una condición resolutoria resulta habitual en la práctica:

	España	Cataluña
2010	6.580	989 (15,03%)
2011	5.539	766 (13,83%)
2012	5.902	975 (16,52%)
2013	4.550	906 (19,91%)
2014	4.855	916 (18,87%)
2015	4.394	752 (17,11%)

Fuente: CGN

El cumplimiento de las condiciones debe trasladarse al Registro de la Propiedad. De ser suspensiva por medio de una nota marginal y de ser resolutoria a través de una nueva inscripción a favor de quien proceda (art. 23 LH) con la correspondiente cancelación (art.

⁵²³ RODRÍGUEZ OTERO declara que, en sus casi 44 años de ejercicio de Registrador, ha tenido bastantes supuestos de inscripción de vitalicios, garantizados con condición resolutoria (Lino RODRÍGUEZ OTERO, "Instituciones de Derecho Hipotecario", p. 267).

⁵²⁴ Ley 6/2000, de 19 junio, de pensiones periódicas. Publicado en: DOGC núm. 8638, de 4 julio 2000, pp. 8638-8639; BOE núm. 178, de 26 julio 2000, pp. 26623-26625.

239 RH). Para ello, se debe presentar copia del documento público que acredite el cumplimiento de la obligación. Y, en su defecto, una solicitud firmada por las partes, ratificada ante el registrador o cuyas formas estén legitimadas (arts. 238 y 239 RH).

8. Aspectos hipotecarios

En virtud de un pacto amistoso de separación, las partes pueden alcanzar acuerdos que tengan incidencia sobre aspectos hipotecarios. Así, por una parte, examinaremos el supuesto de transmisión de fincas gravadas con un derecho real de hipoteca (8.1.), tomando especialmente en consideración los diferentes pactos en relación con el pago de créditos hipotecarios. Por otra parte, estudiaremos la constitución de un derecho real de hipoteca en garantía, distinguiendo entre los distintos tipos que pueden establecerse (8.2.)

8.1. Transmisión de fincas gravadas con un derecho real de hipoteca

La hipoteca no impide al dueño de la cosa gravada el ejercicio de sus facultades dispositivas. Por lo que podrá transmitirla, aunque pasando al adquirente la carga de la hipoteca, junto con los demás gravámenes existentes. Es, por esta razón, que resulta frecuente que se alcancen acuerdos respecto el pago del crédito hipotecario.

En el ámbito hipotecario, nos encontramos con la figura del tercer poseedor de finca hipotecada, el cual es todo adquirente de un derecho gravado con la hipoteca, pero que no asume la deuda garantizada como propia. No puede confundirse con el tercero protegido por el art. 34 LH, aunque pueden coincidir en la misma persona (p. ej. de adquirir por compraventa un bien inmueble con pacto de descuento, cumpliendo con los demás presupuestos legales). A nuestro entender, el tercer poseedor de finca hipotecada tiene interés en que su adquisición sea inscrita en el Registro de la Propiedad, no solamente por las razones anteriormente expuestas relativas a la protección registral conferida a todo tercero que confía en los derechos que publica, sino también para asegurar que en el eventual supuesto de iniciarse un proceso de ejecución hipotecaria, el acreedor se dirigirá contra él⁵²⁵.

8.1.1. Compraventa con pacto de asunción de deuda

Cuando uno de los cónyuges o convivientes estables adquiere un bien privativo del otro por medio de la celebración de un contrato de compraventa, pueden estipular que el comprador se subrogue no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca (i. e. carga hipotecaria), sino también en la obligación personal con ella garantizada (art. 118 par. 1 LH).

⁵²⁵ Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, Aranzadi, 1975, pp. 596 y 694-695; Helena Díez GARCÍA, *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 216-217.

Una vez que el acreedor ha otorgado su consentimiento, el comprador pierde su carácter de tercer poseedor y el vendedor queda liberado de toda responsabilidad (arts. 1205 CCE y 118 par. 1 LH)⁵²⁶. Ahora bien, como ya se sabe, si la insolvencia del nuevo deudor es anterior y pública, o era conocida cuando delegó su deuda deberá de responder (art. 1206 CCE).

Para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, pueden incluir el pacto de asunción de deuda en el contrato de compraventa, otorgado en escritura pública (art. 1280.1 CCE). En esta misma o en otro documento, el acreedor puede otorgar su consentimiento, reflejándose en el mismo asiento en que se llevó a efecto la inscripción de la venta y asunción de la deuda, o bien, por nota marginal a esa inscripción, si se acredita posteriormente (admitiéndose igualmente el consentimiento tácito, aunque su acreditación resulta problemática en la práctica). En caso de que las partes hayan sometido la transmisión de la propiedad a condición suspensiva (p. ej. obtención de consentimiento del acreedor hipotecario por parte del comprador) y siempre que se hubiese fijado un plazo para considerarla cumplido o incumplido (p. ej. 18 meses), no hay obstáculo para que pueda ser inscrito registralmente (RDGRN de 12 mayo 2010). Además, en la inscripción de la compraventa, si procede, deberá de constar el pacto por el que se ha acordado que la asunción de deuda hiciese de pago parcial del precio de compra (convenido en la propia compraventa o por separado), para dar cumplimiento al art. 10 LH⁵²⁷.

En este punto, consideramos relevante examinar el número de escrituras públicas, por las que una de las partes acepta quedar subrogada en la posición deudora. Conviene destacar que no siempre el deudor principal quedará liberado de toda responsabilidad, en atención a que puede otorgarse con o sin consentimiento del acreedor.

	España		Cataluña	
	Nº de actos	Cuantía promedio	Nº de actos	Cuantía promedio
2010	148.102	181.403,05	18.514	256.898,16
2011	96.591	201.736,51	12.564	276.152,93
2012	94.133	187.717,17	11.363	251.783,98
2013	44.183	201.520,45	6.133	230.649,40
2014	40.312	174.155,35	5.773	198.944,85
2015	33.016	160.140,06	5.243	165.381,79

Fuente: CGN

⁵²⁶ Ramon Maria ROCA I SASTRE, *Derecho Hipotecario*, vol. VII, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 315-316; José Miguel ESPINOSA INFANTE, *Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, CEP, 2001, pp. 438-439; Lino RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo III, Madrid, Djusa, 2007, p. 81.

⁵²⁷ RDGRN de 12 mayo 2010 (La Ley 103886/2010). En la doctrina, vid. Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, "Comentarios a la legislación hipotecaria", pp. 596-597; José Enrique MASIDE MIRANDA, "La asunción de deuda", *RCDI*, núm. 709 (2008), p. 1988; Ramon Maria ROCA I SASTRE, "Derecho Hipotecario", pp. 313- 316.

Las cifras ponen de manifiesto que se ha producido una reducción en su celebración del 77,71% en España y del 71,68% en Cataluña entre los años 2010 y 2015. Asimismo, se observa que la cuantía, respecto a la cual se produce la subrogación de promedio, ha resultado aminorada durante ese mismo lapso de tiempo. Mientras que en España la disminución ha sido del 11,72%, en Cataluña se ha situado en un 35,62%.

Cabe preguntarse entonces qué sucede si, en lugar de un bien privativo, se trata de un condominio. De manera que las partes pactan la cesión de la mitad indivisa a uno de ellos, el cual deviene así propietario único a cambio de asumir el pago íntegro del préstamo hipotecario hasta su total liquidación. En dicho caso, entendemos que resulta igualmente aplicable lo dispuesto por el art. 118 LH, a pesar de no tratarse de una compraventa. De acuerdo con MASIDE MIRANDA, dicho precepto puede aplicarse también a otros negocios jurídicos traslativos onerosos, siempre que concurren los requisitos exigidos por el mismo. Entonces, para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, se requiere del otorgamiento de escritura de extinción de condominio, en que deberá constar el pago de exceso de adjudicación oneroso y con subrogación en la posición deudora.

Para concluir, nos resta señalar que la DGRN ha denegado, en este caso, que el testimonio judicial del convenio sea título inscribible. Ello se argumenta sobre la base de que se trata de un negocio adicional de asunción de deuda hipotecaria, el cual resulta ajeno al contenido típico del convenio regulador⁵²⁸. Asimismo, hay que tener en cuenta que es necesario que el acreedor haya otorgado su consentimiento, para que produzca efectos y resulte inscribible.

8.1.2. Compraventa con pacto de retención

En virtud de este pacto, el precio se estipula en su totalidad, pero el comprador retiene del precio la parte correspondiente al importe de la deuda hipotecaria y sin que se produzca transmisión de la obligación garantizada. En atención a que la retención supone la extinción de la obligación del comprador de pagar el precio de la compraventa, puede estimarse de constatación registral obligada, a los efectos del art. 10 LH⁵²⁹.

De acuerdo con ROCA I SASTRE, no puede hablarse de asunción tácita de deuda. Esta posición se fundamenta en que el deudor (vendedor) sigue respondiendo personalmente

⁵²⁸ José Enrique MASIDE MIRANDA, "La asunción de deuda", p. 1984. Respecto a la posición de la DGRN, puede consultarse su resolución de 26 junio 2013 (La Ley 110191/2013). También, entre muchas otras, la RDGRN de 1 julio 2014 (La Ley 104207/2014).

⁵²⁹ Ramon Maria ROCA I SASTRE, "Derecho Hipotecario", pp. 343-344.

frente al acreedor, por lo que no puede entenderse que haya transmisión de la responsabilidad personal. Además, por otra parte, dicho precepto no toma en consideración si el acreedor consintió o no la asunción, lo cual resultaría esencial a los efectos del art. 1205 CCE. Por estos motivos, dicho autor defiende que la retención puede configurarse como una «asunción de cumplimiento» o un «encargo o mandato para pago con provisión de fondos» del débito hipotecario. Cabe resaltar que, a nuestro entender, el comprador debe ser reputado como un tercer poseedor, al no asumir la deuda garantizada como propia, por más que no sea completamente extraño al débito personal garantizado, por estar obligado como depositario de una suma que debe destinar a la extinción de la hipoteca⁵³⁰.

En caso de que el deudor primitivo (vendedor) sea quién asuma el pago de la deuda y decida hacer uso de la subrogación del art. 118 par. 2 LH, resulta conveniente que lo inscriba en el Registro de la Propiedad. La razón es que, en caso contrario, podría cancelarse la hipoteca, al estar ya satisfecho el acreedor, lo cual impediría la subrogación⁵³¹. Para proceder a su inscripción, el acta de entrega o la escritura de carta de pago es título suficiente (art. 230 RH).

8.1.3. Compraventa con pacto de descuento

En virtud de este, las partes pactan, sin que se produzca subrogación en la obligación personal garantizada con la hipoteca, que el comprador solo paga el precio neto o líquido de la finca. Es decir, con rebaja o descuento de la deuda hipotecaria en su importe.

En este caso, el comprador también es un tercer poseedor, manteniéndose completamente extraño a la obligación garantizada con la hipoteca. Ello se produce porque el precio global no se desdobra en dos partes, a diferencia del pacto de retención. Sin embargo, es preferible consignar en la inscripción la operación del descuento de la carga hipotecaria (art. 10 LH), aunque de no expresarlo, ello no constituiría infracción alguna⁵³². En caso de que el deudor primitivo tenga que asumir el pago de la deuda, se produce igualmente la subrogación *ex lege* en la hipoteca (art. 118 par. 2 LH). Por consiguiente, nos remitimos a lo apuntado previamente en relación con dicho precepto.

⁵³⁰ Ramon María ROCA I SASTRE, “Derecho Hipotecario”, pp. 338-344; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, “Comentarios a la legislación hipotecaria”, p. 599.

⁵³¹ Lino RODRÍGUEZ OTERO, “Instituciones de Derecho Hipotecario”, p. 84; Ramon María ROCA I SASTRE, “Derecho Hipotecario”, pp. 345-347.

⁵³² Ramon María ROCA I SASTRE, “Derecho Hipotecario”, pp. 347-350; Lino RODRÍGUEZ OTERO, “Instituciones de Derecho Hipotecario”, p. 84; José Miguel ESPINOSA INFANTE, “Manual de Derecho Hipotecario”, pp. 440-441.

8.1.4. Compraventa con precio aplazado, por el importe de la carga, en garantía

El comprador, sin asumir la obligación hipotecaria, queda autorizado para diferir o aplazar el pago de la parte del precio, correspondiente al importe de la carga, mientras que la hipoteca no quede extinguida y cancelada. Así, se protege frente a una posible insolvencia del deudor de la obligación garantizada. Dicha circunstancia debe constar en la inscripción de la compraventa (art. 10 LH). Al permanecer extraño a la obligación garantizada con la hipoteca, tiene el carácter de tercer poseedor.

En caso de que satisfaga el débito hipotecario (p. ej. para evitar perder su adquisición a consecuencia del proceso ejecutivo), quedará subrogado en el crédito del acreedor pagado (art. 1210.3 CCE). Debemos señalar que, en la medida en que a su vez es deudor del vendedor por el importe del mismo crédito hipotecario (por aplazamiento de la obligación de pago del precio), se compensarán ambos créditos (art. 1195 CCE), además de resultar extinguida la hipoteca por confusión (art. 1192 CCE)⁵³³. Esto también resulta aplicable a las compraventas en las que no se hubiese pactado asunción de deuda, retención o descuento, puesto que el comprador queda igualmente subrogado en el crédito del acreedor compensación pagado. No obstante, al no ser deudor del vendedor, no se producirá.

En previsión de que, una vez se haya extinguido y cancelado la hipoteca, el comprador no pague la parte del precio aplazada, correspondiente al importe de la carga, pueden incluir un pacto de *lex commissoria* (arts. 1504 CCE y 59 RH). De este modo, frente a dicho impago, el vendedor puede optar por resolver el contrato de compraventa y recuperar el inmueble, sin perjuicio de los remedios previstos con carácter general, por tratarse de una condición resolutoria potestativa. Y si bien es cierto que la utilización de dicho pacto ha caído en desuso, como consecuencia de la rígida interpretación jurisprudencial para evitar la comisión de abusos, dicha situación puede cambiar, a raíz de su regulación en el PLSCCC (art. 621-54), siempre que –como apunta LONGO MARTÍNEZ– se consiga combinar “*la provada utilitat del pacte resolutori amb el respecte dels interessos que la jurisprudència s’ha esforçat en tutelar*”⁵³⁴.

⁵³³ Ramon Maria ROCA I SASTRE, “Derecho Hipotecario”, pp. 354-356.

⁵³⁴ Ramon Maria ROCA I SASTRE, *Derecho Hipotecario*, vol. III, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 424-425; Antonio Ángel LONGO MARTÍNEZ, “Els articles 621-49 (pacte de previsió de finançament de tercer) i 621-54 (pacte de condició resolutori) del projecte de llei reguladora del Llibre VI del Codi civil de Catalunya”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona, Documenta Universitaria, 2015, p. 160-161.

8.1.5. Donación modal o con carga

Uno de los cónyuges o convivientes estables adquiere un bien privativo del otro por medio de un contrato de donación, aunque con obligación de asumir el pago restante de hipoteca, el cual no puede superar el valor de lo donado, puesto que –en caso contrario– dejaría de ser un negocio jurídico a título gratuito. Dicha carga debe constar en la escritura pública de donación.

Las partes pueden pactar que la subrogación se produzca solamente en relación con la carga hipotecaria (asunción de cumplimiento). Por lo que el pacto únicamente produce efecto entre las partes y nos encontramos ante un tercer poseedor. Así, en caso de que el donatario incumpla su deber de pago, el donante puede revocar la donación por incumplimiento de cargas (art. 531-15.2 CCC), lo cual resultará oponible frente a terceros de haberse inscrito (arts. 37.1 LH y 531-15.5 CCC). Eso sí, en ningún caso puede hacer uso de la subrogación del art. 118 par. 2 LH, al no haberse realizado retención o descuento de la deuda, por ausencia de contraprestación. Otra posibilidad es que acuerden que la subrogación sea también frente a la deuda garantizada (asunción de deuda), aunque será imprescindible que el acreedor lo acepte (art. 1205 CCE). Entonces, el comprador ya no ostentará la condición de tercer poseedor⁵³⁵.

Cabe cuestionarse si lo previamente expuesto resulta de aplicación cuando, en lugar de un bien privativo, se trata de un condominio y las partes acuerdan la cesión de la mitad indivisa a uno de ellos, el cual asume el pago del préstamo hipotecario hasta su total liquidación, mientras que el otro renuncia (o condona) la percepción del crédito resultante. A nuestro entender sí, siempre que la deuda pendiente de pago no supere el valor de lo donado. Entonces, para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, se requiere del otorgamiento de escritura de extinción de condominio, en que deberá constar el exceso de adjudicación gratuito, así como la carga impuesta.

8.2. Constitución de un derecho real de hipoteca

Si bien la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (arts. 569-28 CCC y 105 LH), ello solamente resulta posible cuando su incumplimiento pueda traducirse en una suma de dinero, en la medida en que es un derecho real de realización del valor. Por esta razón, en el Registro de la Propiedad, en virtud del principio de especialidad, tiene que publicarse la cuantía de la obligación garantizada por la hipoteca (y, en su caso, el de los

⁵³⁵ José Enrique MASIDE MIRANDA, “La asunción de deuda”, pp. 1985-1986; Ramon María ROCA I SASTRE, “Derecho Hipotecario”, pp. 356-358.

intereses pactados) o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria (art. 12 LH). Además, de esta manera, el crédito pasa a tener una naturaleza real con eficacia *erga omnes*⁵³⁶.

En la medida en que la hipoteca es convenida entre las partes o impuesta por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezca (i. e. constituida unilateralmente), ostenta la consideración de voluntaria (art. 138 LH). Para que quede válidamente constituida, aparte de los requisitos exigidos por el art. 1857 CCE, es imprescindible que se haya constituido en escritura pública y sea inscrita en el Registro de la Propiedad (arts. 1875 CCE y 145 LH). Asimismo, en el supuesto de constitución unilateral, la aceptación de la persona a cuyo favor se estableció o inscribió deberá constar en el Registro por nota marginal (art. 141 LH). Transcurridos dos meses desde el requerimiento al favorecido sin que conste su aceptación, el dueño de la finca podrá cancelar la hipoteca sin su consentimiento (art. 237 RH). De acuerdo con la RDGRN de 22 abril 1996, la hipoteca existe como un hecho real desde su inscripción, sin perjuicio de que *“para la eficacia de la misma sea indispensable la aceptación por la persona a cuyo favor se ha establecido e inscrito la hipoteca”*⁵³⁷.

Hay que tener en cuenta que el disponente debe manifestar clara y taxativamente en la escritura de constitución de hipoteca que la vivienda no tiene carácter familiar (arts. 91.1 RH y 569-31.2 CCC). Ello persigue evitar perjuicios a terceros, al impedir que actos impugnables accedan al Registro de la Propiedad. Como ya se sabe, cuando se trata de una vivienda familiar, independientemente de si es de titularidad exclusiva o compartida, el otro cónyuge o conviviente estable debe otorgar su asentimiento (art. 569-31.1 CCC). En caso contrario, puede solicitar que se declare la ineficacia del acto realizado. De esta manera, no produce efectos frente a él, aunque sí para las partes contratantes⁵³⁸.

En atención al crédito garantizado y a la materia objeto de nuestro estudio, procederemos a examinar los distintos tipos de hipoteca que pueden constituirse.

⁵³⁶ Lino RODRÍGUEZ OTERO, “Instituciones de Derecho Hipotecario”, p. 174; Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, “Comentarios a la legislación hipotecaria”, pp. 524-527.

⁵³⁷ RDGRN de 22 abril 1996 (La Ley 6579/1996). Por consiguiente, para que el acreedor hipotecario pueda ejercitar sus derechos como tal, es necesario que figure en el Registro su aceptación (Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, p. 447).

⁵³⁸ Susana NAVAS NAVARRO, “La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán”, pp. 3259-3562; Ana LÓPEZ FRÍAS, “El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca”, p. 133. Respecto a los aspectos registrales, consultar: Joaquín LARRONDO LIZARRAGA, “Article 9”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 133-134.

8.2.1. En garantía de obligaciones dinerarias

Los cónyuges y convivientes estables pueden optar por la constitución de una hipoteca de capital en garantía de deudas de dinero. Así, por ejemplo, cuando hubiesen acordado aplazar el pago de la compensación económica por razón de trabajo (arts. 232-8 y 569-36.8 CCC). O si el que vende se reserva una hipoteca sobre la cosa vendida (p. ej. mitad indivisa de un condominio) en garantía del pago del precio aplazado (i. e. pacto de reserva de hipoteca).

En dicho caso, debe fijarse el importe del crédito garantizado con hipoteca (y, si procede, los intereses pactados) o el importe máximo a que pueda ascender la responsabilidad hipotecaria de resultar indeterminado (art. 12 LH). En ambos casos, debe establecerse en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España (art. 219.1 RH). Además, deberá de expresarse su vencimiento, puesto que resulta indispensable para fijar (entre otros) el momento en que se inicia la prescripción de la acción hipotecaria (art. 128 LH)⁵³⁹. Asimismo, el aplazamiento del pago debe constar en la inscripción (art. 10 LH) y, al estar garantizado con hipoteca, surtirá efectos en perjuicio de tercero (art. 11 LH).

8.2.2. En garantía de prestaciones periódicas

Este tipo de hipoteca puede constituirse sobre una o varias fincas, que son propiedad del deudor o del hipotecante no deudor, en solvencia de una obligación de duración temporal, consistente en pagar periódicamente una determinada renta o pensión (arts. 569-36 a 569-38 CCC). Así, por ejemplo, puede pactarse en relación con el pago de una prestación compensatoria o alimentaria estipuladas en forma de pensión (arts. 233-14.1 y 234-10 CCC) o de los alimentos (art. 237-1 CCC). También procede, respecto a la figura jurídica del censal (art. 6.1 LPP) y del violario (art. 15.3 LPP). Como ya se sabe, mientras que el primero debe necesariamente constar en escritura pública (art. 5.1 LPP), el segundo únicamente cuando se asegure mediante garantía real (art. 15.3 LPP). En el Proyecto de Ley del Libro sexto del Código civil de Cataluña (PLSCCC), relativo a las obligaciones y a los contratos, se ha establecido que ambos deban constar en escritura pública (arts. 624-2.4 y 626-2.1 CCC).

Es preciso indicar que lo debido son prestaciones periódicas⁵⁴⁰, aunque ello no obsta que en determinados supuestos sea necesaria su capitalización, a través de fijar un capital que

⁵³⁹ Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, "Comentarios a la legislación hipotecaria", pp. 568-569.

⁵⁴⁰ RODRÍGUEZ OTERO afirma que no ha tenido que inscribir ninguna hipoteca en garantía de rentas en sus casi 44 años de ejercicio de Registrador (Lino RODRÍGUEZ OTERO, "Instituciones de Derecho Hipotecario", p. 267).

estime el monto total de la obligación. Así sucede, cuando las partes pactan la redención de la hipoteca mediante la entrega de un capital (por el importe estipulado). Además, lo garantizado es la reiteración de estas prestaciones periódicas. De ahí que pueda ejecutarse tantas veces como deje de pagarse, ya que la hipoteca subsiste y el rematante asume automáticamente la obligación hasta su vencimiento (art. 157 par. 3 LH). Ello se debe a que se subroga no solo en la responsabilidad real, sino también en la obligación personal garantizada (arts. 569-36.4, 569-37 y 569-38.2 CCC)⁵⁴¹.

En la inscripción se tendrá que hacer constar el acto o contrato por el cual se hubieren constituido las rentas o prestaciones (en el que deben constar todas las condiciones de la hipoteca especificadas en los art. 569-36.3, 569-37 y 569-38.3 CCC), así como el plazo, modo y forma con que deban ser satisfechas (art. 157 par. 2 LH), así como la fecha en que debe satisfacerse la última pensión o prestación, o, en su caso, el evento o condición que determine su extinción (art. 248 RH).

8.2.3. En garantía de la devolución de un crédito con garantía inmobiliaria

La hipoteca inversa es un negocio jurídico por el que una entidad de crédito o entidad aseguradora (prestamista) concede a una persona de 65 años o más, afectada de dependencia o que le haya sido reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% (prestatario) un crédito sobre la garantía de un bien inmueble que constituye su vivienda habitual (ap. 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007⁵⁴²).

Debemos señalar que puede designarse como beneficiario a otra persona, aunque debe cumplir con los mismos requisitos subjetivos. Dentro de las modalidades de disposición del crédito, el deudor puede escoger entre recibir una suma global de dinero de forma inmediata, una línea de crédito que le permita tomar efectivo, cobrar prestaciones periódicas o combinar las distintas opciones. Cabe resaltar que lo debido es un capital, por más que pueda percibirse en cantidades periódicas. Por consiguiente, lo garantizado es la obligación de su restitución. Como argumentaba PINTÓ RUIZ, mientras que la hipoteca en garantía de rentas o

⁵⁴¹ Lino RODRÍGUEZ OTERO, "Instituciones de Derecho Hipotecario", pp. 273-274 y 284; José Miguel ESPINOSA INFANTE, "Manual de Derecho Hipotecario", pp. 532 y 534-536.

⁵⁴² Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 diciembre 2007, pp. 50593-50614).

pensiones periódicas protege al titular de la pensión, la hipoteca inversa cubre a quien ha pagado⁵⁴³.

Como comentamos en el capítulo anterior, en EUA el uso de este tipo de hipoteca (“*reverse mortgage*”) se incrementó a raíz de la crisis del sector inmobiliario, puesto que así los propietarios no se veían obligados a malvender o a seguir conviviendo tras la crisis matrimonial o de la convivencia estable por no poder acceder a otra vivienda. Consideramos que, por ejemplo, se podría optar por su constitución cuando el titular (como prestatario) siguiese viviendo en su finca, pero deseara abonar una renta al que hasta entonces había sido su cónyuge o conviviente estable (como beneficiario), para que pudiese acceder a otra vivienda, a pesar de tener problemas de liquidez. Asimismo, creemos que podría resultar de utilidad su constitución en caso de una comunidad ordinaria indivisa. El prestatario, tras haber hipotecado su participación *pro indiviso* de la finca, continuaría residiendo en la misma, aunque el que hasta entonces había sido su cónyuge o conviviente estable recibiría la renta (como beneficiario), con la cual podría acceder a otra vivienda. Dicha situación se mantendría hasta que consiguiesen venderla y se pudieran repartir el precio, con descuento de la renta obtenida en virtud de la hipoteca inversa.

En caso de transmisión voluntaria a un tercero, hay que tener en cuenta que el acreedor podría declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado en caso de transmisión, salvo que se hubiera procedido a la sustitución de la garantía de manera suficiente (ap. 5 Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007). En cualquier caso, si desean transmitir el bien libre de cargas, deberían optar por la cancelación anticipada de la hipoteca, la cual puede producirse incluso cuando en el contrato no constase dicha posibilidad (art. 8.1 Ley 41/2007). Entonces, el prestatario debería abonar una compensación por amortización anticipada con los límites del art. 8 Ley 41/2007⁵⁴⁴.

No obstante, basándonos en los datos publicados por CGN, podemos afirmar el escaso uso de dicha modalidad de hipoteca en la realidad notarial.

⁵⁴³ Isabel ZURITA MARTÍN, “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, *RCDI*, núm. 707 (2008), pp. 1280-1281; José Miguel ESPINOSA INFANTE, “Manual de Derecho Hipotecario”, p. 532; José Juan PINTÓ RUIZ, “La llamada hipoteca inversa (Adicional 1ª Ley 41/2007)”, *Annals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 2 (2008), pp. 454-455.

⁵⁴⁴ Si bien es cierto que la Ley 41/2007 no lo reconoce expresamente, la posibilidad de su cancelación anticipada ha sido defendida por Isabel ZURITA MARTÍN, “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, p. 1293.

	Nº de actos	Cuantía promedio
2010	485	379.001,06
2011	306	395.968,14
2012	126	410.382,56
2013	50	367.827,56
2014	29	303.648,08
2015	30	329.720,41

Fuente: CGN

En los últimos años, su constitución se ha reducido drásticamente. Así, entre 2010 y 2015, se ha producido una caída del 93,81%. A su vez, la cuantía de promedio ha resultado igualmente minorada, aunque en menor medida, en un 13%. Si bien es cierto que en la exposición de motivos de la Ley 41/2007 se defendía que la hipoteca inversa ofrecía “*un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales*”, la mayor parte de la doctrina detectó dificultades para que esta figura fuese ampliamente utilizada en la práctica. Por una parte, por el temor del propietario de perder su vivienda, así como por su recelo de afectar el patrimonio hereditario futuro (i. e. evitando dejar a sus descendientes un bien hipotecado o privándoles de ese bien). Por otra, por la reticencia de las propias instituciones bancarias a ofertar este tipo de productos, en atención al contexto de crisis financiera y al riesgo de problemas legales con los futuros herederos. Reflejo de ello, es que tratan de blindar sus posiciones, exigiendo de la participación de los futuros herederos en la operación (p. ej. requiriendo que presten su consentimiento por escrito)⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81 (2009), pp. 146-147; María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, “Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa”, *RCDI*, núm. 711 (2009), pp. 217-219. Desde la perspectiva de la sociología, consultar: Rubén HERRANZ GONZÁLEZ, “Hipoteca inversa y figuras afines”, *Informes Portal Mayores*, núm. 49 (2006), pp. 9-10.

CAPÍTULO VII

INEFICACIA DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. PRINCIPALES FIGURAS Y EFECTOS

I. BREVE APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA: 1. Regulación legal: Australia. 2. Elaboración jurisprudencial: EUA e Inglaterra y Gales. II. NULIDAD ABSOLUTA: 1. Falta o ilicitud de elementos esenciales: 1.1. Consentimiento. 1.2. Causa. 2. Por contravención de norma imperativa o prohibitiva: 2.1. Orden público familiar. 2.2. Derecho imperativo. III. ANULABILIDAD: 1. Vicios del consentimiento: 1.1. Error. 1.2. Dolo *in contrahendo*. 1.3. Intimidación. 1.4. Violencia. 2. Insuficiente capacidad de obrar: 2.1. Menor de edad. 2.2. Incapacitado. 2.3. Declarado en concurso de acreedores. 3. Falta de intervención del asistente. IV. RESCISIÓN: 1. Por lesión. 2. Por fraude de acreedores: 2.1. A título oneroso. 2.2. A título gratuito. 3. Por haber sido declarado en concurso de acreedores. V. EXTINCIÓN SOBREVENIDA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: 1. Por la facultad de desistir de un pacto amistoso de separación reconocida en el CCC. 2. Por resolución derivada de incumplimiento. 3. Por modificación sobrevenida de las circunstancias. VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS: 1. Propagación de la ineficacia. 2. Alcance del efecto retroactivo de la ineficacia: 2.1. Entre cónyuges y convivientes estables. 2.2. Frente a los hijos sometidos a la potestad parental. 2.3. Frente a otros terceros: 2.3.1. Terceros adquirentes. 2.3.2. Terceros contratantes.

Una vez estudiada la forma del pacto amistoso de separación, en este séptimo capítulo focalizaremos nuestro estudio en la cuestión de la ineficacia. Es preciso tomar en consideración que, si bien dicho acuerdo es “*made and acted upon in quick succession and in light of known circumstances*”, resultan igualmente susceptibles de ser impugnados, lo cual acontece cuando una de las partes considera –transcurrido un tiempo desde la celebración– que hubiera podido obtener un resultado más conforme con sus propios intereses⁵⁴⁶.

Tras realizar una breve presentación de la cuestión desde la perspectiva del derecho comparado (I.), procederemos examinando la nulidad (II.) y la anulabilidad (III.). Como ya se sabe, la diferencia básica entre ellos se encuentra en si la ineficacia resulta sanable o no, en virtud de un hecho o de un acto jurídico posterior. A continuación, analizaremos el supuesto de la rescisión (IV.). Como puede observarse, los tres regímenes anteriores tienen en común que la causa de la ineficacia existe desde el mismo momento de la celebración (ineficacia originaria). Sin embargo, cabe resaltar que la ineficacia también puede producirse por incidencias sobrevenidas durante la vida de la relación negocial (ineficacia sobrevenida). Este es el caso de la extinción sobrevenida de la relación obligatoria (V.). Otro supuesto de ineficacia es el del negocio jurídico celebrado bajo condición o a término. Pues, no produce efectos mientras esta no se cumpla. De ahí que se denomine como potencialmente eficaz,

⁵⁴⁶ Sonia HARRIS-SHORT / Joanna MILES, *Family law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 494.

aunque nosotros no nos detendremos en su estudio. En último lugar, se destinará un epígrafe al estudio de las particularidades en el régimen de ineficacia del pacto amistoso de separación (VI).

I. BREVE APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Los acuerdos alcanzados por los cónyuges y convivientes estables, a través de los que regulan sus relaciones horizontales, resultan eficaces desde su perfección en las fuentes normativas comparadas, pertenecientes al sistema legal del “*Common Law*”, que hemos venido estudiando, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos legalmente. Es decir, les dan –en principio– efecto a los acuerdos que hubieran alcanzado, excepto que no resulte justo mantener las partes obligadas, en atención a las circunstancias. Por lo que todos ellos resultan directamente ejecutables por los tribunales en el caso de que alguna de las partes firmantes incumpla lo pactado. Es lo que se denomina como “*enforceability*”.

En relación con el derecho norteamericano y australiano, el acuerdo es vinculante –en principio desde su celebración (s. 306 (b) MMDA y s. 7.09 (2) PLFD). Por lo que respeta al derecho inglés y galés, es preciso indicar que únicamente “*maintenance agreement*”, en los términos previstos en la s. 34 (2) MCA o s. 67 (Sched. 5) de CPA, vincula a las partes desde su celebración, siempre que tenga naturaleza contractual. Cuando se encuentran contenidos en un “*deed*” no habrá duda alguna acerca dicha naturaleza. En caso contrario, ello no implica que no estén legalmente obligadas, sino que la parte que persiga su ejecución tendrá que probar que hubo “*furnished consideration*” (cada parte recibió algo a cambio), lo que no le resultará especialmente complicado (p. ej. de haberse liberado mutuamente del deber de convivencia). Ahora bien, los acuerdos alcanzados privadamente por las partes pueden ser dejados sin efectos por los tribunales bajo unas determinadas circunstancias. Por esta razón, BRERETON, si bien en relación con la Parte VIII A de la FLA, declaró que la regulación actual pone de manifiesto: “[*T*]he long-standing tension between the common law’s enthusiasm for the sanctity of freedom of contract, and equity’s concern to prevent unconscientious misuse of bargaining power”⁵⁴⁷. Mientras que en Australia ha sido objeto de regulación legal, en EUA e Inglaterra y Gales, ello resulta posible, por medio de una construcción de elaboración jurisprudencial.

⁵⁴⁷ Cabe precisar que un “*deed*” solo puede ser ejecutado si cumple con los siguientes requisitos: “(a) it is signed— (i) by him in the presence of a witness who attests the signature; or (ii) at his direction and in his presence and the presence of two witnesses who each attest the signature; and (b) it is delivered as a deed by him or a person authorised to do so on his behalf” (s. 1 (3) LPA). En la doctrina, vid. Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 952-953; Ewan MCKENDRICK, “Contract law”, p. 379; Laurence KOFFMAN / Elizabeth MACDONALD, “The Law of contract”, p. 514; Paul le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail?”, p. 35.

1. Regulación legal: Australia

Los “*financial agreements*” del derecho australiano pueden ser dejados sin efectos (“*set aside*”) por los tribunales en las circunstancias especificadas en las ss. 90K (1) y 90UM (1) FLA, correspondiéndole la carga de la prueba a la parte que los alega⁵⁴⁸. A pesar de ello, debemos señalar que –atendiendo a la naturaleza contractual de estos acuerdos– los tribunales pueden igualmente recurrir al derecho de contratos para determinar si estos son válidos, ejecutables y eficaces (ss. 90KA y 90UN FLA).

En un primer grupo, encontramos causas vinculadas con una actuación fraudulenta por parte de alguna de las partes. Así, cuando el acuerdo ha sido obtenido mediante “*fraud*”, incluyendo la no revelación de activos (ss. 90K (1) letra a y 90UM (1) letra a FLA; ss. 90K (1) letra b y 90UM (1) letra e FLA). Conforme con CAMPBELL, ello no se limita a la presión ejercida para obtener el consentimiento del otro, sino que se vincula con “*knowledge and intention relating to financial matters that, if known, would create a different picture to that portrayed on the surface*”. En este sentido, podemos hacer referencia al caso *Hoult & Hoult* (2011), en que se defendió que no toda falta de revelación de activos se puede considerar como fraudulenta, por ser necesario que se haya generado “*misrepresentation*” a la otra parte. Así, por ejemplo, dicha pretensión no prosperó y no se consideró que se hubiera cometido fraude, en la medida en que la esposa no había creído que su marido dijera la verdad (*Jeeves & Jeeves*, 2010). Tampoco cuando, a pesar de que la revelación de activos es superficial, la otra parte no solicita mayor información (*Fewster & Drake*, 2015). Además, cabe precisar que dicho deber de revelación no existe cuando ambas partes disponen de recursos suficientes, se encuentran legalmente asesoradas y ninguna de ellas está en una situación de desventaja⁵⁴⁹. También un “*financial agreement*” puede ser dejado sin efectos cuando se hubiera celebrado en perjuicio de terceros. Ya fuere de los acreedores (ss. 90K (1) letra aa y 90UM (1) letra b FLA) o de una persona que se encuentra en una “*de facto relationship*” con alguno de los cónyuges, de estar pendiente un proceso por el que pueden resultar alterados los “*property interests*” (ss. 90K (1) letra ab y 90UM (1) letra c FLA).

En otro grupo, cabe incluir aquellas causas relacionadas con un cambio en las circunstancias. Por una parte, cuando el acuerdo es “*impracticable*” (ss. 90K (1) letra c y 90UM (1) letra f FLA). Es decir, resulta difícil o extremadamente difícil cumplir con todo o parte de lo

⁵⁴⁸ En este sentido, se pronunció *Jeeves & Jeeves* (Nº 3) [2010] FamCA 488, declarando que la carga de la prueba correspondía a las partes que perseguía dejar el “*financial agreement*” sin efectos.

⁵⁴⁹ Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 746-747; Paul le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail?”, pp. 5-10. En la jurisprudencia, vid. *Hoult & Hoult* [2011] FamCA 1023; *Jeeves & Jeeves (ut supra)*; *Fewster & Drake* [2015] FamCA 602.

pactado. De acuerdo con *Duncan & Duncan* (2014), se ha precisado que “[w]hilst any agreement might result in a party receiving less than he or she expected, it does not follow that the terms of the Agreement were thereby impracticable or unable to be put into practice”⁵⁵⁰. Por otra parte, cuando la parte, con la que viven los hijos, quede en una situación que dificulte su cuidado, bienestar y desarrollo (ss. 90K (1) letra d y 90UM (1) letra g FLA).

Asimismo, un “*financial agreement*” podrá ser dejado sin efectos cuando alguna de las partes haya llevado a cabo una conducta que, en atención a las circunstancias en que el acuerdo fue alcanzado, resulte “*unconscionable*” (ss. 90K (1) letra b y 90UM (1) letra e FLA). De acuerdo con *Pascot & Pascot* (2011), ello sucede cuando el consentimiento “*is so far outside the ambit of what is just and equitable that the Court may infer that a party has acted under duress, in ignorance or as a result of incompetent advice*”. Así, por ejemplo, en *Mardones & Mardones* (2012) ello se produjo, porque la esposa había otorgado su consentimiento, a pesar de que su abogado le había recomendado que no lo hiciese, como consecuencia de “*constant badgering and psychological pressure*” por parte del marido. Como afirmaba BRERETON, se trata de centrar la atención “*on the conduct of the stronger party in taking advantage of known weakness, disabilities or disadvantages of the other party*”. Para que la impugnación por dicha causa prospere, es necesario que el demandante pruebe que había una relación de desventaja especial (i. e. condiciones que lo hacen más vulnerable y menos capaz de actuar conforme con sus propios intereses) y que la otra parte era consciente de dicha circunstancia. De esta forma, se consigue romper la presunción de que la transacción fue “*fair, just and reasonable*”. Ello no procede en relación con “*some cases where a party will voluntarily concede the whole of the matrimonial property to the spouse*”, sin que se haya aprovechado de la situación de desventaja (*Gebert v. Gebert*, 1990). En dicho caso, el marido había aceptado que solo le correspondiesen el 10% de los activos matrimoniales, una vez transcurridas dos semanas desde la separación. Tampoco en *Logan & Logan* (2012), en que la esposa había otorgado su consentimiento a recibir el 15% de las propiedades, adquiridas por esfuerzo conjunto durante los 23 años que duró el matrimonio, como consecuencia de sentirse culpable de las circunstancias que habían conducido al divorcio⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ *Duncan & Duncan* [2014] FCCA 2729.

⁵⁵¹ *Mardones & Mardones* [2012] FMCAfam 323; *Pascot & Pascot* [2011] FamCA 945; *Gebert v. Gebert* [1990] 14 Fam LR 62; *Logan & Logan* [2012] FMCAfam 12. En la doctrina, vid. Paul le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail?”, pp. 15-21.

En último lugar, ello también resultará posible cuando el acuerdo sea “*void, voidable or unenforceable*” (ss. 90K (1) letra b y 90UM (1) letra e FLA), a través de “*court order*”. Dicha previsión permite la aplicación de los “*principles of common law and equity*”. Conviene destacar que ello constituye un proceso en dos fases: primero debe concurrir alguna de dichas causas; luego, el tribunal tiene discrecionalidad para decidir dejarlo o no sin efectos. Entre los factores que pueden influir en su decisión, en la jurisprudencia destacan los siguientes: acuerdo haya estado en vigor por un largo tiempo desde que concurrió una de las causas que permiten fundamentar su revocación; si el solicitante se demora indebidamente o hubiera actuado de un modo inaceptable; edad de las partes; acuerdos respecto los hijos; circunstancias económicas de ambas partes⁵⁵².

2. Elaboración jurisprudencial: EUA e Inglaterra y Gales

Para la determinación de los supuestos en que un acuerdo puede ser dejado sin efectos, se ha acudido a una elaboración jurisprudencial. Así, en EUA, a través del estándar de “*unconscionability*” (que se utiliza en derecho mercantil y contractual, así como en los “*divorce decree*”), y en Inglaterra y Gales, por medio del “*test de equidad*”⁵⁵³.

Por una parte, ambas figuras jurisprudenciales tratan de garantizar que la decisión de celebrar el acuerdo fuese libre e informada por ambas partes. Es decir, que no se hayan empleado tácticas reprochables durante la negociación del acuerdo (p. ej. ocultación de activos relevantes a la otra parte para obtener su consentimiento). Es lo que *North Dakota Supreme Court*, en *Eberle v. Eberle* (2009), denomina «*procedural unconscionability*», y que toma en consideración las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del acuerdo, concretamente “*on the formation of the agreement and the fairness of the bargaining process*” (par. 8). En dicho caso en concreto, por ejemplo, el acuerdo fue dejado sin efectos (a pesar de haber sido celebrado voluntariamente), al tomar en consideración que una de las partes había tenido pocos días para examinar el acuerdo, no había recibido asesoramiento y no se había llegado a negociar a fondo los términos del mismo. Además, la propuesta elaborada por los PLFD establece que cada parte debe tener “*full and fair*

⁵⁵² Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 745-746. Un estudio exhaustivo respecto de las causas, a través de las cuales un “*financial agreement*” puede ser dejado sin efectos por resultar “*void, voidable or unconscionable*”, lo encontramos en Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 750-752 y 758-759. Así, a nivel meramente informativo, podemos afirmar que resulta “*void*” (que nunca existió) o “*voidable*” (se precisa de impugnación judicial) en caso de: “*uncertainty*”, “*incompleteness*”, “*duress*”, “*undue influence*”, “*unconscionability*”, “*misrepresentation*”, “*mistake*”, “*fraud*”, “*incapacity*”, “*no agreement*”, “*no (or insufficient) consideration*”, “*public policy*”. En cambio, resulta “*unenforceable*” (es válido, pero por algún motivo no resulta vinculante) por: “*variation*”, “*waiver*”, “*election*”, “*laches*”, “*acquiescence*” y “*estoppel*”.

⁵⁵³ Expresión empleada por Jens M. SCHERPE, “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v Granatino”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2012), p. 6. Dicho “*test de equidad*” fue desarrollado principalmente, a través del caso *Edgar v. Edgar* de 1980 (*ut supra*) y resulta extensible a los acuerdos alcanzados por “*civil partners*”, por resultarles aplicables una regulación similar.

opportunity to be informed of the existence and value of the parties' marital and separate assets, each party's current earnings and prospects for future earnings" (s. 7.09 (1) letra c PLFD). BRYAN ha criticado que se requiera solamente de una mera oportunidad de ser informados, en la medida en que puede conducir a entender erróneamente que dicho requisito queda satisfecho cuando una de las partes ha rechazado ser representada, a pesar de ser alentada por el abogado del otro o, incluso, cuando hubiera recibido un asesoramiento nefasto⁵⁵⁴. A diferencia de "*premarital agreement*" y siguiendo la regla general aplicable en los contratos, la carga de la prueba corresponde a la parte que se opone a su ejecución, una vez la otra ha acreditado *prima facie* la existencia del mismo (s. 7.09 (3) PLFD). Cabe precisar que el capítulo 7 de PLFD igualmente resulta de aplicación a los acuerdos alcanzados por los "*domestic partners*" (s. 7.01 (2) PLFD).

En sentido similar, el "*test de equidad*" impone a los tribunales ingleses y galeses valorar las circunstancias concretas en las que se alcanzó el acuerdo («equidad procesal»⁵⁵⁵). Así, por ejemplo, en el caso *Edgar v. Edgar* resultan especificadas aquellas circunstancias (sin constituir un *numerus clausus*), que justificarían la intervención de los tribunales, de concurrir en el momento de la celebración del acuerdo: "*Undue pressure by one side, exploitation of a dominant position to secure an unreasonable advantage, inadequate knowledge, possibly bad legal advice, an important change of circumstances, unforeseen or overlooked at the time of making the agreement*". Así, por ejemplo, en el caso *Livesey v. Jenkins* (1985), se consideró que el hecho de que la esposa escondiera al marido que se encontraba comprometida con otro hombre en la fecha de celebración del acuerdo no cumplía con el requisito de transmisión completa y veraz de información.

Por otra parte, ambas figuras jurisprudenciales persiguen asegurar a la vez que el acuerdo no resulte especialmente injusto para alguna de las partes en el momento de su ejecución. Hay que tener en cuenta que ambas dimensiones se encuentran interrelacionadas entre ellas. Como declara AMERICAN LAW INSTITUTE: "*A grossly one-sided agreement may corroborate unconscionable bargaining tactics, while unfair bargaining tactics may most often be employed to obtain a one-sided agreement*"⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Ello no implica una revelación minuciosa, sino que resulta suficiente un "*general knowledge of the other's assets and income*". Dicho conocimiento no tiene que adquirirse necesariamente, a través de una divulgación formal en relación con las negociaciones, sino que puede adquirirse de otras formas. Así, por ejemplo, si ya han estado viviendo juntos mucho tiempo o si son socios (AMERICAN LAW INSTITUTE, "Principles of Family Dissolution", p. 973). En un sentido muy crítico, se ha posicionado Penelope Eileen BRYAN, "Vacant promises? The ALI Principles of the Law of Family dissolution and the post-divorce financial circumstances of women", p. 183.

⁵⁵⁵ Jens M. SCHERPE, "Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales", p. 8.

⁵⁵⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE, "Principles of Family Dissolution", p. 948.

Esto es designado como «*substantive unconscionability*», por parte de *North Dakota Supreme Court*, en *Eberle v. Eberle* (2009) y que se centra “*on the harshness or one-sidedness of the agreement’s provisions*” (par. 18). Como, por ejemplo, una manutención vitalicia para uno de los cónyuges sin posibilidad de modificación o de extinción (*Stewart v. Stewart*, 2012). Asimismo, la renuncia de la esposa a su derecho de recibir manutención y a cualquier participación en la empresa de su marido, a pesar de haber aceptado saldar con sus propios fondos el préstamo hipotecario, solicitado para invertir en este (*Infante v. Infante*, 2010). O cuando la mujer –con discapacidad y en la indigencia– solo queda eximida respecto del endeudamiento para la adquisición del hogar familiar, mientras que su cónyuge recibe más de \$300,000 en activos (*Sims v. Sims*, 2009). En cambio, no se consideró que concurría dicha circunstancia, a pesar de que la esposa había recibido \$900,000 y el marido \$122,000, puesto que ella había aportado mucho más en el matrimonio (además de haber ayudado a su cónyuge a lidiar con su alcoholismo) y él ganaba un sueldo alto (*Vann v. Vann*, 2009). Tampoco cuando el marido otorgó su consentimiento a un acuerdo muy perjudicial para sus intereses, como consecuencia de sus ansias de contraer matrimonio con su nueva pareja, puesto que “*is getting exactly what he bargained for*” (*Jameson v. Jameson*, 1976)⁵⁵⁷.

Cabe resaltar que los PLFD defienden que los tribunales no necesariamente deben supervisar si los “*separation agreements*”, que les son presentados, resultan “*unconscionable*”, sino solamente en la medida en que alguna de las partes se haya opuesto a su incorporación en el “*divorce decree*” o a su ejecución (s. 7.09 PLFD), puesto que “*some courts may not have the time or the necessary information to evaluate separation agreements presented by parties at dissolution*”. Asimismo, introducen modificaciones sustanciales en su aplicación. De modo que, si bien el estándar de la “*unconscionability*” requiere que se produzca una irregularidad procedimental o una injusticia sustancial, los PLFD permiten a los tribunales centrarse exclusivamente en esta última. Así, pueden denegar la ejecución de aquellos acuerdos, que difieran sustancialmente de lo previsto en la ley reguladora de los pagos compensatorios y de la distribución de propiedades, pero únicamente cuando se esté perjudicando el bienestar económico de la parte, que tenga atribuida la responsabilidad residencial de los hijos o tenga en comparación con la otra menos recursos económicos, salvo que ello resulte injusto (s. 7.09 (2) PLFD). De nuevo, BRYAN se ha posicionado en un sentido muy crítico, por entender

⁵⁵⁷ *Eberle v. Eberle* (766 N.W.2d 477) (Justia: 20080317). También vid. *Stewart v. Stewart*, 41 A.3d 401 (Del. Super. Ct. 2012) (Justia: 489, 2011); *Infante v. Infante*, 908 N.Y.S.2d 263 (App. Div. 2010) (Justia: 2009-05652); *Sims v. Sims*, 685 S.E.2d 869 (Va. Ct. App. 2009) (FindLaw: 3101-08-2); *Vann v. Vann*, 767 N.W.2d 855 (N.D. 2009) (Justia: 20080344); *Jameson v. Jameson*, 239 N.W.2d 5 (1976) (Justia: 11632, 11634). También vid. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Model marriage and divorce act”, p. 37.

que los tribunales seguirán considerando “*substantively fair*” acuerdos que imponen una situación de gran desequilibrio entre las partes⁵⁵⁸.

Del mismo modo en Inglaterra y Gales, se precisa de “*good and substantial grounds for concluding that an injustice will be done by holding the parties to the terms of their agreements*”, como se declaró en *X v. X (Y and Z intervening)* (2002). En este sentido, para valorar la “*fairness*” del acuerdo alcanzado, se toman en consideración tres parámetros («equidad sustantiva»⁵⁵⁹), los cuales fueron definidos en *Miller v. Miller* (2006) y se deberán interpretar muy restrictivamente, puesto que dichos acuerdos son adoptados con pleno conocimiento de los hechos relevantes. El primero de ellos es “*needs*”. Este requiere que la división de los activos de las partes debe permitir satisfacer las necesidades financieras y de alojamiento de cada una de ellas, a partir de tomar en consideración “*a wide range of matters such as the parties’ age, their future earning capacity, the family’s standard of living, and any disability of either party*” (par. 11). El segundo parámetro es “*compensation*”, el cual persigue enmendar “*any significant prospective economic disparity between the parties arising from the way they conducted their marriage*” (par. 13). Ello tiene lugar, por ejemplo, cuando la mujer se ha dedicado exclusivamente a las tareas del hogar y al cuidado en los familiares durante el matrimonio. El último de los parámetros es “*sharing*”, que se deriva del “*basic concept of equality permeating a marriage as understood today*” (par. 16). Pues, en la medida en que el matrimonio es una relación entre dos personas, una vez que este termina, cada una de ellas tiene derecho a reclamar en principio una parte de los beneficios generados⁵⁶⁰.

Dicha regulación fue duramente criticada por HOFFMANN LJ, en *Pounds v. Pounds* (1994), en la medida en que es fuente de incertidumbre (resultando sus argumentos extrapolables al régimen jurídico de EUA). La razón es que, si bien –en un principio– el acuerdo puede considerarse como vinculante (afirma que se calculaba que así ocurría en el 80% de los acuerdos presentados a Northampton), ello solo se conoce con seguridad tras la litigación. Es

⁵⁵⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of Family Dissolution”, p. 1013; Penelope Eileen BRYAN, “Vacant promises? The ALI Principles of the Law of Family dissolution and the post-divorce financial circumstances of women”, pp. 183-184.

⁵⁵⁹ Jens M. SCHERPE, “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales”, p. 8.

⁵⁶⁰ El empleo de estos parámetros se encuentra en: *McFarlane v. McFarlane* (No 2) [2009] EWHC 891 (Fam) (disponible en BAILII). Así, por ejemplo, en *Radmacher v. Granatino*, se consideró que pactar sin tener en cuenta la distribución de patrimonios (p. ej. una separación completa) se considera justo, excepto que con ello se esté afectando a las necesidades de alguno de los cónyuges o cuando las desventajas generadas durante el matrimonio no queden debidamente compensadas. En cualquier caso, las partes que hayan sido capaces de alcanzar un acuerdo pueden optar por recogerlo en un “*consent order*”, aunque deberá ser aprobado por el tribunal (s. 33A MCA y s. 66 CPA, sch. 5). Ello permite garantizar mejor su ejecución en caso de incumplimiento, evitándose así la incertidumbre ocasionada por no poder saber con seguridad si un acuerdo sobre aspectos de “*ancillary relief*” será confirmado o no por los tribunales. En la doctrina, vid. Jens M. SCHERPE, “Marital agreements and private autonomy in comparative perspective”, pp. 512-513.

decir, hasta que haya sido recogido en “*consent order*”, lo cual no resulta posible hasta que se haya dictado “*decree nisi*”. Es lo que HARRIS-SHORT y MILES han denominado “*the ‘limbo’ of status of separation agreements –neither straightforwardly binding nor irrelevant*”. De hecho, LOWE y DOUGLAS han afirmado que dicha incertidumbre es la que ha ocasionado que dichos acuerdos hayan pasado a ser infrecuentes en la práctica, si bien admiten los beneficios de dicha regulación, puesto que “*the financially weaker party (usually the wife) will have the best of both worlds, because she can hold the other to his covenant and also take other proceedings to obtain maintenance*”⁵⁶¹. Frente a dicha problemática HOFFMANN LJ, propone dos soluciones. O, considerar que el acuerdo es siempre vinculante, salvo que proceda aplicar las soluciones contractuales generales (p. ej. “*fraud*”, “*misrepresentation*”, “*undue influence*”), aunque ello no es permitido por la jurisprudencia de *Hyman v. Hyman* (por tener que resultar siempre susceptibles de ser dejados sin efectos, en virtud de la discreción judicial reconocida por MCA). O bien, optar por considerar que nada de lo que hayan pactado será vinculante hasta que haya sido examinado por un tribunal.

II. NULIDAD ABSOLUTA

Un negocio jurídico es nulo cuando su ineficacia es intrínseca. Es decir, su carencia de efectos negociales se produce sin necesidad de una previa impugnación (*ipso iure*). No obstante, la acción de nulidad puede resultar necesaria para vencer la resistencia de quienes sostengan la validez o para borrar la apariencia de validez (p. ej. de estar inscrito en un registro público)⁵⁶².

La supresión de la apariencia de validez conlleva la pretensión de borrar todas las consecuencias de lo declarado nulo. Por consiguiente, la nulidad se extiende a todos los derechos y títulos basados en el negocio jurídico declarado nulo, si bien con protección de los terceros de buena fe que hubiesen confiado en su validez (p. ej. tercero hipotecario). Además, las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones ejecutadas (arts. 1303 y 1307 CCE), con cumplimiento simultáneo (art. 1308 CCE), puesto que no hay verdaderas

⁵⁶¹ *Livesey (formerly Jenkins) (A.P) v. Jenkins (A.P)* [1985] AC 424 (BAILII); *Pounds v. Pounds* [1994] 1 WLR 1535 (BAILII). Si bien en relación con “*pre-nuptial agreement*”, HARPER y FRANKLE han defendido que la revelación de activos debe ser plena y franca, para reducir las probabilidades de que pueda ser dejado sin efecto. Además, señalan que cualquier petición de información debe ser atendida, para evitar que la otra parte pueda alegar una conducta deshonesta (Mark HARPER / Brett FRANKLE, “An English Practitioner’s view on pre-nuptial, post-nuptial and separation agreements”, en Jens M. SCHERPE (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 135). También vid. Sonia HARRIS-SHORT / Joanna MILES, “Family law”, p. 495; Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, p. 952.

⁵⁶² Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pp. 471-473; Manuel ALBADALEJO, “Ineficacia e invalidez”, pp. 14-16; Susana QUICIOS MOLINA, “La ineficacia contractual”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Tratado de Contratos*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1244-1245; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 475-477.

obligaciones contractuales. Sin embargo, como ya se sabe, se encuentran previstas algunas excepciones. En atención al objeto de estudio, conviene destacar que cuando la nulidad proceda de la falta de capacidad natural para prestar el consentimiento contractual, la parte que lo sufra únicamente estará obligada a restituir en cuanto se hubiera enriquecido con la cosa o precio que recibiera (art. 1304 CCE). También cuando el negocio jurídico tiene una causa ilícita y el hecho constituya un delito o falta común a las dos partes, ambas carecen de toda acción (art. 1305 par. 1 CCE). De ser unilateral, el no culpable puede ejercitar las acciones restitutorias, sin estar obligado a cumplir con lo que se hubiera prometido (art. 1305 par. 2 CCE). Así, por ejemplo, un pacto amistoso de separación celebrado para no tener que pagar la prestación económica, que se hubiera establecido anteriormente por convenio judicialmente aprobado o por resolución judicial, a favor de los hijos menores de edad o incapacitados (art. 227 CP)⁵⁶³.

Procederemos, seguidamente, a examinar la nulidad que surge por la falta o ilicitud de alguno de los elementos esenciales (1.), así como por la vulneración de normas imperativas o prohibitivas (2.). Para ello, se tomará en consideración las particularidades del pacto amistoso de separación.

1. Falta o ilicitud de elementos esenciales

El negocio jurídico carece de los elementos esenciales, contemplados en el art. 1261 CCE. Es decir, de consentimiento y causa. Como ya expusimos en el capítulo III, consideramos que el objeto no ostenta la consideración de elemento esencial, en la medida en que forma parte de la declaración de voluntad.

Esta falta de algún elemento esencial igualmente se produce cuando no se cumple con la determinada forma que el ordenamiento jurídico impone por razón del tipo negocial concreto. Ahora bien, es preciso indicar que ello no ocurre en el caso del pacto amistoso de separación, puesto que la ley no impone un determinado medio de exteriorización de la voluntad, como defendimos previamente en el capítulo VI. Por el contrario, y como ya

⁵⁶³ La SAP de Álava de 15 septiembre 2009 (ROJ 729/2009, MP Tapia Parreño) defendió que, a pesar de que los progenitores hubieran alcanzado un acuerdo verbal por el que uno de ellos quedase exonerado del pago del derecho de alimentos de los hijos, desde el momento en que dejare de abonar las pensiones ya se habrían cumplido los requisitos y subjetivos del tipo. Por lo que fue condenado como autor de un delito de abandono de familia por impago de las prestaciones alimenticias judicialmente establecidas. Por el contrario, la SAP de Madrid de 30 diciembre 2013 (ROJ 21264/2013, MP Ferrer Pujol) declaró que el impago no reunía la nota de voluntario incumplimiento que caracteriza el delito del art. 227 CP. En dicho caso, los progenitores celebraron un pacto privado, a través del cual modificaban las medidas judiciales establecidas y acordaban que uno de los hijos pasase a vivir con el padre, mientras que el otro permaneciera con la madre. Ambos aceptaron expresamente que afrontaría los gastos del hijo que convivieran con cada uno de ellos respectivamente. En la doctrina, vid.: Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Actualidad Editorial, 1995, pp. 18-19; Federico DE CASTRO Y BRAVO, "El negocio jurídico", pp. 483-484; Luis DíEZ-PICAZO, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", pp. 474-475 y 478-479; Manuel ALBADALEJO, "Ineficacia e invalidez", pp. 16-18.

expusimos en el capítulo anterior, en Inglaterra y Gales, el “*maintenance agreement*” sí debe celebrarse necesariamente por escrito, para que resulte de aplicación las ss. 34-36 MCA o 68-69 (Sched. 5) CPA. La razón es que estos resultan directamente ejecutables, sin tener que ser incorporados en “*court order*”, siempre que tengan naturaleza contractual. Asimismo, en Australia, donde se precisa que el acuerdo sea celebrado por escrito (ss. 90C (2) o 90UD (2) FLA) y sea firmado por todas las partes (ss. 90G o 90UJ FLA). También en EUA, en que se impone la forma escrita para que resulten vinculantes (ss. 306 (a) MMDA y 7.09 (1) para. a PLFD), aunque algunos tribunales y la legislación de algunos Estados (como Virginia) han otorgado efectos a los acuerdos alcanzados de forma verbal. Del mismo modo que se impone la forma escrita, en relación con los “*maintenance agreement*”, regulados en el PEFL 2:10 (2), ya que así los cónyuges emplean un mayor grado de seriedad para evaluar el contenido del acuerdo, disponen de un medio de prueba de su contenido y se facilita el control ejercido por la autoridad competente⁵⁶⁴.

1.1. Consentimiento

Cuando el negocio jurídico celebrado carece del consentimiento de las partes es nulo (art. 1261.1º CCE).

Esto se produce, por una parte, cuando hay una divergencia entre la voluntad interna y la declarada, como consecuencia de vicios en la declaración de voluntad. Estos pueden producirse por error obstativo, violencia absoluta ejercida sobre una de las partes, falta de seriedad o reserva mental. Además, puede suceder por declaración contractual falsificada o inconsciente⁵⁶⁵. En cualquier caso, en la medida que se trata de supuestos de escasa presencia en la práctica, en este momento no nos detendremos más en su estudio, si bien volveremos a ellos en el próximo apartado cuando analicemos los vicios en el consentimiento. Debemos señalar que en el supuesto de haberse celebrado el pacto amistoso de separación ante Notario, la parte que invoque la nulidad por falta de consentimiento deberá desvirtuar la presunción establecida en virtud del art. 17 bis LN.

Por otra parte, cuando el pacto amistoso de separación es celebrado por una persona incapaz, pero que no hubiera sido incapacitada (p. ej. demencia senil, trastorno psicológico). Entonces, es imprescindible acreditar de modo evidente y completo que no tenía la

⁵⁶⁴ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 132.

⁵⁶⁵ Susana QUICIOS MOLINA, “La ineficacia contractual”, pp. 1220-1222; Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 186-190.

capacidad natural necesaria para prestar el consentimiento contractual, puesto que la concurrencia de esta se presume desde que alcanza la mayoría de edad (art. 211-3.2 CCC). De acuerdo con la STS de 19 noviembre 2004, se requiere que “*el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza*” (FJ 3)⁵⁶⁶.

Es importante remarcar que cuando las partes hubieran incluido en el pacto amistoso de separación estipulaciones a favor de terceros, estos deben otorgar siempre su consentimiento, como consecuencia del principio *neque nocet neque prodest* (art. 1257.1 CCE). En el supuesto de que el beneficiario sea el hijo emancipado, este deberá de otorgar su aceptación, dirigida a los dos progenitores. En cambio, de estar sometido a la potestad parental, deberán de ser estos últimos quienes acepten, salvo que haya conflicto de intereses, en cuyo caso tendrá que nombrarse un defensor judicial (art. 236-20 CCC). En este sentido, procede hacer referencia a la STS de 31 mayo 2001, que declara que los hijos cuentan con acción para exigir su cumplimiento, a partir de la aceptación comunicada, por haber adquirido un efectivo derecho propio y autónomo. Hay que tener en cuenta que la posición del Tribunal Supremo, compartida por una parte de la doctrina, es que la aceptación de los favorecidos se exige para la validez de la estipulación, como *conditio iuris* (STS de 8 julio 2002). En el otro sector doctrinal, encontramos a DELGADO ECHEVARRÍA, quien defiende que la falta de aceptación no debería afectar a la validez de la estipulación en favor de un tercero, sino solamente su eficacia. Ello se debe a que, independientemente del momento de nacimiento del derecho, el beneficiario únicamente puede ser privado de su derecho (o de su derecho a aceptar) por revocación⁵⁶⁷.

1.2. Causa

Cuando el negocio jurídico no tiene causa o esta es ilícita, por oponerse a las leyes o a la moral, no produce efecto alguno (art. 1275 CCE).

El pacto amistoso de separación, como ya expusimos en el capítulo III, tiene causa atípica (*causa familiae*). Así, a pesar de contener varias prestaciones que aisladamente tendrían una

⁵⁶⁶ En dicha sentencia (*ut supra*), una mujer de edad avanzada había celebrado, como vendedora, un contrato de compraventa de dos locales y una vivienda con sus dos hijos. A consecuencia de la demencia senil que padecía desde hacía algún tiempo (si bien no había sido incapacitada), se consideró que carecía de entendimiento y voluntad, por lo que el contrato era nulo por falta de consentimiento. En este mismo sentido, se resolvió en la STS de 4 abril 1984 (ROJ 65/1984, MP Pérez Gimeno), aunque en este la vendedora padecía un grave deterioro psíquico y físico de etiología anormal o patológica.

⁵⁶⁷ STS de 31 mayo 2001 (ROJ 4566/2001, MP Villagómez Rodil) y STS de 8 julio 2002 (ROJ 5053/2002, MP De Asís Garrote). En la doctrina, vid. Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, “Sentencia de 8 de julio de 2002”, pp. 1216-1218. En un sentido similar, se han pronunciado Díez-PICAZO y GULLÓN, para quienes la aceptación es solamente un requisito para evitar la eficacia de la revocación de un derecho a favor del tercero (Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, p. 88).

causa propia, se desprende una de sola, la cual es la finalidad obligacional a consumir mediante las actuaciones recíprocas y compensatorias acordadas (p. ej. solución de la crisis matrimonial o de la convivencia estable). En cualquier caso, como ya se sabe, aún cuando no se exprese, la causa se presume que existe y es lícita mientras no se pruebe lo contrario (art. 1277 CCE)⁵⁶⁸. Así, por ejemplo, la causa es ilícita cuando las partes traten de excluir la posibilidad de pleito, a través de transigir sobre materias que constituyen contenido obligatorio del convenio regulador (art. 1814 CCE).

Cabe hacer referencia a la simulación, un problema vinculado con la falta de causa, el cual se origina como consecuencia de la divergencia entre el fin del negocio jurídico celebrado y el propósito de las partes.

La simulación se produce cuando se crea una apariencia de negocio jurídico, pero sin intención de realizar su fin (absoluta). Es decir, las partes manifiestan celebrar un pacto amistoso de separación, pero en realidad no desean regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, puesto que esta no se ha producido. Así, por ejemplo, tratan de crear una apariencia engañosa de insolvencia, con el fin de defraudar a los acreedores de uno de ellos, a través de la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas. Cabe resaltar que entonces es nulo por carecer de causa, pero no por tener una causa ilícita. En el supuesto de que la causa del negocio jurídico celebrado sí concurra (i. e. se hubiera efectivamente celebrado para regular los efectos de la crisis matrimonial o de la convivencia estable) debería procederse a valorar si es rescindible, al ser entonces válido⁵⁶⁹. Asimismo, la simulación tiene lugar cuando se persigue encubrir un negocio jurídico distinto al celebrado (relativa). Ello ocurre cuando, por ejemplo, declaran celebrar un pacto amistoso de separación, quedando encubierta su voluntad de someterse a las medidas y efectos de uno anterior con otro contenido, para asegurarse que será homologado o aprobado judicialmente. A diferencia de la simulación

⁵⁶⁸ Así, por ejemplo, la STSJC de 20 febrero 2014 (ROJ 1393/2014, MP Seguí Puntas) negó que un pacto privado, por el que un cónyuge se obligaba a una serie de obligaciones de naturaleza económica (transmisión de acciones, entrega de cuadros y obras de arte, pago de 540.910 euros y de otro 360.600 mediante abonos mensuales) frente a su esposa con la que ya se encontraba judicialmente separado, careciera de causa negocial. La razón es que tenía un propósito altruista de ayuda a tercero, por haber manifestado que quería asegurarse que su hasta entonces esposa tuviera medios suficientes para el futuro y adquiriera estabilidad personal. En la doctrina, vid. Luis Díez-PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, p. 500; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, p. 208.

⁵⁶⁹ La STS de 24 abril 2013 (ROJ 2753/2013, MP Saraza Jimena) declaró que “*pueden distinguirse simulaciones absolutas con causa lícita y con causa ilícita [no se refiere a la causa del negocio, sino a la causa de la simulación], por más que la simulación absoluta sea siempre una patología determinante de la nulidad absoluta del negocio, pues ‘los contratos sin causa... no producen efecto alguno’*” (FJ 3). En este mismo sentido, encontramos: STS de 21 noviembre 2005 (ROJ 7138/2005, MP Salas Carceller). En la doctrina, vid. Susana QUICIOS MOLINA, “La ineficacia contractual”, pp. 1230-1231.

absoluta, el negocio jurídico celebrado puede ser válido y eficaz, de quedar probado que estaba fundado en otra causa verdadera y lícita (art. 1276 CCE).

2. Por contravención de norma imperativa o prohibitiva

De acuerdo con el art. 6.3 CCE, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho. Sin embargo, no toda contravención supone la nulidad radical del negocio jurídico celebrado. Conforme con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, es necesario entrar a “*analizar la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados*” (FJ 2). De este modo, solamente se sanciona con la nulidad de resultar gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o al orden público⁵⁷⁰.

Alcanzado este punto, cabe identificar cuáles son aquellas normas imperativas o prohibitivas, cuya infracción se sanciona con la nulidad. Como ya se sabe, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral y el orden público (art. 1255 CCE).

2.1. Orden público familiar

El ejercicio de la autonomía privada en el ámbito familiar-patrimonial se encuentra limitado por el orden público familiar, el cual se encuentra constituido por el conjunto de principios jurídicos (públicos y privados), políticos, morales y económicos. Si bien es cierto que ya fueron objeto de un estudio exhaustivo en el capítulo I, resulta procedente examinar aquellos que tienen mayor relevancia, una vez producida la crisis matrimonial o de la convivencia estable.

Este es el caso del principio del interés superior del menor. Así, de acuerdo con el art. 233-5.3 CCC, los pactos en materia de guarda, relaciones personales y alimentos (para los hijos sometidos a potestad parental) son solo eficaces de ser conformes con su interés en el momento en que se pretenda su cumplimiento. Por tanto, no llegará a ser eficaz hasta que haya sido aprobado por la autoridad judicial, lo cual no impide que los progenitores cumplan voluntariamente. De ahí que NAVAS NAVARRO defienda que dicho principio opera como “*presupuesto de eficacia*”⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ En este sentido, entre otras, se ha pronunciado la STS de 12 julio 2004 (ROJ 5086/2004, MP Gullón Ballesteros).

⁵⁷¹ Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, p. 2189. Por ejemplo, en la SAPG de 20 noviembre 2014 (ROJ 1305/2014, MP Fernández Font) se denegó otorgar eficacia a un acuerdo, por el que los progenitores se habían obligado a no estar con los hijos en fechas especialmente señaladas de no

Esta posición normativa se encuentra igualmente en el Derecho norteamericano. Si bien con algunas diferencias, MMDA y PLFD coinciden en la prevalencia del “*best interest of child*” como estándar para negar efectos al acuerdo alcanzado privadamente por los progenitores, al no resultar vinculados por el mismo a la hora de adoptar una decisión (ss. 402 MMDA y 2.06 PLFD). No obstante, AMERICAN LAW INSTITUTE reconoce que pueden ser vinculantes por los tribunales, en la medida en que cumplan con los requisitos de las ss. 3.13 o 2.06 PLFD (s. 7.09 (5) PLFD). Dicha situación se encuentra también en el derecho australiano, con la salvedad de los “*child support agreement*”. Estos últimos resultan vinculantes y directamente ejecutables desde su inscripción en el Registro de CSA, una vez aceptada su solicitud (aunque los tribunales pueden dejarlos sin efecto, de acuerdo con las ss. 136 y 137 CSAA), por corresponder la competencia a un órgano administrativo en materia de manutención⁵⁷². Por esta razón, pueden ser incorporados en un “*financial agreement*” (ss. 90E y 90 UH FLA). Por el contrario, y como hemos expuesto en el capítulo II, en el derecho inglés y galés, los cónyuges pueden divorciarse (separarse judicialmente o pedir la nulidad) o los “*civil partners*” disolver la “*civil partnership*” sin que los tribunales tengan que entrar a valorar necesariamente los acuerdos, alcanzados privadamente por las partes, relativos a cómo se pasará a ejercer la “*parental responsibility*” o a su manutención.

Además, en el ámbito de las relaciones verticales, opera el principio del libre desarrollo de la personalidad, reconociendo a los hijos (a partir de 12 años o desde que tenga suficiente conocimiento) el derecho a ser informados y consultados antes de adoptar una decisión que pueda afectarles directamente en su esfera personal o patrimonial (art. 211-6.2 CCC). A nuestro entender, los pactos en materia de guarda, relaciones personales y alimentos serán solamente eficaces, una vez que se haya respetado dicho derecho. La razón es que la autoridad judicial, para decidir sobre su aprobación y atribuirles eficacia, siempre debe tomar en consideración la opinión que hubiesen expresado (art. 233-11.1 letra e CCC). Dicho principio igualmente limita la autonomía privada en la regulación de sus relaciones horizontales, prohibiendo todos aquellos pactos que puedan restringir la capacidad para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con los propios intereses y preferencias. Así, por ejemplo, entendemos que es nulo restringir la capacidad para decidir libremente romper la convivencia (acordando que no solicitarán el divorcio) o para fijar la futura residencia (pactando que uno de ellos no vivirá en la misma localidad que el hijo).

corresponderles la guarda. Asimismo, en la SAPB de 12 junio 2014 (ROJ 6149/2014, MP Bayo Delgado), en la medida en que el Tribunal consideró que el cambio de guarda pactado por los progenitores no beneficiaba a los hijos.

⁵⁷² Lisa YOUNG / Geoffrey MONAHAN / Adiva SIFRIS / Robyn CARROLL, “Family Law in Australia”, pp. 699-700.

Por último, cabe hacer referencia al límite de la igualdad. Hay que tener en cuenta que este resulta únicamente aplicable a las relaciones verticales. Los progenitores deben prestar asistencia a todos los hijos, con independencia de su filiación, por ser todos iguales ante la ley (art. 39 ap. 2 y 3 CE). En el caso de las relaciones horizontales, dicho límite no opera. Por lo que los cónyuges y convivientes estables, en virtud del principio de libertad civil, pueden pactar una distribución asimétrica de los derechos y deberes que de manera equitativa les son atribuidos en virtud de la ley, rompiéndose así la igualdad jurídica. Ahora bien, como defendía DE CASTRO Y BRAVO, las reglas dispositivas responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego. De ahí que los pactos, cláusulas y condiciones que ocasionen un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de las partes, en detrimento de una de ellas, deben ser ineficaces, salvo que tengan una adecuada justificación⁵⁷³.

De todos modos, el legislador catalán establece previsiones que persiguen la protección de la parte más débil, aunque siempre supeditado a la protección de los hijos, fijando el límite de la cobertura de “*necesidades básicas*”, para aceptar la validez a renunciaciones de derechos no incorporadas a una propuesta de convenio. Así, se encuentra previsto en relación con la prestación compensatoria (art. 233-16.2 CCC) y la prestación alimentaria (art. 234-10.2 CCC), así como para los acuerdos acerca de la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar, (arts. 233-21.3 y 234-8.4 CCC).

2.2. Derecho imperativo

Otra limitación en el ejercicio de la autonomía privada se encuentra en las normas excluidas de la libre disposición de los cónyuges o de los convivientes estables. Es decir, que no admiten pacto contrario, por tratarse de normas imperativas.

Entre ellas, destaca la prohibición de transigir sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros (art. 1814 CCE). No obstante, como ya defendimos en el capítulo III, ello no impide que puedan transigir sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial, derivadas de la crisis matrimonial o de la convivencia estable. Del mismo modo que no pueden pactar la indivisión en una situación de comunidad cuando ello implique superar el plazo de 10 años (art. 552-10.2 CCC). O no respetar los precios máximos de venta, en caso de tratarse de una VPO (art. 133.1 letra b LDV)⁵⁷⁴, ni

⁵⁷³ Federico DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, pp. 1061-1062.

⁵⁷⁴ Entonces, se produce la nulidad civil del contrato, por vulneración de lo dispuesto por una norma imperativa. Así se ha defendido desde la STS de 10 octubre 2008 (ROJ 5227/2008, MP Marín Castán). Previamente, la jurisprudencia había

pactar en contra de la aplicación de la presunción del art. 79 LC, entre muchas otras. Tampoco pueden renunciar a su derecho de alimentos (art. 237-12 CCC), ni a los derechos y deberes derivados de la potestad parental (art. 236-2 CCC). En sentido contrario, se ha pronunciado recientemente *Court of Appeal* de Louisiana, en *M.P.W. v. L.P.W* (2013), otorgando validez a un acuerdo, en virtud del cual unos progenitores habían pactado que uno de ellos renunciara a su derecho de alimentos y al de sus hijos, a cambio que el otro lo hiciera de sus derechos parentales (con el fin de permitir que la nueva pareja pudiese adquirirlos)⁵⁷⁵.

Menos aún, las partes pueden excluir definitivamente la intervención judicial o la del Ministerio Fiscal cuando hay hijos sometidos a la potestad parental. Una posición distinta la encontramos de nuevo en EUA, concretamente *In re Marriage of Matar and Harake* (2013), de *Oregon Court of Appeals*, que otorgó validez a un pacto, por el que las partes se obligaban a no solicitar judicialmente la modificación de los alimentos del hijo, incluso de producirse un cambio sustancial en las circunstancias⁵⁷⁶. En cambio, en el caso del derecho inglés y galés, no puede excluirse la competencia de los tribunales para dictar “*s8 orders*”, en la medida en que pueden entrar a conocer, incluso si ninguna parte lo solicita (s. 10 (1) CA). Del mismo modo que debe reputarse como nulo, de restringirse la posibilidad de obtener un cálculo de manutención, conforme la CSA de 1991 (s. 9 (3) y (4) CSA), así como cualquier otra disposición que impida a los cónyuges o “*civil partners*” acudir a los tribunales para obtener “*ancillary relief*” (ss. 34 (2) MCA y 68 (b) Sch. 5 CPA), puesto que podría conducir a una situación de grave necesidad para el beneficiario. Esta previsión se corresponde con el principio Hyman, el cual fue desarrollado en el caso de *Hyman v. Hyman* (1929), que

entendido que solo procedía la imposición de la correspondiente sanción administrativa, pero manteniendo la plenitud de efectos civiles del contrato.

⁵⁷⁵ *M.P.W. v. L.P.W*, 136 So. 3d 37 (La. Ct. App. 2013) (FindLaw: 2013 CA 0366). En la SAPB de 21 enero 2015 (ROJ 398/2015, MP Pereda Gamez) se resolvió sobre la renuncia de una madre a ejercer la potestad parental, declarando que: “*los derechos y deberes derivados de la función parental no son renunciables, por afectar a un interés público*”. Si bien el Tribunal reconoce que no puede obligarla a mantener un régimen de relación personal con su hijo, al no poder utilizar medios coercitivos penales para recabar el cumplimiento de obligaciones de Derecho de familia. En este mismo sentido, se pronunció *Nebraska Supreme Court* en *State ex rel. Kayla T. v. Risinger*, 731 N.W.2d 892 (Neb. 2007) (Justia: 1089). En dicho caso, se negó que los progenitores puedan celebrar un acuerdo, por el cual uno de ellos quede liberado de pagar la manutención de su hijo, a cambio de no tener ningún contacto con él.

⁵⁷⁶ *In re Marriage of Matar and Harake* (300 P.3d 144) (FindLaw Co32405DRC; A143331). Debemos precisar que dicha posición no es compartida por *Wisconsin Court of Appeals*. Así, por ejemplo, en *Wood v. Propeck* de 2007 (728 N.W.2d 757, Wis. Ct. App. 2007) (FindLaw: 2005AP2674) dejó sin efectos un acuerdo, por el cual ambas partes se comprometían a no perseguir la modificación de la manutención de los hijos durante 7 años, excepto por circunstancias excepcionales. Asimismo, en *Jalovec v. Jalovec* de 2007 (739 N.W.2d 834), en relación con un pacto que impedía que la cuantía pudiese ser revisada durante 4 años.

establecía la nulidad de las cláusulas, en cuya virtud las partes renunciaban a solicitar judicialmente medidas económicas como consecuencia del cese de la convivencia⁵⁷⁷.

Esta misma opción legislativa ha sido introducida por CEFL en PEFL 2:10 (3), especificando que la autoridad competente ha de supervisar necesariamente su validez. Ahora bien, se ha optado por no fijar los criterios que se tienen que tomar en consideración en la valoración, como consecuencia de las diferencias entre los sistemas legales pertenecientes al “*Common Law*” y al “*Civil Law*”. De modo que es el derecho interno de cada Estado, que deberá determinar si el acuerdo alcanzado es inválido “*for reasons of illegality, immorality, incorrect information, mistake, fraud, duress, excessive benefit or unfair advantage*”⁵⁷⁸.

III. ANULABILIDAD

Un negocio jurídico anulable es provisionalmente válido. Pues, aunque es plenamente eficaz, está amenazado con la invalidación, por haberse celebrado con determinados defectos (*negotia qui rescindi possunt*).

La acción de impugnación, cuyo ejercicio –por parte de determinadas personas (para la protección de sus intereses, dignos de tutela jurídica– determina la declaración de ineficacia del negocio jurídico celebrado. Por lo que, desde el cumplimiento hasta su caducidad (en 4 años, *arg.* 1301 CCE), salvo que hubiese sido confirmado válidamente (en cuyo caso pasaría a ser válido desde su celebración), las partes tienen la obligación –recíproca y de cumplimiento simultáneo– de devolverse lo recibido en virtud del negocio jurídico anulado (art. 1303 CCE)⁵⁷⁹. De modo que nos remitimos a lo previamente apuntado, en relación con la nulidad.

Procederemos con el estudio, examinando los supuestos en los que puede aplicarse el sistema de anulabilidad. Concretamente, nos estamos refiriendo a los vicios del consentimiento (1.), a la insuficiente capacidad de obrar (2.) y a la falta de intervención del

⁵⁷⁷ En este mismo sentido, encontramos *Bennett v. Bennett* [1952] 1 KB 249 (disponible en ICRL) y *Wright v. Wright* [1970] 1 WLR 499 (disponible en ICRL): “*There is no doubt that no agreement made inter parties can ever deprive the court of its right to review the question of maintenance for a wife*”. En la doctrina, vid. Jane SENDALL, “Family Law Handbook”, p. 90.

⁵⁷⁸ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, pp. 132-133.

⁵⁷⁹ Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 486-489 y 494-496; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 498-499 y 504-505; Manuel ALBADALEJO, “Ineficacia e invalidez”, pp. 32 y 36-37.

asistente (3.). De nuevo, se tomarán en consideración las especialidades relativas al pacto amistoso de separación.

1. Vicios del consentimiento

No hay divergencia entre la voluntad interna y la declarada, como sucede cuando se carece de consentimiento, sino que se ha producido una formación viciosa de la voluntad, por no haber tomado libre y espontáneamente su decisión. Ello puede suceder, de acuerdo con el art. 1265 CCE, por falta de conocimiento de la verdadera realidad (error o dolo) o por la falta de libertad que sufre una de las partes (violencia o intimidación).

Conforme con la doctrina del Tribunal Supremo, se presume *iuris tantum* que la voluntad es libre, consciente y espontáneamente manifestada (entre muchas otras, STS de 12 febrero 2013). En consecuencia, debe destruirse mediante la correspondiente prueba, cuya carga incumbe a quien sostiene lo contrario. Es preciso indicar que los PLFD también han propuesto la aplicación de una presunción *iuris tantum*, conforme la cual se pruebe que el consentimiento otorgado fue voluntario e informado cuando: ambas partes tenían una oportunidad razonable de asesoramiento legal independiente y, en caso de que alguna de ellas no lo hubiera tenido, si el acuerdo contenía un lenguaje que permitiese comprender cómo se habían alterado los derechos de ambas partes. Se entiende que se cumple con dicho requisito cuando es “*explicit, concrete, and reasonably complete, but need not address every detail of an agreement’s legal significance*”. Del mismo modo, en Australia, así como en Inglaterra y Gales, hay una menor posibilidad de impugnación victoriosa del consentimiento prestado cuando se ha recibido asesoramiento legal⁵⁸⁰.

En atención a que no toda incorrecta formación de la voluntad interna constituye vicio del consentimiento, es preciso examinar en qué supuestos se produce, tomando en consideración las circunstancias particulares que suelen rodear la celebración de un pacto amistoso de separación. Como ya apuntamos en el capítulo III, la crisis matrimonial o de la convivencia estable puede conllevar una serie de desórdenes, de pérdida de responsabilidades y de autodisciplina. Asimismo, es muy importante diferenciar los vicios del consentimiento de los defectos en un elemento del negocio jurídico. Pues, como ya se sabe, mientras que los

⁵⁸⁰ STS de 12 febrero 2013 (ROJ 427/2013, MP Salas Carceller). En la doctrina, vid. Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Tratado de Contratos*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 554. También vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of Family Dissolution”, p. 1011; Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 727-728; Jill BLACK, “A practical approach to family law”, p. 563.

segundos son insanables e imprescriptibles (acción de nulidad), los segundos se encuentran sujetos a plazo y sanan por la confirmación (acción de anulabilidad).

1.1. Error

Cada parte, en principio, debe soportar las consecuencias de las equivocaciones que haya podido padecer, como consecuencia del carácter excepcional de la protección otorgada al error. Por consiguiente, no todo error resulta invalidante, a los efectos del art. 1266 CCE, sino solo cuando concurren unos determinados requisitos. Siguiendo los postulados de CASTRO Y BRAVO, debemos precisar que el consentimiento se estima viciado por error cuando recae sobre las condiciones o requisitos incorporados o integrados en la causa. No obstante, si el error provoca que algo que no existe sea la causa principal, entonces esta es falsa y el negocio jurídico es nulo de pleno derecho, por un defecto en los elementos esenciales (art. 1261 CCE)⁵⁸¹.

Si bien es cierto que la causación de una lesión puede ser un elemento útil para valorar que se ha producido un error, no puede inferirse en cualquier caso que tenga que ser siempre corregida. Ello se debe a que, como defendía MORALES MORENO, las soluciones jurídicas al problema del error constituyen un sistema de distribución del riesgo de una defectuosa información entre las partes. Por lo que el error, como riesgo, debe repartirse de un modo justo⁵⁸².

A continuación, examinaremos los requisitos que deben concurrir para que el error resulte invalidante.

Por una parte, se requiere que el error tenga carácter esencial. De acuerdo con PECL 4:103 (1) letra b, ello acontece cuando “*the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms*”. Así, siguiendo a MORALES MORENO, cuando recae sobre elementos que pueden ser considerados «presuposiciones» del negocio jurídico, las cuales se tratan de apreciaciones de la realidad que han sido incorporadas en el mismo, normalmente de modo implícito. Así, por ejemplo, cuando una de las partes en el

⁵⁸¹ Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 242-243.

⁵⁸² Antonio-Manuel MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, Editorial CEURA, 1988, pp. 81, 88, 218-219; Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 177-178. Así, la STS de 24 marzo 1994 (ROJ 15112/1994, MP Fernández-Cid de Temes) declara que: “*para que el error pueda invalidar el consentimiento es necesario que sea sustancial, derivado de actos desconocidos para el que se obliga y, además, inexcusable, debiéndose tener en cuenta las circunstancias del caso y las cualidades subjetivas de los contratantes*”.

momento de la celebración del pacto amistoso de separación desconoce que la otra es titular de una gran cantidad de dinero en depósitos ocultos y/o en efectivo. Entonces, el error recae sobre determinadas cualidades de la persona (art. 1266 par. 2 CCE), concretamente sobre su capacidad económica, quedando excluida la insolvencia (sea inicial o sobrevenida) como error invalidante, porque conceder la anulabilidad supondría alterar profundamente las reglas del concurso de acreedores. En relación con los errores sobre el valor del objeto del negocio jurídico (salvo que sean consecuencia de un error sobre sus cualidades), conviene destacar que son irrelevantes, si bien con algunas particularidades en relación con el Derecho Civil catalán, como se estudiará posteriormente. Del mismo modo que los errores de la base de cálculo (p. ej. conversión de divisas) y errores de cuenta (p. ej. cálculo erróneo de las cantidades adeudadas) únicamente dan lugar a su corrección o rectificación (art. 1266 par. 3 CCE)⁵⁸³.

Por otra parte, es necesario que el error sea excusable, como igualmente se encuentra previsto por PECL 4:103 (2). Es decir, que no pudiese ser evitado empleando una diligencia media o regular por parte de quien lo padece. Como argumenta COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (CECL), en caso contrario, se estaría “*shift the consequences of its own carelessness on to the other party*”, a quien no le debe corresponder “*the burden of checking that the first party has not made careless mistakes*”⁵⁸⁴. Ello no sucede cuando se cometen errores elementales, tales como: no prever que, alcanzada una edad, pasaría a percibir la pensión de jubilación (SAPB de 27 julio 2006); no realizar simple operaciones aritméticas, para comprender el alcance de las obligaciones asumidas (SAPB de 17 enero 2002); no sospechar del incremento previsible de valor de un bien inmueble, habida cuenta del boom inmobiliario (SAPB de 11 febrero 2010). Tampoco cuando no se hubiera acudido a la consulta de un profesional, a pesar de guardar dudas (SAPB de 15 septiembre 2008). Del mismo modo que no puede apreciarse error –en principio– cuando hubiere recibido asesoramiento, por ser entonces plenamente conocedor del alcance y de las consecuencias de todos los pactos alcanzados (STS de 4 diciembre 1990). En el caso de que la equivocada o inexacta creencia o representación mental hubiese sido provocada por un incorrecto asesoramiento suministrado por el letrado, el error deberá ser asumido por la parte que

⁵⁸³ Así, por ejemplo, sucedió en la STS de 14 febrero 2000 (ROJ 1056/2000, MP Vázquez Sandes). La parcela de terreno, objeto del contrato de compraventa, resultaba de menor superficie, lo que hacía legalmente imposible su utilización tanto para el fin de explotación agrícola como para la construcción de un edificio o casa de campo. Tomando en consideración la fijación y aceptación de un precio desmesurado, se consideró que se había producido un error del comprador sobre las cualidades del objeto del contrato. En la doctrina, vid. Antonio-Manuel MORALES MORENO, “El error en los contratos”, pp. 175, 179-183 y 199-202; Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 185-186.

⁵⁸⁴ COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 234.

contrató sus servicios, si bien podrá exigirle responsabilidad por los daños causados. En este mismo sentido, se pronunció *Nebraska Supreme Court*, en *Young v. Govier & Milone, L.P.* (2013), reconociendo que un cliente puede dirigirse contra su abogado, de poder demostrar que el acuerdo alcanzado fue fruto de su negligencia profesional. También en Australia, si bien deben cumplirse tres condiciones: una previsión razonable de que con su acción u omisión podría dañar a su propio cliente (p. ej. no dar un asesoramiento adecuado y suficiente), una relación de suficiente proximidad entre ellos (resultando suficiente la contratación de sus servicios) y siempre que resulte “*just, fair and reasonable*” la imposición de un deber (siempre concurre porque la parte confía en él). Por el contrario, en el derecho inglés y galés, un mal asesoramiento legal (independientemente de si es negligente) “*must be taken into account whether as a good justification or as weak excuse for a party not being held to his or her bargain*” (*Harris v. Manahan*, 1996), aunque ello no implicará necesariamente que el acuerdo deba ser privado de efectos. Como apuntan HARPER y FRANKLE, no puede reputarse como un asesoramiento inadecuado, el hecho de que se aconseje “*to take a course of action, or permit a client to do so, which a more experienced, or stronger-minded legal adviser would have discouraged*”⁵⁸⁵.

Debemos señalar que cuando una de las partes es un experto o profesional se le impone un grado de diligencia más elevado que al exigido a un hombre medio, por disponer de mayores conocimientos. Así, por ejemplo, a un jurista en relación con el error sobre las disposiciones legales (error *iuris*). O a un economista, en lo concerniente a la valoración de los bienes y la constitución de lotes iguales. Así, *Family Court of Australia*, en *Collagio v. Collins* (2015), tomó en consideración el hecho de que “*de facto wife*” era auditora con muchos años de experiencia en el asesoramiento de empresas⁵⁸⁶. En cambio, cuando alguno de ellos estuviese afectado por un estado grave de perturbación anímica (p. ej. angustia económica, depresión severa), la diligencia exigible debe flexibilizarse, por estar sus facultades intelectuales limitadas y su capacidad de entendimiento afectada. Eso sí, para apreciar la concurrencia de error en el consentimiento prestado, se precisa de una desproporción o desequilibrio lesivo

⁵⁸⁵ *Young v. Govier & Milone, L.P.* (835 N.W.2d 684), disponible en RAVEL; *Harris v. Manahan* [1996] 4 All ER 454, citado por HARPER y FRANKLE. En la doctrina, vid. Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2152-2153; Mark HARPER / Brett FRANKLE, “An English Practitioner’s view on pre-nuptial, post-nuptial and separation agreements”, pp. 129-130; Paul le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail?”, pp. 33-35. En la jurisprudencia, también vid. SAPB de 27 julio 2006 (ROJ 8086/2006, MP Jiménez de Parga Gastón); SAPB de 17 enero 2002 (ROJ 514/2002, MP Valdivieso Polaino); SAPB de 11 febrero 2010 (ROJ 1674/2010, MP Martín Villa); SAPB de 15 septiembre 2008 (ROJ 9034/2008, MP Jiménez de Parga Gastón); STS de 4 diciembre 1990 (ROJ 10951/1990, MP Santos Briz).

⁵⁸⁶ *Collagio v. Collins* [2015] FamCA 263. En este sentido, por ejemplo, encontramos la STS de 12 julio 2002 (ROJ 5231/2002, MP Romero Lorenzo), en la que se denegó que el error sufrido por el perito al describir y valorar como edificada una finca rústica supusiera la nulidad de la subasta. Dicha posición se fundamentó en que, dada la habitual participación de la recurrente en operaciones como la que se pretendía invalidar, concurrían determinados conocimientos que le imponían una comprobación más exhaustiva que la que podía esperarse de un hombre medio.

en el acuerdo alcanzado. Así, por ejemplo, en *S.D. v. N.D.* de 2010, *New York Supreme Court* consideró que, si bien la esposa no había tomado los fármacos psicotrópicos para sobrellevar sus problemas de ansiedad el día que fueron ante el tribunal para que el acuerdo –alcanzado durante la negociación– fuese recogido en “*decree*”, ello no implicaba su invalidez. Pues, no había quedado suficientemente acreditado que no comprendiera plenamente la naturaleza de la transacción, en la medida que había repetidamente manifestado entendimiento y satisfacción⁵⁸⁷.

Hay que tener en cuenta que el comportamiento de la otra parte puede ser de tal naturaleza que sea razonable imputarle el error, en cuyo caso resulta irrelevante que se hubiera recibido asesoramiento por parte de un experto. Ello sucede cuando ha provocado el error (art. 1302 CCE), si bien difícilmente pueden concurrir razones suficientes que permitan concluir que actuó diligentemente cuando confió en la otra parte (art. 1104 par. 1 CCE), en atención a que nos encontramos en un supuesto de crisis matrimonial o de la convivencia estable. En este mismo sentido, se ha pronunciado AMERICAN LAW INSTITUTE, declarando que: “[E]ach party is less naive about the beneficent intentions of the other party and, given the demise of the relationship, is bargaining at arm’s length”. De modo que, por ejemplo, deberá comprobar siempre el régimen económico matrimonial existente (SAPT de 22 marzo 2010), así como si la valoración de bienes realizada se ajusta con la realidad (SAPB de 8 noviembre 2005). Así, por ejemplo, en *Hazard v. Hazard* (2012) no prosperó la alegación de “*mutual mistake*”. El marido se había comprometido a pagar a su esposa \$192,500, como parte de la distribución de los activos matrimoniales, en atención al valor que un agente inmobiliario había tasado en relación con una de sus propiedades. Si bien, con posterioridad, el marido intentó privar el acuerdo de efectos, a través de presentar otra tasación del mismo inmueble, realizado por otro agente, en que se le otorgaba un valor inferior, dicha alegación no prosperó, porque el tribunal estimó que la primera tasación era más convincente y verosímil. Tampoco en *Tylinska v. Tylinska* (2010), en que ambas partes coincidían en afirmar que el valor de la vivienda familiar era de \$600,000. Tras la sentencia, el marido pasó a valorarla en \$100,000, aunque al fin la pudo vender por \$90,000, incurriendo en \$15,000 en gastos para aclarar su título. El tribunal consideró que la alegación de “*mutual mistake*” de la esposa no podía prosperar, por considerar que se debió a la buena suerte del marido⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Así, se estima en la SAPB de 4 marzo 2003 (ROJ 2043/2003, MP Foncillas Sopena) y de 16 septiembre 2002 (ROJ 8929/2002, MP Valdivieso Polaino). También vid. *S.D. v. N.D.*, 27 Misc. 3d 1215^a (disponible en Justia: 2010 NY Slip Op 50762 [U]).

⁵⁸⁸ *Hazard v. Hazard*, 45 A.3d 545 (R.I. 2012), disponible en FindLaw: No. 2011-116-Appeal; *Tylinska v. Tylinska* (KNOFA054103391S, decidido 15 septiembre 2010), disponible en FindLaw. Para un estudio más exhaustivo, consultar: Nina VITEK, “Mutual mistake as grounds for setting aside a property settlement agreement”, *American Journal of Family Law*, vol. 27, núm. 1 (2013), pp. 40-44.

Procede igualmente imputarle el error a la otra parte, a pesar de que no lo hubiera provocado, cuando hubiera incumplido su deber de colaboración, ocasionando un conocimiento defectuoso de los hechos tomados en cuenta como presuposiciones del negocio jurídico. Por lo que, como postulaba la STSJC de 31 marzo 2016, “*si el eventual déficit no hubiera podido condicionar razonablemente el consentimiento del otorgante ni su decisión de pactar, deberá considerarse intrascendente*” (FJ 3). Ello no acontece, por ejemplo, cuando no informa a la otra parte, después de haber recibido asesoramiento legal o por ser un profesional del derecho, de la necesidad de disponer de asistencia letrada independiente a los efectos de evitar el ejercicio de la facultad de desistimiento (art. 233-5.2 CCC). También se debe imputar el error a la otra parte cuando la información no es fácilmente obtenible y supone una costosa investigación. Así, por ejemplo, cuando uno de ellos es titular de depósitos ocultos y/o en efectivo, lo cual dificulta averiguar su capacidad patrimonial real. En cambio, no prosperará cuando se alegue desconocimiento de la propiedad de bienes inmuebles (SAPB de 11 noviembre 2005) o de la titularidad de cuentas corrientes (SAPB de 27 julio 2006)⁵⁸⁹. En cualquier caso, se debe tomar en consideración la circunstancia de que las partes han estado unidas durante un determinado lapso de tiempo por vínculos afectivos.

1.2. Dolo in contrahendo

Este se produce cuando una de las partes induce a la otra, a través de palabras o maquinaciones insidiosas, a celebrar un negocio jurídico que no hubiera celebrado sin ellas (art. 1269 CCE). De acuerdo con la STS de 3 octubre 2003, es “*el engaño causado maliciosamente [...] haciéndole creer lo que no existe u ocultando la realidad*”. El dolo se diferencia del error en que el acento se pone en la maquinación o astucia empleada, y en lugar del error inducido (STS de 26 octubre 1981). Por esta razón, la actuación negligente de quien padece el error pierda relevancia, al haber sido víctima de maniobras fraudulentas y de un acto antijurídico⁵⁹⁰.

Sin embargo, es importante precisar que, de perseguirse con el dolo un fin ilícito, el negocio jurídico celebrado ya no sería anulable, sino nulo de pleno derecho, por tener una causa

⁵⁸⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of Family Dissolution”, p. 1012. También vid. Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 249-250; Antonio-Manuel MORALES MORENO, “El error en los contratos”, pp. 226-231; Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, p. 2155. En la jurisprudencia, consultar: STSJC de 31 marzo 2016 (ROJ 2419/2016, MP Ramos Rubio); SAPB de 11 noviembre 2005 (ROJ 10361/2005, MP Fernández San Miguel); SAPB 27 julio 2006 (*ut supra*); SAPT de 22 marzo 2010 (ROJ 547/2010, MP Díaz Muyor).

⁵⁹⁰ STS de 3 octubre 2003 (ROJ 5949/2003, MP O’Callaghan Muñoz) y STS de 26 octubre 1981 (ROJ 4972/1981, MP De la Vega Benayas). En la doctrina, vid. Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL, *El Dolo en el derecho civil*, Granada, Editorial Comares, 2005, pp. 186-187; Antonio-Manuel MORALES MORENO, “El error en los contratos”, p. 221; Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 171-172; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, p. 144.

ilícita (art. 1261 CCE). Del mismo modo que lo sería, cuando el dolo origine una ausencia de causa. Así, por ejemplo, si una de las partes amenaza con quitarse la vida de no celebrarse un pacto amistoso de separación con un determinado contenido a tenor de sus intereses, siempre que el consentimiento se preste para evitar que lo haga, y no con el propósito de regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable. O de obtenerse su firma, a través de colocar el documento privado (en que se encuentra recogido el pacto amistoso de separación) entre otros papeles pendientes de ser firmados, aprovechándose de que aún no le ha comunicado su voluntad de romper con la relación matrimonial o de convivencia estable.

Para apreciar la concurrencia de dolo se requiere de una conducta insidiosa, por incurrir en una infracción del principio de buena fe (presupuesto subjetivo). En este mismo sentido, se encuentra regulado en PECL 4:107, en que se requiere que la parte que actuó fraudulentamente supiera que la información proporcionada no era correcta o negligentemente no verificase su exactitud y, además, que persiguiera engañar a la otra parte o que lo hiciera como consecuencia de su imprudencia. Es preciso indicar que dicha conducta insidiosa debe ejercer tal influencia que cause que la otra parte emita una declaración negocial sin plena libertad y conocimiento, resultando indiferente la finalidad que se proponga conseguir. Esta puede consistir en un comportamiento activo, a través del cual se capte la voluntad del otro mediante el uso de expresiones (palabras) o utilizando determinados actos (maquinaciones). Así, por ejemplo, en caso de falseamiento o irregularidades en la contabilidad familiar con el propósito de ocultar la verdadera situación patrimonial y financiera. Asimismo, puede tratarse de un engaño por omisión (reticencia dolosa). Una de las partes guarda silencio y no advierte a la otra de su error en relación con hechos o circunstancias, a pesar de conocer su existencia. Por ejemplo, le esconde que no se encuentra en condiciones de cumplir con lo pactado, por ser insolvente o prever que lo será en el momento de vencimiento de la obligación (SAPB de 9 febrero 2001). Como defendía MORALES MORENO, en dicho caso no puede considerarse que las reglas del concurso de acreedores sean alteradas profundamente, en la medida en que el error ha sido provocado dolosamente⁵⁹¹.

⁵⁹¹ COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, "Principles of European Contract Law", p. 252; Federico DE CASTRO Y BRAVO, "El negocio jurídico", pp. 144 y 150-152; Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, "Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato", pp. 565-570; Luis Díez-PICAZO, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", pp. 173-174; Antonio-Manuel MORALES MORENO, "El error en los contratos", p. 175. En la jurisprudencia, vid. SAPB de 9 febrero 2001 (ROJ 1510/2001, MP Bachs Estany).

También es necesario, para poder apreciar dolo, que tenga carácter de grave (presupuesto objetivo). Para ello, se debe tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, para valorar la presión o sugestión ejercitada. Como, por ejemplo, si alguna de las partes sufría de una enfermedad grave del tipo depresiva con trastorno de la personalidad (SAPB de 11 abril 2012). Pero no, cuando se padecieran los malestares propios del proceso de duelo y pérdida a causa de la ruptura de la vida en común (SAPB de 11 diciembre 2008). Además, es muy importante diferenciar entre «dolo incidental» y «dolo causante», puesto que solamente este último provoca la nulidad del negocio jurídico (art. 1270 CCE). Lo relevante es valorar si el engaño resultó determinante para que se celebre, lo cual dependerá de si recae sobre elementos esenciales o accesorios del mismo⁵⁹². Ahora bien, en atención a que el pacto amistoso de separación es un negocio jurídico complejo, puesto que fue el conjunto de prestaciones lo que movió a las partes a prestar su consentimiento, consideramos que difícilmente se podrá apreciar dolo incidental.

1.3. Intimidación

El elemento característico de la intimidación es un miedo o un temor producido en una persona que vicia la declaración de voluntad emitida (art. 1267 CCE), pudiendo tener su origen en la otra parte o en un tercero (art. 1268 CCE). Como declaró CASTRO Y BRAVO, implica que “*se decide declarar algo que no se quiere, ordinariamente considerado mal inmediato, para evitar un mal futuro con el que se amenaza y de mayor entidad*”⁵⁹³.

Conviene destacar que cuando la intimidación afecte la causa, el negocio jurídico ya no es anulable, sino nulo, por ausencia o ilicitud de esta (art. 1261 CCE). Por ejemplo, ello sucede cuando se firma bajo la amenaza de una pistola en la nuca. O bien, si una de las partes recibe llamadas continuas por teléfono por parte de la otra, en las que se efectúen graves amenazas contra su vida, instándole a la aceptación inmediata del pacto amistoso de separación. La razón es que el miedo o temor se ha insertado en la causa, puesto que el consentimiento se otorga para salvar la vida, creándose así una mera apariencia⁵⁹⁴. No obstante, si en el negocio jurídico hay una causa verdadera y lícita, solo procede apreciar un vicio del consentimiento, por concurrir únicamente un móvil anómalo. Así sucede, por ejemplo, si el propósito del

⁵⁹² Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 172-173; Antonio-Manuel MORALES MORENO, “El error en los contratos”, pp. 153-154; Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL, “El Dolo en el derecho civil”, pp. 192-194. En la jurisprudencia, consultar: SAPB de 11 abril 2012 (ROJ 3577/2012, MP Ortuño Muñoz) y SAPB de 11 diciembre 2008 (ROJ 11709/2008, MP García Esquius).

⁵⁹³ Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 143-144; Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, pp. 562-563.

⁵⁹⁴ Así, DE CASTRO Y BRAVO declara que una donación hecha por coacción carece de causa, puesto que no hay liberalidad del bienhechor, como exige el art. 1274 CCE (Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 138-139).

negocio jurídico continúa siendo el de regular los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, pero el miedo o temor le ha impedido emitir una declaración de voluntad con libertad.

Para apreciar que la intimidación ha viciado el consentimiento prestado, se requiere de una amenaza. Concretamente, del anuncio de “*un mal inminente y grave*” contra el sujeto pasivo, su cónyuge, ascendientes o descendientes, así como contra los bienes de cualquiera de ellos (art. 1267 par. 2 CCE). Para valorar la inminencia, se toma en consideración la proximidad del mal que se espera y la posibilidad de evitarlo. Así, no procede su apreciación cuando transcurre mucho tiempo entre el miedo o temor infundido y la celebración del pacto amistoso de separación. En relación con la gravedad, se valora a partir de la idoneidad del mal para influir sobre el ánimo del sujeto. Como, por ejemplo, conductas tipificadas de delito o susceptibles de atacar a derechos subjetivos. En cualquier caso, hay que remarcar que la amenaza debe revestir un matiz antijurídico. Por tanto, el anuncio del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho no puede reputarse una amenaza injusta. Como sucede si le advierte que, de no alcanzar un acuerdo, se presentará una demanda de divorcio contencioso (SAPB de 11 abril 2007). O de comunicarle que, de no cumplir con lo pactado, se procederá a emprender las acciones legales oportunas (SAPB de 29 octubre 2014). Es, por esta misma razón, que en Australia no se considera como “*duress*” (ss. 90K (1) letra b y 90UM (1) letra e FLA), por no ser la amenaza antijurídica, cuando una de las partes aprovecha el temor de la otra a perder el visado si el matrimonio se extingue (*Moreno v. Moreno*, 2009) o la de presentar denuncia por haber falsificado su firma para extraer dinero de la cuenta corriente en común (*Tsarouhi v. Tsarouhi*, 2009)⁵⁹⁵.

Asimismo, se precisa de la creación de un estado o una situación de temor racional y fundado al sujeto pasivo, en atención a su edad y condición (art. 1267 par. 3 CCE). O, como declara el PECL 4:108, que carezca de una alternativa razonable, puesto que –en caso contrario– se entiende que “*the threat was not the real reason for the threatened party agreeing to the demand*”. Para valorarlo, de acuerdo con DE CASTRO Y BRAVO, se debe tener en cuenta “*la condición social (p. ej. persona inculta, perseguida), física y psíquica de la persona (p. ej. su estado de enfermedad, debilidad, desamparo, inexperiencia, grado de desarrollo intelectual, intoxicación incompleta)*”. Así pues, en relación con el pacto amistoso

⁵⁹⁵ Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, p. 163; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, p. 143; Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, p. 559. En la jurisprudencia, consultar: SAPB de 11 abril 2007 (ROJ 3579/2007, MP García Esquius) y SAPB de 29 octubre 2014 (ROJ 12287/2014, MP Utrillas Carbonell). También vid. *Moreno & Moreno* [2009] FMCAfam 1109; *Tsarouhi & Tsarouhi* [2009] FMCAfam 126.

de separación, proceda examinar si alguna de las partes padecía de una enfermedad mental y no de una mera situación de estrés (SAPB de 22 mayo 2003). O si, como consecuencia de los malos tratos sufridos, se hallaba trastornada y atemorizada (SAPG de 8 octubre 2001). Sin embargo, como indicaba BRERETON, cabe precisar que: “*One can be ill, or poor, or even affected by delusions, and still perfectly capable of robustly conserving one’s own interests*”. Por lo que la presencia de una enfermedad mental no implica necesariamente una situación de desventaja, por no quedar siempre afectado el buen criterio (p. ej. depresión, brotes psicóticos, alucinaciones)⁵⁹⁶.

En último lugar, para apreciar que se ha producido intimidación, resulta indispensable que concurra un nexo causal entre la intimidación ejercida y el consentimiento emitido. Así, por ejemplo, ello no puede apreciarse cuando la pretendida intimidación se ha producido con posterioridad a la celebración del pacto amistoso de separación (SAPB de 29 octubre 2014). O cuando las amenazas se realizasen en una situación puntual, sin guardar relación alguna con el contenido ni con el tiempo en que fue celebrado (SAPG de 8 octubre 2001).

1.4. Violencia

Esta se produce cuando se consigue obtener un consentimiento viciado, como consecuencia de la presión ejercida o de la fuerza (*vis impulsiva*). Como defendía DE CASTRO Y BRAVO, tiene lugar “*al encontrarse en una situación de fuerza, frente a la que no cabía resistencia; en la que, dadas las circunstancias, no se ha dado la posibilidad de una oposición eficaz*”. En la medida en que hay privación en la libertad de decidir, aunque sin llegar a suprimir el consentimiento, permiten ser invalidados, a través de la anulabilidad (art. 1267 CCE). Ahora bien, cuando la presión ejercida o los medios utilizados producen una total inexistencia de voluntad (*vis absoluta*), el negocio jurídico es nulo, por faltar por completo el consentimiento (art. 1265 CCE). Como sucede, por ejemplo, si uno de ellos firma el pacto amistoso de separación porque la otra parte le está sujetando y guiando la mano⁵⁹⁷.

La violencia no solo puede consistir en fuerza física, sino también ser psíquica. Así ocurre de celebrarse un pacto amistoso de separación, después de haber sido víctima de lesiones violentas por parte del otro. Como en la SAPT de 7 septiembre 2005, en que uno de los

⁵⁹⁶ COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, “Principles of European Contract Law”, p. 259; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 143-144; Paul le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail?”, p. 20. En la jurisprudencia, vid.: SAPB de 22 mayo 2003 (ROJ 4112/2003, MP López-Carrasco Morales) y SAPG de 8 octubre 2001 (ROJ 1502/2001, MP Masfarré Coll).

⁵⁹⁷ Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 133-136; Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, p. 162.

convivientes estables dio dos bofetadas al otro el día anterior a la firma. Si bien no invalidó el consentimiento prestado, por considerarse insuficiente y sin la condición de grave (no llegaron a lesión, ni causaron signos externos) como para determinar la voluntad. Cabe tomar en consideración que, de acuerdo con DÍEZ-PICAZO, la diferencia entre intimidación y violencia es que, mientras que en el primero contempla la actitud del sujeto paciente, el segundo mira más el comportamiento del sujeto activo. Por tanto, se precisa solamente de una fuerza irresistible, sin estar las condiciones más matizadas. De manera que, para apreciar que ha concurrido violencia, resulta indiferente que se haya intimidado o no al sujeto paciente⁵⁹⁸.

2. Insuficiente capacidad de obrar

Ello se produce cuando se carece de la capacidad natural de querer y entender, pero sin ser lo suficientemente grave como para poder apreciar falta absoluta de consentimiento (art. 1261.1º CCE). En caso contrario, el negocio jurídico celebrado no es anulable, sino nulo de pleno de derecho.

2.1. Menor de edad

Como expusimos detenidamente en el capítulo IV, los menores de edad que celebran un pacto amistoso de separación están siempre emancipados de derecho. Por lo que, salvo que la ley exija expresamente la mayoría de edad (en cuyo caso serían anulables, *arg.* 1301 CCE), procede entender que pueden celebrarlos por sí solos, en la medida en que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor tienen que ser interpretadas restrictivamente (arts. 211-3.3 CCC, 2.1 LOPJM y 17.2 LDOIA).

En relación con los actos jurídicos hechos sin el prescriptivo complemento de capacidad (art. 211-12.1 CCC), cabe remarcar que son igualmente anulables (art. 211-12.3 CCC), salvo que se hubiera obtenido autorización judicial (art. 211-13 CCC). Además, si estos tuvieran hijos sometidos a su potestad parental, deben también obtener autorización judicial, para celebrar determinados actos, situados en el ámbito de la administración de bienes (art. 236-27.1 CCC), los cuales se corresponden con aquellos que un menor emancipado no puede realizar por sí mismo. De no obtenerse, los actos son anulables (art. 236-31.1 CCC).

⁵⁹⁸ SAPT de 7 septiembre 2005 (ROJ 1196/2005, MP Carril Pan). En la doctrina, vid. Luis DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, p. 161.

2.2. Incapacitado

Se trata de personas mayores de edad, cuya capacidad de obrar no es plena, al encontrarse sujetas a restricciones en el ejercicio de sus derechos en su esfera personal o patrimonial. Es preciso distinguir en función de la institución civil de protección a la cual se encuentren sometidos.

De haber sido incapacitados totalmente, no pueden prestar su consentimiento (art. 1263.2º CCE). En consecuencia, los actos hechos por el tutor, o por el administrador patrimonial, sin la prescriptiva autorización judicial, son anulables (art. 222-46.1 CCC). Del mismo modo que lo son de ser realizados por apoderado nombrado en escritura pública, a través de poder en previsión de la pérdida sobrevenida de capacidad (art. 222-46.2 CCC), salvo que el poderdante la hubiese excluido expresamente (art. 222-44.3 CCC). En cambio, de tratarse de una incapacitación relativa, sí pueden prestar consentimiento, aunque precisan de complemento de capacidad. Entonces, los actos hechos sin la asistencia necesaria del curador son anulables (art. 223-8 CCC), salvo que se hubiera obtenido autorización judicial (art. 223-4.2 CCC).

Asimismo, debemos señalar que en caso de conflicto de intereses con la persona protegida, sin que se proceda al nombramiento de un defensor judicial, el acto hecho es anulable (art. 224-4 CCC). Ello se requiere, en relación con el tutor (art. 222-29 CCC), el curador (art. 223-7 CCC) y el apoderado (art. 224-4 CCC), entre los otros supuestos previstos en el art. 224-1 CCC. Así, cuando alguno de los cargos anteriores fuese ocupado por el cónyuge o conviviente estable, independientemente de si ha cesado la convivencia, de no proceder al nombramiento de un defensor judicial (y, en todo caso, sin perjuicio de la autorización judicial), el pacto amistoso de separación celebrado resulta anulable.

2.3. Declarado en concurso de acreedores

La restricción en las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes de la masa activa, a raíz de la declaración de la concursado, es descrito como una limitación en su capacidad de obrar (art. 7.8 LEC). Así, DELGADO ECHEVARRÍA ha declarado que se trata de normas de incompetencia, que privan del poder de realizar actos jurídicos, al igual que ocurre con la incapacitación. Sin embargo, como ha defendido RIBOT

IGUALADA, es cuestionable que comporten una restricción equiparable a las situaciones de incapacidad⁵⁹⁹.

A partir de la fecha del auto de declaración de concurso, salvo que se adopten medidas cautelares (arts. 17 y 226.2 ap. 3 LC), el deudor queda sometido a intervención (art. 40.1 LC) o se opta por la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y de disposición (art. 40.2 LC), en función de si es voluntario o necesario. Mientras que en el primero la administración concursal se limita a prestar su autorización o conformidad, en el segundo sustituye el deudor, correspondiéndole el ejercicio de las facultades de administración y disposición. Los actos realizados por el deudor, en contravención de dichas limitaciones, son anulables (art. 40.7 LC), pudiendo incluso acarrear una sanción penal (art. 259 CP). Ello implica que pueden quedar sin efectos o ser confirmados si resultan favorables.

Independientemente de que el régimen adoptado sea el de sustitución o el de intervención, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, el deudor o la administración concursal no pueden enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez (art. 43.2 LC). Si bien es cierto que la ley concursal tampoco se ocupa del tipo invalidez de que adolecen los actos realizador sin esta, PARRA LUCÁN defiende su anulabilidad, puesto que dicho defecto puede subsanarse con posterioridad en algunos supuestos, por ratificación. Así procede, conforme con MARTÍNEZ FLÓREZ, cuando tienen legitimación para efectuarlos, por ser actos necesarios para conservar el valor de la masa activa⁶⁰⁰.

Una vez que el convenio es aprobado judicialmente, terminan las limitaciones en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, salvo que los acreedores adopten las medidas que aseguren el cumplimiento de sus pretensiones (art. 133.2 LC), las cuales se mantienen hasta la conclusión del concurso (art. 178.1 LC). La violación de las mismas constituye un incumplimiento del convenio, cuya declaración puede ser solicitada al juez por cualquier acreedor (art. 140.1 LC). En la misma resolución, se acordará la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1 LC). Entonces, la administración concursal –y, subsidiariamente, los acreedores (arts. 54.4 y 72.1 LC)– pueden ejercitar la acción de

⁵⁹⁹ Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado. (Notas de teoría y dogmática)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 1 (2005), p. 23; Jordi RIBOT IGUALADA, “La incapacitació, l’assistència i altres situacions relatives a persones majors d’edat”, pp. 276-277.

⁶⁰⁰ Así, lo entiende: M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1 (2009), pp. 25-27. También, vid.: Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, “Artículo 43”, en Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 896-898.

reintegración, la cual se dirige a declarar la ineficacia del acto y a restituir el bien salido de la masa activa. De acuerdo con MARTÍNEZ FLÓREZ, las prohibiciones o limitaciones establecidas en el convenio afectan a la eficacia del acto, al igual que sucede con la suspensión y la intervención, resultando este anulable y no rescindible. En otras palabras, la restitución o devolución del bien a la masa activa se fundamenta en su ineficacia, por haber sido realizado por un sujeto que carecía de facultades, y no en el perjuicio causado⁶⁰¹.

Como la apertura de la fase de liquidación lleva aparejada la suspensión de las facultades de administración y de disposición del deudor concursado sobre su patrimonio, cabe preguntarse por los actos celebrados incumpliendo dichas limitaciones. En la medida en que les resultan de aplicación todos los efectos establecidos en el título III (art. 145.1 LC), podemos concluir que resultan anulables. En cualquier caso, una vez concluido el concurso, todas las limitaciones subsistentes de las facultades de administración y disposición sobre el deudor cesan (art. 178.1 LC).

3. Falta de intervención del asistente

Si bien es cierto que el asistido goza de capacidad suficiente por sí solo, en la medida en que la disminución en sus facultades no es lo suficientemente grave como para constituir causa de incapacitación, como ya defendimos previamente en el capítulo IV, sí se precisa de la intervención del asistente para aquellos actos jurídicos del ámbito patrimonial determinados en la resolución judicial. Por tanto, si la persona asistida los realiza sin su intervención, estos resultan anulables (art. 226-3 CCC).

IV. RESCISIÓN

Es una figura de ineficacia, en la que el ejercicio de la acción impugnatoria se deja en poder de la persona protegida. A diferencia de la anulabilidad, la rescisión se aplica a un negocio jurídico válido (art. 1290 CCE), para evitar una lesión o perjuicio de naturaleza económica – a una de las partes o a un tercero– que se estima injusto, inicuo o contrario a Derecho. Además, dicha acción es subsidiaria, puesto que únicamente procede cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal (art. 1294 CCE). El plazo (de caducidad) para su ejercicio es de 4 años (art. 1299 CCE), pudiéndose obtener la restitución de la prestación realizada o la reparación por el daño sufrido como consecuencia de su celebración (art. 1295 CCE)⁶⁰².

⁶⁰¹ Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, “Artículo 137”, p. 2254. En este mismo sentido, se ha posicionado Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 110-111.

⁶⁰² Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 507-509; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 520 y 527.

A continuación, se desarrollará un estudio en lo relativo a los supuestos en que resulta posible acudir a la rescisión, ya sea por lesión (1.) o por fraude de acreedores (2.). Hay que tener en cuenta que se trata de un remedio excepcional y que solo procede su aplicación en los casos establecidos legalmente (art. 1290 CCE), los cuales se corresponden con negocios jurídicos de naturaleza patrimonial.

1. Por lesión

Un negocio jurídico celebrado por el tutor, en nombre de un menor no emancipado o incapacitado, para los que no se precisa de autorización judicial (se corresponden con aquellos no incluidos en el art. 222-43 CCC), puede rescindirse si la lesión sufrida supera la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto del contrato (arts. 1291 ap. 1 y 1296 CCE). Como indicaba MARTÍN PÉREZ, la mayor intervención judicial y perfeccionamiento de los órganos tutelares han mermado el sentido de este supuesto rescisorio. Muestra de ello, es la ausencia de jurisprudencia que haga una aplicación efectiva de dicho precepto⁶⁰³.

Cabe resaltar que en el Derecho civil catalán se ha conservado la figura de la rescisión por lesión *ultra dimidium* (arts. 321-325 CDCC), la cual también ha sido incorporada en el PLSCCC (a través del art. 621-46). El ejercicio de dicha acción caduca a los 4 años desde la fecha de su celebración (art. 322 CDCC) y no solamente corresponde a la parte enajenante, sino también a los acreedores defraudados por las actuaciones ilegítimas de sus deudores⁶⁰⁴. Asimismo, le resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1295 CCE, con la salvedad que los frutos o intereses anteriores a la reclamación judicial no tienen que ser restituidos (art. 324 CDCC). De ahí que proceda examinar en qué medida resulta posible el ejercicio de dicha acción, en relación con un pacto amistoso de separación.

Debemos precisar, primeramente, que únicamente puede aplicarse, en relación con los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles (art. 321 par. 1 CDCC). De hecho, su alegación resulta frecuente en caso de división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.

⁶⁰³ José Antonio MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, José M^a Bosch, 1995, pp. 351-352. En este mismo sentido, se habían previamente posicionado Rafael ÁLVAREZ VIGARAY / Regina DE AYMERICH DE RENTERÍA, *La rescisión por lesión en el derecho civil español común y foral*, Granada, Editorial Comares, 1989, p. 88.

⁶⁰⁴ A pesar de que el art. 322 CDCC determina que el ejercicio de la acción rescisoria es de naturaleza personal, ello “*no vol dir que sigui inherent a la persona del deutor, venedor de la finca venuda en menys de la meitat del seu 'preu just', sinó que significa que la susdita acció està mancada de caràcter i transcendència real*”, como declaró en su FJ 3 la STSJ de 4 diciembre 2003 (ROJ 12406/2003, MP Bassols Muntada). La legitimación para ejercer dicha acción se encuentra reconocida a los acreedores defraudados en la SAPB de 17 marzo 2009 (ROJ 2665/2009, MP Pérez de Lazárraga Villanueva).

Es preciso indicar que esta institución tiene un fundamento puramente objetivo. Así, aunque concurren todos los requisitos necesarios para su validez, dichos negocios onerosos son rescindibles cuando el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio. Es decir, que haya recibido menos del 50% en valor de lo que debió haber recibido, tomando en consideración el valor en venta que las cosas tuvieran al tiempo de su otorgamiento en relación con otras de igual o análogas circunstancias en la respectiva localidad (art. 323 par. 2 CDCC)⁶⁰⁵.

De manera que si una de las partes ha cometido error sobre el valor del objeto del negocio jurídico (salvo que sea consecuencia de un error sobre sus cualidades, en cuyo caso procede su anulabilidad), ello solo resultará relevante en la medida en que hubiera ocasionado un perjuicio lesivo para alguna de las partes. Cabe indicar que se ha introducido la acción por ventaja injusta en el PLSCCC, la cual permite rescindir un contrato de carácter oneroso (en el plazo de 4 años desde el momento de su conclusión), siempre que una de las partes obtenga “*un benefici excessiu*” o “*un avantatge manifestament injust*”, por haberse aprovechado de: la dependencia o relación de confianza que le unía con la otra, de que se encontrase en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, o bien, de ser incapaz de prever las consecuencias de sus actos (art. 621-45 CCC).

En cualquier caso, es importante señalar que algunos actos de disposición quedan exceptuados de la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium* (art. 321 par. 2 CDCC). De manera que en ellos no es necesario que se cumpla con una equivalencia de prestaciones.

En atención al objeto del presente estudio, resultan relevantes aquellos en que el precio queda decisivamente determinado por el carácter litigioso de lo adquirido (art. 321 par. 2 CDCC). Si bien es cierto que una interpretación literal de dicho precepto debe conducir a afirmar que aquellas transacciones, cuya finalidad es la de evitar una contienda judicial (como el pacto amistoso de separación), sí son rescindibles, por carecer de carácter litigioso y, de hecho, en el art. 621-46.2 PLSCCC ya no constituye una de las causas que impiden el ejercicio victorioso de la acción. En sentido contrario, se ha posicionado ABRIL CAMPOY, quien defiende que no deberían de ser rescindibles cuando la transacción permita justificar el sacrificio patrimonial causante del desequilibrio. Conforme con dicho autor, lo procedente es

⁶⁰⁵ Como declara la STS de 3 diciembre 1981 (ROJ 263/1981, MP Castro García), la figura de la rescisión por lesión *ultra dimidium* “no requiera el complemento de otras circunstancias o elementos subjetivos para su existencia o eficacia [...], pues se entendía que el engaño iba embebido en la lesión misma”. Así, por ejemplo, en la SAPB de 24 marzo 2010 (ROJ 4061/2010, MP García Esquius) no prosperó el ejercicio de dicha acción, en relación con la disolución de una sociedad de gananciales, porque la valoración a la baja había afectado por igual a todos los bienes que formaban el activo.

“valorar el bien inmueble a resultas de la incertidumbre que genera el pleito ya comenzado o a iniciar, y, en relación con ese valor, comparar la prestación prometida por la otra parte”⁶⁰⁶.

Además, resultan excluidos aquellos actos de disposición en que el precio o contraprestación queda determinado por el carácter aleatorio de lo adquirido. Por lo que el justo precio del bien adquirido no pueda determinarse por incidir en él un factor de incertidumbre. Ello no solamente tiene lugar en los contratos aleatorio (con causa onerosa), sino también cuando se aprecian elementos aleatorios en contratos conmutativos. Así, por ejemplo, se consideró en la STSJC de 7 diciembre 1998, en relación con un contrato de compraventa, cuyo precio había venido determinado por la aleatoriedad que comportaba que se pudiera obtener después la desocupación voluntaria de los 45 arrendatarios (protegidos por la prórroga forzosa de la LAU de 1964), por acuerdo. Ahora bien, de acuerdo con la STSJC de 18 septiembre 2006, no puede negarse la posibilidad de lesión a aquellos contratos aleatorios “en los que sea posible valorar el riesgo y, por ende, la proporcionalidad de las prestaciones”. Por tanto, hay que examinar si en el momento de concluir el negocio jurídico (p. ej. alimentos onerosos o renta vitalicia), el riesgo que ambos corrían era muy desproporcionado, en cuyo caso procedería su rescisión. Así, por ejemplo, en la sentencia anterior se declaró rescindido el contrato de renta vitalicia celebrado. Ello se fundamentó en que el valor del derecho cedido (68.533 euros) por el número de meses de perspectiva de vida (113,7 meses), causaba que la renta vitalicia pactada (210 euros mensuales) comportase una desproporción de la justa equivalencia, en detrimento del cedente. Como declara la sentencia, con ello se persigue evitar que contratantes con pocos escrúpulos puedan realizar impunemente adquisiciones de bienes inmuebles a bajo precio. En cualquier caso, siguiendo los postulados de la STS de 11 junio 2003, cuando la desproporción existente entre las prestaciones de las partes ocasione la inexistencia de causa, procederá la declaración de nulidad, salvo que conste la existencia de un *animus donandi*⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Juan Manuel ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 192-197. En este mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el ejercicio de dicha acción no prosperó en la STSJC de 25 mayo 2000 (*ut supra*), en que los cónyuges (en trámites de separación) habían protocolizado un acuerdo, por el que acordaban disolver el condominio y que la finca pasare a ser del total dominio del esposo, tras el abono de la suma de 3.800.000 ptes. La esposa ejerció la acción por lesión *ultra dimidium*, puesto que el valor real del inmueble era de 32.322.800 ptes. Otro ejemplo, en que tampoco se admitió la rescisión, lo encontramos en la SAPB de 2 marzo 2011 (ROJ 10337/2011, MP Riera Fiol). En dicho acuerdo, se había cedido la mitad indivisa de las fincas en comunidad ordinaria indivisa a la esposa, a cambio de cancelar las cargas y embargos de una finca que no le fue cedida, además de constituir sobre la misma un derecho real de habitación vitalicio a favor del marido, el cual se obligaba al pago de todo el crédito hipotecario concedido para el arreglo y rehabilitación de la finca. Además, los cónyuges pactaron que el negocio de ferretería (del cual la mujer poseía un 49%) pasara al marido, haciéndose este cargo de las deudas contraídas.

⁶⁰⁷ STSJC de 7 diciembre 1998 (RJ 1999\1343, MP Bruguera Manté); STSJC de 18 septiembre 2006 (ROJ 3782/2006, MP Alegret Burgués); STS de 11 junio 2003 (ROJ 4039/2003, MP González Poveda). En la doctrina, vid. Juan Manuel ABRIL CAMPOY, “La rescisión del contrato por lesión”, pp. 187-188.

En último lugar, debe hacerse referencia a la excepción relativa a aquellos actos de disposición celebrados por el deseo de liberalidad del enajenante, lo cual ocurre cuando hay ausencia de obligación y una naturaleza no patrimonial del interés del disponente. Por haber sido la lesión querida y consentida por el transmitente, motivada por el deseo de beneficiar al adquirente, la acción de rescisión por lesión deviene de inaplicación. Así, lo declaró la STSJC de 4 julio 1990, en relación con *negotium mixtum cum donatione* (p. ej. venta por un precio inferior al valor de mercado, celebrada por liberalidad), sin entrar en la controversia acerca de si tienen una sola causa (causa mixta) o dos (causa onerosa y gratuita)⁶⁰⁸.

2. Por fraude de acreedores

Un negocio jurídico celebrado en fraude de acreedores es rescindible (art. 1291 ap. 3 CCE), a través del ejercicio de la acción pauliana. Conviene destacar que el tercer adquirente puede optar por pagar la deuda del deudor enajenante (arts. 1158 par. 1 y 1176 CCE), con el propósito de no perder el bien adquirido. En dicho supuesto, puede posteriormente repetir aquello en que el pago le haya sido útil al deudor (art. 1158 par. 2 CCE), si bien de manera infructuosa –casi con toda probabilidad– de no producirse una mejora en la situación económica de este.

Es importante especificar que son impugnables todos los actos de disposición que ocasionen la insolvencia del deudor y dejen al acreedor sin posibilidad de ver satisfecho su crédito (*eventus damni*), aunque son las enajenaciones, ya fueren gratuitas u onerosas, los casos típicos y más claros (art. 1297 CCE). En este sentido, tomando en consideración el presente objeto de estudio, cabe resaltar que resulta frecuente el ejercicio de la acción pauliana, en relación con la dación de bienes inmuebles en concepto de pago de la prestación compensatoria. Eso sí, el elenco de actos de disposición que resultan impugnables es muy amplio.

A continuación, analizaremos aquellos actos de disposición que, por sus particularidades, han generado un mayor debate doctrinal. Como defiende JORDANO FRAGA, el principio general es que la impugnación victoriosa implica la ineficacia del acto fraudulento, aunque únicamente respecto el acreedor accionante (ineficacia relativa) y en la medida cuantitativa

⁶⁰⁸ Respecto el concepto de acto de liberalidad, vid. Francesco GALGANO, “El negocio jurídico”, pp. 111-114. En la STSJC de 4 julio 1990 (RJ 1994\9032, MP Díaz Valcárcel) se negó el ejercicio de dicha acción, en relación con la cesión de un solar al Ayuntamiento a cambio de la condonación del importe de la deuda tributaria, por entender que se trata de: “*un contrato estructuralmente oneroso pero que añade a la causa típica un componente de liberalidad en el enajenante que explica y justifica el desequilibrio entre el valor en venta de la finca y el importe de la deuda extinguida con la dación en pago del inmueble*”. Tampoco prosperó su ejercicio en la STSJC de 27 junio 2011 (ROJ 6919/2011, MP Valls Gombau) respecto a un contrato de compraventa de tres inmuebles, celebrado entre madre e hija, por un importe de 174.738,10 euros.

precisa para evitar su perjuicio (ineficacia limitada). De ahí que el tercer adquirente continúe siendo propietario (de ser conservado *in natura*), puesto que no elimina el efecto transmisivo o adquisitivo de la enajenación exitosamente impugnada⁶⁰⁹.

En primer lugar, encontramos la constitución de garantías sobre sus bienes en favor de un acreedor que antes no las tuviera, por alterarse la preferencia de pago (*par conditio creditorum*) y siempre que no quede activo suficiente para el cobro de los acreedores. Ello ocurre, por ejemplo, de constituirse una hipoteca, sobre el único bien que tiene, en garantía del crédito –anteriormente existente– de su cónyuge o conviviente estable a percibir una prestación compensatoria en forma de pensión o una pensión alimentaria (art. 569-36.1 CCC). De acuerdo con JORDANO FRAGA, la impugnación victoriosa del acto constitutivo del nuevo gravamen, permite que el acreedor accionante pueda ignorar el gravamen constituido a efectos de su acción ejecutiva sobre el bien afectado⁶¹⁰.

En segundo lugar, cabe hacer referencia a los pagos fraudulentos, mediante los cuales se altera injustamente la preferencia de pago. Por lo que son rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos (art. 1292 CCE). Así sucede, de pagar antes del vencimiento del término inicial (p. ej. de haber aplazado el pago de la compensación económica por razón de trabajo, *arg.* art. 232-8.2 CCC). Frente la aparente contradicción entre los arts. 1129 ap. 1 y 1292 CCE, DÍEZ-PICAZO defiende que, mientras que el primero afecta a la relación jurídica aislada entre acreedor y deudor, el segundo regula las relaciones entre acreedor satisfecho y el resto de acreedores que pretenden la rescisión. Por tanto, el acreedor a plazo puede dar por vencida la deuda y derivar de ello todas las consecuencias que el Derecho le permita (p. ej. iniciación de procesos, embargo), aunque no podrá fundarse en dicho precepto para recibir un pago anticipado en perjuicio de los demás acreedores⁶¹¹.

En tercer lugar, las renunciaciones resultan igualmente impugnables, puesto que constituyen un comportamiento activo que ocasiona una detracción patrimonial. Por ejemplo, en caso de renuncia de un derecho de crédito que le pertenecía (p. ej. condonación de deuda, renuncia a

⁶⁰⁹ Francisco JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, Comares, 2001, pp. 177-178 y 280-281. También vid. Ángel CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 184-187; Luis DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 740-741.

⁶¹⁰ Francisco JORDANO FRAGA, “La acción revocatoria o pauliana”, pp. 181-182; Luis DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, p. 737.

⁶¹¹ Luis DÍEZ-PICAZO, “El pago anticipado”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 73 (1959), pp. 113-114. También vid. Ángel CRISTÓBAL MONTES, “La vía pauliana”, pp. 123-125.

la compensación económica por razón de trabajo) o de un derecho real realizada en fraude de acreedores (art. 532-4.2 CCC). Sin embargo, fuera de la acción pauliana se encuentra la renuncia a la prescripción consumada (art. 121-5 letra b CCC) o al derecho usucapido (art. 531-29.2 CCC). Como defiende CRISTÓBAL MONTES, los acreedores pueden hacer que no les sea oponible (i. e. que carezca de eficacia frente a ellos), a pesar de que no se haya efectuado con el propósito de perjudicarlos. Por esta razón, dicho autor defiende que se trata de un remedio específico y autónomo⁶¹².

En último lugar, procede examinar la asunción de nuevas obligaciones, en la medida en que aumenta el pasivo del deudor. Así sucede, por ejemplo, en caso de subrogación sobre la deuda hipotecaria o por atribución de una prestación compensatoria. Conforme con JORDANO FRAGA, el perjuicio económico que se haya causado al acreedor (que hubiera ejercido victoriosamente la acción pauliana) con el acto de nuevo endeudamiento de su deudor se repara, a través de la reintegración de su garantía patrimonial, situándole así en la misma situación que si no se hubiese realizado dicho acto fraudulento⁶¹³.

Por ser la rescisión el último recurso, los acreedores solamente pueden acudir a la acción pauliana “*cuando no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe*” (arts. 1291 ap. 3 y 1294 CCE). La razón es que previamente deben de haber intentado infructuosamente realizar bienes del deudor para cubrir el importe del crédito que reclama el acreedor, a través de la acción directa. Y, una vez acreditada la insolvencia del deudor, tienen que haber ejercido la acción subrogatoria, por medio de la cual se ejercen todos los derechos y acciones del deudor con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona (art. 1111 CCE).

No obstante, resulta esencial determinar si el acto de disposición en fraude de acreedores (celebrado con posterioridad al nacimiento del crédito) es a título gratuito u oneroso, como consecuencia de la diferente naturaleza de las presunciones que operan. Asimismo, procede tomar en consideración si los terceros adquirentes, frente a los cuales se ejerce la acción pauliana, son de buena o mala fe.

⁶¹² Ángel CRISTÓBAL MONTES, “La vía pauliana”, pp. 115-116; Francisco JORDANO FRAGA, “La acción revocatoria o pauliana”, pp. 183-185.

⁶¹³ Francisco JORDANO FRAGA, “La acción revocatoria o pauliana”, pp. 178-181. En contra de que resulten impugnables por medio de la acción pauliana, se ha posicionado CRISTÓBAL MONTES, alegando que ello implicaría que “*todo deudor por el solo hecho de serlo [...], soportaría una especie de limitación latente, de restricción potencial de asumir nuevos compromisos, de contraer nuevas obligaciones*” (Ángel CRISTÓBAL MONTES, “La vía pauliana”, p. 119).

2.1. A título oneroso

La fraudulencia debe ser probada por el acreedor, salvo que hubiera sido hecho por personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes (art. 1297 CCE), en cuyo caso se presume *iuris tantum* que es fraudulento⁶¹⁴ y le corresponde entonces al deudor la prueba de que no es perjudicial. En los otros casos, debe acreditarse no solo un perjuicio, sino un *consilium fraudis*. Es decir, como declaró la STS de 3 noviembre 2015, de “*la consciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor*”, sin que tenga que concurrir malicia o intención de causarle un perjuicio.

Es importante tomar en consideración si el tercer adquirente (que se corresponderá con una de las partes del pacto amistoso de separación) es de buena o mala fe, puesto que los efectos de la acción pauliana son distintos. Es decir, si actuó con complicidad o con conocimiento de estar causando un daño al acreedor (*scientia fraudis*). La concurrencia de dicho requisito se ha estimado cuando, tras la reconciliación, se mantiene la titularidad de los bienes enajenados en pago de la prestación compensatoria, a pesar de tener independencia económica (SAPB de 11 abril 2005). O cuando la cuenta bancaria, en la que descansa el movimiento normal de la vida de la esposa, continúa siendo con cargo a su marido, a pesar de llevar años separados, además de ser este, quien abona el pago de los recibidos de la hipoteca, a pesar de haberle cedido la propiedad (SAPB de 24 noviembre 2004). Por el contrario, no se aprecia complicidad en el ánimo defraudatorio, cuando la notificación del proceso judicial contra su marido, por el que se le obligaba a abonar una cuantía económica, se produjo una vez la ruptura matrimonial ya había tenido lugar (SAPB de 17 marzo 2009). O cuando el esposo, con posterioridad a la presentación de la demanda de separación, hubiese prestado avales (SAPB de 22 diciembre 2010)⁶¹⁵.

Cuando el tercer adquirente es de mala fe está obligado a la devolución de los bienes fraudulentamente enajenados (art. 1295 par. 1 CCE). Asimismo, debe restituir todos los frutos que se han producido a partir del día en que se inició la posesión o bien su valor, pero tienen derecho al resarcimiento por los gastos necesarios que han hecho para obtenerlos (art. 522-3.2 CCC). Y, si el tercer adquirente desea recuperar el importe de lo pagado como

⁶¹⁴ La presunción *iuris tantum* de fraudulencia de ciertas enajenaciones a título oneroso ha sido reconocida en la STS de 27 octubre 2003 (ROJ 6643/2003, MP Romero Lorenzo). En la doctrina, vid. Luis Díez PICAZO / Antonio GULLÓN, “Sistema de Derecho Civil”, p. 216; Susana QUICIOS MOLINA, “La ineficacia contractual”, p. 1297.

⁶¹⁵ STS de 3 noviembre 2015 (ROJ 4471/2015, MP Saraza Jimena). En la jurisprudencia menor, vid. SAPB de 11 abril 2005 (ROJ 3325/2005, MP Sambola Cabrer); SAPB de 24 noviembre 2004 (ROJ 14188/2004, MP Ferrer Barriendos); SAPB de 17 marzo 2009 (*ut supra*); SAPB de 22 diciembre 2010 (ROJ 9589/2010, MP Vidal Martínez).

contraprestación de lo adquirido, puede fundamentar su acción de regreso contra el deudor en el saneamiento por evicción (arts. 1475 y ss. CCE)⁶¹⁶.

En el supuesto que los bienes hubiesen perecido o hubieran pasado a manos de subadquirientes de buena fe y a título oneroso⁶¹⁷, el acreedor tiene derecho a recibir una indemnización del deudor y del tercero (adquirente) causante de la lesión (arts. 1295 par. 3 y 1298 CCE), como coautores de un ilícito civil y con responsabilidad solidaria (art. 145 par. 3 CCE). Por medio de esta, se persigue indemnizar todo daño o perjuicio que se pruebe causado por el acto ilícito (p. ej. gastos derivados de una ejecución previa infructuosa) y que vaya más allá de la cantidad debida y no cobrada por el acreedor. Pues este tiene su propio y distinto fundamento: su calidad como deudor⁶¹⁸.

Por el contrario, de ser el tercer adquirente de buena fe (i. e. desconocía el carácter fraudulento de la adquisición), no está obligado a su restitución (art. 1295 par. 2 CCE), pero hace suyos los frutos y debe asumir los gastos originados para producirlos. De estar pendientes, si quien tiene un mejor derecho a poseer los hace suyos, debe de pagar los gastos originados para producirlos (art. 522-3.1 CCC). En este supuesto, el acreedor únicamente puede reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados al deudor enajenante, por ser el único causante (art. 1295 par. 3 CCE).

2.2. A título gratuito

Por aplicación del art. 1297 par. 1 CCE, los actos de disposición a título gratuito se presumen *iuris et de iure* fraudulentos. Además, como ya se sabe, las donaciones no perjudican a los acreedores del donante, de ser otorgados después de la fecha del hecho o del acto por medio del cual nació su crédito (art. 531-14 CCC).

⁶¹⁶ Francisco JORDANO FRAGA, “La acción revocatoria o pauliana”, pp. 307-308. Según dicho autor, una cosa es asumir la posibilidad de una impugnación revocatoria por un acreedor (de ahí que sea de mala fe) y otra muy distinta es asumir voluntariamente como propio el riesgo conocido de la evicción (como sucede en la llamada compraventa a riesgo y ventura del comprador), en cuyo caso resulta excluido el saneamiento por evicción (art. 1477 *in fine* CCE). En contra, se ha posicionado CRISTÓBAL MONTES, defendiendo que “*el mínimo castigo patrimonial que debe tener su torcido comportamiento ha de consistir al menos en que pierda aquello que entregó a cambio de los bienes malhabidos*” (Ángel CRISTÓBAL MONTES, “La vía pauliana”, pp. 197-198).

⁶¹⁷ Cuando el tercer adquirente hubiera transmitido el bien, debe distinguirse en función de si se trata de un bien mueble o inmueble, para precisar si está obligado a su restitución. En caso de un bien mueble, ello no procede cuando lo hubiera adquirido con buena fe y a título oneroso (art. 522-8.1 CCC). En cambio, de ser un bien inmueble, únicamente ostentará protección si lo hubiera adquirido a título oneroso, una vez que haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad (art. 34 par. 1 LH). De ser a título gratuito, no goza de mayor protección registral que la que tuviera su causante o transferente (art. 34 par. 3 LH). Dicha regulación resulta plenamente coherente con lo previsto en el art. 37.4 LH.

⁶¹⁸ Francisco JORDANO FRAGA, “La acción revocatoria o pauliana”, pp. 359-363. Como defiende dicho autor, la responsabilidad solidaria garantiza que la insolvencia del deudor enajenante no perjudique al acreedor, sino al tercer adquirente, quien la padecerá en la relación interna o de regreso (art. 1145 CCC).

El tercer adquirente, incluso cuando hubiere actuado de buena fe, está obligado a la devolución de los bienes fraudulentamente enajenados (art. 1295 par. 1 CCE), aunque el donante –que actuó de mala fe– deberá de indemnizarle por los perjuicios causados (art. 531-13.2 CCC). Cabe precisar que, de tratarse de una donación modal, el tercer adquirente puede ejercer una acción de regreso contra el deudor, fundamentada en el saneamiento por evicción. Entonces, el donatario –que hubiese cumplido con la carga impuesta– puede reclamarle dentro del límite cuantitativo del valor económico de esta (art. 531-13.3 CCC), una vez descontado el eventual remanente de la ejecución realizada por el acreedor impugnante que le hubiera correspondido⁶¹⁹.

Lo previamente apuntado, en relación con los frutos, resulta extensible a los actos de disposición a título gratuito. En el caso de que los bienes hubiesen perecido o hubieran pasado a manos de subadquirentes de buena fe y a título oneroso, el deudor y el tercer adquirente (solo si es de mala fe) deben indemnizar a los acreedores por los daños y perjuicios ocasionados (arts. 1295 par. 3 y 1298 CCE). Por lo que, de ser de buena fe, quedaría relevado de toda responsabilidad, si bien el acreedor podría dirigir contra él una acción por enriquecimiento injusto en caso de haber obtenido algún beneficio con dicho bien⁶²⁰.

3. Por haber sido declarado en concurso de acreedores

Un negocio jurídico celebrado en el tiempo anterior a la declaración del concurso (cuando aún no tiene las facultades de administración y disposición restringidas) resulta igualmente rescindible, a través de las acciones rescisorias concursales.

Aunque no se precisa de intención fraudulenta, sí se requiere de la causación de un perjuicio patrimonial al acreedor, para que pueda prosperar la rescisión. Como apunta DE LAS HERAS GARCÍA, este se produce por una disminución del activo sin la correlativa disminución del pasivo, pero también por la alteración injustificada en la preferencia de pago⁶²¹. Salvo en los supuestos expresamente especificados en la ley, de ahí su carácter residual, el perjuicio

⁶¹⁹ JORDANO FRAGA ha defendido que en el supuesto que la donación impugnada no fuese modal, debe admitirse que el tercer adquirente pueda ejercer la acción de enriquecimiento, como remedio jurídico subsidiario. La razón es que, en defecto de dicha posibilidad, no sería compensado por el valor del bien propio destinado a la extinción del pasivo ajeno (Francisco JORDANO FRAGA, “La acción revocatoria o pauliana”, pp. 312-313).

⁶²⁰ Así lo defienden: Francisco JORDANO FRAGA, “La acción revocatoria o pauliana”, p. 371; Susana QUICIOS MOLINA, “La ineficacia contractual”, p. 1319. En contra, encontramos CRISTÓBAL MONTES, quien defiende que debe quedar relegado de toda responsabilidad cuando en el momento de intentar la acción pauliana haya desaparecido de su patrimonio (Ángel CRISTÓBAL MONTES, “La vía pauliana”, pp. 198-199).

⁶²¹ María Dolores DE LAS HERAS GARCÍA, “Acciones rescisorias”, en Pedro Bautista MARTÍN MOLINA (Dir.), *La Reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 145.

patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC). Es decir, por la administración concursal o aquellos acreedores que previamente se hubieran dirigido por escrito a esta para solicitar el ejercicio de alguna acción, si bien con carácter subsidiario, una vez hubieran transcurrido dos meses desde el requerimiento sin que lo hiciera (art. 72.1 LC).

Es importante estudiar seguidamente los supuestos que resultan subsumibles en alguna de las presunciones, previstas legalmente.

Por una parte, los actos de disposición a título gratuito se presumen *iuris et de iure* perjudiciales, así como los pagos u otros actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso y no contasen con garantía real (art. 71.2 LC). Ello sucede en caso de dación de bienes en pago de obligaciones (p. ej. por capitalización de la prestación compensatoria) o por condonación de una deuda, entre muchos otros. La razón es que se antepone injustificadamente frente a los demás acreedores. Como se expondrá posteriormente, de contar con garantía real, el deudor sí podría destruir la presunción, a través de probar que no fue perjudicial (art. 71.3 ap. 3 LC).

Por otra parte, el perjuicio patrimonial se presume *iuris tantum* en los tres supuestos contemplados en el art. 71.3 LC, correspondiéndole al deudor la carga de la prueba. En primer lugar, en los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concurso (art. 71.3 ap. 1 LC). Como ya apuntamos previamente en el capítulo V, mientras que la separación de hecho de los cónyuges (al igual que la separación judicial) tiene escasa trascendencia, al mantenerse el vínculo conyugal, el cese en la convivencia en los convivientes estables sí resulta relevante, por causar la pérdida de la condición de persona especialmente relacionada con el concurso desde ese momento (art. 93.1 ap. 1 LC). En segundo lugar, en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (art. 71.3 ap. 2 LC). Así ocurre, por ejemplo, en caso de constitución de una hipoteca en garantía, para asegurar que va a continuar percibiendo la prestación compensatoria en forma de pensión. Ello se debe a que dicha previsión altera injustificadamente la preferencia de pago, puesto que entonces el crédito es con privilegio especial y goza de un régimen especial de ejecución. En tercer lugar, en los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.3 ap. 3 LC).

El ejercicio victorioso de la acción de rescisión concursal determina la declaración de ineficacia del negocio jurídico celebrado y que las partes deban proceder a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses (art. 73 LC).

Así, el acreedor debe devolver al deudor los bienes y derechos salidos de su patrimonio, para que sean reintegrados a la masa activa⁶²². De no resultar posible (por pertenecer a un tercero no demandado o que, conforme con la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral), debe entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del concursado, más el interés legal. Y, si actuó con mala fe, tiene igualmente que indemnizar por la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 73.2 LC).

Y el deudor concursado, por su parte, debe devolver al acreedor las prestaciones que hubiera recibido. Debemos señalar que la consideración del crédito dependerá de si este actuó de buena o mala fe. Es decir, si tenía conocimiento de la situación de insolvencia de su deudor y del carácter perjudicial del acto. De apreciarse mala fe, es considerado como crédito concursal subordinado, pasando a ser de los últimos en cobrar. En cambio, de ser de buena fe, tiene la consideración de crédito contra la masa y percibe el importe de lo pagado como contraprestación de lo adquirido en el mismo momento en que devuelva al deudor los bienes y derechos, objeto del acto rescindido (art. 73.3 LC). Y, por consiguiente, tiene unas posibilidades mayores de cobro. Para apreciar mala fe, tiene que concurrir un aspecto subjetivo. Concretamente, basta con que tenga “*conocimiento de la insolvencia del deudor y la consciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores*”, sin requerir intención fraudulenta (STS de 27 octubre 2010). Además, se exige de un aspecto objetivo, el cual requiere que la conducta del acreedor “*sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico*” (STS de 16 septiembre 2010)⁶²³.

En último lugar, es preciso indicar que la acción de rescisión concursal es compatible con otras acciones de impugnación que procedan conforme a Derecho (art. 71.6 LC). Ahora bien, en la medida que no se requiere de intención fraudulenta en la acción rescisoria concursal, lo más común es reservar el ejercicio de la otra posible acción (p. ej. acción pauliana, de nulidad o de anulabilidad) para los actos que no puedan impugnarse por la vía del art. 71.1

⁶²² Cabe precisar que la consecuencia jurídica de la estimación de dicha acción respecto a la constitución de garantías reales es la pérdida del privilegio vinculado a la garantía, quedando los activos gravados liberados, pero sin que deba procederse a la restitución del bien gravado (María Dolores DE LAS HERAS GARCÍA, “Acciones rescisorias”, pp. 152-153).

⁶²³ STS de 27 octubre 2010 (ROJ 5329/2010, MP Corbal Fernández) y STS de 16 septiembre 2010 (ROJ 5328/2010, MP Corbal Fernández).

LC. Si bien es cierto que dichas acciones deben ejercitarse ante el juez del concurso y deben respetar las normas de legitimación y procedimiento contenidas en el art. 72 LC, no les resulte aplicable el plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Por lo que, a través de su ejercicio, puede obtenerse la rescisión de actos realizados por el deudor con anterioridad a dicho lapso de tiempo, siempre que concurren los requisitos específicos de cada acción y no haya transcurrido el plazo para su ejercicio. Mayores dudas suscita en la doctrina la cuestión de los efectos de estas acciones de impugnación. Según PARRA LUCÁN, se deben corresponder con los establecidos en el art. 73 LC. De modo que lo obtenido, como consecuencia del ejercicio de tales acciones, sea siempre en beneficio de la masa activa y no en provecho único del impugnante⁶²⁴.

V. EXTINCIÓN SOBREVENIDA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

Si bien es cierto que la relación obligatoria en principio se debería extinguir, una vez se ha logrado plenamente la finalidad económica pretendida y se han agotado todos los efectos buscados, ello también puede suceder por incidencias que se producen durante la vida de la relación negocial. Ello constituye una ineficacia sobrevenida, ya que no deriva de un defecto estructural que acompaña el negocio jurídico desde su celebración, sino que se produce con posterioridad. Es muy importante no confundirlo con la extinción de una obligación, la cual se produce por las causas previstas en el art. 1156 CCE. Pues, como defendía DÍEZ-PICAZO, no se trata de los fenómenos por los cuales queda satisfecho un derecho de crédito, sino de *“fenómenos extintivos de la relación obligatoria considerada como unidad, es decir, el punto del sistema de organización de intereses establecido entre las partes y el agotamiento de la relación de intercambio y de cooperación que existía entre ellas”*⁶²⁵.

A continuación, procederemos a estudiar los distintos supuestos en que se produce la extinción de la relación obligatoria, tomando especialmente en consideración las especialidades relativas al pacto amistoso de separación. Para ser más precisos, examinaremos: la facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el CCC (1.), la resolución derivada de incumplimiento (2.) y la alteración sobrevenida de las circunstancias (3.). Conviene destacar que en todos ellos, se trata de un pacto válido y que hasta ese momento ha producido efectos.

⁶²⁴ La STS de 3 noviembre 2015 (*ut supra*) declaró que resulta más habitual que se ejercite con carácter principal la acción de nulidad y, de forma subsidiaria, la acción rescisoria, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos. En la doctrina, vid. María Dolores DE LAS HERAS GARCÍA, “Acciones rescisorias”, pp. 153-154; María Ángeles PARRA LUCÁN, “La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19 (2010), pp. 52-58; Elena SILVETTI, “Artículo 71”, Faustino CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, p. 550.

⁶²⁵ Luis DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 901-902.

1. Por la facultad de desistir de un pacto amistoso de separación reconocida en el CCC

El art. 233-5.2 CCC concede la facultad jurídica a cualquiera de las partes para dejar sin efectos el pacto amistoso de separación con carácter total, aunque solo durante un determinado lapso de tiempo. Cabe resaltar que el ejercicio de dicha facultad únicamente resulta posible respecto aquellos acuerdos adoptados tras la ruptura, la cual no tiene por qué coincidir necesariamente con el cese definitivo de la convivencia, como defendimos en el capítulo III. De ahí que debe entenderse que el pacto amistoso de separación fue celebrado tras la ruptura, a partir del momento en que hubiesen acordado dar por concluida dicha convivencia, a pesar de que el abandono definitivo de la vivienda aún no hubiera tenido lugar y siguieran viviendo juntos.

El desistimiento permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario. Si bien su fundamento se encuentra en una atribución *ex lege*, cabe precisar que dicha facultad puede igualmente ser concedida en el propio negocio jurídico constitutivo de dicha obligación, en virtud de la autonomía privada, aunque nosotros no nos detendremos en el estudio de dicha posibilidad⁶²⁶.

Es importante distinguir, por una parte, el desistimiento unilateral del mutuo disenso. En este, las partes pactan una extinción de una relación obligatoria preexistente que en todo momento ha sido válida y eficaz. Por esta razón, no pueda apreciarse en rigor una ineficacia sobrevenida. Asimismo, no hay sacrificio del interés de la otra a la continuación del negocio jurídico. En este sentido, se encuentra reconocida en Australia la posibilidad de que las partes dejen sin efectos un “*financial agreement*”, a través de la celebración de un “*termination agreement*”, el cual debe ser por escrito y cumpliendo con los mismos requisitos que el anterior (ss. 90J (1) y 90UL (1) FLA). Además, es preciso indicar –en relación con “*de facto relationship*”– que el acuerdo alcanzado deja de ser vinculante, en el caso de que posteriormente las partes contraigan matrimonio entre ellas (s. 90UJ (3) FLA). Por otra parte, debe diferenciarse de la revocación *ad nutum* del negocio jurídico, ya que – como señala ESPIAU ESPIAU– dicha expresión “*no se refiere tanto a una relación contractual*”. Este es el caso de los acuerdos de delegación del ejercicio de la potestad

⁶²⁶ Michèle KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, p. 67; Luis DíEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, p. 905; Concepción RODRÍGUEZ MARÍN, *El desistimiento unilateral: como causa de extinción del contrato*, Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 186-187; Santiago ESPIAU ESPIAU, “La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, vol. 1 (1998), p. 129.

parental o de distribución de funciones formalizados en escritura pública y no incorporados a un convenio regulador, previstos en el art. 236-11.3 CCC⁶²⁷.

El ejercicio de la facultad de desistimiento solo resulta posible sobre la base de una causa justificada: la falta de asistencia letrada independiente. Como declaró la STSJC de 23 febrero 2016, su fundamento es “*la posibilidad [...] a una colisión o confrontación de intereses*” (FJ 2). Por lo tanto, podemos afirmar que se persigue minimizar el riesgo que el pacto amistoso de separación sea especialmente dañino para los intereses de una de las partes, como consecuencia de haber sido redactado en exclusiva por el abogado de la otra. En cualquier caso, en previsión de que alguna de las partes pueda ejercer dicha facultad jurídica, pueden incorporar en el pacto amistoso de separación una cláusula por la que reconozcan que ambos han recibido asesoramiento jurídico propio e independiente.

Ahora bien, debemos precisar que el asesoramiento legal no constituye una garantía completa en aras a proteger la parte en una posición más débil o de desventaja, pues puede suceder que su voluntad interna no se haya formado libremente, como consecuencia de la concurrencia de vicios en el consentimiento. Así, por ejemplo, *In re the Marriage of W.P. and Necia A. Hitchcock* (1978), *Supreme Court of Iowa* dejó el acuerdo sin efectos, a pesar de que había recibido asesoramiento legal independiente y el consejo de su hermano, porque había otorgado su consentimiento bajo coacción y estrés emocional. Es, por esta razón, que BRYAN defendía que “*information alone does not guarantee a fair result. A wife may understand completely the financial agreements of the marriage, yet, [...] lack the requisite power to negotiate effectively with her husband*”⁶²⁸.

Antes de proceder con el estudio, cabe resaltar que los tribunales de EUA no han considerado que la falta de asistencia legal de una de las partes sea causa suficiente por sí sola para permitir que el acuerdo alcanzado sea dejado sin efecto, puesto que se precisa también que los términos del mismo sean “*unconscionable*”. En este sentido, *New York Supreme Court* en *E.C. v. L.C.* declaró que “*the absence of independent legal representation, without more, does not establish overreaching or require nullification of an agreement*”. Del

⁶²⁷ En relación con el mutuo disenso, vid: Michèle KLEIN, “El desistimiento unilateral del contrato”, p. 163; Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, p. 904. Respecto la revocación, consultar: Santiago ESPIAU ESPIAU, “La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial”, pp. 115-116.

⁶²⁸ Penelope Eileen BRYAN, “Vacant promises? The ALI Principles of the Law of Family dissolution and the post-divorce financial circumstances of women”, p. 183. En este mismo sentido, vid. Paul le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail?”, p. 13. En relación con “*premarital agreement*”, encontramos Jens M. SCHERPE, “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales”, p. 12. En la jurisprudencia, vid. *In re the Marriage of W.P. and Necia A. Hitchcock*, 265 N.W.2d 599 (1978), disponible en Justia 60316.

mismo modo, en Inglaterra y Gales tampoco se ha establecido el asesoramiento legal (ya individual como conjunto) como presupuesto de validez y eficacia del mismo, aunque su falta puede ocasionar que los tribunales les otorguen un menor peso. Así, por ejemplo, en *A v. B (Financial Relief: Agreements)* de 2005, en que las partes no habían recibido asesoramiento por parte de un abogado (sino solamente de un agente inmobiliario), pero el acuerdo se consideró vinculante porque ambas partes conocían cual era la situación de la otra, no se había producido coacción y resultaba justo en ese momento⁶²⁹.

En una posición más próxima a la nuestra regulación, encontramos el derecho australiano. Para que un tribunal pueda dictar un “*court order*” (“*the enforcement application*”), declarando el “*financial agreement*” vinculante, a petición de la parte que persiga la ejecución del mismo, es necesario cumplir con todos los requisitos establecidos en la ss. 90G (1) y 90UJ (1) FLA⁶³⁰. Entre ellos destaca, la necesidad de que –antes de su celebración– cada parte haya recibido asesoramiento legal independiente (lo cual reduce las posibilidades de poder ser declarado “*void*”). Sin embargo, no resulta necesario que tengan que recibirlo antes que cualquiera de ellos haya firmado el acuerdo. Este debe ir más allá de los términos estrictos del acuerdo y aconsejar sobre otras alternativas, así como hacer hincapié en las implicaciones más prácticas del mismo (p. ej. explicación de las obligaciones adquiridas, consecuencias derivadas del incumplimiento), sin tener que proporcionar en ningún caso asesoramiento financiero ni predecir el futuro. Para verificar que efectivamente ha tenido lugar, es necesario que: antes o después de firmar, una declaración sea entregada a cada parte, por el abogado que le ha asesorado, conforme la cual manifiesta que le ha prestado un asesoramiento que cumple con todas las disposiciones legales (letra c), además de una copia, para acreditar que dicha declaración ha sido debidamente mandada al abogado de la otra parte (letra ca). Ello implica que, antes de la firma, debe haberle informado sobre los efectos que el acuerdo tiene sobre sus derechos, así como sobre las ventajas e inconvenientes que pueden derivárseles (letra b), tras la revelación completa de la situación financiera y una valoración de los activos, ya sea estimada o formal. Conforme con CAMPBELL, resulta preferible (aunque no obligatorio) que el asesoramiento sea prestado por escrito y se proceda

⁶²⁹ *E.C. v. L.C.*, 974 N.Y.S.2d 745 (Sup. Ct. 2013), disponible en Justia 2013 NY Slip Op 51628(U); *A v. B (Financial Relief: Agreements)* [2005] EWHC 314, disponible en BAILII. En relación con el derecho inglés y galés, vid. Joanna MILES, “Marital agreements and private autonomy in England and Wales”, pp. 108-109; Mark HARPER / Brett FRANKLE, “An English Practitioner’s view on pre-nuptial, post-nuptial and separation agreements”, p. 128; Jill BLACK, “A practical approach to family law”, p. 565.

⁶³⁰ Ahora bien, en caso de no cumplir con los requisitos de la s. 90G FLA, las partes se encuentran igualmente obligadas con lo que hubieran pactado, como cualquier otro contrato (ss. 90KA y s90UN FLA), a pesar de no resultar vinculantes ante los tribunales. En contra, se ha manifestado BRERETON, magistrado de la Corte Suprema de New South Wales. A través de una interpretación histórica del precepto, defiende que estos únicamente pueden ser válidos si cumplen con los requisitos, en la medida en que con anterioridad eran reputados como contrarios al orden público (Paul le Gay BRERETON, “Binding or bound to fail?”, pp. 3-4).

a la entrega de una “*letter of advice*”, puesto que permite reducir las posibilidades de malentendidos y el letrado se protege frente a una eventual demanda por negligencia profesional⁶³¹.

Cabe precisar que dicha regulación ha sido modificada en numerosas ocasiones. Los requisitos fueron por primera vez incorporados a través de la *Family Law Amendment Act* (2000), resultando modificados por la *Family Law Amendment Act* (2003)⁶³². No obstante, estos seguían siendo demasiado onerosos, por lo que existía un riesgo elevado que el acuerdo no resultase vinculante como resultado del incumplimiento de alguno de ellos. Por esta razón, y por la posible responsabilidad que se les pudiese generar, algunos abogados (con el apoyo de sus correspondientes colegios profesionales) se negaban a tomar parte en ellos. Estos problemas se incrementaron, aún más, a raíz de la decisión adoptada por *Full Court de Family Court of Australia* en favor del cumplimiento estricto de los requisitos de la s. 90G (1) en el caso *Black & Black* (2008), la cual reducía la confianza pública a la naturaleza vinculante de estos pactos e incrementaba el riesgo de responsabilidad potencial para los abogados⁶³³. Con el fin de resolver estos problemas, el Gobierno Federal, a través de *Federal Justice System Amendment (Efficiency Measures) Bill (Nº1)* de 2009, introdujo las modificaciones pertinentes con el fin de relajar dichos requisitos, los cuales se encuentran en vigor desde 2010.

Dicha reforma permitió la introducción de un criterio corrector justicia, a través de las ss. 90G (1A) y 90G (1B) FLA para los cónyuges, así como ss. 90UJ (1A) y 90UJ (1B) FLA

⁶³¹ Así, por ejemplo, entre las sentencias que negaron el cumplimiento de los requisitos establecidos por la s. 90G FLA, encontramos: *Sawyer & Sawyer* [2011] FMCAfam 610 (la esposa había recibido asesoramiento, una vez ya había firmado el acuerdo); *Norton & Norton* [2009] FamCA 359 (el acuerdo no contenía una declaración de que las partes hubiesen recibido asesoramiento legal acerca de las ventajas y desventajas de su celebración). En la doctrina, vid. Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 702 y 732-734; Alexandra HARLAND / Donna COOPER / Zoe RATHUS / Renata ALEXANDER, “Family Law Principles”, p. 304.

⁶³² En el 2000, los requisitos que se tenían que cumplir, de acuerdo con la s. 90G (1) FLA, eran: el acuerdo tenía que ser signado por ambas partes (a); cada parte tenía que aportar una declaración conforme la cual afirmaba que había recibido asesoramiento legal independiente (b) acerca los siguientes puntos: el efecto del acuerdo respecto de sus derechos (i), si en el momento de celebrar el acuerdo resultaba una ventaja económica o no (ii), si resultaba prudente por la parte firmar el acuerdo (iii) y si las estipulaciones del acuerdo resultaban justas y razonables (iv); inclusión de un certificado firmado por el abogado conformado había proporcionado dicho asesoramiento (c); no hubiera sido derogado por las partes o dejado sin efectos por un tribunal (d); cada parte tuviese el original del acuerdo y hubiera dado una copia a la otra, después de la firma del mismo (e). La modificación introducida por la *Family Law Amendment Act* (2003) solo supuso que la redacción de los subpárrafos (ii), (iii) y (iv) fuera reemplazada, por exigir solamente que se tenía que informar acerca de las ventajas y desventajas de firmar el acuerdo en el momento en que el asesoramiento fue recibido.

⁶³³ *Black & Black* (2008) FamCAFC 7. En la doctrina, consultar: Paul FILDES / Justine CLARK, “Recent trends in Family Law: Binding financial agreements, domestic violence provisions in parenting cases & requirements for a de facto relationship”, *Taussig Cherrie Fildes* (2012); Owen JESSEP, “Section 90G and Pt VIII A of the Family Law Act 1975 (Cth)”, *Australian Journal of Family Law*, núm. 24 (2010), p. 107; John WADE, “The perils of prenuptial financial agreements in Australia: Effectiveness and professional negligence”, *Law Papers*, núm. 425 (2012), p. 8.

para los convivientes estables⁶³⁴. Este consistió en que, a pesar de no haberse recibido asesoramiento legal independiente –conforme a los términos de las ss. 90G (1) o 90UJ (1) FLA–, el acuerdo resulta igualmente vinculante siempre que el tribunal considere que lo contrario es injusto y no equitativo, en atención a las circunstancias (s. 90G (1A) para. b y c; s. 90UJ (1A) para. b y c FLA). De lo contrario, el “*financial agreement*” no resultaría válido y los tribunales podrían decidir libremente, aplicando las disposiciones contenidas en la Parte VIII de la FLA (“*Property, spousal maintenance and maintenance agreement*”) por mandato de la s. 71A (1) FLA. Ahora bien, esta reforma no se encuentra exenta de crítica, por haber supuesto un cambio relevante en la política legislativa, que había estado operando desde 1976, a favor de limitar los supuestos en que los tribunales podían dejarlos sin efecto. Asimismo, como consecuencia de las modificaciones introducidas, los abogados han pasado a recomendar a sus clientes que el acuerdo en lo concerniente a la división de propiedades sea contenido en un “*consent order*”, puesto que entonces el asesoramiento legal independiente ya no opera como requisito de eficacia. De este modo, se reduce de manera considerable el riesgo de responsabilidad por negligencia profesional⁶³⁵.

Volviendo al derecho catalán, estudiaremos seguidamente cuándo puede considerarse que procede el ejercicio de la facultad de desistimiento, por la concurrencia de la causa justificada: la falta de asistencia letrada independiente.

Por «asistencia letrada» no solo puede entenderse comprendido un abogado en ejercicio, sino también otros profesionales del derecho (p. ej. notario o registrador de la propiedad). Sin embargo, queda excluido el mediador y el licenciado en derecho no colegiado, salvo que pudiera defender asuntos ante los tribunales por intervenir determinados familiares (art. 14.1 Normativa de la Abogacía Catalana⁶³⁶). En Australia, resultan igualmente excluidos los abogados que no se encuentran capacitados para ejercer en dicho país (*Murphy & Murphy*, 2009; *Ruane & Bachmann-Ruane*, 2009). Además, en caso de precisarse de un traductor, en *Omar & Bilal* (2011) se indicó que este “*has no status to explain the legal ramifications of a Deed other than through a solicitor who is present with the client when words are being*

⁶³⁴ Conforme con Robert McClelland, en su discurso a la Cámara de los Representantes de 5 de febrero de 2009, dichas modificaciones: “*will restore confidence in the binding nature and enforceability of financial and termination agreements under the Family Law Act*”.

⁶³⁵ En *Hoult v. Hoult* (*ut supra*) se establece que el tribunal debe tomar en consideración para valorar si dejar sin efectos un “*financial agreement*” resulta injusto y no equitativo: los hechos y circunstancias presentes cuando no se cumplió con los requisitos de la s. 90G; aquello que las partes dijeron y hicieron; circunstancias en que se llevó a cabo la negociación; período de tiempo transcurrido entre la signatura del acuerdo y se impugnó su validez; si los términos se oponen a las nociones ordinarias de justicia. En la doctrina, vid. Owen JESSEP, “*Marital agreements*”, pp. 37-38.

⁶³⁶ Anexo de la Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, por la cual, habiendo comprobado previamente la adecuación a la legalidad, se inscribe al Registro de Colegios Profesionales de la Generalitat de Catalunya la Normativa de la Abogacía Catalana (Publicada en el DOGC núm. 5354, de 6 abril 2009, pp. 28874-28907).

translated”. Por lo que se concluyó que mandar una traducción del acuerdo alcanzado no resulta suficiente para poder concluir que la otra parte entiende los efectos del mismo⁶³⁷.

Respecto el requisito de «independencia», debemos señalar que impone que cada parte debe tener un asistente letrado diferente de la otra, ya sea antes o en el momento de la celebración del pacto amistoso de separación. Por tanto, se podría ejercer la facultad de desistimiento cuando la asistencia letrada recibida hubiera sido común, así como por la falta absoluta de la misma. Ello contrasta con la propuesta de convenio regulador, la cual puede ser elaborada por un abogado común o por las propias partes (art. 750.2 LEC). Así, por ejemplo, la SAPG de 19 junio 2015 ratificó la ineficacia del pacto privado por ejercicio de la facultad de desistimiento por parte del marido, puesto que ambas partes fueron asesoradas por un mismo letrado en el momento de la celebración, resultando irrelevante que posteriormente se recibiera asistencia legal independiente. En cambio, en la SAPB de 20 febrero 2014 no prosperó la aplicación del artículo 233-5.2 CCC, porque el pacto privado había sido redactado en papel timbrado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y cada parte había contado con el oportuno asesoramiento jurídico durante su gestación. En el caso del derecho inglés y galés, no se considera que la independencia quede comprometida por el hecho de ser la contraparte quien pague al letrado, aunque sí de mantener con este una relación personal. A diferencia de Australia, donde no hay inconveniente que sea representado por el abogado que generalmente actúa en defensa de la contraparte, conforme con *Family Court of Australia*, en *Balzia & Covich* (2009)⁶³⁸.

El ejercicio de la facultad de desistimiento requiere de una declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio, la cual no precisa de una forma especial para ser eficaz, pudiendo ser por escrito o verbal. A pesar de que el art. 233-5.2 CCC no lo exija, en la práctica suele notificarse de forma fehaciente, a efectos de prueba. Las vías más habituales son el burofax, el telegrama, una carta certificada con acuse de recibo y la notificación notarial. Dicha declaración debe ser hecha de buena fe (art. 111-7 CCC). Es decir, como defendía KLEIN, su ejercicio debe realizarse “*de forma que la terminación cause el menor daño posible a la otra parte*” y cumpliendo con “*aquellos aspectos de la buena fe que hacen referencia a la*

⁶³⁷ Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2147-2149. Así, en la jurisprudencia de Australia: *Murphy & Murphy* [2009] FMCAfam 270; *Ruane & Bachmann-Ruane and Anor* [2009] FamCA 1101; *Omar & Bilal* [2011] FMCAfam 1430.

⁶³⁸ *Balzia & Covich* [2009] FamCA 1357. También vid. SAPG de 19 junio 2015 (ROJ 692/2015, MP Soler Navarro) y SAPB de 20 febrero 2014 (ROJ 1393/2014, MP Seguí Puntas). En la doctrina, vid. Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2143-2147; Mark HARPER / Brett FRANKLE, “An English Practitioner’s view on pre-nuptial, post-nuptial and separation agreements”, pp. 128-129; Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, p. 728.

diligencia, al ejercicio cuidadoso y prudente y a un comportamiento no malintencionado". Por lo que, en el caso de que se produzca su ejercicio tras haber generado en la otra parte la confianza de que no se ejercitaría, puede alegarse un retraso desleal⁶³⁹.

El ejerciente dispone de tres meses, cuyo cómputo se inicia a partir de la fecha en que los acuerdos fueron adoptados (art. 233-5.2 CCC). Una vez transcurrido dicho plazo, la facultad de desistimiento caduca (art. 122-1 CCC), lo cual no impide el posterior ejercicio de otras acciones (p. ej. por nulidad). Ahora bien, como defiende NAVAS NAVARRO, dicho plazo únicamente resulta aplicable en el ámbito de un ejercicio extrajudicial. Por consiguiente, a pesar de haber transcurrido los tres meses, también se podrá desistir del pacto amistoso de separación, pero dicha facultad deberá de ejercitarse necesariamente por vía judicial en los términos previstos en el art. 233-5.2 CCC. Hay que tener en cuenta que la fijación del plazo presupone que el ejercicio de la facultad de desistir se acumula al proceso –iniciado de forma contenciosa– de nulidad, separación o divorcio (o, por aplicación analógica, a los procesos relativos a la ruptura de convivientes estables, *arg. disp. adic. 5 CCC*). De ahí que el demandado puede desistir como máximo al momento de la reconvención. Es decir, en los 20 días siguientes a la notificación de la demanda (art. 404.1 LEC). Y que el demandante puede ejercitar la facultad de desistimiento hasta el momento de la contestación de la demanda. No obstante, si el demandado hubiera formulado reconvención exigiéndole el cumplimiento del pacto, entonces cabe entender que igualmente puede desistir, oponiéndose a la demanda reconvencional (art. 407.2 LEC). Ello puede suceder, por ejemplo, cuando ya hubiera ejercido previamente la facultad de desistimiento por vía extrajudicial, razón por la cual no lo hizo en el momento de la interposición de la demanda. En último lugar, conviene destacar que, en el caso de que se hubiera optado por ejercer la facultad de desistimiento en un proceso declarativo ordinario independiente del matrimonial, el plazo es de 3 meses desde la fecha en que el pacto amistoso fue adoptado⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Michèle KLEIN, "El desistimiento unilateral del contrato", pp. 163-164; Luis DíEZ-PICAZO, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", pp. 906-907; Susana NAVAS NAVARRO, "La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña", pp. 2154-2155 y 2165-2166; Concepción RODRÍGUEZ MARÍN, "El desistimiento unilateral: como causa de extinción del contrato", pp. 207-208 y 229-230. En la jurisprudencia, por ejemplo, la SAPB de 20 octubre 2015 (ROJ 10104/2015, MP Sambola Cabrer) consideró que la remisión de un burofax del marido a su esposa, en que le comunicaba su voluntad de dejar el pacto privado sin efectos con cita del art. 233-5.2 CCC a los 10 días de haber sido firmado, constituía un ejercicio eficaz de la facultad de desistimiento. En este mismo sentido, se pronunció la SAPG de 14 febrero 2014 (ROJ 92/2014, MP Soler Navarro).

⁶⁴⁰ Susana NAVAS NAVARRO, "La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña", pp. 2164-2167. En la jurisprudencia, resulta procedente hacer referencia a la SAPB de 9 julio 2014 (ROJ 7929/2014, MP Bachs Estany), en que se estimó que la facultad de desistimiento había caducado, por haber transcurrido más de 3 meses entre la celebración del pacto privado y la interposición de la demanda en un procedimiento declarativo ordinario, independiente del matrimonial.

Para concluir este apartado, nos resta indicar dos supuestos en los que no procede el ejercicio de la facultad de desistimiento.

Por una parte, cuando ambas partes o una de ellas hubiese renunciado al mismo (en atención a las circunstancias particulares), lo cual resulta posible por no ser una disposición de carácter imperativo, aunque no resultará oponible a terceros, de resultar perjudicados (art. 111-6 CCC). Para ello, y siguiendo lo dispuesto por los PLFD en relación con “*premarital agreements*”, se deberá examinar si tuvo “*a reasonable opportunity to consult independent counsel*”, lo cual acontece cuando dispone de tiempo y dinero, pudiendo ser solventados ambos déficits por la otra parte (p. ej. le paga un abogado para que le represente). Así, por ejemplo, encontramos *Vann v. Vann* (2009) de *North Dakota Supreme Court*, en la que no prosperó la alegación de “*procedural unconscionability*” por no haber recibido asesoramiento legal, puesto que él mismo optó por no ser representado, tras disponer de un mes para leer la propuesta de acuerdo, elaborada por la contraparte. A diferencia de *Geier v. Geier* (2013), pronunciada por *South Dakota Supreme Court*, en que –si bien una de las partes había carecido de letrado durante la negociación y la ejecución del acuerdo– se tomó en consideración que padecía una enfermedad física y mental. En cualquier caso, si las partes solamente han establecido una obligación de no ejercicio, el desistimiento posterior será eficaz, pero con indemnización de los posibles daños ocasionados, por tratarse de un incumplimiento (arts. 1101 y ss. CCE)⁶⁴¹.

Por otra parte, cuando una de las partes fuere un profesional o experto del derecho y prescindió de la asistencia letrada. Pues, el desconocimiento de lo estipulado por el art. 233-5.2 CCC manifiesta tal falta de diligencia que debe sancionarse impidiéndole el ejercicio de la facultad de desistimiento⁶⁴².

2. Por resolución derivada de incumplimiento

Si alguno de los cónyuges o convivientes estables incumple alguna de las obligaciones contenidas en un pacto amistoso de separación, el otro no puede acudir a la excepción de incumplimiento contractual para instar la resolución del mismo, pues –como ya defendimos en el capítulo I– no son recíprocas en el sentido del art. 1124 CCE. De acuerdo con LÓPEZ BURNIOL, ello se debe a “*la muy distinta naturaleza de las distintas estipulaciones*

⁶⁴¹ *Vann v. Vann* (ut supra); *Geier v. Geier*, 828 N.W.2d 804 (SD 2013), disponible en FindLaw 26389. En la doctrina, vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of Family Dissolution”, pp. 968-969; Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2145-2147 y 2149.

⁶⁴² Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, p. 2149.

contenidas en un convenio y su trascendencia respecto a terceros". Así pues, el otro únicamente puede exigir el cumplimiento forzoso por la vía correspondiente.

Sin embargo, ello no impide que el incumplimiento de alguno de los pactos otorgados permita la resolución de dicha obligación sinalagmática en concreto (en el plazo general de prescripción de 10 años, *arg.* art. 121-20 CCC), siempre que se cumplan con los requisitos para que la acción resolutoria pueda prosperar. Así, por ejemplo, lo entiende la SAPB de 19 octubre 2009, en relación con un acuerdo de disolución de condominio de la vivienda familiar, incluido en un pacto privado, por el cual se adjudicaba a la esposa el pleno dominio de la misma y se adjudicaba una compensación al marido en su calidad de codueño. Por el contrario, la SAPB de 13 junio 2007 mantuvo una posición distinta, en relación con un convenio regulador. En base a su naturaleza mixta y por estar integrado en una resolución judicial, defendió que *"forman un todo inextricable en el que no cabría separar y someter a distinto tratamiento procesal cada cláusula en razón de su contenido"*. Por consiguiente, lo único procedente es exigir su cumplimiento en la fase de ejecución con las prevenciones del art. 776 LEC⁶⁴³.

Para que puedan reputarse como obligaciones recíprocas, es necesario que haya interdependencia o nexo causal entre los dos deberes de prestación. Por lo que este no puede apreciarse cuando la desaparición de uno de ellos no cause que el otro carezca por completo de sentido y razón de ser (sinalagma genético), ni cuando no deban cumplirse simultáneamente por estar funcionalmente enlazados (sinalagma funcional)⁶⁴⁴. En relación con un pacto amistoso de separación, podemos considerar que sí lo es, por ejemplo, la adjudicación de un bien en comunidad ordinaria indivisa a una de las partes, correspondiéndole a la otra una compensación económica, así como la atribución, a título oneroso, de un derecho de uso o de alimentos.

Asimismo, para que la acción resolutoria pueda prosperar, es necesario que uno de ellos haya incumplido la obligación que le correspondiese de forma grave y voluntaria. Como declara la STS de 6 marzo 2013, tiene que ser de tal forma que *"impida el fin normal del contrato,*

⁶⁴³ SAPB de 19 octubre 2009 (ROJ 12118/2009, MP Alonso Martínez) y SAPB de 13 junio 2007 (ROJ 8070/2007, MP Carrillo Pozo). En este sentido, la STS de 17 octubre 2007 (*ut supra*) determinó que *"[l]as estipulaciones contenidas en estos pactos no son recíprocas en el sentido del artículo 1124 del Código civil, es decir, que cada una de ellas no depende de la otra. Ciertamente los cónyuges pueden haber pactado prestaciones recíprocas; pero estas no se generan si no es por pacto expreso"* (FJ 2). En la doctrina, vid. Juan José LÓPEZ BURNIOL, "Els pactes de separació i de divorci", p. 424.

⁶⁴⁴ Así, por ejemplo, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 22 junio 2004 (ROJ 2135/2004, MP Pérez de Ontiveros Baquero) defendió que el marido para justificar el impago de las cuotas de amortización de ambas hipotecas no podía alegar el hecho de que la esposa hubiera incumplido su obligación de vender los pisos, por alquilar una y utilizar la otra como segunda residencia. En la doctrina, vid. Luis Díez-PICAZO, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", pp. 374-375.

frustrando las legítimas expectativas de la contraparte” (FJ 2). Así, por ejemplo, entendemos que ello se produce cuando una de las partes se niega a abonar la compensación económica a la otra, una vez que le hubiera sido adjudicado el bien en comunidad ordinaria indivisa. En cambio, no procede cuando simplemente se hubiera retrasado en el pago (STS de 13 julio 1985), salvo que tuviera una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento (STS de 6 julio 1989) o se hubiera producido la frustración del fin práctico perseguido por el negocio jurídico (STS de 14 junio 2011). Tampoco puede apreciarse un incumplimiento si se adjudica la vivienda familiar al marido, pero faltan un sofá y determinados cuadros por habérselos llevado la esposa (SAPB de 29 junio 2011)⁶⁴⁵.

La resolución permite desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas (eficacia liberatoria). Además, les obliga a restituirse lo que hubiesen percibido, cuando alguna de las prestaciones ya hubieran sido ejecutadas (eficacia restitutoria), y la parte incumplidora debe resarcir por los daños y perjuicios causados (art. 1124 CCE).

3. Por modificación sobrevenida de las circunstancias

La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* permite modificar e incluso resolver un negocio jurídico que hasta ese momento había sido plenamente válido y eficaz. Por esta razón, es necesario el transcurso de un espacio de tiempo entre su perfección y la ejecución de la prestación debida, el cual se encuentra tanto en los contratos de tracto sucesivo como en los de tracto único, en que el cumplimiento se ha diferido en un momento futuro.

No hay inconveniente para proceder a la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial a un pacto amistoso de separación. De hecho, aunque en PEFL no se reconoce expresamente dicha posibilidad a “*maintenance agreements*”, ello no resulta impedido, atribuyéndose la decisión al derecho interno de cada Estado, en atención a las diferencias importantes en la regulación. Es preciso indicar que, una vez surgida la crisis matrimonial o de convivencia estable, es menos probable que concurren las circunstancias, que justifiquen una intervención de los tribunales. Ello se debe a que los acuerdos son alcanzados con pleno conocimiento de los hechos relevantes y no pretenden regular un futuro incierto. De ahí que los tribunales, cuando valoran la validez del mismo en el proceso de disolución o de separación legal, están más abiertos a hacer valer un “*separation agreement*” que un “*premarital agreement*” o

⁶⁴⁵ STS de 6 marzo 2013 (ROJ 1839/2013, MP Xiol Ríos) y SAPB de 29 junio 2011 (ROJ 6999/2011, MP Martín Villa). Respecto el retraso en el pago, vid. STS de 13 julio 1985 (ROJ 500/1985, MP Serena Velloso), STS de 6 julio 1989 (ROJ 15105/1989, MP Sánchez Jáuregui) y STS de 14 junio 2011 (ROJ 4263/2011, MP Xiol Ríos).

“*marital agreement*”. Pues, como declaraba AMERICAN LAW INSTITUTE, “*in an impending family dissolution, the parties are contracting for the event at hand and are better able to anticipate the circumstances within which the agreement will be enforced*”, a diferencia del “*premarital agreement*”, en que se proponen regular “*a speculative contingent future event*”⁶⁴⁶, si bien ello no significa que no puedan dejarlos sin efectos de producirse un cambio sustancial en las circunstancias.

Ahora bien, en la medida en que los pactos en materia de guarda, relaciones personales y alimentos de los hijos sometidos a la potestad parental –que no han sido aprobados por la autoridad judicial– carecen de eficacia (art. 233-5.3 CCC), consideramos que no puede aplicárseles dicha doctrina jurisprudencial. Cabe precisar que la modificación sobrevenida de las circunstancias sí puede impedir que estos adquieran eficacia, por haber dejado de ser conformes con el interés superior del menor. En cualquier caso, de haber sido aprobados por la autoridad judicial, para proceder a su modificación, los progenitores deberán acudir necesariamente al proceso de modificación de medidas, previsto en el art. 233-7.1 CCC. En este, deberían también acudir cuando lo pactado en un pacto amistoso de separación, en lo concerniente a las relaciones horizontales, se hubiera incorporado –como medidas ordenadas– a la resolución judicial de divorcio, separación o nulidad (art. 233-3.1 CCC).

Dicha posibilidad igualmente se encuentra legalmente prevista en el derecho australiano. En este, se establece que un “*financial agreement*” pueda ser dejado sin efecto, como consecuencia de un cambio sustancial en las circunstancias. Ello sucede cuando hayan ocasionado que resulte “*impracticable*” llevar a cabo todo o parte del mismo (ss. 90K (1) letra c y 90UM (1) letra f FLA). O si la parte, con la que viven los hijos, quede en una situación que dificulte su cuidado, bienestar y desarrollo (ss. 90K (1) letra d y 90UM (1) letra g FLA).

Del mismo modo, lo encontramos regulado en el derecho inglés y galés (s. 35 (2) MCA y s. 69 (2) CPA, shed. 5), aunque solamente para “*maintenance agreements*” que cumplen con los requisitos de la s. 34 MCA y en defecto de acuerdo entre las partes. Cabe resaltar que las competencias atribuidas a los tribunales son reducidas, puesto que solo pueden atribuir prestaciones periódicas, variar la cuantía de las mismas o extinguir la obligación de pago de

⁶⁴⁶ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, “Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance”, p. 133; AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of Family Dissolution”, p. 1012. También vid. Joanna MILES, “Marital agreements and private autonomy in England and Wales”, pp. 112 y 512; Jens M. SCHERPE, “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales”, p. 7; Robert H. MNOOKIN / Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the shadow of the law”, p. 955; Brian BIX, “Domestic agreements”, p. 1757.

manutención pactada por las partes (s. 35 (2) letras i y ii MCA; s. 69 (4) CPA, shed. 5). Además, ello únicamente resulta posible, en caso de perjuicio para los hijos menores y de cambio relevante de circunstancias (incluido cuando resulte previsible), en atención a los presupuestos previstos en las ss. 35 (3) MCA y 69 (2) y (3) CPA, shed. 5. LOWE y DOUGLAS ponen como ejemplos, en que ello resultaría procedente, los siguientes: una reducción en la capacidad económica, enfermedad o aumento en el coste de vida. No obstante, esto no impide que cualquiera de las partes, en virtud del principio Hyman, pueda acudir a los tribunales para solicitar “*ancillary relief*” en la vía ordinaria, siendo el acuerdo alcanzado privadamente por las partes tomado en consideración, junto con las demás circunstancias contempladas en la s. 25 MCA y s. 21 CPA, sched. 5⁶⁴⁷.

Respecto el derecho norteamericano, debemos señalar que, a pesar de no encontrarse expresamente reconocida dicha posibilidad en MMDA, resulta posible en la medida en que el “*separation agreement*” mantiene su naturaleza contractual, incluso de haberse contenido en un “*divorce decree*” (s. 306 letra e MMDA), lo cual resultará frecuente cuando los cónyuges deseen contraer un nuevo matrimonio. De este modo, resultarán aplicables las reglas generales en materia de contrato. En los PLFD, por el contrario, sí se encuentra expresamente regulada la posibilidad de su modificación judicial, independientemente de si han resultado incorporados o no en “*decree*” (s. 7.12 PLFD). Así, la modificación de los pagos compensatorios se regulará por la s. 5.08 (permite reducir la cuantía cuando, por cambios en la capacidad económica, la situación de las partes no sea tan divergente como cuando se alcanzó el acuerdo) y por la s. 5.09 (admite que la duración puede extenderse cuando así lo impongan las circunstancias) PLFD. En cualquier caso, las partes pueden impedir dicha posibilidad de modificación, aunque ello no resultará de aplicación cuando tenga que evitarse una “*substantial injustice*” (s. 7.12 (2) PLFD). En relación con los acuerdos sobre división de propiedades, se establece que no serán alterados por los tribunales, salvo que dicha distribución resulte aplazada (s. 7.12 (3) PLFD).

La aplicación de dicha doctrina jurisprudencial requiere que se haya producido un cambio absolutamente imprevisible en las circunstancias que existían cuando se celebró. Como defiende NAVAS NAVARRO, solamente deben resultar incluidos “*hechos cuya producción es altamente improbable pero que si acontecen conllevan consecuencias devastadoras o desproporcionadas*”. Dicha posición se fundamenta en el contexto complejo en que actualmente vivimos, en que lo normal es la inestabilidad de las circunstancias. En este

⁶⁴⁷ Sonia HARRIS-SHORT / Joanna MILES, “Family law”, p. 493; Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 954-955; Frances BURTON, “Family Law”, pp. 232-233; Jill BLACK, “A practical approach to family law”, pp. 566-567.

mismo sentido, la CECL restringe su aplicación a los cambios en las circunstancias que hagan que el contrato sea excesivamente oneroso. Es decir, se precisa de “*excessively burdensome*” o de “*a major imbalance in the contract*”. Asimismo, PECL 6:111 (2) requiere que “*the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract*” (letra b). Así, todos aquellos supuestos que tienen que ver con el desarrollo de la personalidad de las personas involucradas (p. ej. contracción de segundas nupcias, nacimiento o adopción de nuevos hijos) deben resultar excluidos por resultar previsibles, al igual que aquellos cuyo origen se encuentra en una situación preexistente en el momento de la celebración (p. ej. agravación de una dolencia), así como aquellos en que el cambio de circunstancias ha venido provocado por alguna de las partes (p. ej. extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador)⁶⁴⁸.

La exigencia de que los eventos resulten imprevisibles igualmente se encuentra en el derecho australiano. Pues, en caso contrario, de no tomarlos en consideración, podría ser considerado como “*self-induced impracticability*”. Es decir, que no hubiera sido previsto en vista de disponer de una causa, a través de la cual poder dejar posteriormente sin efectos el “*financial agreement*” que se hubiera alcanzado. Entonces, el tribunal deberá optar por mantener los efectos⁶⁴⁹.

Volviendo a nuestro sistema legal, cabe precisar que dicho requisito de imprevisión también se encuentra previsto en la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Si bien, mientras que en esta se toma en consideración el carácter fortuito del cambio, en la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* se valora el marco establecido en relación con la distribución del riesgo. Por esta razón, la STS de 30 junio 2014 declaró que el carácter imprevisible del cambio no se aprecia respecto “*de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancias determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide*”. O, como declaró CECL, “*impossibility presupposes that the event has caused an insurmountable obstacle to performance, whereas in ‘imprévision’ performance may still be possible for the debtor but will be ruinous for it*”. La distinción entre ambas figuras resulta importante, en la medida en

⁶⁴⁸ Susana NAVAS NAVARRO, “La ‘normal inestabilidad de las circunstancias’ en los pactos sucesorios (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, pp. 196-197 y 207-209; COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, “Principles of European Contract Law”, pp. 323-325. También vid. Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, pp. 115-116. En este sentido, la STS de 26 marzo 2014 (ROJ 1406/2014, MP Arroyo Fiestas) declaró, en relación con un convenio regulador, que las situaciones que preexisten y se conocen al momento de la celebración no pueden considerarse como sobrevenidas.

⁶⁴⁹ Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, pp. 761-764.

que no puede aplicarse la imposibilidad sobrevenida de la prestación a las obligaciones de entregar cosa genérica, las cuales resultan mayoritarias en el pacto amistoso de separación. De acuerdo con la STS de 19 mayo 2015, el deudor “*viene obligado a cumplir la prestación principal, sin que sus sobrevenidas adversidades económicas le liberen de ello, pues lo adeudado no es algo individualizado que ha perecido sino algo genérico como es el dinero*” (FJ 6)⁶⁵⁰.

A continuación, procederemos a analizar aquellos hechos que pueden ser considerados –en principio– como presupuesto previo, en relación con un pacto amistoso de separación. Para su identificación, hemos adoptado como parámetro que no se produzcan con una frecuencia superior al 3,5%. Eso sí, conviene destacar que su concurrencia no implica que pueda procederse de manera automática y generalizada a la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que se deberá valorar la incidencia real que ha tenido en la relación negocial, en atención a las circunstancias concurrentes, como se expondrá seguidamente. Por lo que podemos afirmar que dicha doctrina jurisprudencial se aplicará con gran excepcionalidad, correspondiéndole la carga de la prueba a la parte que la invoque.

Así, primeramente, procederemos a examinar aquellas contingencias relacionadas con la salud que tienen una afectación en su solvencia económica. A nuestro entender, puede considerarse como un hecho absolutamente imprevisible la obtención de una incapacidad permanente para el desarrollo de la profesión habitual cuando no se ha llegado a la mitad de la vida laboral⁶⁵¹. Así, igualmente lo ha considerado *Court of Appeals of Mississippi*, en *Peterson v. Peterson* (2013), en caso de jubilación anticipada como consecuencia de problemas de salud sobrevenidos. O en *Banks v. Banks* (2012) de *Court of Appeals of*

⁶⁵⁰ COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, “Principles of European Contract Law”, p. 324. En la jurisprudencia, vid. STS de 30 junio 2014 (ROJ 2823/2014, MP Orduña Moreno) y STS de 19 mayo 2015 (ROJ 2344/2015, MP Baena Ruiz).

⁶⁵¹ Así, lo consideró la SAP de Málaga de 29 abril 2010 (ROJ 810/2010, MP Jurado Rodríguez). Si bien es cierto que el marido estaba de baja percibiendo un subsidio por IT cuando se firmó el convenio, ambas partes consideraron que podría volver a ejercer su profesión, lo cual no fue posible, pasando posteriormente a una situación de Incapacidad Permanente. De las estadísticas publicadas por el INE y el INSS, relativas al año 2015, podemos afirmar que el número de beneficiarios de una prestación de incapacidad permanente van aumentando progresivamente con la edad. Por esta razón, consideramos que únicamente puede considerarse como un hecho altamente improbable cuando se obtiene la incapacidad temporal antes de los 45 años.

	Beneficiarios de IP	Total población	Porcentaje
20-24 años	517	2.280.074	0,02%
30-34 años	18.391	3.098.744	0,59%
40-44 años	73.662	3.924.265	1,88%
50-54 años	161.889	3.460.752	4,68%
60-64 años	273.842	2.568.517	10,66%

Fuente consultada: eSTADISS (Estadísticas del INSS), accesible a través de la sede electrónica de la Seguridad Social (pensiones y pensionistas, pensiones contributivas en vigor, por edades). Para calcular el número de personas en cada una de las franjas de edad, hemos acudido a: INE, series detalladas desde 2002; población residente por fecha, sexo y edad. Mientras que las pensiones en vigor se corresponden con datos a 31 de diciembre de 2015, la población total es a 1 de enero de 2016.

Indiana, en que el deterioro de la salud, por padecer una enfermedad crónica, había ocasionado la pérdida de empleo e insolvencia económica. También en *Stine v. Stine* (2013), de *Missouri Court of Appeals*, en que el esposo se había visto obligado a reducir la cantidad de trabajo, por problemas de salud, causándole una pérdida de ingresos y pasando a depender de prestaciones de Seguridad Social. En cambio, no lo sería una agravación de una enfermedad o dolencia que ya padecía en el momento en que se celebró el pacto amistoso de separación. Así, por ejemplo, de pasar a una situación de incapacidad temporal a una de permanente. Una posición menos rígida, sin embargo, fue defendida por *District Court of Appeal of Florida*, en *Garvey v. Garvey* (2014) que consideró que el previsible empeoramiento de la esclerosis múltiple, padecía por el marido en el momento de celebración del acuerdo, no impedía modificar posteriormente la manutención, otorgada a favor del otro cónyuge. Tampoco debería proceder una modificación cuando las afectaciones a la salud no hubieran ocasionado una reducción en su capacidad económica. Por este motivo, *In re Marriage of Spillane* (2012), *Court of Appeals of Oregon* no permitió la extinción de la manutención, puesto que –a pesar de que ya no podía trabajar en una granja (hasta entonces fuente principal de sus ingresos) por problemas de salud– había mantenido el mismo nivel de vida. Tampoco en *Driscoll v. Hunter* (2011) de *Court of Appeals of Virginia*, en que –si bien se había tenido que retirar del ejercicio profesional de la medicina por problemas de salud– tenía más de 3 millones de dólares en activos⁶⁵².

Además, puede justificar una modificación, una reducción significativa de ingresos ocasionada por un hecho altamente improbable. Tales como un encarcelamiento⁶⁵³ o la pérdida sobrevenida de la prestación de la seguridad social que se venía percibiendo (p. ej. de la incapacidad permanente por revisión de oficio). Por el contrario, consideramos que no procede de haber sido causada por: desempleo, jubilación (no anticipada) o pérdidas reiteradas de la propia empresa. En este mismo sentido, se pronunció la *Supreme Court of Oklahoma*, en *Scungio v. Scungio* (2012), negando que la jubilación del ex marido constituyese una modificación suficiente en las circunstancias. O *Court of Appeals of South*

⁶⁵² *Peterson v. Peterson*, 129 So. 3d 255 (Miss. Ct. App. 2013) (*Case Text*); *Banks v. Banks*, 980 N.E.2d 423 (Ind. Ct. App. 2012) (FindLaw: No. 45A03-1203-DR-96); *Stine v. Stine*, 401 S.W.3d 567 (Mo Ct. App. 2013) (FindLaw: No. ED 98608); *Garvey v. Garvey*, 138 So. 3d 1115 (Fla. Dist. Ct. App. 2014); *In re Marriage of Spillane*, 275 P.3d 974 (Or. Ct. App. 2012) (eCases.us); *Driscoll v. Hunter*, 716 S.E.2d 477 (Va. Ct. App. 2011) (FindLaw: 0084-11-3).

⁶⁵³ En este sentido, encontramos la SAPL de 26 marzo 2015 (ROJ 211/2015, MP Bernat Álvarez), en que se consideró que el ingreso en prisión constituía una alteración sustancial de las circunstancias. En enero de 2015, el número de españoles encarcelados era de 65.039, de los cuales el 92,35% eran hombres (60.061) y 7,65% mujeres (4.978). En atención a que la población de España era en ese momento de 46.624.382, podemos afirmar que los reclusos representaban únicamente el 0,14% de los habitantes. Dicha cifra experimenta variaciones, en función de los géneros. Mientras que el 0,26% de hombres se encontraban encarcelados (de un total de población de 22.890.383), únicamente el 0,02% de las mujeres se encontraba en dicha situación (23.733.999). Fuente consultada: INE, Padrón. Población por municipios; Ministerio del Interior, Estadística penitenciaria.

Carolina, en *Fuller v. Fuller* (2012), en que se afirmó que no puede fundamentarse la extinción de la obligación de pagar manutención por el mero hecho de que el acreedor ha alcanzado una determinada edad⁶⁵⁴.

En último lugar, debemos señalar eventualidades relacionadas con el hijo, las cuales pueden tener un impacto en los pactos celebrados para regular las relaciones horizontales. Este es el caso de la atribución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar al progenitor que tiene atribuida la guarda, por resultar eficaz desde su celebración (*arg. no incluido en el art. 233-5.3 CCC*). Desde nuestro punto de vista, a los efectos de la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial, resulta relevante la muerte súbita del hijo⁶⁵⁵ y la impugnación victoriosa de la filiación⁶⁵⁶. En cambio, no lo es su emancipación o la voluntad de pasar a convivir con el otro progenitor, una vez alcanzada la mayoría de edad.

Una vez examinados los hechos que pueden ser considerados como presupuesto previo, procederemos a examinar los presupuestos y requisitos, elaborados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que permiten la concreción funcional y aplicativa de dicha doctrina jurisprudencial.

Por una parte, es necesario que el hecho altamente improbable quede excluido del riesgo inherente o derivado del negocio jurídico celebrado. O, como establece PECL 6:111 (2), que “*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear*” (letra c). Para ello, se precisa que ninguna de las partes tenga que asumirlo, en atención a la naturaleza o el contenido negocial. Ello, por ejemplo, sucede cuando la ganancia potencial de la operación realizada se atribuyese

⁶⁵⁴ El número de pensiones por incapacidad permanente fue de 919.736 en 2015 y se produjeron 29.023 bajas en dicho mismo año, las cuales representan 3,16%. Ello nos permite defender el carácter excepcional de su extinción por revisión de oficio dictada por la Entidad gestora, especialmente de tener en cuenta que generalmente se produce por reconocimiento de la pensión de jubilación, por resultar incompatibles. Fuente consultada: eSTADISS (Estadísticas del INSS), accesible a través de la sede electrónica de la Seguridad Social. En la jurisprudencia, vid. *Scungio v. Scungio*, 291 P.3d 616 (Okla. 2012); *Fuller v. Fuller*, 723 S.E.2d 235 (S.C. Ct. App. 2012). Ambas se encuentran disponibles en Case Text.

⁶⁵⁵ La SAP de Madrid de 6 octubre 2008 (ROJ 15856/2008, MP Sánchez Franco) consideró que la muerte del hijo era causa suficiente para que prosperara la modificación instada respecto a la atribución de la vivienda familiar. De acuerdo con la Estadística de Defunciones, en el año 2014 fallecieron 1.895 menores con una edad inferior a 15 años. Tomando en consideración que a fecha de 1 de enero de 2014 la población en dicha franja de edad era de 7.066.954, podemos concluir que traspasaron 0,03%. Respecto a la población entre 15 y 17 años (1.282.260), el porcentaje de defunciones (174) en dicho mismo año fue de 0,01%. Para calcular el número de personas en cada una de las franjas de edad, hemos acudido a: series detalladas desde 2002; población residente por fecha, sexo y edad.

⁶⁵⁶ A pesar de que es imposible conocerlo con seguridad, la divergencia entre la paternidad presunta y la biológica se ha situado entre un 1-3%. En este sentido, se han posicionado Michael GILDING, “Rampant misattributed paternity: the creation of an urban myth”, *People and Place*, vol. 13, núm. 2 (2005), p. 9 y Mark A. BELLIS / Karen HUGHES / Sara HUGHES / John R. ASHTON, “Measuring paternal discrepancy and its public health consequences”, *Journal of Epidemiology & Community Health*, vol. 59, núm. 9 (2005), p. 750. Un estudio realizado en el campo de la genética por SYKES y IRVEN redujo la cifra. En este, se compararon muestras de ADN de 48 hombres que se llamaban Sykes de apellido. El resultado fue que la media de falsa paternidad en este linaje había sido del 1,3% en los últimos 700 años (Bryan SYKES / Catherine IRVEN, “Surnames and the Y chromosome”, *The American Journal of Human Genetics*, vol. 66, núm. 4 (2000), pp. 1417-1419).

prácticamente en exclusiva a una de las partes. Así pues, en el caso de que no se llegue a materializar, no podría repercutir a la otra las pérdidas que hubiera sufrido⁶⁵⁷. En atención a las particularidades del pacto amistoso de separación, creemos que difícilmente podrá apreciarse la concurrencia de un riesgo inherente o derivado del negocio jurídico celebrado.

Por otra parte, se requiere que la base –subjctiva u objetiva– del negocio jurídico haya desaparecido, como consecuencia del cambio en las circunstancias.

La base subjctiva es la representación mental de ambas partes en el momento de concluir el negocio jurídico, la cual ha influido en la formación de sus motivos. Por esta razón, LARENZ entiende que falta o desaparece en caso de recíproco «error en los motivos». Es decir, por la errónea expectativa compartida de la producción de un acontecimiento o de la persistencia de unas circunstancias, en base a las cuales se había celebrado el negocio jurídico. Así, por ejemplo, cuando presuponen que uno de ellos seguirá percibiendo una prestación de la Seguridad Social, que mantendrá su capacidad laboral o que el hijo permanecerá vivo. También desaparece cuando la situación de hecho que se ha tomado como base de la transacción deja de ser conforme con la realidad⁶⁵⁸. Por ejemplo, cuando una de las partes ha renunciado a la mitad indivisa sobre un bien mueble (joya o cuadro), pero que su valor económico aumenta repentinamente como consecuencia del otorgamiento de un premio de gran prestigio a su autor.

En cambio, la base objetiva se encuentra constituida por las circunstancias y estado general de cosas, que son objetivamente necesarios para que el negocio jurídico subsista como regulación dotada de sentido, según el significado de las intenciones de ambas partes. Por lo que no entra en el campo de los motivos, sino en la cuestión de si todavía puede realizarse el fin del negocio jurídico⁶⁵⁹.

La base objetiva del negocio jurídico no puede subsistir cuando la finalidad objetiva común, expresada en su contenido y que hubiese resultado determinante para la determinación de la

⁶⁵⁷ Así, lo ha apreciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, en relación con operaciones especulativas. Como, por ejemplo, en la STS de 24 febrero 2015 (ROJ 1698/2015, MP Orduña Moreno) en que se consideró las fluctuaciones posteriores del valor de las fincas, como consecuencia de la crisis económica, se configuran como “*un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario*” (FJ 7).

⁶⁵⁸ Karl LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Granada, Comares, 2002, pp. 37-53 y 65-72.

⁶⁵⁹ Karl LARENZ, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, pp. 34-35 y 159. En la doctrina española, vid. Francisco Javier ORDUÑA MORENO, “La moderna configuración de la cláusula ‘rebus sic stantibus’. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura”, en Francisco Javier ORDUÑA MORENO / Luz María MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula ‘rebus sic stantibus’*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2013, pp. 297-298.

prestación, haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor es todavía posible. Pues, a diferencia del incumplimiento esencial, el cual permite el ejercicio de la facultad de resolución en una relación obligatoria sinalagmática (art. 1124 CCE), la prestación continua siendo útil o idónea para el deudor, al no haberse producido frustración de la causa⁶⁶⁰. Ello sucede, por ejemplo, cuando se atribuye un derecho de uso sobre un bien inmueble a una de las partes, por tener atribuida la guarda del hijo común, si este fallece posteriormente.

Tampoco puede perdurar la base objetiva cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación, propia de un contrato bilateral, resulta destruida. Según LARENZ, solamente puede admitirse que ello se produce cuando el desequilibrio de las prestaciones es tan grande que no pueda hablarse de una contraprestación. Eso sucede cuando una de las partes debe hacer unos gastos necesarios a fin de cumplir con el negocio jurídico, los cuales resultan totalmente desproporcionados con la contraprestación recibida o convenida. Como defendía DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, lo relevante es la comparación entre el equilibrio inicial y el equilibrio presentado en el momento del cumplimiento o de la ejecución del negocio jurídico. Por lo que no es esencial que las prestaciones sean equivalentes con arreglo a una escala objetiva y general⁶⁶¹. Así, por ejemplo, cuando una de las partes reconoce un derecho de uso a título oneroso sobre la vivienda familiar, pero los gastos extraordinarios de conservación, mantenimiento y reparación terminan superando con creces la remuneración convenida.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Tras el estudio de las distintas figuras de ineficacia, es momento de proceder a examinar las consecuencias jurídicas derivadas de su declaración.

⁶⁶⁰ Karl LARENZ, "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos", pp. 138-159. Como declaró la STS de 20 abril 1994 (ROJ 2665/1994, MP Gullón Ballesteros), cuando se produce la frustración de la causa del contrato (i. e. del resultado práctico perseguido por las partes) procede la aplicación de la figura del incumplimiento esencial, porque "carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida".

⁶⁶¹ Karl LARENZ, "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos", pp. 122-137. En la doctrina española, vid. Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula 'rebus sic stantibus'*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 262-268. En este sentido, resulta de gran interés la STS de 23 noviembre 1962 (ROJ 208/1962, MP Lojo Tato). Para satisfacer la cuota viudal usufructuaria de una tercera parte de la herencia en usufructo de su difunto marido, se convino en asignar a la viuda una renta vitalicia de 7.200 pesetas anuales en 1939. Posteriormente, la equivalencia de las prestaciones quedó rota, pues la cotización o valor en venta en el mercado de los frutos y productos de los bienes hereditarios aumentó. En la medida en que dicha alteración extraordinaria de las circunstancias se produjo, como consecuencia de las graves repercusiones que los acontecimientos bélicos y posbélicos mundiales tuvieron en la economía española, el TS estimó procedente la revisión del convenio, celebrado entre las partes: "resulta en la actualidad irrisoria la renta en metálico que la accionante percibe, inferior a 20 pesetas diarias, cantidad que no alcanza para un vivir decoroso, conforme a su estado, y ni siquiera para su subsistencia, cuando el valor de los frutos y rentas es tan notoria y desproporcionadamente superior".

En relación con el derecho norteamericano, cuando el “*separation agreement*” se deja sin efectos por resultar “*unconscionable*”, el tribunal requiere a las partes para que presenten un nuevo acuerdo, una vez revisado el anterior (s. 306 (c) MMDA). De no ser capaces de alcanzar otro, debe proceder a dictar sentencia, a partir de los estándares regulados en las ss. 307 y 309 MMDA. En este mismo sentido, se encuentra regulado en la s. 7.09 (6) PLFD, aunque prevé que pueda limitarse la renegociación a ciertos términos del acuerdo, y solo excepcionalmente puede dispensar a las partes de renegociar y dictar sentencia. Un deber de negociación para las partes igualmente se encuentra previsto en PECL 6:111 (2), en el caso de que el contrato pase a ser excesivamente oneroso, como consecuencia de un cambio en las circunstancias, para “*encourage the parties to reach an amicable settlement*”. De no poder alcanzar un acuerdo, ya fuera para adaptarlo o para extinguirlo, se atribuye competencia a los tribunales para que lo hagan, si bien deberá indemnizar por los daños y perjuicios causados si alguna de las partes se niega a entablar negociaciones o lo hace con mala fe (p. ej. una vez ya ha celebrado un contrato con un tercero, resultando ambos incompatibles; de continuar negociando, a pesar de tener decidido que no alcanzará acuerdo alguno), de acuerdo con PECL 6:111 (3)⁶⁶².

En atención a que el pacto amistoso de separación es un negocio jurídico complejo, en que hay una finalidad obligacional unitaria a cumplir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias (*causa familiae*), se destinará un epígrafe a examinar en qué medida la ineficacia de alguna de ellas puede afectar la del conjunto (1.). Con posterioridad, se procederá al estudio del alcance retroactivo de los efectos de la declaración de ineficacia (2.).

1. Propagación de la ineficacia

La ineficacia del pacto amistoso de separación es total, en caso de nulidad (con la excepción de que solo alguno de los pactos contravenga normas imperativas o prohibitivas) y anulabilidad (salvo que el error invalidante o el dolo *in contrahendo* afecte únicamente uno de los objetos que integran el objeto total del negocio jurídico; o bien, cuando la falta de capacidad de obrar afecta a uno de los actos de disposición). Ello se justifica en que la presencia de alguna de estas irregularidades excluye la validez del negocio jurídico mismo⁶⁶³. Además, la ineficacia es total en el supuesto del ejercicio de la facultad de desistimiento.

⁶⁶² COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, “Principles of European Contract Law”, pp. 189-191 y 326; NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, “Model Marriage and Divorce Act”, p. 37; AMERICAN LAW INSTITUTE, “Principles of Family Dissolution”, pp. 1017-1018.

⁶⁶³ Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA, “La nulidad parcial del contrato”, pp. 37-43.

Por el contrario, cuando solamente una parte de su contenido es ineficaz (p. ej. por rescisión, incumplimiento o modificación sobrevenida de las circunstancias; o bien, cuando alguno de los pactos contravenga lo dispuesto por normas imperativas o prohibitivas) resulta más problemático determinar los efectos de la ineficacia. Como expusimos en el capítulo III, el pacto amistoso de separación es un negocio jurídico complejo, en la medida en que se caracteriza por incluir en un mismo instrumento diversos negocios jurídicos de variada naturaleza (patrimonial o familiar) y por tener una finalidad obligacional unitaria, la cual se corresponde con la regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable (*causa familiae*), a cumplir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias. De modo que las diversas estipulaciones se condicionan entre sí en un equilibrio. En consecuencia, deben valorarse como parte de un sistema, puesto que no fueron las prestaciones por separado las que movieron a las partes a prestar su consentimiento, sino el conjunto de ellas.

En virtud de dicha relación de conexión o de dependencia, se deberá examinar en qué medida se produce una ineficacia propagada o en cadena. La ineficacia total procede cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial (*utile pro inutile non debet vitari*). De no serlo, debe continuar siendo eficaz en lo restante (*utile per inutile non vitiatur*). Por tanto, la cuestión espinosa se encuentra en determinar cuándo procede uno y cuándo el otro⁶⁶⁴.

Conforme con DÍEZ-PICAZO, la tensión entre el principio de autonomía privada y el principio de conservación debe resolverse con prevalencia del primero, pues “*imponer la reglamentación contractual mutilada es imponer una reglamentación que ya no es autónoma*”. Por consiguiente, la ineficacia debe ser total, salvo que se demuestre que las partes quisieron o hubiesen querido el negocio jurídico sin la parte ineficaz. El problema de esta interpretación es que no toma en consideración que la conservación de la validez parcial del negocio jurídico opera como remedio para evitar el fraude masivo de las leyes. Pues, como defendía DE CASTRO Y BRAVO, la parte más fuerte podría extinguir la relación negocial cuando quisiera, en detrimento de las leyes dictadas para amparar a las personas más débiles, o para intentar quedar liberado en cualquier momento de las obligaciones contraídas. Por esta razón, dicho autor defiende que deben considerarse las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio jurídico y las exigencias de la buena fe. No obstante, creemos que es la posición de ALBALADEJO GARCÍA la que permite reducir más la inseguridad

⁶⁶⁴ Luis DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, pp. 462-463 y 467; Manuel ALBALADEJO, “Ineficacia e invalidez”, pp. 43-44.

jurídica. Conforme con dicho autor, debe partirse siempre de la ineficacia parcial, puesto que “a las partes lo que les importa es el ‘fin práctico’ y no el ‘medio jurídico’ utilizado, es justo que el Derecho salve [...] la consecución de aquel fin”. Si bien, admitiendo que la ineficacia puede ser total, si quien lo propugna consigue probar que el negocio jurídico no fue querido sin la parte ineficaz⁶⁶⁵.

En la medida en que las partes pretenden regular con el pacto amistoso de separación los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, consideramos que la ineficacia de alguna de sus estipulaciones no impide –en principio– que en lo restante continúe siendo eficaz, por persistir el fin práctico perseguido. Por lo que se trataría de una ineficacia parcial. Asimismo, hay que tener en cuenta que si las partes hubieran acordado por pacto expreso prestaciones recíprocas (i. e. cada una de ellas dependería de la otra), se produciría una ineficacia propagada o en cadena, aunque limitada a las estipulaciones con dicho carácter. Así, por ejemplo, de pactar la indivisión de una comunidad ordinaria indivisa por un plazo superior a 10 años (vulnerando lo previsto en el art. 552-10.1 CCC) a cambio del reconocimiento de un derecho de uso sobre dicho bien inmueble.

Esta es igualmente la posición del derecho australiano, en que el tribunal no tiene por qué dejar sin efectos todo el acuerdo cuando una de las partes del mismo resulta “*void, voidable or unenforceable*”, en la medida en que resulta separable del resto. También se encuentra previsto así en Inglaterra y Gales, donde cualquiera de las partes puede ser demandada para que cumpla con lo pactado en “*maintenance agreements*” (incluidos en la definición de la s. 34 (2) MCA o s. 67 Sched. 5, CPA), aun cuando se hubiera declarado nula aquella estipulación, por la que se restringía el derecho de solicitar un “*court order*” (s. 34 (2) MCA y s. 68 (b) sch. 5, CPA), siempre que el resto no resultara dejado sin efectos por otra razón. Así, por ejemplo, en *Sutton v. Sutton* (1984) no prosperó, resultando nulo en su totalidad, porque el acuerdo (en que se pretendía impedir el acceso a la jurisdicción) había sido celebrado oralmente y no tenía “*consideration*”⁶⁶⁶.

Ahora bien, la ineficacia del pacto amistoso de separación podría llegar a ser total, si se consigue probar que las prestaciones se encuentran tan interrelacionadas entre ellas que el

⁶⁶⁵ Luis Díez-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, p. 482; Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, pp. 491-495; Manuel ALBADALEJO, “Ineficacia e invalidez”, pp. 21 y 44-45; Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA, “La nulidad parcial del contrato”, pp. 75-78. Por ejemplo, la STS de 17 mayo 1958 (ROJ 1616/1958, MP Oca Arabellos) declaró que la nulidad de un pacto (indivisión de una finca) no determina la de todo el negocio jurídico cuando los varios extremos que contiene “*no están íntimamente vinculados ni en relación de recíproca dependencia*”.

⁶⁶⁶ Este caso se encuentra citado y comentado en: Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, p. 954.

negocio jurídico no fue querido sin la parte ineficaz⁶⁶⁷. A nuestro entender, ello se pone claramente de manifiesto cuando tiene lugar una ruptura en el equilibrio de prestaciones.

2. Alcance del efecto retroactivo de la ineficacia

Un negocio jurídico ineficaz no es el que no produce efectos, puesto que sí puede haberlos desplegado (p. ej. transmisión posesoria, cumplimiento de las prestaciones pactadas), sino el que no debe producirlos o, al menos, no los efectos típicos (p. ej. adquisición de la propiedad). Ello encuentra su razón en la diferencia entre la «eficacia jurídica» y la «eficacia fáctica», a la cual se refería GÓMEZ DE LA ESCALERA⁶⁶⁸.

La negación de efectos, como consecuencia de la declaración de ineficacia, se aplica con efectos *ex tunc* en caso de nulidad y anulabilidad. Por el contrario, las otras figuras de ineficacia, examinadas previamente, operan con efectos *ex nunc*. Si bien debe igualmente procederse a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses («efecto retroactivo obligatorio»), el negocio jurídico celebrado no pierde por ello su primitiva condición de válido («efecto retroactivo real»)⁶⁶⁹. Cabe resaltar, en concordancia con lo expuesto previamente, que en la rescisión por fraude de acreedores y por haber sido declarado en concurso, la restitución del bien al cónyuge o conviviente estable del deudor puede resultar mucho más difícil, como consecuencia de la situación de insolvencia y de la protección de sus acreedores.

Además, es importante precisar que el alcance retroactivo de los efectos de la declaración de ineficacia dependerá en gran medida del contenido de las estipulaciones. Pues, como defendía ALONSO PÉREZ, el hecho de que la regulación de las obligaciones y de los contratos esté elaborada desde la perspectiva de las relaciones económicas de intercambio de cosas genera que las soluciones resulten inadecuadas de ser trasladadas a otros tipos de negocio jurídico⁶⁷⁰. Por esta razón, creemos que la naturaleza jurídica del pacto amistoso de separación requiere que se realicen algunas adaptaciones del derecho patrimonial puro.

⁶⁶⁷ Así, lo defiende GARCÍA RUBIO, en relación con la renuncia a la prestación compensatoria o alimentaria (María Paz GARCÍA RUBIO, “Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho”, p. 79). En relación con el derecho australiano: Jacky CAMPBELL, “Financial agreements”, p. 743. Respecto al derecho inglés y galés, vid. Nigel LOWE / Gillian DOUGLAS, “Bromley’s Family Law”, pp. 953-954; Jill BLACK, “A practical approach to family law”, p. 565.

⁶⁶⁸ Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA, “La nulidad parcial del contrato”, pp. 18-19.

⁶⁶⁹ Respecto a la diferencia entre “efecto retroactivo obligatorio” y el “efecto retroactivo real”, consultar: Federico DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”, p. 527. En este sentido, en relación con la acción resolutoria, se ha posicionado Ramon Maria ROCA I SASTRE, “Derecho Hipotecario”, p. 416. También vid. M^a Teresa ALONSO PÉREZ, “Supuestos legales de eficacia ‘ex nunc’ de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios”, *RCDI*, núm. 701 (2007), p. 1015.

⁶⁷⁰ M^a Teresa ALONSO PÉREZ, “Supuestos legales de eficacia ‘ex nunc’ de la nulidad”, pp. 1007-1008.

En atención a quién le resulten aplicables las estipulaciones, se examinará la procedencia del efecto retroactivo de la ineficacia.

2.1. Entre los cónyuges o convivientes estables

Respecto de las estipulaciones que tengan carácter exclusivamente patrimonial, el alcance retroactivo operará con toda su plenitud⁶⁷¹. De ahí que las partes deban restituirse recíprocamente las prestaciones ejecutadas (arts. 1303 y 1307 CCE), con cumplimiento simultáneo (art. 1308 CCE), puesto que no hay verdaderas obligaciones contractuales. Así, por ejemplo, encontramos los bienes o dinero (ya fuera un capital o prestaciones periódicas) que se hubieran recibido, en concepto de compensación económica por razón de trabajo o de atribución patrimonial, en caso de división de la comunidad ordinaria indivisa. O, en relación con la condonación de deuda, puede exigírsele el pago íntegro del crédito al que se había renunciado.

No obstante, en las estipulaciones patrimoniales que presenten tintes de carácter personal, el alcance retroactivo solo procederá en relación con el sobrepago o exceso. Así, no cabrá la retroacción en la cuantía que se corresponda con las necesidades del alimentista (art. 237-1 CCC). Asimismo, se deberá respetar el límite de las necesidades básicas del cónyuge acreedor de la prestación compensatoria (art. 233-16.2 CCC), salvo que ya estuviera percibiendo alimentos legales, o del conviviente estable acreedor de la prestación alimentaria (art. 234-10.2 CCC). Ello encuentra su razón en la protección de un interés jurídico, digno de amparo, que resultaría perjudicado de aplicarse con retroactividad. Concretamente, nos estamos refiriendo al del cónyuge o conviviente estable en una posición más débil⁶⁷².

En relación con aquellas estipulaciones que tengan solamente carácter personal o les resulte de aplicación el principio del interés del menor, es preciso indicar que no tendrán alcance retroactivo alguno. Así, por ejemplo, la atribución o distribución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar no tiene efectos retroactivos cuando se ha hecho como forma de pago de alimentos debidos a los hijos menores o de los alimentos legales al cónyuge separado de hecho. En caso de ser la forma de satisfacer la prestación compensatoria o alimentaria, el límite de la retroacción se encuentra en las necesidades básicas del acreedor. Ello se

⁶⁷¹ Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2184 y 2186.

⁶⁷² Susana NAVAS NAVARRO, “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña”, pp. 2184 y 2186. En un sentido similar, encontramos la nulidad matrimonial. En este, se reguarda al cónyuge o cónyuges de buena fe de las consecuencias nefastas que le pueda acarrear, impidiendo que la sentencia de nulidad tenga efectos retroactivos (M^a Teresa ALONSO PÉREZ, “Supuestos legales de eficacia ‘ex nunc’ de la nulidad”, p. 1049).

fundamenta de nuevo en la protección de un interés jurídico, considerado digno de amparo, como es el del cónyuge o conviviente estable más débil, así como el de los hijos sometidos a la potestad parental. Tampoco se aplicará con retroactividad la ineficacia de un acuerdo de cese de convivencia con ruptura de la comunidad de vida, por tratarse de un supuesto en que el concepto mismo de restitución resulta ajeno⁶⁷³.

2.2. Frente a los hijos sometidos a la potestad parental

La protección del interés superior del menor impide el alcance retroactivo de las estipulaciones relativas a los hijos sometidos a la potestad parental. Si bien es cierto que dicho principio opera como presupuesto de eficacia de la propia estipulación (art. 233-5.3 CCC), el negocio jurídico puede haber producido efectos hasta el momento que haya sido declarado como ineficaz. Así, en relación con los alimentos satisfechos, conviene destacar que no deben ser restituidos, puesto que se trata de un deber inherente a la potestad parental (art. 236-17.1 CCC). Tampoco alcanza el carácter retroactivo a la extinción del modelo de guarda y régimen de relaciones personales, por resultar el concepto mismo de restitución ajeno al propio supuesto⁶⁷⁴.

2.3. Frente a otros terceros

Si bien es cierto que los contratos solo producen efectos entre las partes (art. 1257 CCE), las alteraciones en la titularidad de bienes y derechos pueden afectar a los hijos sometidos a la potestad parental, así como al interés de otros terceros. Así pues, procederemos a examinar en qué medida procede el alcance retroactivo obligatorio, distinguiendo entre: terceros adquirentes (2.3.1.) y terceros contratantes (2.3.2.).

2.3.1. Terceros adquirentes

En el caso de que el cónyuge o conviviente haya transmitido el bien a un tercero, debe examinarse en qué medida puede resultar afectado por la retroacción de efectos.

En lo referente a los bienes muebles, los adquirentes de buena fe y a título oneroso están protegidos por aplicación del art. 522-8 CCC. En cambio, de tratarse de un bien inmueble, es necesario que además hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, para que

⁶⁷³ Susana NAVAS NAVARRO, "La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña", pp. 2184 y 2186. Dicha situación también se produce en la nulidad matrimonial. Como declara ALONSO PÉREZ, "no cabe hablar de prestaciones susceptibles de restitución al tratarse de un vínculo referido a aspectos tan ligados a la esencia misma del ser humano. Se trata de un concepto ajeno al contenido del matrimonio" (M^a Teresa ALONSO PÉREZ, "Supuestos legales de eficacia 'ex nunc' de la nulidad", p. 1056).

⁶⁷⁴ Susana NAVAS NAVARRO, "La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña", pp. 2188-2189.

sean mantenidos en su adquisición (art. 34 par. 1 LH). En ambos supuestos, la alteración en la titularidad de los bienes y derechos no les resultará oponible. Entonces, el acreedor únicamente tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios causados.

La protección de los terceros adquirentes cobra una relevancia especial en relación con la ineficacia o extralimitación en los poderes otorgados, así como frente a los actos de disposición sobre la vivienda familiar o sobre los bienes muebles de uso ordinario que comprometan su uso, hechos por parte del cónyuge titular durante la separación de hecho, sin el consentimiento del otro (art. 231-9 CCC). También respecto a las estipulaciones a favor de tercero. Si bien es cierto que la facultad revocatoria del estipulante cesa, una vez que el beneficiario otorga su consentimiento (art. 1257 par. 2 CCE), ello no impide que su derecho autónomo y propio se extinga por las causas generales (p. ej. nulidad, rescisión), por hallarse subordinado a la validez y eficacia del negocio jurídico celebrado entre estipulante y prominente. Sin embargo, el beneficiario resulta protegido en su adquisición, de ser de buena fe y a título oneroso, lo cual puede resultar confuso de determinar, en la medida en que es una figura jurídica de estructura trilateral. A nuestro entender, solamente resultará procedente cuando el acto de disposición del estipulante a su favor obedezca a una *solvendi causa*. Es decir, responde al pago de lo que le adeudaba.

2.3.2. Terceros contratantes

Los cónyuges y convivientes estables pueden haber acordado en el pacto amistoso de celebración un cambio de deudor o la cesión de un contrato, para cuya validez y eficacia se requiere con carácter necesario del consentimiento del otro contratante. Ello ocurre, por ejemplo, en la cesión del contrato de arrendamiento (art. 8.1 LAU) o en la subrogación de la deuda hipotecaria (art. 1205 CCE). Una vez que el otro contratante (cesión) o acreedor (cambio de deudor) ha otorgado su consentimiento, se produce la perfección y desde entonces obligan a las partes (art. 1258 CCE). Por lo que, a pesar de que se declare posteriormente la ineficacia del pacto amistoso de separación, seguirá resultando vinculante.

CONCLUSIONES

TESIS PRINCIPAL.- La necesidad de una mayor responsabilización de los cónyuges y convivientes estables respecto a las consecuencias derivadas de su ruptura. El pacto amistoso de separación, como paradigma del proceso de contractualización en el que se encuentra actualmente inmerso el Derecho de familia y que atribuye a los sujetos privados capacidad para autorregularse conforme a sus propios intereses, debería constituir una alternativa preferente frente a otros negocios jurídicos reguladores de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, en caso de inmediatez en la ruptura de la comunidad de vida, al permitir regular los cambios producidos en el seno de la familia de manera urgente y sin vocación de permanencia, salvo voluntad contraria de las partes.

SUBTESIS PRIMERA.- Favorece que se alcancen «rupturas eficientes» en el momento en que las relaciones estrictamente económicas cobran mayor relevancia. La celebración de un pacto amistoso de separación permite que los beneficios de la ruptura (“*quasi-rents*”) sean superiores a los de permanecer juntos (“*threat points*” o “*fallback alternatives*”), para ambos cónyuges o convivientes estables, lográndose así una ruptura eficiente, en la medida en que los costes de transacción permanecen bajos. Ello se explica, por una parte, por la reducción de los costes económicos, al no tener que pagar costas judiciales u honorarios profesionales. Por otra, por la disminución de los costes emocionales, como consecuencia de eliminar la incertidumbre causada por el traspaso de todo poder decisorio a la autoridad judicial y de permitir que los conflictos, originados por la crisis matrimonial o de la convivencia estable, queden resueltos más rápidamente, pudiendo las partes continuar con sus vidas.

SUBTESIS SEGUNDA.- Celebración de acuerdos más personalizados, en atención a las singularidades de cada núcleo familiar. Las partes son quienes están mejor capacitadas para encontrar aquella solución más idónea, en atención no solo a sus circunstancias e intereses propios, sino también de los hijos, a diferencia de la autoridad judicial que dispone de un tiempo muy limitado para llevar a cabo dicha tarea. Además, como el pacto amistoso de separación es celebrado una vez ya se ha producido la ruptura en la comunidad de vida (la cual no tiene por qué coincidir con el cese efectivo de la convivencia) y las partes no temen mandar señales de desconfianza, es más probable que los acuerdos alcanzados resulten concordantes con las respectivas preferencias.

SUBTESIS TERCERA.- Se previene la perpetuación del conflicto por encadenamiento de litigios, en beneficio de un mejor ejercicio futuro de la potestad parental. El pacto amistoso de separación tiene una baja tasa de litigiosidad, al ser libremente aceptado y resultar más consistente con las preferencias de cada una de las partes. Ello resulta especialmente relevante en lo concerniente a los hijos, ya que las responsabilidades parentales mantienen el carácter compartido y en la medida de lo posible deben ejercerse conjuntamente. De ahí la importancia que los progenitores puedan mantener una relación de cordialidad y que actúen desde la negociación, en lugar de la confrontación, estableciéndose una cooperación continúa entre ellos.

SUBTESIS CUARTA.- Maximización de las posibilidades que se alcancen acuerdos, cuando se negocia en “*the shadow of the law*”. Por más que una ruptura sea intrínsecamente conflictiva, en la medida en que no hay publicidad de las desavenencias nacidas en el seno de la intimidad familiar, se reducen aquellas actitudes dirigidas a desvalorizar a la contraparte, propias de los procesos judiciales contenciosos, y las normas jurídicas de Derecho de familia crean un fondo de negociación, que previene que alguno de ellos acepte una solución que le deje en peor situación de la que hubiera obtenido de acudir a los tribunales, el acuerdo entre los cónyuges o convivientes estables resulta más factible. Reflejo de la concurrencia de una voluntad de llegar a un acuerdo, la encontramos en que el promedio de procesos de divorcio, concluidos de mutuo acuerdo, entre los años 1998 y 2015, se situó en Cataluña en el 71,94%, alcanzándose porcentajes más elevados en los últimos años (alcanzándose la cifra récord de 83,03% en 2015). Dicha tendencia debe enmarcarse en el objetivo de desjudicialización, promovido por distintas reformas legislativas (entre las que destaca la aprobación de la LRJV), en el cual se encuentra actualmente inmerso el Derecho de familia.

SUBTESIS QUINTA.- No hay vulneración de ninguno de los principios, que conforman el orden público familiar. Si bien es cierto que el reconocimiento de autonomía privada en la ordenación de las relaciones familiares ha sido superior en el Derecho civil catalán, que en el estatal, como consecuencia del principio general de libertad civil, el ejercicio de la misma igualmente se encuentra limitado. Así, los pactos en materia de guarda, relaciones personales y alimentos son solo eficaces de ser conformes con el interés superior del menor (o del interés del hijo mayor de edad incapacitado), una vez que hayan sido aprobados por la autoridad judicial. Del mismo modo, el legislador catalán establece cautelas que persiguen proteger al cónyuge o conviviente estable que ocupa una posición negociadora más débil, aunque siempre supeditado a la protección de los hijos sometidos a la potestad parental,

fijando el límite de la cobertura de las necesidades básicas, para aceptar la validez a las renunciaciones de determinados derechos no incorporados en una propuesta de convenio regulador.

SUBTESIS SEXTA.- Inclusión en un único instrumento de diversos negocios jurídicos, de variada naturaleza y con su propia causa, condicionados entre sí en equilibrio. El pacto amistoso de separación es un negocio jurídico complejo, por incluir una pluralidad de prestaciones, unidas por una finalidad obligacional unitaria, la cual se corresponde con la regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable (*causa familiae*), y que ocasiona que las diversas estipulaciones deban valorarse como parte de un sistema, puesto que fue el conjunto de ellas lo que movió a las partes a prestar consentimiento. Dicha relación de conexión o dependencia cobra una gran relevancia a los efectos de valorar la ineficacia propagada o en cadena. Debe partirse siempre de la ineficacia parcial, sin perjuicio que el incumplimiento de alguno de los pactos otorgados permita la resolución de dicha obligación sinalagmática en concreto, pudiendo ser total, si quien la propugna consigue probar que el negocio jurídico no fue querido sin la parte ineficaz, lo que acontece siempre que tenga lugar una ruptura en el equilibrio de las prestaciones.

SUBTESIS SÉPTIMA.- Facilidades en su celebración, por operar el principio de libertad de forma. Es el único negocio jurídico de derecho de familia, por el que se regulan los efectos derivados de crisis matrimonial o de la convivencia estable, que no impone a las partes que exterioricen su declaración de voluntad, a través de un medio concreto, pese a que no hubiese sido desacertado la imposición de la forma escrita, en atención al contexto psicológico en que generalmente son adoptados y por constituir un medio de prueba más idóneo del contenido, la fecha de celebración y las circunstancias que lo rodearon. En cualquier caso, en relación con alguna de las estipulaciones contenidas, se deberá proceder necesariamente a su inscripción o anotación al Registro de la Propiedad, para que no se trate de un mero acuerdo obligacional, sin transcendencia registral. Aunque el testimonio de una resolución judicial, ya fuere una sentencia o un decreto emitido por el secretario judicial, tras haber presentado lo acordado en un pacto amistoso de separación como propuesta de convenio regulador, resulta título inscribible, conviene destacar que hay actos o negocios jurídicos que requieren necesariamente del otorgamiento de escritura pública.

SUBTESIS OCTAVA.- No cosificación de los hijos como moneda de cambio en las negociaciones. El nombramiento de un defensor judicial (cargo que debería ser ocupado por un asistente social, un miembro del equipo técnico del juzgado o un especialista designado

por los colegios profesionales correspondientes), para que actúe como representante y defensor de los hijos sometidos a la potestad parental, garantiza que la opinión de estos sea escuchada, una vez debidamente informados, antes que se adopte una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial. De este modo, se reduce la incertidumbre y el estrés causado por la nueva situación, además de permitir que tengan voz desde un primer momento, sin tener que esperar a que los progenitores inicien un proceso judicial. En función de la capacidad natural de sus representados, el defensor judicial tendría que adaptar el desarrollo de sus funciones. Así, cuando tengan una opinión firme y buenas razones que la justifiquen, debería limitarse a velar que se respeta su derecho a ser informado y consultado, pudiendo transmitir su parecer en su lugar cuando no desee expresarla personalmente. En cambio, cuando carezcan de suficiente juicio, no hayan manifestado opinión alguna o esta resulte indefendible, tendría que adoptar un rol más activo y formular también propuestas.

SUBTESIS NOVENA.- Se alcanza un acuerdo de mínimos, cuyo contenido puede irse especificando con el tiempo, en la medida en que las circunstancias así lo requieran. Frente a la imposibilidad de prever todas las contingencias futuras que pueden producirse (como consecuencia de los elevados “*transaction costs*”, así como por “*bounded rationality*” y “*asymmetric information*”), las partes deben optar por la simplicidad de los términos empleados (es decir, con previsión de pocas contingencias futuras y sin excesiva dificultad de comprensión), con inclusión de mecanismos de renegociación *ex post*, asegurando así que serán ellas mismas las que decidan las controversias que puedan plantearse. Y, si bien es cierto que ello supone dejar el acuerdo de voluntad incompleto en sus términos, permite que su contenido vaya siendo especificado durante el desarrollo de su relación jurídica (la cual generalmente se prolongará más en el tiempo cuando haya hijos sometidos a la potestad parental), en función de las necesidades y eventualidades que se presenten, sin encontrarse encorsetadas por aquello que hubiesen acordado justo después de la crisis matrimonial o de la convivencia estable.

SUBTESIS DÉCIMA.- Permite dejar zanjadas las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial, derivadas de la ruptura, entre los cónyuges y convivientes estables. Siempre que las partes tengan voluntad de crear un *status* con eficacia jurídica, lo cual resulta posible en atención a que el pacto amistoso de separación es válido y con fuerza vinculante *inter partes* desde su suscripción, tendrá carácter transaccional, quedando excluida la posibilidad de entablar posteriormente un pleito. Entre los pactos que pueden alcanzar las partes destaca el acuerdo de ruptura de la comunidad de vida, con el cual se persigue causar la pérdida de aquellos derechos condicionados a la existencia de la misma y

para restringir –en la medida de lo posible– la aplicación de las presunciones, que legitiman para el ejercicio de las acciones de reintegración. Asimismo, pueden incluir una cláusula de revocación de todos los consentimientos y poderes otorgados, previsión cuya inclusión resulta más atractiva para los cónyuges, ya que dicho efecto *ex lege* únicamente se produce con la solicitud de medidas provisionales a la autoridad judicial. Además, estos pueden llevar a cabo una liquidación de hecho del régimen económico matrimonial, al no poder operar hasta que este se extinga, a diferencia de los convivientes estables que pueden hacer regular los efectos extintivos de sus relaciones económicas desde el momento en que hayan decidido dar por concluida su convivencia, gozando de una amplia discrecionalidad, por no estar sujetos a un régimen primario. En último lugar, pueden alcanzar acuerdos en relación con la prestación compensatoria y la prestación alimentaria, dirigidos a su atribución o a su renuncia, aunque también pueden realizar un reconocimiento expreso de la inexistencia de desequilibrio económico, con el propósito de impedir su reclamación en un futuro.

SUBTESIS DECIMOPRIMERA.- Servirse de las amplias posibilidades de pacto para dirimir sobre el futuro de la vivienda familiar. El activo más complejo de gestionar, una vez se ha producido la ruptura en la comunidad de vida, por ser el mayor valor económico (si no el único) y con más deudas vinculadas al mismo, es la vivienda familiar. Por lo que respecta a esta, hay un amplio abanico de pactos que los cónyuges y convivientes estables pueden alcanzar, los cuales son –ordenados de menos a más protectores para su poseedor– los siguientes: atribución de un derecho de uso sobre una vivienda familiar detentada por título distinto al de propiedad; cesión (con el consentimiento escrito del arrendador) o subrogación en el contrato de arrendamiento; atribución de un derecho de uso sobre una vivienda familiar detentada por título de propiedad; adquisición de la propiedad temporal, a través del cual se confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto; constitución de una propiedad compartida. En cualquier caso, aparte de las anteriores opciones, siempre cabe la disolución de la comunidad ordinaria indivisa por división de la cosa, ya fuere con adjudicación a uno de los comuneros (pudiéndose establecer un pago compensatorio a favor del adjudicatario) o por venta a un tercero.

SUBTESIS DECIMOSEGUNDA.- Decidir en materia de pago de las cuotas hipotecarias, derivadas de la adquisición de la vivienda familiar u otro bien inmueble. Si bien es cierto que lo habitual es que el cónyuge o conviviente estable, que tenga la propiedad exclusiva, sea el que abone las cuotas hipotecarias que se devenguen hasta su total cancelación y, en caso de ser ambos cotitulares *pro indiviso*, que cada uno asuma la mitad o en proporción a sus respectivas cuotas, puede suceder que se opte por vender el bien

privativo (o su cuota) al otro, produciéndose entonces una subrogación en la deuda hipotecaria (precisándose del consentimiento del acreedor, por quedar el vendedor liberado de toda responsabilidad), lo cual acontece en caso de compraventa con pacto de asunción de deuda, o solo en la carga hipotecaria, en cuyo caso ambos deben responder solidariamente. En dicho caso, pueden optar por celebrar una compraventa con pacto de retención (quedando el comprador obligado como depositario de una suma de dinero que debe destinar a la extinción de la hipoteca), con pacto de descuento (con rebaja o descuento del importe relativo a la deuda hipotecaria) o con precio aplazado (por el importe de la carga, en garantía). Asimismo, pueden optar por una transmisión a título gratuito, a través de una donación modal o con carga (obligándose el donatario al pago restante de la hipoteca), en cuyo caso se puede producir una subrogación en la deuda hipotecaria o en la carga hipotecaria, en función de lo que se hubiese estipulado.

SUBTESIS DECIMOTERCERA.- Asentar las bases para garantizar el correcto ejercicio futuro de la potestad parental, las cuales pueden adquirir posteriormente vocación de permanencia. En la medida en que se trata de un acuerdo cuya eficacia depende de su posterior aprobación judicial, su contenido debe limitarse a dar respuesta a aquellas cuestiones más básicas e indispensables para asegurar el correcto ejercicio de la potestad parental, sin perjuicio que vayan especificando su contenido con el paso del tiempo. Para ser más precisos, deben acordar la implementación de un modelo de guarda exclusiva (con el consiguiente reconocimiento de un régimen de relaciones personales al otro progenitor) o de guarda compartida (en que el menor debe pasar entre 33-50% del tiempo con cada uno de ellos), además de estipular alimentos, destinados a satisfacer las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias de sus hijos, sometidos a la potestad parental. En atención a las altas probabilidades que dicho acuerdo sea aprobado por la autoridad judicial, como mantenimiento del *status quo*, podemos afirmar que dichas previsiones pueden fácilmente convertirse en definitivas y permanentes, si así lo desean los progenitores, una vez haya quedado probado su buen funcionamiento y su adecuación a las necesidades planteadas.

SUBTESIS DECIMOCUARTA.- Se minimiza el riesgo de fractura en las relaciones familiares de los hijos, como resultado del conflicto de lealtades. Los otorgantes de un pacto amistoso de separación pueden incluir un régimen de relaciones personales de los hijos (sometidos a la potestad parental) a favor de aquel de ellos que no fuese progenitor. Cabe precisar que ello únicamente resulta procedente, conforme el interés superior del menor y del interés del hijo mayor de edad incapacitado, cuando hubiera adquirido la condición de figura parental (como “*de facto parent*”), como consecuencia de haber participado activamente en

el ejercicio de la potestad parental, a través de asumir las facultades previstas en el art. 236-14 CCC. Así acostumbra a suceder en relación con los hijos no comunes en las familias recompuestas o reconstituidas, pero también respecto aquellos hijos nacidos a consecuencia de fecundación asistida y que solamente tuviesen una filiación establecida y para aquellos, cuya filiación hubiese sido impugnada judicialmente. Si bien el otro titular de la potestad parental (no otorgante del pacto) debe ser informado, no se precisa de su consentimiento y solo puede oponerse al mismo de concurrir una justa causa, en cuyo caso deberá recurrir a la autoridad judicial para que sea quién decida. Del mismo modo, cuando ambos otorgantes sean progenitores, pueden reconocer un régimen de relaciones personales a favor de terceros, sin que deban otorgar su consentimiento cuando la estipulación sea de carácter condicional y no vinculante. Ello resulta especialmente relevante para los abuelos, ascendientes del progenitor no guardador, por ser los que tienen una probabilidad más alta de perder contacto con los nietos.

SUBTESIS DECIMOQUINTA.- La atribución de la facultad de desistimiento, reconocida en el CCC, representa una garantía para la parte en una posición más débil o de desventaja. Cuando los otorgantes no hubiesen recibido asistencia letrada (por parte de un abogado en ejercicio u otro profesional del derecho), de forma independiente, ya sea antes o en el momento de celebración del pacto amistoso de separación, cualquiera de ellos está legitimado para ejercer dicha facultad jurídica y dejar el pacto amistoso de separación, previamente celebrado, sin efectos. El fundamento de la misma es minimizar el riesgo que el acuerdo alcanzado sea especialmente dañino para los intereses de la parte en una posición más débil o de desventaja, sin que ello no constituye una garantía completa, ya que puede suceder que su voluntad interna no se haya formado libremente, como consecuencia de la concurrencia de vicios en el consentimiento. En cualquier caso, cabe resaltar que el ejerciente dispone de un plazo de tres meses (en caso de ejercicio extrajudicial o en el marco de un proceso declarativo ordinario) para desistir, cuyo cómputo se inicia a partir de la fecha en la que los acuerdos fueron adoptados tras la ruptura en la comunidad de vida. De ahí la relevancia de su celebración por escrito, pudiendo optar –para mayor prueba– por un testimonio de legitimación de firmas, ya que permite dar fecha fehaciente del documento a los efectos del art. 1227 CCE, aunque sí lo que desean es su incorporación a un protocolo notarial, deberían inclinarse por una acta de protocolización de documento privado o por una escritura pública. También se podrá desistir, a pesar del transcurso del plazo, cuando el ejercicio de dicha facultad jurídica se acumule al proceso de nulidad, separación o divorcio (o, por aplicación analógica, a los procesos relativos a la ruptura de convivientes estables),

pero entonces lo deberá hacer antes de la contestación de la demanda (demandante) o al momento de la reconvención (demandado).

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

I. LITERATURA

1. Jurídica

1.1. Española

ABEL LLUCH, X., “Estudio doctrinal: La prueba documental”, en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La prueba documental*, Barcelona, ESADE: Bosch, 2010, pp. 19-229.

ABRIL CAMPOY, J. M., *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

AGUILAR RUIZ, L. / HORNERO MÉNDEZ, C., “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: Autonomía de la voluntad y control judicial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57 (2006), pp. 9-44.

ALAVEDRA FARRANDO, E., “Efectes de la nul·litat, la separació i el divorci”, en LUCAS ESTEVE, A., *Dret Civil Català*, vol. II: Persona i Família, Barcelona, Bosch Editor, 2012, pp. 353-381.

ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958.

ALBALADEJO, M., *Ineficacia e invalidez*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

ALEGRET BURGUÉS, M^a. E., “El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 21-45.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, vol. 46, núm. 1 (1993), pp. 57-122.

ALONSO PÉREZ, M., “La familia y el derecho de familia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 51-192.

ALONSO PÉREZ, M., “Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4 (1983), pp. 1147-1165.

ALONSO PÉREZ, M., “Supuestos legales de eficacia ‘ex nunc’ de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios”, *RCDI*, núm. 701 (2007), pp. 1005-1066.

ÁLVAREZ OLALLA, P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- ÁLVAREZ VIGARAY, R. / DE AYMERICH DE RENTERÍA, R., *La rescisión por lesión en el derecho civil español común y foral*, Granada, Editorial Comares, 1989.
- ANDERSON, M., “Sentencia de 31 marzo de 2011 (RJ 2011\3137). Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria: validez de la primer y nulidad de la segunda”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88 (2012), pp. 379-406.
- ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- ARNAU RAVENTÓS, L., “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4 (2011), pp. 1-25.
- ARNAU RAVENTÓS, L., “El Régimen concursal en las adquisiciones con pacto de sobrevivencia: el artículo 78.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4 (2006), pp. 247-267.
- ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona, Atelier, 2006.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., “Article 242”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 987-994.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., “L’edat de la persona i els seus efectes jurídics”, en Antoni VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 159-179.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P., *Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 1986.
- AVILÉS GARCÍA, J., *Libertad e igualdad en la nueva sociedad de gananciales*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1992.
- BADOSA COLL, F., “Comentari art. 35.3”, en VV. AA., *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 394-420.
- BADOSA COLL, F., “La potestat del pare i de la mare”, en HERNÁNDEZ MORENO, A. / VILLAGRASA ALCAIDE, C., *El Codi de Família i la Llei d’unions estables de parella (Aproximaciones doctrinales a las Leyes 9/1998 y 10/1998 del Parlament de Catalunya)*, Barcelona, CEDECS, 2000, pp. 311-336.
- BARCONES AGUSTÍN, N., “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2085 (2009), pp. 1495-1515.

- BARRAL VIÑALS, I., “Estructura tradicional per a continguts moderns: Els capítols d’avui”, en ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Nous reptes del dret de família: Materials de les tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 523-536.
- BASTIDA CANAL, X., “A propósito de las llamadas «separaciones convencionales»”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 75, nº 1 (1976), pp. 125-140.
- BAYO DELGADO, J., “Article 77”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 384.
- BAYO DELGADO, J., “Article 78”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 385-386.
- BÉJAR, J., “Artículo 93”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (coord.), *Proceso concursal práctico (comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Madrid, Iurgium, 2004, pp. 472-474.
- BELTRÁN, E., “Artículo 84”, ROJO, A. / BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1493-1524.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “La situación jurídica del cónyuge del arrendatario en la vivienda arrendada”, *RCDI*, núm. 738 (2013), pp. 2596-2649.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, *RCDI*, núm. 734 (2012), pp. 3458-3508.
- BLANQUER UBEROS, R. / MARTÍNEZ GIL, J. L. / SIMÓ SANTONJA, V. L., “Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en derecho comparado (Ponencia de la Delegación Española en la II Comisión del XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971)”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXIII-LXXIV (1971), pp. 95-189.
- BOSCH CAPDEVILA, E., “L’evolució del règim de separació de béns en el dret civil de Catalunya: La compensació econòmica per raó de treball”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 109, núm. 4 (2010), pp. 127-150.
- BOSCH CAPDEVILA, E., *La administración de los bienes de los hijos en el “Codi de Família”*, Barcelona, Bosch, 1999.
- BOSCH I CARRERA, A., “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, en ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Nous reptes del dret de família: Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 241-273.

- BOTANA GARCÍA, G. A., “Derecho de visita de los abuelos”, *Actualidad Civil*, núm. 5 (2004), pp. 548-560.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a., “Contrato de transacción: Título inscribible (Comentario a las Resoluciones de 25 febrero, 9 y 10 de marzo de 1988)”, *RCDI*, núm. 603 (1991), pp. 319-354.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, Aranzadi, 1975.
- CARBALLO FIDALGO, M., “El contrato a favor de tercero”, *Actualidad Civil*, núm. 47 (2000), pp. 1697-1727.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a., “La protección de la vivienda familiar y mobiliario de la familia en el artículo 1320 del Código Civil”, *RCDI*, núm. 582 (1987), pp. 1431-1462.
- CAREAGA VILLALONGA, I., *La ruptura conyugal*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950.
- CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1814”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Cizur Menor, 2009, pp. 2074-2075.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Madrid, Editorial DILEX, 2006.
- CASAS VALLÉS, R., “Article 50”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 284-287.
- CASTELLS I MARQUÈS, M., “Atribució de l’ús d’altres residències (Comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 28 de gener de 2013)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 14 (2014), pp. 149-160.
- CASTELLS I MARQUÈS, M., “L’opinió del menor en la modificació del règim de guarda (comentari de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 9 de gener 2014)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, núm. 1 (2015), pp. 199-218.
- CASTILLA BAREA, M., / Ana Laura CABEZUELO ARENAS, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS M., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II, Navarra, Thomson Reuters, 2011, pp. 381-608.
- CASTILLA BAREA, M., “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 295-380.
- CATALÁN FRÍAS, J., “La custodia compartida”, *Revista Derecho y Criminología*, núm. 1 (2011), pp. 57-82.

- CHICO Y ORTIZ, J. M^a., “La insegura seguridad y la seguridad del tráfico jurídico”, *RCDI*, núm. 599 (1990), pp. 9-30.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Navarra, Cizur Menor, 2005.
- CORRAL GIJÓN, M C., “Nuevas tendencias de la protección al menor”, *RCDI*, núm. 655 (1999), pp. 2255-2302.
- CORTADA CORTIJO, N., “Article 209”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 892-896.
- CORTADA CORTIJO, N., “Article 212”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 901-903.
- CORVO LÓPEZ, F. M^a., “La mediación como forma de solución del conflicto familiar”, en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 269-312.
- CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía pauliana*, Madrid, Tecnos, 1997.
- CUADRADO PÉREZ, C., “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, en CUENA CASAS, M. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A. / ORTEGA DOMÉNECH, J., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 1223-1261.
- CUADRADO PÉREZ, C., “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia (1)”, *RCDI*, núm. 734 (2012), pp. 1223-1262.
- CUENA CASAS, M., “El derecho de alimentos del concursado tras la Ley 38/201”, en RUIZ DE IZA, P. / BARBER MARRERO, L. (dir.), *II Congreso concursal y Mercantil de Salamanca*, Cizur menor, Civitas, 2014, pp. 41-67.
- CUENA CASAS, M., “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 20 (2010), pp. 65-108.
- CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 275-442.
- CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (2014), pp. 9-39.

- CUMELLA GAMINDE, A., “Article 83”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 391-401.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en RAMS ALBESA, J. J. / DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. / SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 117-272.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula ‘rebus sic stantibus’*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- DE BARRÓN ARNICHES, P., “La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi Civil de Catalunya”, en FLORENSA I TOMÀS, C. E. (dir.) / FONTANELLAS MORELL, J. M. (coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 217-236.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, vol. 35, núm. 4 (1982), pp. 987-1086.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El Dolo en el derecho civil*, Granada, Editorial Comares, 2005.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, *ADC*, tomo XXII, fasc. I (1969), pp. 5-128.
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *RCDI*, núm. 732 (2012), pp. 2298-2326.
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., “Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador”, *RCDI*, núm. 730 (2012), pp. 1037-1046.
- DE LAMA AYMÀ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, València, Tirant lo Blanch, 2006.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M^a. D., “Acciones rescisorias”, en MARTÍN MOLINA, P. B. (Dir.), *La Reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 139-154.
- DE LOS MOZOS, J. L., “La forma del negocio jurídico”, *ADC*, tomo XXI, fascículo IV (1968), pp. 745-778.
- DE LOS MOZOS, J. L., *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1987.
- DE ROVIRA MOLA, A., “Contrato complejo”, en VV. AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo 5, Barcelona, Francisco Seix, 1950, pp. 374-383.

- DE TORRES PEREA, J. M., “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2011), pp. 1-61.
- DEL ARCO TORRES, M. A., *Diccionario de Derecho Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1984.
- DEL POZO CARRASCOSA, P. / VAQUER ALOY, A. / BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña: derechos reales*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- DEL POZO CARRASCOSA, P. / VAQUER ALOY, A. / BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña: derecho de familia*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. / PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Madrid, Dykinson, 2005.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado. (Notas de teoría y dogmática)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 1 (2005), pp. 9-74.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Sentencia de 8 de julio de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60 (2001), pp. 1205-1222.
- DÍAZ MORFA, J. L., *Prevención de los conflictos de pareja*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2003.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., “Las mascotas en las rupturas de parejas de hecho”, *Actualidad Civil*, núm. 20 (2011), pp. 2287-2358.
- DÍEZ GARCÍA, H., *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El negocio jurídico de derecho de familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV (212 de la colección) (1962), pp. 771-792.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El pago anticipado”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 73 (1959), pp. 37-117.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1984.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Navarra, Cizur Menor, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Navarra, Cizur Menor, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I: *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II: *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, Tecnos, 2005.

- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III: Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Madrid, Tecnos, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV: *Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2006.
- DOMINGO AZNAR, A., *Evolución histórica de la separación de hecho*, Madrid, Dykinson, 1996.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1994.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., “Article 4”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 93-105.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. / CAFFARENA LAPORTA, J. / MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a. / MONTÉS PENADÉS, V. L. / MORALES MORENO, A. M. / PANTALEÓN PRIETO, F. (Comité organizador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 4551-4574.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi, 1995.
- ESPARZA OLCINA, C., “Elementos personales intervinientes en el convenio regulador”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 55-95.
- ESPIAU ESPIAU, S., “La disposición de la vivienda familiar en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en BARRADA, R. / GARRIDO, M. / NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 409-427.
- ESPIAU ESPIAU, S., “El régimen de disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 125-143.
- ESPIAU ESPIAU, S., “L’atribució conjunta de l’ús de l’habitatge familiar en una situació de crisi matrimonial: Comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 18 de gener de 2010”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 11 (2010), pp. 245-257.
- ESPIAU ESPIAU, S., “La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, vol. 1 (1998), pp. 113-130.

- ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1992.
- ESPINOSA INFANTE, J. M., *Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, CEP, 2001.
- ESTRADA ALONSO, E., “Los modos de comunidad de vida: el matrimonio a la carta”, en HERRERA CAMPOS, R. (coord.), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Almería, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, 2000, pp. 511-524.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Renúncia a la pensió compensatòria en un pacte de separació amistosa (Comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 10 de juliol de 2006)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 8 (2008), pp. 239-256.
- FAUS ESTEVE, R., “La separación de hecho en el matrimonio”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950, pp. 293-365.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria (II): La Jurisdicción Voluntaria en las Cortes Generales*, Iustel, Madrid, 2008.
- FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.
- FERRER RIBA, J., “Article 135”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 625-634.
- FERRER RIBA, J., “Article 137”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 646-658.
- FERRER RIBA, J., “Article 139”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 665-676.
- FERRER RIBA, J., “Article 141”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 680-685.
- FRANCINO BATLLE, F. X., “Convivència estable de parella”, en LUCAS ESTEVE, A., *Dret Civil Català*, vol. II: Persona i Família, Barcelona, Bosch Editor, 2012, pp. 383-413.
- GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en VILADRICH, P. J., *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 61-84.
- GARCÍA CANTERO, G., “La separación de los cónyuges en el matrimonio civil”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. XXIV (1959), pp. 9-51.

- GARCÍA DE MARINA, M., *La Novación. Modificación y extinción de las obligaciones*, Barcelona, SERLIPOST, 1993.
- GARCÍA GÁRATE, A., “Hacia una reforma radical del derecho matrimonial”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. / CAFFARENA LAPORTA, J. / MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a. / MONTÉS PENADÉS, V. L. / MORALES MORENO, A. M. / PANTALEÓN PRIETO, F. (Comité organizador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 4617-4630.
- GARCÍA PRESAS, I., “El procedimiento de la mediación familiar”, *Actualidad Civil*, núm. 8 (2009), pp. 891-915.
- GARCÍA RUBIO, M^a. P., “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *ADC*, núm. 4 (2003), pp. 1653-1674.
- GARCÍA RUBIO, M^a. P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., *Derecho de la Familia*, Madrid, Editorial Trivium, 1993.
- GARRIDO MELERO, M., “Aplicaciones del principio de libertad civil: la escritura pública como valor de libertad”, *La Notaría*, núm. 9-10 (2003), pp. 31-45.
- GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- GARRIDO, J. M^a., “Artículo 93”, ROJO, A. / BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1670-1680.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979.
- GIL MEMBRADO, C., *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Madrid, Dykinson, 2014.
- GINÉS CASTELLET, N., “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *RCDI*, núm. 727 (2011), pp. 2577-2620.
- GINÉS CASTELLET, N., “Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia”, en GINÉS CASTELLET, N. / BARDAJÍ GÁLVEZ, M^a. D. / DUPLA MARÍN, M^a. T., *La Familia del siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 53-94.
- GINÉS CASTELLET, N., “Los pactos pre-ruptura sobre el hecho mismo de la ruptura conyugal y sobre los derechos y deberes conyugales en el contexto del Código Civil de Cataluña”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions*

- actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 617-626.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. G., *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Actualidad Editorial, 1995.
- GÓMEZ POMAR, F. / CELENTANI, M., “Tarea urgente: el concurso personal”, *InDret*, núm. 1 (2012), pp. 1-5.
- GÓMEZ POMAR, F., “Article 3”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 77-93.
- GONZÁLEZ BOU, E., “La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión”, en BARRADA, R. / GARRIDO, M. / NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 505-538.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de derecho notarial*, tomo 1, Madrid, Reus, 1948.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a., “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro”, *RCDI*, núm. 710 (2008), pp. 2518-2524.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *RCDI*, núm. 736 (2013), pp. 1133-1150.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: Propuestas (especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales)”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 15-49.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. La ley 15/2005, de 8 de julio*, Barcelona, CEDECS, 2000, pp. 111-179.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 2 (2008), pp. 1-33.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La capacidad del deudor concursado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., “Artículo 1814”, en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 1772-1773.

- GULLÓN BALLESTEROS, A., “Artículo 1816”, en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 1774-1775.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La separación de hecho matrimonial*, Madrid, Endersa, 1982.
- HERRANZ GONZÁLEZ, R., “Hipoteca inversa y figuras afines”, *Informes Portal Mayores*, núm. 49 (2006), pp. 1-12.
- HORNERO MÉNDEZ, C., “Negocio de fijación jurídica: La supervivencia de la teoría del negocio jurídico. Comentario a la STS de 20 diciembre 2002 (RJ 2002, 10752)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11 (2003), pp. 167-174.
- INIESTA DELGADO, J. J., “Sentencia de 6 de junio de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65 (2002), pp. 55-60.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a. V., “El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la ley concursal”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 3 (2010), pp. 419-430.
- JORDANO FRAGA, F., *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, Comares, 2001.
- KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997.
- LA IGLESIA Y GARCÍA, G., *Diccionario Práctico de Derecho Usual*, tomo 4, Madrid, Casa Editorial de Felipe González Rojas, 1917.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBULLIDA, F. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVARRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, tomo I, Madrid, Dykinson, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004.
- LAMARCA I MARQUÈS, A., “Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 445-479.
- LAMARCA, A. / FARNÓS, E. / AZAGRA, A. / ARTIGOT, M., “Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2003), pp. 1-20.
- LARRONDO LIZARRAGA, J., “Article 9”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 123-134.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- LATHROP, F., “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *Diario La Ley*, núm. 7206 (2009), pp. 1-17.

- LAUROBA LACASA, M^a. E., “Article 248”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 1010-1011.
- LAUROBA LACASA, M^a. E., “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110, núm. 2 (2011), pp. 313-344.
- LONGO MARTÍNEZ, A. A., “Els articles 621-49 (pacte de previsió de finançament de tercer) i 621-54 (pacte de condició resolutorià) del projecte de llei reguladora del Llibre VI del Codi civil de Catalunya”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona, Documenta Universitaria, 2015, pp. 155-186.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J., “Article 15”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 152-161.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J., “Article 16”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 161-163.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J., “Els pactes de separació i de divorci. Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales”, en VV. AA., *Materials de les vuitenes jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia, 1996, pp. 399-429.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J., *La «resurrecció» dels capítols matrimonials (L’àmbit de l’autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència): Discurs d’ingrés de l’acadèmic de número Il-lm. Sr. Juan-José López Burniol i contestació de l’acadèmic de número Il-lm. Sr. Josep M. Puig Salellas*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1999.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., “La libertad individual como el elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, *ADC*, vol. 62, núm. 2 (2009), pp. 713-782.
- LÓPEZ FRÍAS, A., “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, *RCDI*, núm. 729 (2012), pp. 111-136.
- LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, 1994.
- LÓPEZ GUERRA, L. / ESPÍN TEMPLADO, E. / GARCÍA MORILLO, J. / PÉREZ TREMP, P. / SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Artículo 1280”, en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 506-508.
- LORENZO-REGO, I, “Familia y comunidad de vida: seguridad jurídica y libertad individual”, en BARRADA ORELLANA, R. / GARRIDO MELERO, M. / NASARRE AZNAR, S., *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 571-580.
- LUCAS ESTEVE, A., “Règims econòmics matrimonials: el règim de separació de béns”, en LUCAS ESTEVE, A. (Dir.), *Dret Civil Català*, vol. II: Persona i Família, Barcelona, Bosch Editor, 2012, pp. 285-312.
- LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., “Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa”, *RCDI*, núm. 711 (2009), pp. 215-260.
- MACÍAS CASTILLO, A., “Artículo 1814”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1962-1963.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “El principi de llibertat civil: la seva projecció en el marc de les relacions familiars”, en GRAMUNT FOMBUENA, M. / MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. / RUBIO GIMENO, G. / PALOMARES BALAGUER, E., *La redimensió de la llibertat civil en l'àmbit de les relacions familiars* (2008), Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, en prensa, pp. 7-30.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1993.
- MARCO MOLINA, J., “Los capítulos matrimoniales”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 181-213.
- MARÍN LÓPEZ, M. L., “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 533-663.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T., “Sentencia de 21 de diciembre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50 (1999), pp. 715-732.
- MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, José M^a Bosch, 1995.
- MARTÍN-CASALS, M., “El derecho a la ‘convivencia anómica en pareja’: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013\93)”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2013), pp. 1-43.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 101-118.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Artículo 43”, en Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 887-902.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., “Instituciones de protección: la asistencia. El documento de voluntades anticipadas”, en BARRADA, R. / GARRIDO, M. / NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 133-156.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A., “El negocio jurídico. Parte primera. Elaboración del concepto”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 1, tomo 4, Madrid, Civitas, 2001, pp. 81-350.
- MASIDE MIRANDA, J. E., “La asunción de deuda”, *RCDI*, núm. 709 (2008), pp. 1961-2000.
- MEDINA ALCOZ, M^a., “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, en ECHEVARRÍA DE RADA, T. (dir.), *Cuestiones actuales de derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 281-340.
- MÉNDEZ TOMÁS, R. M^a., “Valoración de la prueba de documento privado”, en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (Dirs.), *La prueba documental*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 547-564.
- MOLL DE ALBA, C., “La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar”, en PÉREZ DAUDI, V. (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 85-97.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 2012.
- MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P., “Competencia legislativa sobre mediación: posibles conflictos entre el derecho estatal y el autonómico”, en ORTEGA GIMÉNEZ, A. / COBAS COBIELLA, M^a. E., *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario*, Madrid, Difusión Jurídica, 2013, pp. 105-125.
- MONTSERRAT VALERO, A., “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en BARRADA, R. / GARRIDO, M. / NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 401-408.
- MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, Editorial CEURA.
- MORATILLA GALÁN, I., “La transacción da certidumbre a una relación incierta. No exige forma especial: puede ser verbal y no presupone equivalencia de prestaciones”, *RCDI*, núm. 697 (2006), pp. 2078-2094.

- MOUTÓN Y OCAMPO, L. / ALIER Y CASSI, L. M^a. / OLIVER RODRÍGUEZ, E. / TORRES BALLESTÉ, J., *Enciclopedia jurídica española*, tomo IX, Barcelona, Francisco Seix, 1910.
- MUÑOZ DE DIOS, M., “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVII, 1986, pp. 217-242.
- NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado”, en Sergio NASARRE AZNAR (Dir.), *Bienes en común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 776-826.
- NASARRE AZNAR, S. / SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, *RCDP*, núm. 739 (2013), pp. 3063-3122.
- NASARRE AZNAR, S., “La divisió dels béns en proindivisió en el règim de separació de béns de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 10 (2009), pp. 115-156.
- NAVARRO CASTRO, M., “El régimen de visitas de los abuelos y otros parientes y allegados tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 3465-3482.
- NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, José María Bosch, 1998.
- NAVARRO VIÑUALES, J. M^a., “La tendencia desjudicializadora en el nuevo derecho de familia”, en NAVARRO VIÑUALES, J. M^a. (dir.), *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Cizur Menor, Civitas, 2006.
- NAVAS NAVARRO, S., “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. / CAFFARENA LAPORTA, J. / MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. / MONTÉS PENADÉS, V. L. / MORALES MORENO, A. M. / PANTALEÓN PRIETO, F. (Comité organizador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 689-714.
- NAVAS NAVARRO, S., “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2009), pp. 1-35.
- NAVAS NAVARRO, S., “Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 225-303.

- NAVAS NAVARRO, S., “La ‘normal inestabilidad de las circunstancias’ en el Derecho de familia y de sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, en ARNAU RAVENTÓS, L., *Cuestiones de derecho sucesorio catalán: principios, legítima y pactos sucesorios*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 175-212.
- NAVAS NAVARRO, S., “La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código Civil de Cataluña (La labor del abogado de familia)”, en DÍEZ-PICAZO, L. (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo II, Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 2125-2197.
- NAVAS NAVARRO, S., “La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán”, *RCDI*, núm. 734 (2012), pp. 3241-3271.
- NAVAS NAVARRO, S., “La participació del menor en l’elecció del model de guarda en cas de ruptura dels seus progenitors fora (del) i en el procés judicial”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, núm. 1 (2015), pp. 49-75.
- NAVAS NAVARRO, S., “Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del libro segundo del CCC, relativo a la persona y la familia”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 617-686.
- NAVAS NAVARRO, S., *Concurso de acreedores y pacto de supervivencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- NAVAS NAVARRO, S., *El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea (Atención especial a la reciente modificación del Derecho catalán)*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014.
- NIETO SÁNCHEZ, J., “Valor jurídico del instrumento público. El principio ‘*forma dat esse rei*’: las escrituras constitutivas. La elevación a público de documentos privados”, en BORRELL, J. (coord.), *Derecho Notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 689-749.
- NÚÑEZ LAGOS, R., *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo I, Madrid, Instituto de España, 1986.
- OGÁYAR AYLLON, T., “La separación de hecho de los cónyuges, efectos que produce”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, tomo 233, núm. 1-2 (1972), pp. 35-191.
- OGÁYAR AYLLON, T., *Separación de hecho de los cónyuges*, Madrid, Reus, 1971.
- ORDUÑA MORENO, F. J., “La moderna configuración de la cláusula ‘*rebus sic stantibus*’. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura”, en ORDUÑA MORENO, F. J. /

- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M^a., *La moderna configuración de la cláusula 'rebus sic stantibus'*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2013, pp. 247-314.
- ORDUÑA, F. J. / PLAZA, J., “Artículo 47”, en Ángel ROJO, A. / BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 951-959.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 211-12”, en ROCA TRÍAS, E. / ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, pp. 87-89
- ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 211-7”, en ROCA TRÍAS, E. / ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, pp. 76-77.
- PALLEROLS VIDAL, R., “La atribución del uso del domicilio familiar”, en PÉREZ DAUDI, V. (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 71-97.
- PARRA LUCÁN, M^a. A., “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, en VV. AA., *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Madrid, Wolters Kluwer, 2012, pp. 97-454.
- PARRA LUCÁN, M^a. A., “La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19 (2010), pp. 45-86.
- PARRA LUCÁN, M^a. A., “Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1 (2009), pp. 1-55.
- PASTOR VITA, F. J., “Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28 (2005), pp. 25-56.
- PÉREZ GURREA, R., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de resolución extrajudicial de conflictos”, *RCDI*, núm. 745 (2014), pp. 2271-2298.
- PÉREZ GURREA, R., “La transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados”, *RCDI*, núm. 726 (2011), pp. 2310-2331.
- PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales: capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, procedimiento consensual*, Valladolid, Lex Nova, 2009.
- PÉREZ VALLEJO, A. M^a., *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2000.
- PINTO ANDRADE, C., *El Convenio Regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona, Editorial Bosch, 2012.

- PINTÓ RUIZ, J. J., “La llamada hipoteca inversa (Adicional 1ª Ley 41/2007)”, *Annals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 2 (2008), pp. 451-473.
- QUESADA SÁNCHEZ, A. J., “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81 (2009), pp. 135-148.
- QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1213-1405.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 31 de marzo de 1995”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 40 (1996), pp. 19-28.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil*, Barcelona, Atelier, 2008.
- RAMS ALBESA, J. J. / MORENO MARTÍNEZ, J. J., *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2006.
- RAMS ALBESA, J. J., “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en RAMS ALBESA, J. J. / DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. / SERRANO GÓMEZ, E. / ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 27-116.
- REGLERO CAMPOS, F. (revisado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), “Artículo 1280”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Cizur Menor, 2009, pp. 1591-1521.
- REYNAL QUEROL, N., “El derecho de alimentos en el concurso”, *Justicia*, núm. 2 (2013), pp. 335-371.
- RIBOT IGUALADA, J., “Institucions de protecció de la persona (I)”, en VAQUER ALOY, A. (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 279-304.
- RIBOT IGUALADA, J., “L’assistència: abast i limitacions de la nova institució”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 49-104.
- RIBOT IGUALADA, J., “La incapacitació, l’assistència i altres situacions relatives a persones majors d’edat”, en VAQUER ALOY, A. (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 259-317.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Artículo 226-2”, en ROCA TRÍAS, E. / ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, pp. 420-425.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Barcelona, José María Bosch Editor S.L., 1997.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007.
- ROCA I SASTRE, R. M^a., *Derecho Hipotecario*, vol. III, Barcelona, Bosch, 1995.
- ROCA I SASTRE, R. M^a., *Derecho Hipotecario*, vol. VII, Barcelona, Bosch, 2008.
- ROCA I SASTRE, R. M^a., *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
- ROCA I TRIAS, E., “Article 12”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 143-146.
- ROCA I TRIAS, E., “Artículo 90”, en VV. AA., *Comentarios a las Reformas del derecho de familia, I*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 540-571.
- ROCA I TRIAS, E., “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, en ABRIL CAMPOY, J. M. / AMAT LLARI, M^a. E. (coords.), *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 2107-2140.
- ROCA I TRIAS, E., “El Llibre segon del Codi civil de Catalunya: panoràmica general”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 507-524.
- ROCA I TRIAS, E., “La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3 (2008), pp. 651-676.
- ROCA I TRIAS, E., “La persona física: El menor d’edat”, en PUIG I FERRIOL, L. / ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 29-52.
- ROCA I TRIAS, E., *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999.
- ROCA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral: como causa de extinción del contrato*, Madrid, Montecorvo, 1991.
- RODRÍGUEZ OTERO, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, Dijusa, 2007.
- RODRÍGUEZ OTERO, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo III, Madrid, Dijusa, 2007.

- ROJO, A. / BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, pp. 925-944.
- ROMERO COLOMA, A. M^a., “La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales”, *Diario La Ley*, núm. 7956 (2012), pp. 1-14.
- ROMERO COLOMA, A. M^a., *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Madrid, Colección Scientia Iuridica, 2011.
- RUBIO GIMENO, G., “Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10.9.2010”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2011), pp. 1-22.
- RUBIO GIMENO, G., *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Dykinson, Madrid, 2014.
- RUIZ BECERRIL, D., *Después del divorcio. Los efectos de la ruptura matrimonial en España*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999.
- RUIZ DE LA CUESTA, R., “Praxis judicial sobre los sujetos y el contenido de la facultad y régimen de visitas”, en VILADRICH, P. J. (ed.), *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1982, pp. 255-275.
- SALVADOR CODERCH, P. / RUIZ GARCÍA, J. A., “Article 1”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 43-66.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *La opción de compra*, Dykinson, Madrid, 2007.
- SANTANA, E. / SENENT, S., “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12 (2007), pp. 165-175.
- SANTOS MARTÍNEZ, A. M., “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 15-16 (2012), pp. 1571-1584.
- SANTOS MORÓN, M^a. J., “Artículo 1280”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1409-1410.
- SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1988.
- SEQUEIRA MARTÍN, A. J., “Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia”, *RCDI*, núm. 589 (1988), pp. 1863-1898.

- SERRANO ALONSO, E. / SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Madrid, Edisofer, 2007.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en BARRADA ORELLANA, R. / GARRIDO MELERO, M. / NASARRE AZNAR, S., *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 327-400.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., “Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, pp. 481-504.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., “Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en PÉREZ DAUDI, V. (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 21-51.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., “Repercusiones notariales y registrales del Derecho de Familia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.), *Derecho de Familia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 479-537.
- SILVETTI, E., “Artículo 71”, Faustino CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 546-558.
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2003.
- TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, Madrid, Civitas, 2002.
- 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*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 19-54.
- TORRES ESCÁMEZ, S., “El negocio jurídico. Parte segunda. Forma”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, vol. 4, Madrid, Civitas, 2001, pp. 351-404.
- TORRES ESCÁMEZ, S., “La mediación como sistema de solución de conflictos: una perspectiva notarial”, en MARTÍN ROMERO, J. C. (dir.), *La reforma de la justicia preventiva*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 317-328.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a. R., *Los pactos conyugales de separación de hecho*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982.
- VERDERA IZQUIERDO, B., “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7 (2002), pp. 1569-1577.

- VERDERA IZQUIERDO, B., “Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable”, en BARRADA, R. / GARRIDO, M. / NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 747-764.
- VIDAL TEIXIDÓ, A., “Artículo 236-11”, en ROCA TRÍAS, E. / ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, pp. 1255-1258.
- VIDAL TEIXIDÓ, A., “Artículo 236-14”, en ROCA TRÍAS, E. / ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, pp. 1627-1270.
- VILLAGRASA, C., “Las parejas estables”, en PÉREZ DAUDI, V. (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 119-132.
- VIOLA DEMESTRE, I., *El contrato de transacción en el Código Civil*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003.
- VIVES VILLAMAZARES, F., *La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho*, Valencia, Universidad de Valencia, 1956.
- YÁÑEZ VIVERO, F., “¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?”, *Actualidad civil*, núm. 19 (2007), pp. 2209-2227.
- YSÁS SOLANES, M^a., “Algunos aspectos de la Ley 15/2009, del 22 julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado”, en BARRADA, R. / GARRIDO, M. / NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 595-616.
- YSÁS SOLANES, M^a., “Article 195”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 857-862.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad de padres, tutores y guardadores por daños a terceros”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 897-995.
- ZURITA MARTÍN, I., “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, *RCDI*, núm. 707 (2008), pp. 1275-1320.

1.2. Extranjera

1.2.1. Australia

- BRERETON, P. G., “Binding or bound to fail? Equitable remedies and rectification of financial agreements”, *New South Wales Judicial Scholarship*, núm. 35 (2012), pp. 1-36.
- CAMPBELL, J., “Financial agreements”, en VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 697-766.
- CASHMORE, J. / PARKINSON, P. / WESTON, R. / PATULNY, R. / REDMOND, G. / QU, L. / BAXTER, J. / RAJKOVIC, M. / SITEK, T. / KATZ, I., *Shared Care Parenting Arrangements since the 2006 Family Law Reforms: Report to the Australian Government Attorney-General’s Department*, Sydney, Social Policy Research Centre, University of New South Wales, 2010.
- DEWAR, J. / WATTS, G. / ARGALL, C., “The legal practitioner’s guide: precedents for child support agreements and court orders” (2004), en prensa.
- DEWAR, J., “Family Law and its discontents”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 14, núm. 1 (2000), pp. 59-85.
- DEWAR, J., “The normal chaos of Family Law”, *The Modern Law Review*, vol. 61, núm. 4 (1998), pp. 467-785.
- FEHLBERG, B. / BEHRENS, J., *Australian Family Law. The contemporary context*, South Melbourne, Oxford University Press, 2008.
- FILDES, P. / CLARK, J., “Recent trends in Family Law: Binding financial agreements, domestic violence provisions in parenting cases & requirements for a de facto relationship”, *Taussig Cherrie Fildes* (2012), pp. 1-36.
- HARLAND, A. / COOPER, D. / RATHUS, Z. / ALEXANDER, R., *Family Law Principles*, Sydney, Lawbook Co., 2011.
- HARRISON, M., “Australia’s Family Law Act: the first twenty-five years”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 16 (2002), pp. 1-21.
- JESSEP, O., “Marital agreements and private autonomy in Australia”, en SCHERPE, J. M. (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 17-50.
- JESSEP, O., “Section 90G and Pt VIIIA of the Family Law Act 1975 (Cth)”, *Australian Journal of Family Law*, núm. 24 (2010), pp. 104-114.
- KASPIEW, R. / GRAY, M. / WESTON, R. / MOLONEY, L. / HAND, K. / QU, L., “Evaluation of the 2006 family law reforms” (2009), en prensa.
- KEYES, M. / BURNS, K., “Contract and the family: Whither intentions?”, *Melbourne University Law Review*, vol. 26, núm. 3 (2002), pp. 577-595.

- LOUGHMAN, J. / VAGG, M. / JONES, C. / NEUMANN, N. / PILKINTON, R., “Chapitre 6: Family Law”, en VV. AA., *Law Handbook: your practical guide to the Law in New South Wales*, Pyrmont, Thomson Reuters, 2012, pp. 819-881.
- OTHEN, O., “Court Procedure”, en VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 905-946.
- PARKINSON, P. / CASHMORE, J. / SINGLE, J., “Parents’ and children’s views on talking to judges in parenting disputes in Australia”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 21, núm. 1 (2007), pp. 84-107.
- PARKINSON, P. / CASHMORE, J. / SINGLE, J., “Adolescents’ views on the fairness of parenting and financial arrangements after separation”, *Family Court Review*, vol. 43, núm. 3 (2005), pp. 429-444.
- RHOADES, H., “The dangers of shared care legislation: why Australia needs (yet more) family law reform”, *Federal Law Review*, vol. 36, núm. 3 (2008), pp. 279-299.
- RICE, A. M., “Shared parental responsibility”, en VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 85-103.
- RICE, A. M., “Dispute resolution and family relationship centres”, VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 105-118.
- RICE, A. M., “Parenting orders, plans and guidelines”, VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 119-144.
- RIETHMULLER, G. T. / Kay FEENEY, K., “Child Support and maintenance”, VV. AA., *Australian Master Family Law Guide*, Sydney, Wolters Kluwer, 2012, pp. 769-843.
- WADE, J., “The perils of prenuptial financial agreements in Australia: Effectiveness and professional negligence”, *Law Papers*, núm. 425 (2012), pp. 1-9.
- YOUNG, L. / MONAHAN, G. / SIFRIS, A. / CARROLL, R., *Family Law in Australia*, Australia, LexisNexis Butterworths, 2013, pp. 409-411.

1.2.2. Inglaterra y Gales

- BAINHAM, A., *Children: the modern law*, Bristol, Family Law, 2005.
- BARLOW, A., “Property Relationship between spouses – England & Wales” (2008), en prensa.
- BLACK, J., *A practical approach to family law*, London, Blackstone Press, 2000.
- BURTON, F., *Family Law*, London, Routledge, 2012.
- DEWAR, J., *Law and the Family*, London and Edinburgh, Butterworths, 1989.
- DOUGLAS, G. / FERGUSON, N., “The role of grandparents in divorced families”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 17, núm. 1 (2003), pp. 41-67.

- FORTIN, J., *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- GILMORE, S., "Shared parenting: the law and the evidence (Part I)", *Seen and heard*, vol. 19, núm. 4 (2009), pp. 19-30.
- HARPER, M. / FRANKLE, B., "An English Practitioner's view on pre-nuptial, post-nuptial and separation agreements", en SCHERPE, J. M. (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 122-143.
- HARRIS-SHORT, S. / MILES, J., *Family law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- KAGANAS, F. / DIDUCK, A., "Incomplete citizens: Changing Images of Post-Separation Children", *The Modern Law Review*, vol. 67, núm. 6 (2004), pp. 959-981.
- KAGANAS, F. / PIPER, C., "Grandparents and contact: 'Rights v Welfare' revisited", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 15, núm. 2 (2001), pp. 250-275.
- KINGDOM, E., "Cohabitation contracts and the democratization of personal relations", *Feminist legal studies*, vol. 8, núm. 1 (2000), pp. 5-27.
- KOFFMAN, L. / MACDONALD, E., *The law of contract*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- LOWE, N., "Prenuptial agreements: the English position", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2008), pp. 1-12.
- LOWE, N./ DOUGLAS, G., *Bromley's Family Law*, London, Oxford University Press, 2007.
- LOWE, N., "Grounds for divorce and maintenance between former spouses" (2002), en prensa.
- LOWE, N., "The meaning and allocation of parental responsibility –a common lawyer's perspective", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 11 (1997), pp. 192-215.
- MARTIN, E. A. / LAW, J., *A dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- MILES, J., "Marital agreements and private autonomy in England and Wales", en SCHERPE, J. M. (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 89-121.
- ROOK, D., "Who gets Charlie? The emergence of pet custody disputes in Family Law: adapting theoretical tools form Child Law", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 28, núm. 2 (2014), pp. 177-193.
- SAUNDERS, J. B., *Words and phrases legally defined*, vol. I, London, Butterworths, 1969.

- SCHERPE, J. M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v Granatino”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2012), pp. 1-24.
- SENDALL, J., *Family law handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- WALKER, D. M., *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

1.2.3. Norteamérica

- ABRAMOWICZ, S., “Beyond Family Law”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 63, núm. 2 (2012), pp. 294-379.
- APPELL, A. R., “Representing children, representing what?: Critical reflections on lawyering for children”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 39, núm. 3 (2008), pp. 573-635.
- ATKINSON, J., “Shifts in the law regarding the rights of third parties to seek visitation and custody of children”, *Family Law Quarterly*, vol. 47, núm. 1 (2013), pp. 1-34.
- ATWOOD, B. A., “Marital contracts and the meaning of marriage”, *Arizona Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2012), pp. 11-42.
- ATWOOD, B. A., “Representing children: The ongoing search for clear and workable standards”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 19, núm. 2 (2005), pp. 183-222.
- BARTLETT, K. T., “Rethinking parenthood as an exclusive status: The need for legal alternatives when the premise of the nuclear family has failed”, *Virginia Law Review*, vol. 70, núm. 5 (1984), pp. 879-963.
- BERNER, N., “Intent-based parenthood held inapplicable in case of lesbian mothers”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 9, núm. 1 (2013), pp. 213-217.
- BIX, B., *The Oxford Introductions to U.S. Law: Family Law*, New York, Oxford University Press, 2013.
- BIX, B., “Agreements in Family Law”, *Minnesota Legal Studies*, Research Paper núm. 12-43 (2012), pp. 1-19.
- BIX, B., “Domestic agreements”, *Hofstra Law Review*, vol. 35, núm. 4 (2007), pp. 1753-1770.
- BIX, B., “Premarital agreements in the ALI Principles of Family Dissolution”, *Duke Journal of Gender Law and Policy*, núm. 8 (2001), pp. 231-244.
- BIX, B., “Bargaining in the shadow of love: The enforcement of Premarital Agreements and how we think about marriage”, *William & Mary Law Review*, vol. 40, núm. 1 (1998), pp. 145-207.
- BROWN, R., “No contract to support Russian wife’s stepchildren”, *American Journal of Family Law*, vol. 24, núm. 4 (2011), pp. 229-230.

- BRUCH, C. S., “The legal import of informal marital separations: A survey of California Law and a call for change”, *California Law Review*, vol. 65, núm. 4 (1977), pp. 1015-1085.
- BRYAN, P. E., “Vacant promises? The ALI Principles of the Law of Family dissolution and the post-divorce financial circumstances of women”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 8 (2001), pp. 167-184.
- BRYAN, P. E., “Women’s freedom to contract at divorce: a mask for contextual coercion”, *Buffalo Law Review*, vol. 47, núm. 3 (1999), pp. 1153-1273.
- BRYNICZKA, P. M., “Rights, responsibilities and liabilities of a stepparent”, *Family Advocate*, vol. 36, núm. 1 (2013), pp. 26-29.
- BURT, R. A., “El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres”, en BELOFF, M. (comp.), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, pp. 189-197.
- BYRNS, K., “Postmajority child support for children with disabilities”, *Family Court Review*, vol. 51, núm. 3 (2013), pp. 502-516.
- DEWITT GREGORY, J., “Blood ties: A rationale for child visitation by legal strangers”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 55, núm. 2 (1998), pp. 351-402.
- DUCANTO, J. N., “Divorce and poverty are often synonymous”, *American Journal of Family Law*, vol. 24, núm. 2 (2010), pp. 87-94.
- ELLMAN, I. M., “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en SCHERPE, J. M. (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 403-442.
- ELROD, L. D., “Client-directed lawyers for children”, *Pace Law Review*, vol. 27, núm. 4 (2007), pp. 869-920.
- ELROD, L. D., “Raising the bar for lawyers who represent children: ABA Standards of Practice for Custody Cases”, *Family Law Quarterly*, vol. 37, núm. 2 (2003), pp. 105-129.
- ERTMAN, M. M., “The ALI Principles’ approach to domestic partnership”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 8 (2001), pp. 107-117.
- FEDERLE, K. H., “Looking for rights in all the wrong places: resolving custody disputes in divorce proceedings”, *Cardozo Law Review*, vol. 15, núm. 5 (1994), pp. 1523-1566.
- GARRISON, M., “What’s fair in divorce property distribution: cross-national perspectives from Survey Evidence”, *Louisiana Law Review*, vol. 72, núm. 1 (2011), pp. 57-88.
- HANNAH, J. M., “The law & living together: a cohabitation agreement is essential protection for unmarried couples”, *Family Advocate*, vol. 32, núm. 3 (2010), pp. 28-32.

- HANS, J. D., “Stepparenting after divorce: stepparents’ legal position regarding custody, access, and support”, *Family Relations*, vol. 51, núm. 4 (2002), pp. 301-307.
- HASDAY, J. E., “The Canon of Family Law”, *Stanford Law Review*, vol. 57, núm. 3 (2004), pp. 825-900.
- JACKSON, L. J., “Fighting over Fido”, *ABA Journal*, vol. 101, núm. 1 (2015), p. 13.
- KLASS, G., *Contract Law in the USA*, Biggleswade, Kluwer Law International, 2010.
- KRAUSE, H. D., *Family law in a nutshell*, St. Paul, West Publishing, 1986.
- KRAUSE, H. D., *Family Law. Cases, comments, and questions*, St. Paul, West Publishing, 1985.
- LEVINE, B., “Divorce and the modern family: Providing in loco parentis stepparents standing to sue for custody of their stepchildren in a dissolution proceedings”, *Hofstra Law Review*, vol. 25, núm. 1 (1996), pp. 315-352.
- MALIA, S. E. C., “Balancing family members’ interests regarding stepparent rights and obligations: A social policy challenge”, *Family Relations*, vol. 54, núm. 2 (2005), pp. 298-319.
- MANN, S. M., “Best practices in drafting family law agreements: a systematic approach using checklist”, *American Journal of Family Law*, vol. 26, núm. 1 (2012), pp. 38-45.
- MELLI, M. S. / BROWN, P. R., “Exploring a new family form – the shared time family”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 22, núm. 2 (2008), pp. 231-269.
- MEYER, D. D., “The constitutionalization of Family Law”, *Family Law Quarterly*, vol. 42, núm. 3 (2008), pp. 529-572.
- NIELSON, T. / BUCARIA, R., “Grandparent custody disputes and visitation rights: Balancing the interests of the child, parents and grandparents”, *Journal of Law & Family studies*, vol. 11, núm. 2 (2009), pp. 521-530.
- RICHARDS, J. L., *Mastering Family Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2009.
- SHEAR, L. E., “Children’s lawyers in California Family Law Courts. Balancing competing policies and values regarding questions of ethics”, *Family Court Review*, vol. 34, núm. 2 (1996), pp. 256-302.
- SKINNER, D. A. / KOHLER, J. K., “Parental rights in diverse family contexts: current legal developments”, *Family Relations*, vol. 51, núm. 4 (2002), pp. 293-300.
- STAKE, J. E., en STAKE, J. E. / GROSSBERG, M., “Roundtable: Opportunities for and limitatious of private ordering in Family Law”, *Indiana Law Journal*, vol. 73 (1998), pp. 536-539.
- STATSKY, W. P., *Family Law. The essentials*, Stamford, Cengage Learning, 2014.

- STEWART, A. L., "Covenant marriage: Legislating family values", *Indiana Law Review*, vol. 32, núm. 2 (2012), pp. 509-536.
- VITEK, N., "Mutual mistake as grounds for setting aside a property settlement agreement", *American Journal of Family Law*, vol. 27, núm. 1 (2013), pp. 40-44.
- WHARTON, T. C., "Fighting like cats and dogs: the rising number of custody battles over the family pet", *Journal of Law & Family Studies*, vol. 10, núm. 2 (2008), pp. 433-441.
- YOUNGER, J. T., "Lovers' contracts in the Courts: Forsaking the minimum decencies", *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 13, núm. 2 (2007), pp. 349-428.

1.2.4. Otros países

- BALA, N. / BIRNBAUM, R. / BERTRAND, L., "Controversy about the role of children's lawyers: advocate or best interests guardian? Comparing practices in two Canadian jurisdictions with different policies for lawyers", *Family Court Review*, vol. 51, núm. 4 (2013), pp. 681-697.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- CHAPELLE, A., "Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale", *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 3 (1984), pp. 412-437.
- DORIA, G., *Autonomia privata e "causa" familiare: Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, A. Giuffrè, 1996.
- FERRI, L., *La autonomía privada*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
- FLUME, W., *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, tomo II, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Granada, Comares, 2002.
- SANTACRUZ TEJEIRO, J. / GIMÉNEZ ARNAU, F., "La posición del derecho de familia en la doctrina del profesor Cicu", *Revista de Derecho Privado*, núm. 166-167 (1927), pp. 241-246.
- SMITH, A. B. / TAYLOR, N. J. / TAPP, P., "Rethinking Children's involvement in decision-making after parental separation", *Childhood*, vol. 10, núm. 2 (2003), pp. 201-216.

1.3. Perspectiva comparada

- BILSON, A. / WHITE, S., "Representing Children's Views and Best Interests in Court: an International Comparison", *Child Abuse Review*, vol. 14, núm. 4 (2005), pp. 220-239.

- MORENO VELASCO, V. / GAUDET, J., “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU”, *Diario La Ley*, núm. 7179 (2009), pp. 1-10.
- ORLANDO, N., “Incapacidad, separación y divorcio: la reconstrucción de la voluntad presunta”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2012), pp. 1-24.
- SAMUEL, G., *Law of obligations*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2010.
- SANDERS, A., “Private autonomy and marital property agreements”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, núm. 3 (2010), pp. 571-603.
- SCHERPE, J. M., “Marital agreements and private autonomy in comparative perspective”, en SCHERPE, J. M. (coord.), *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 443-518.

1.4. Perspectiva europea

- BOELE-WOELKI, K., “European challenges in contemporary family law: some final observations”, en BOELE-WOELKI, K. / SVERDRUP, T. (eds.), *European challenges in contemporary family law*, Oxford, Intersentia, 2008, pp. 413-423.
- BOELE-WOELKI, K., “La Comisión de Derecho de Familia europeo: La redacción de los principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges”, en VV. AA. *Nous reptes del dret de família: Materials de les tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 39-60.
- DETHLOFF, N., “Contracting in Family Law: A European perspective”, en BOELE-WOELKI, K. / MILES, J. K. / SCHERPE, J. M. (eds.), *The future of family property in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 65-94.
- GARCÍA CANTERO, G., “El derecho de familia en Europa. Panorámica entre dos siglos”, *Actualidad Civil*, núm. 22 (2008), pp. 2441-2455.
- LLODRÀ GRIMALT, F., “La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?”, en ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Nous reptes del dret de família: Materials de les tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 473-510.
- ÖRÜCÜ, E. / MAIR, J., “Common cultures and diverse laws – common laws and diverse cultures”, en ÖRÜCÜ, E. / MAIR, J., *Juxtaposing legal systems and the Principles of European Family Law on Divorce*, Oxford, Intersentia, 2007, pp. 3-16.
- SCHERPE, J. M., *The present and future of European Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016.

1.5. Derecho internacional

ANG, F. / BERGHMANS, E. / DELPLACE, M. / STAELENS, V. / VANDRESSE, C. / VERHEYDE, M., “Participation rights in the UN Convention on the rights of the child”, en IAP CHILDREN’S RIGHTS NETWORK, *Participation Rights of Children*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, pp. 9-26.

2. Análisis económico del Derecho (“Law and economics”)

ALASCIO, L. / MARÍN, I., “Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo. Aproximación al análisis económico del divorcio en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2007), pp. 1-16.

ALEXANDER, G. S., “The new marriage contract and the limits of private ordering”, *Indiana Law Journal*, vol. 73, núm. 2 (1998), pp. 503-510.

AYRES, I. / GERTNER, R., “Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, núm. 1 (1989), pp. 87-130.

BLAIR-STANEK, A., “Defaults and choices in the marriage market”, *Student Scholarship Papers*, Paper núm. 39 (2007), pp. 1-21.

BRINIG, M. F., “Unhappy Contracts: The case of Divorce Settlements”, *Review of Law and Economics*, vol. 1, núm. 2 (2005), pp. 241-275.

BRINIG, M. F./ Douglas W. ALLEN, “These boots are made for walking?: Why most divorce filers are women”, *American Law and Economics Review*, vol. 2, núm. 1 (2000), pp. 126-169.

CABRILLO, F., *Matrimonio, familia y economía*, Madrid, Minerva ediciones, 1996.

CALABRESI, G., “Transaction costs, resource allocation and liability rules: A comment”, *Journal of Law and Economics*, vol. 11 (1968), pp. 67-73.

COHEN, L., “Marriage, divorce, and quasi rents; or, ‘I gave him the best years of my life’”, *Journal of Legal Studies*, vol. 16, núm. 2 (1987), pp. 267-303.

COOTER, R. / MARKS, S. / MNOOKIN, R., “Bargaining in the shadow of the law: a testable model of strategic behaviour”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11 (1982), pp. 225-251.

CROCKER, K. J. / REYNOLDS, K. J., “The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of air force engine procurement”, *RAND Journal of Economics*, vol. 41, núm. 1 (1993), pp. 126-146.

DNES, A. W., “Marriage contracts”, en Boudewijn BOUCKAERT / Gerrit DE GEEST (edit.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 864-886.

DNES, A. W., “The division of marital assets following divorce”, *Journal of Law and Society*, vol. 25, núm. 3 (1998), pp. 336-364.

- EGGLESTON, K. / POSNER, E. A. / ZECKHAUSER, R., “Simplicity and complexity in contracts”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, núm. 93 (2000), pp. 1-38.
- HART, O. / MOORE, J., “Incomplete contracts and renegotiation”, *Econometrica*, vol. 56, núm. 4 (1988), pp. 755-785.
- HUBERMAN, G. / KAHN, C., “Limited contract enforcement and strategic renegotiation”, *The American Economic Review*, vol. 78, núm. 3 (1988), pp. 471-484.
- KELLY, J. B., “Children’s living arrangements following separation and divorce: insights from empirical and clinical research”, *Family Process*, vol. 26, núm. 1 (2006), pp. 35-52.
- LUNDBERG, S. / POLLAK, R. A., “Separate spheres and the marriage market”, *Journal of Political Economy*, vol. 101, núm. 6 (1993), pp. 988-1010.
- MAHAR, H., “Why are there so few prenuptial agreements?”, *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business*, Discussion paper nº 436 (2003), pp. 1-37.
- MNOOKIN, R. H. / KORNHAUSER, L., “Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce”, *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5 (1979), pp. 950-997.
- PARKMAN, A. M., *Good intentions gone awry. No-fault divorce and the American Family*, Boston, Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
- RASMUSEN, E. / STAKE, J. E., “Lifting the veil of ignorance: personalizing the marriage contract”, *Indiana Law Review*, vol. 73, núm. 2 (1998), pp. 453-502.
- ROWTHORN, R., “Marriage and trust: some lessons from economics”, *Cambridge Journal of Economics*, vol. 23, núm. 5 (1999), pp. 661-691.
- SCHWARTZ, A., “Incomplete contracts”, a Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. II, London, Macmillan Reference Limited, 1998, pp. 277-282.
- SIMON, H. A., “Introductory comment”, a Massimo EGIDI / Robin MARRIS (eds.), *Economics, Bounded rationality and the cognitive resolution*, Aldershot, Edward Elgar, 1992, pp. 3-7.
- SINGER, J. B., “The privatization of family law”, *Wisconsin Law Review*, vol. 5 (1992), pp. 1443-1567.
- SPIER, K. E., “Incomplete contracts and signalling”, *RAND Journal of Economics*, vol. 23, núm. 3 (1992), pp. 432-443.
- STEVENSON, B. / WOLFERS, J., “Bargaining in the shadow of the law. Divorce laws and family distress”, *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 10175 (2003), pp. 1-21.

TREBILCOCK, M. J. / KESHVANI, R., "The role of private ordering in Family Law: A Law and Economics perspective", *University of Toronto Law Journal*, vol. 41, núm. 4 (1991), pp. 533-590.

ULEN, T. S., en STAKE, J. E. / GROSSBERG, M., "Opportunities for and limitations of private ordering in Family Law (Symposium Roundtable)", *Indiana Law Journal*, vol. 73, núm. 2 (1997), pp. 547-553.

WAX, A. L., "Bargaining in the shadow of the market: Is there a future for egalitarian marriages?", *Virginia Law Review*, vol. 84, núm. 4 (1998), pp. 509-672.

WILLIAMSON, O. E., *The Economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, New York, The Free Press, 1985.

3. Análisis sociológico de la realidad económica ("Economic sociology")

FEINMAN, J. M., "Relational contract theory in context", *Northwestern University Law Review*, vol. 94, núm. 3 (2000), pp. 737-748.

FOX, J. W., "Relational contract theory and democratic citizenship", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2003), pp. 1-67.

KUENNEN, T. L., "Private relationships and public problems: applying principles of relational contract. Theory to domestic violence", *Brigham Young University Law Review*, vol. 2010, núm. 2 (2010), pp. 515-595.

LECKEY, R., "Relational contract and other models of marriage", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 40, núm. 2 (2002), pp. 1-47.

LEIB, E. J., "Contracts and friendships", *Emory Law Journal*, vol. 59, núm. 3 (2010), pp. 649-726.

MACNEIL, I., *The relational theory of contract: Selected works of Ian Macneil*, London, Sweet & Maxwell, 2001.

MEANS, B., "Nonmarket values in family businesses", *William & Mary Law Review*, vol. 54, núm. 4 (2013), pp. 1185-1250.

SCOTT, E. S. / SCOTT, R. E., "Marriage as relational contract", *Virginia Law Review*, vol. 84, núm. 7 (1998), pp. 1-47.

4. Estudios sobre la familia ("Family studies")

AHRONS, C. R., "Family ties after divorce: long-term implications for children", *Family Process*, vol. 46, núm. 1 (2006), pp. 53-65.

AMATO, P. R. / AFIFI, T. D., "Feeling caught between parents: adult children's relations with parents and subjective well-being", *Journal of Marriage and Family*, vol. 68, núm. 1 (2006), pp. 222-235.

- BENGTSON, V. L., “Beyond the nuclear family: the increasing importance of multigenerational bonds”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 63, núm. 1 (2001), pp. 1-16.
- BERGER, L. M. / CARLSON, M. J. / BZOSTEK, S. H. / OSBORNE, C., “Parenting practices of residential fathers: the role of marital and biological ties”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 70, núm. 3 (2008), pp. 625-639.
- BERGER, L. M. / BROWN, P. R. / JOUNG, E. / MELLI, M. S. / WIMER, L., “The stability of child physical placements following divorce: descriptive evidence from Wisconsin”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 70, núm. 2 (2008), pp. 273-283.
- BIRDITT, K. S. / BROWN, E. / ORBUCH, T. L. / MCILVANE, J. M., “Marital conflict behavior and implications for divorce over 16 years”, *Journal of Marriage and Family*, vol. 72, núm. 5 (2010), pp. 1188-1204.
- BRAY, J. / KELLY, J., *Stepfamilies: Love, marriage and parenting in the first decade*, New York, Broadway Books, 1998.
- BUTLER, I. / SCANLAU L. / ROBINSON, M. / DOUGLAS, G. / MURCH, M., “Children’s involvement in their parents’ divorce: implications for practice”, *Children & Society*, vol. 16, núm. 2 (2002), pp. 89-102.
- CHERLIN, A. J., *The marriage-go-round: The State of marriage and the family in America today*, New York, Knopf Doubleday Publishing Group, 2009.
- DEATER-DECKARD, K. / DUNN, J. / LUSSIER, G., “Sibling relationships and social-emotional adjustment in different family contexts”, *Social Development*, vol. 11, núm. 4 (2002), pp. 571-590.
- DONATI, P., *Manual de sociología de la familia*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2003.
- DOYLE, M. / O’DYWER, C. / TIMONEN, V., “How can you just cut off a whole side of the family and say move on? The reshaping of paternal grandparent-grandchild relationships following divorce or separation in the middle generation”, *Family Relations*, vol. 59, núm. 5 (2010), pp. 587-598.
- DRAPEAU, S. / SIMARD, M. / BEAUDRY, M. / CHARBONNEAU, C., “Siblings in family transitions”, *Family Relations*, vol. 49, núm. 1 (2000), pp. 77-85.
- DREW, L. A. / SMITH, P. K., “The impact of parental separation/divorce on grandparent-grandchild relationships”, *International Journal Aging and Human Development*, vol. 48, núm. 3 (1999), pp. 191-216.
- EMERY, R. E., *Marriage, Divorce, and Children’s Adjustment*, Newbury Park, Sage, 1988.

- FERGUSON, N., "Children's contact with grandparents after divorce", *Family Matters*, vol. 67 (2004), pp. 36-41.
- GARDNER, R. A., "Recent trends in divorce and custody litigation", *Academy Forum*, vol. 29, núm. 2 (1985), pp. 3-7.
- JACOBS, K. / SILLARS, A., "Sibling support during post-divorce adjustment: An idiographic analysis of support forms, functions, and relationship types", *Journal of Family Communication*, vol. 12, núm. 2 (2012), pp. 167-187.
- JAMES, A. L., "Pump up the volume: Listening to children in separation and divorce", *Childhood*, vol. 6, núm. 2 (1999), pp. 189-206.
- KRUK, E. / HALL, B. L., "The disengagement of paternal grandparents subsequent to divorce", *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 23 (1995), pp. 131-147.
- KURDEK, L. A., "Areas of conflict for gay, lesbian, and heterosexual couples: what couples argue about influences relationship satisfaction", *Journal of Marriage and Family*, vol. 56, núm. 4 (1994), pp. 723-934.
- MASCARELL LLOSA, M. / RICO IÑIGO, M., "Qui es queda amb què? L'habitatge en els processos de separació conjugal", *Revista Catalana de Sociologia*, vol. 12 (2000), pp. 41-64.
- NEALE, B., "Dialogues with Children: Children, Divorce and Citizenship", *Childhood*, vol. 9, núm. 4 (2002), pp. 455-475.
- OSBORNE, C. / MCLANAHAN, S., "Partnership instability and child well-being", *Journal of Marriage and Family*, vol. 69, núm. 4 (2007), pp. 1065-1083.
- PEACEY, V. / HUNT, J., *Problematic contact after separation and divorce? A national survey of parents*, London, One Parent Families – Gingerbread, 2008.
- POORTMAN, A. / VOORPOSTEL, M., "Parental divorce and sibling relationships", *Journal of Family Issues*, vol. 30, núm. 1 (2009), pp. 74-91.
- ROUSE, L., *Marital and Sexual Lifestyles in the United States. Attitudes, behaviours, and relationships and social context*, Abingdon, Haworth Clinical Practice Press, 2002.
- SCHMEECKLE, M., "Gender dynamics in stepfamilies: Adult stepchildren's views", *Journal of Marriage and Family*, vol. 69, núm. 1 (2007), pp. 174-189.
- SIMON, R. A., "Polyparenting: the psychological impact of having multiple "parents" in a child's life", *Family Advocate*, vol. 36, núm. 1 (2013), pp. 35-37.
- SIMPSON, B., *Changing families. An ethnographic approach to divorce and separation*, Oxford, Berg, 1998.
- SMYTH, B. / WESTON, R. / MOLONEY, L. / RICHARDSON, N. / TEMPLE, J., "Changes in patterns of post-separation parenting over time: Recent Australian data", *Journal of Family Studies*, vol. 24 (2008), pp. 23-36.

- SMYTH, B., "Time to rethink time?", *Family matters*, núm. 71 (2005), pp. 4-10.
- SMYTH, B. / QU, L. / WESTON, R., "The demography of parent-child contact", en SMYTH, B., *Parent-child contact and post-separation parenting agreements*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2004, pp. 113-122.
- SOLSONA, M. / BRULLET, C. / SPIJKER, J., "Coparentalitat i custòdia compartida a Catalunya", *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 60, núm. 2 (2014), pp. 387-415.
- WEITZMAN, L. J., *The divorce revolution: the unexpected social and economic consequences for women and children in America*, The Free Press, 1985.

5. Estudios de psicología

- BARSKY, A. E., "Mediating separation of same-sex couples", en FOLBERG, J. / MILNE, A. L. / SALEM, P., *Divorce and Family Mediation. Models, techniques, and applications*, New York, The Guilford Press, 2004, pp. 351-377.
- BRAVER, S. L. / GRIFFIN, W. A. / COOKSTON, J. T., "Prevention programs for divorced non-resident fathers", *Family Court Review*, vol. 43, núm. 1 (2005), pp. 81-96.
- BUSS, D. M., "Conflict between the sexes: strategic interference and the evocation of anger and upset", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 56, núm. 5 (1989), pp. 735-747.
- DØJBÅK HÅKONSSON, D. / KLAAS, P. / CARROLL, T. N., "The structural properties of sustainable, continuous change: Achieving reliability through flexibility", *The Journal of applied behavioral science*, vol. 49, núm. 2 (2012), pp. 1-27.
- FAUCHIER, A. / MARGOLIN, G., "Affection and conflict in marital and parent-child relationship", *Journal of Marital and Family Therapy*, vol. 30, núm. 2 (2004), pp. 197-211.
- FEINAUER, I. D. / LARSON, J. H. / HARPER, J. H., "Implicit Family Process and Adolescent Psychological Symptoms", *The American Journal of Family Therapy*, vol. 38, núm. 1 (2010), pp. 63-72.
- FINCHMAN, F. D. / BEACH, S. R. H., "Conflict in marriage: Implications for working with couples", *Annual Review of Psychology*, vol. 50 (1999), pp. 47-77.
- FISKE, S. T. / TAYLOR, S. E., *Social cognition*, New York, Random House, 1984.
- FUERTES ROCAÑÍN, J. C., *La Salud mental en los tribunales: manual de psiquiatría forense y deontología profesional*, Madrid, Arán, 2007.
- GOLD, J. M. / ADEYEMI, O., "Stepfathers and noncustodial fathers: two men, one role", *The Family Journal: Counseling and Therapy for couples and families*, vol. 21, núm. 1 (2013), pp. 99-103.

- GOLD, J. M., "Stepparents and the Law: Knowledge for Counselors, Guidelines for Family Members", *The Family Journal*, vol. 17, núm. 3 (2009), pp. 99-103.
- GOLDENBERG, I. / GOLDENBERG, H., *Family therapy. An overview*, Pacific Grove, Brooks / Cole, 1996.
- GRAY BENDER, S., *Recreating marriage with the same old spouse: a guide for couples*, Louisville, Westminster John Know Press, 1997.
- HENDRICK, S. S., *Close relationships what couple therapist can learn*, Pacific Grove, Brooks / Cole, 1995.
- JENNINGS, S., "Autism in children and parents: unique considerations for family court professionals", *Family Court Review*, vol. 43, núm. 4 (2005), pp. 582-595.
- LIBERMAN, V. / ANDERSON, N. R. / ROSS, L., "Achieving difficult agreements: Effects of positive expectations on negotiation processes and outcomes", *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 46, núm. 3 (2010), pp. 494-504.
- LOEWENSTEIN, G. F. / HSEE, C. K. / WEBER, E. U. / WELCH, N., "Risk as feelings", *Psychological Bulletin*, vol. 127, núm. 2 (2001), pp. 267-286.
- SAPOSNEK, D. T. / PERRYMAN, H. / BERKOW, J. / ELLSWORTH, S., "Special needs children in family court cases", *Family Court Review*, vol. 43, núm. 4 (2005), pp. 566-581.
- SHUMAKER, D. M. / MILLER, C. / ORTIZ, C., "The forgotten bonds: The assessment and contemplation of sibling attachment in divorce and parental separation", *Family Court Review*, vol. 49, núm. 1 (2011), pp. 46-58.
- VAN KLEEF, G. A. / DE DREU, C. K. W. / MANSTEAD, A. S. R., "The interpersonal effects of emotions in negotiations: A motivated information processing approach", *Journal of personality and social psychology*, vol. 87, núm. 4 (2004), pp. 510-528.
- WEICK, K. E. / QUINN, R. E., "Organizational change and development", *Annual Review of Psychology*, vol. 50 (1999), pp. 361-386.

6. Otras

- BELLIS, M. A. / HUGHES, K. / HUGHES, S. / ASHTON, J. R., "Measuring paternal discrepancy and its public health consequences", *Journal of Epidemiology & Community Health*, vol. 59, núm. 9 (2005), pp. 749-754.
- FORD, J. D. / FORD, L. W., "Logics of identity, contradiction, and attraction in change", *The Academy of Management Review*, vol. 19, núm. 4 (1994), pp. 756-785.
- GILDING, M., "Rampant misattributed paternity: the creation of an urban myth", *People and Place*, vol. 13, núm. 2 (2005), pp. 1-11.
- JUNIPER, A., *Wabi sabi: el arte de la impermanencia japonés*, Barcelona, Oniro, 2004.

SUZUKI, D. T., *Budismo zen*, Barcelona, Kairós, 1986.

SYKES, B. / IRVEN, C., "Surnames and the Y chromosome", *The American Journal of Human Genetics*, vol. 66, núm. 4 (2000), pp. 1417-1419.

II. MATERIALES LEGISLATIVOS

1. España

Ley 2/2016, de 23 de noviembre, de modificaciones urgentes en materia tributaria (DOGC núm. 7241, de 7 noviembre 2016)

Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña (DOGC núm. 6927, de 4 agosto 2015).

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (publicada en el BOE núm. 175, de 23 julio 2015, pp. 61871-61889).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 julio 2015, pp. 54068-54201).

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 diciembre 2013, pp. 95635-95673).

Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad (DOGC núm. 6245, de 2 noviembre 2012, pp. 53432-53452).

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 julio 2012, pp. 49224-49242).

Ley 29/2011, de 22 septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo (BOE núm. 229, de 23 septiembre 2011, pp. 100566-100092).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 julio 2011, pp. 81468-81502).

Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo (DOGC núm. 5686, de 8 agosto, pp. 61305-61418).

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, de 5 agosto 2010, pp. 61162-61260).

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y en la adolescencia (DOGC núm. 5641, de 2 de junio de 2010, pp. 42475-42536).

Ley 15/2009, de 22 julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (DOGC núm. 5432, de 30 julio 2009, pp. 60432-60448).

- Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, por la cual, habiendo comprobado previamente la adecuación a la legalidad, se inscribe al Registro de Colegios Profesionales de la Generalitat de Catalunya la Normativa de la Abogacía Catalana (DOGC núm. 5354, de 6 abril 2009, pp. 28874-28907).
- Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 184, de 31 julio 2008, pp. 32919-32925).
- Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (DOGC núm. 5175, de 17 julio 2008, pp. 55923-56024).
- Ley 18/2007, de 29 diciembre, del derecho a la vivienda (DOGC núm. 5044, de 9 enero 2008, pp. 1609-1688).
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 diciembre 2007, pp. 50593-50614).
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 julio 2006, pp. 27269-27310).
- Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (DOGC núm. 4640, de 24 mayo 2006, pp. 23167-23202).
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 julio 2005, pp. 23632-23634).
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE núm. 280, de 22 noviembre 2003, pp. 41421-41422).
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 julio 2003, pp. 26905-26965).
- Ley 29/2002, de 30 diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña (DOGC núm. 3798, de 13 enero 2003, pp. 486-490).
- Real Decreto 1417/2001, de 17 diciembre, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LEC (BOE núm. 310, de 27 diciembre 2001, pp. 49708-49709).
- Ley 6/2000, de 19 junio, de pensiones periódicas (DOGC núm. 8638, de 4 julio 2000, pp. 8638-8639).

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 enero 2000, pp. 575-728).
- Real Decreto 1971/1999, de 23 diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE núm. 22, de 26 enero 2000, pp. 3317-3410).
- Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (DOGC núm. 2687, de 23 julio 1998, pp. 9132-9155).
- Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (BOE núm. 198, de 19 agosto 1998, pp. 28345-28350).
- Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos (BOE núm. 64, de 14 marzo 1996, pp. 10138-10139).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 enero 1996, pp. 1225-1238).
- Ley 35/1995, de 11 diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos contra la libertad sexual (BOE núm. 296, de 12 diciembre 1995, pp. 35576-35581).
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 noviembre 1994, pp. 36129-36146).
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 junio 1994, pp. 20658-20708).
- Decreto Legislativo 1/1984, de 19 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (DOGC núm. 456, pp. 2205-2239).
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 julio 1981, pp. 16457-16462).
- Ley 49/1960, de 21 julio, sobre propiedad horizontal (BOE núm. 176, de 23 julio, pp. 10299-10303).
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro (BOE núm. 296, de 11 diciembre 1958, pp. 10977-11004).
- Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE núm. 106, de 16 abril, pp. 2238-2239).
- Decreto de 8 febrero 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 febrero, pp. 1518-1532).

Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 7 julio 1944, pp. 5225-5282).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 mayo último (Gaceta de Madrid, de 25 julio 1889, pp. 249-312).

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Gaceta de Madrid núm. 36, de 5 febrero, hasta núm. 53, de 22 febrero 1881).

Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 mayo 1862).

2. Tratados internacionales y convenios europeos

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. 326, de 26 octubre 2012, pp. 49-390).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 marzo 2010, pp. 389-403).

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 abril 2008, pp. 20648-20659).

Reglamento (CE) nº2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº1347/2000 (DOUE núm. L338, de 23 diciembre 2003, pp. 1-29).

Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (BOE núm. 108, de 6 mayo 1999, pp. 16808-16816).

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (BOE núm. 45, de 21 febrero 2015, pp. 14174-14189).

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 2 diciembre 2010, pp. 99837-99868).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 diciembre 1990, pp. 38897-38904).

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 octubre 1980 (BOE núm. 202, de 24 agosto 1987, pp. 26099-26105).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOE núm. 69, de 21 marzo 1984, pp. 7715-7720).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 abril 1977, pp. 9337-9343).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 abril 1977, pp. 9343-9347).

3. Australia⁶⁷⁵

Family Law Amendment (De facto financial matters and other measures) Act 2008 (Register ID: C2008A00115).

Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006 (Register ID: C2008C00441).

Family Law Rules 2004 (Register ID: F2016C00420)

Family Law Amendment Act 2003 (Register ID: C2004A01223).

Child Support (Assessment) Act 1989 (Register ID: C2015C00377).

Family Law Act 1975 (Register ID: C2015C00552).

Marriage Act 1961 (Register ID: C2014C00340).

4. Estados Unidos de América⁶⁷⁶

Defense of Marriage Act 1996 (Public Law No: 104-199, de 09/21/1996).

Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012), drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it approved and recommended for enactment in all the States at its annual conference meeting in its one-hundred-and-twenty-first year in Nashville, Tennessee (July 13-19, 2012).

Model Representation of Children in abuse, neglect, and custody proceedings Act (2007), drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by

⁶⁷⁵ La normativa australiana se encuentra disponible en la página web de *Federal Register of Legislation* (www.legislation.gov.au).

⁶⁷⁶ Las leyes aprobadas por *United States Congress* pueden consultarse en la página web de dicho órgano (www.congress.gov). Respecto a las propuestas legislativas, elaboradas por *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), se encuentran disponibles en su página web (<http://www.uniformlaws.org/>).

it approved and recommended for enactment in all the States at its annual conference meeting in its one-hundred-and-sixteenth year in Pasadena, California (July 27 – August 3, 2007).

Uniform Mediation Act (2001), drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it approved and recommended for enactment in all the States at its annual conference meeting in its one-hundred-and-tenth year in White Sulphur Springs, West Virginia (August 1-7, 2003).

Uniform Premarital Agreement Act (1983), drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it approved and recommended for enactment in all the States at its annual conference meeting in its ninety-second year in Boca Raton, Florida (July 22-29, 1983).

Model Marriage and Divorce Act (1970), drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it approved and recommended for enactment in all the States at its annual conference meeting in its seventy-ninth year at St. Louis, Missouri (August 1-7, 1970).

Arizona Revised Statutes (Title 25)

Delaware Code (Title 13, Chapitre 15)

Iowa Code (Volume VI, Title XV, Subtitle 1, Chapter 598)

Missouri Revised Statutes (Title XXX)

New York Domestic Relations (Chapter 14, Article 10)

Texas Family Code (Title 5, Subtitle B, Chapter 153)

Utah Code (Title 30, Chapter 3)

Virginia Code (Title 20)

5. Inglaterra y Gales⁶⁷⁷

Children and Families Act 2014 (Legislation from 2014 numbered 6, UK Public General Acts).

The Child Support Fees Regulations 2014 (Legislation from 2014 numbered 612, UK Statutory Instruments).

Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (Legislation from 2013 numbered 30, UK Public General Acts).

Welfare Reform Act 2012 (Legislation from 2012 numbered 5, UK Public General Acts).

Civil Partnership Act 2004 (Legislation from 2004 numbered 33, UK Public General Acts).

⁶⁷⁷ La legislación se encuentra publicada en una página web, gestionada por *The National Archives* en nombre de *HM Government* (<http://www.legislation.gov.uk/>).

Human Fertilisation and Embryology Act 1999 (Legislation from 1990 numbered 37, UK Public General Acts).

Child Support Act 1991 (Legislation from 1991 numbered 48, UK Public General Acts).

Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 (Legislation from 1989 numbered 34, UK Public General Acts)

Children Act 2009 (Legislation from 1989 numbered 41, UK Public General Acts).

Family Proceedings Rules (Legislation from 1991, numbered 1247 (L.20), UK Statutory Instruments)

Matrimonial Causes Act 1973 (Legislation from 1973 numbered 18, UK Public General Acts).

III. OTROS MATERIALES

AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Protecting your children during divorce: A model parenting plan and guidelines” (2005), en prensa.

AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, “Representing Children: Standards for Attorneys and Guardians ad Litem in Custody or Visitation Proceedings (With commentary)”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 13 (1995), pp. 1-34.

AMERICAN BAR ASSOCIATION / AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION / ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION, “Model Standards of Conduct” (2005), en prensa.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases” (2003), en prensa.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and recommendations. As adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 16, 2000*, Newark, Lexis Nexis, 2002.

BOELE-WOELKI, K. / FERRAND, F. / GONZÁLEZ BEILFUSS, C. / JÄNTERA-JAREBORG, M. / LOWE, N. / MARTINY, D. / PINTENS, W., *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, Cambridge, Intersentia, 2013.

BOELE-WOELKI, K. / FERRAND, F. / GONZÁLEZ BEILFUSS, C. / JÄNTERA-JAREBORG, M. / LOWE, N. / MARTINY, D. / PINTENS, W., *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Anwerp, Intersentia, 2007.

BOELE-WOELKI, K. / FERRAND, F. / GONZÁLEZ BEILFUSS, C. / JÄNTERA-JAREBORG, M. / LOWE, N. / MARTINY, D. / PINTENS, W., *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance*, Anwerp, Intersentia, 2004.

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.

NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Same-sex marriage laws” (2015), en prensa

NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Termination of child support – Exception for adult children with disabilities” (2015), en prensa.

NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Termination of support-college support beyond the age of majority” (2015), en prensa.

NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, “Civil Unions & domestic partnership statutes” (2014), en prensa.

SCHWENZER, I. H., *Model family code: from a global perspective*, Anwerp, Intersentia, 2006.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y DE RESOLUCIONES

I. SENTENCIAS

1. Tribunales nacionales

1.1. España

1.1.1. Tribunal Constitucional

STC 93/2013 (Pleno), de 23 abril 2013, MP Asua Batarrita (Publicada en el BOE núm. 123, de 23 mayo 2013, pp. 46-82).

STC 21/2012 (Pleno), de 16 febrero 2012, MP Pérez Vera (Publicada en el BOE núm. 61, de 12 marzo 2012, pp. 89-106).

STC 57/2005 (Sala 2ª), de 14 marzo 2005, MP Pérez Vera (Publicada en el BOE núm. 93, de 19 abril 2005, pp. 36-45).

STC 311/2000 (Sala 2ª), de 18 diciembre 2000, MP Conde Martín de Hijas (Publicada en el BOE núm. 14, de 16 enero 2001, pp. 119-128).

STC 222/1992 (Pleno), de 11 diciembre 1992, MP Gimeno Sendra (Publicada en el BOE núm. 16, de 19 enero 1993, pp. 26-37).

STC 46/1990 (Pleno), de 15 marzo 1990, MP Gimeno Sendra (Publicada en el BOE núm. 85, de 9 abril 1990, pp. 26-33).

STC 120/1990 (Pleno), de 27 junio 1990, MP García-Mon y González-Regueral, Díaz Eimil, Gimeno Sendra (Publicada en el BOE núm. 181, de 30 julio 1990, pp. 2-10).

STC 177/1988 (Sala 2ª), de 10 octubre 1988, MP Begué Cantón (Publicada en el BOE núm. 266, de 5 noviembre 1988, pp. 12-15).

STC 27/1981 (Pleno), de 20 julio 1981, MP Gómez-Ferrer Morant (Publicada en el BOE núm. 193, de 13 agosto 1981, pp. 12-18).

1.1.2. Tribunal Supremo (Sección 1ª)

STS de 3 noviembre 2015, MP Saraza Jimena (ROJ 4471/2015).

STS de 19 mayo 2015, MP Baena Ruiz (ROJ 2344/2015).

STS de 24 febrero 2015, MP Orduña Moreno (ROJ 1698/2015).

STS de 18 julio 2014, MP Seijas Quintana (ROJ 3175/2014).

STS de 30 junio 2014, MP Orduña Moreno (ROJ 2823/2014).

STS de 26 marzo 2014, MP Arroyo Fiestas (ROJ 1406/2014).

STS de 14 noviembre 2013, MP Arroyo Fiestas (ROJ 5469/2013).

STS de 24 abril 2013, MP Saraza Jimena (ROJ 2753/2013).

STS de 6 marzo 2013, MP Xiol Ríos (ROJ 1839/2013).

STS de 12 febrero 2013, MP Salas Carceller (ROJ 427/2013).

STS de 4 noviembre 2011, MP Roca Trias (ROJ 6998/2011).
STS de 21 septiembre 2011, MP Roca Trias (ROJ 5855/2011).
STS de 14 junio 2011, MP Xiol Ríos (ROJ 4263/2011).
STS de 12 mayo 2011, MP Roca Trias (ROJ 2676/2011).
STS de 31 marzo 2011, MP Roca Trias (ROJ 2158/2011).
STS de 27 octubre 2010, MP Corbal Fernández (ROJ 5329/2010).
STS de 16 septiembre 2010, MP Corbal Fernández (ROJ 5328/2010).
STS de 9 julio 2010, MP Seijas Quintana (ROJ 3531/2010).
STS de 14 enero 2010, MP Xiol Rios (ROJ 1894/2010).
STS de 29 abril 2009, MP Roca Trias (ROJ 2362/2009).
STS de 10 octubre 2008, MP Marín Castán (ROJ 5227/2008).
STS de 2 octubre 2008, MP Sierra Gil de la Cuesta (ROJ 4872/2008).
STS de 8 mayo 2008, MP Roca Trias (ROJ 2187/2008).
STS de 25 enero 2008, MP Roca Trias (ROJ 211/2008).
STS de 24 enero 2008, MP Roca Trias (ROJ 145/2008).
STS de 15 febrero 2007, MP Sierra Gil de la Cuesta (ROJ 821/2007).
STS de 17 octubre 2007, MP Roca Trias (ROJ 6618/2007).
STS de 24 septiembre 2007, MP Almagro Nosete (ROJ 5998/2007).
STS de 28 septiembre 2006, MP Auger Liñán (ROJ 5687/2006).
STS de 22 febrero 2006, MP Sierra Gil de la Cuesta (ROJ 734/2006).
STS de 3 febrero 2006, MP Roca Trias (ROJ 489/2006).
STS de 26 diciembre 2005, MP Roca Trias (ROJ 7530/2005).
STS de 21 noviembre 2005, MP Salas Carceller (ROJ 7138/2005).
STS de 5 octubre 2005, MP O'Callaghan Muñoz (ROJ 5882/2005).
STS de 19 noviembre 2004, MP Ferrándiz Gabriel (ROJ 7499/2004).
STS de 12 julio 2004, MP Gullón Ballesteros (ROJ 5086/2004).
STS de 30 junio 2004, MP Corbal Fernández (ROJ 4629/2004).
STS de 28 junio 2004, MP Corbal Fernández (ROJ 4535/2004).
STS de 19 febrero 2004, MP Auger Liñán (ROJ 1096/2004).
STS de 10 diciembre 2003, MP Villagómez Rodil (ROJ 7904/2003).
STS de 27 octubre 2003, MP Romero Lorenzo (ROJ 6643/2003).
STS de 3 octubre 2003, MP O'Callaghan Muñoz (ROJ 5949/2003).
STS de 6 junio 2003, MP Ortega Torres (ROJ 3918/2003).
STS de 11 junio 2003, MP González Poveda (ROJ 4039/2003).
STS de 17 enero 2003, MP Auger Liñán (ROJ 127/2003).
STS de 20 septiembre 2002, MP De Asís Garrote (ROJ 6004/2002).

STS de 12 julio 2002, MP Romero Lorenzo (ROJ 5231/2002).
STS de 8 julio 2002, MP De Asís Garrote (ROJ 5053/2002).
STS de 15 febrero 2002, MP Corbal Fernández (ROJ 1024/2002).
STS de 31 mayo 2001, MP Villagómez Rodil (ROJ 4566/2001).
STS de 19 enero 2001, MP Vázquez Sandes (ROJ 238/2001).
STS de 22 diciembre 2000, MP Corbal Fernández (ROJ 9587/2000).
STS de 4 diciembre 2000, MP Romero Lorenzo (ROJ 8881/2000).
STS de 24 octubre 2000, MP Corbal Fernández (ROJ 7668/2000).
STS de 18 enero 2000, MP Roca Trias (ROJ 776/2010).
STS de 14 febrero 2000, MP Vázquez Sandes (ROJ 1056/2000).
STS de 22 abril 1997, MP O'Callaghan Muñoz (ROJ 2817/1997).
STS de 23 diciembre 1998, MP Villagómez Rodil (ROJ 7876/1998).
STS de 21 diciembre 1998, MP González Poveda (ROJ 7768/1998).
STS de 27 mayo 1998, MP Gullón Ballesteros (ROJ 3473/1998).
STS de 19 mayo 1998, MP O'Callaghan Muñoz (ROJ 3261/1998).
STS de 11 febrero 1998, MP O'Callaghan Muñoz (ROJ 878/1998).
STS de 27 enero 1998, MP Almagro Nosete (ROJ 438/1998).
STS de 11 junio 1996, MP Almagro Nosete (ROJ 3557/1996).
STS de 8 marzo 1995, MP Gullón Ballesteros (ROJ 1344/1995).
STS de 26 mayo 1994, MP González Elipe (ROJ 4116/1994).
STS de 20 abril 1994, MP Gullón Ballesteros (ROJ 2665/1994).
STS de 24 marzo 1994, MP Fernández-Cid de Temes (ROJ 15112/1994).
STS de 31 diciembre 1991, MP Villagómez Rodil (ROJ 16390/1991).
STS de 12 febrero 1991, MP Martínez-Calcerrada Gómez (ROJ 12997/1991).
STS de 4 diciembre 1990, MP Santos Briz (ROJ 10951/1990).
STS de 11 octubre 1990, MP Marina Martínez-Pardo (ROJ 10825/1990).
STS de 6 julio 1989, MP Sánchez Jáuregui (ROJ 15105/1989).
STS de 25 junio 1987, MP Albácar López (ROJ 4423/1987).
STS de 4 diciembre 1985, MP Santos Briz (ROJ 1723/1985).
STS de 13 julio 1985, MP Serena Velloso (ROJ 500/1985).
STS de 4 abril 1984, MP Pérez Gimeno (ROJ 65/1984).
STS de 3 diciembre 1981, MP Castro García (ROJ 263/1981).
STS de 26 octubre 1981, MP De la Vega Benayas (ROJ 4972/1981).
STS de 23 noviembre 1962, MP Lojo Tato (ROJ 208/1962).
STS de 17 mayo 1958, MP Oca Arabellos (ROJ 1616/1958).

1.1.3. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª)

STSJC de 31 marzo 2016, MP Ramos Rubio (ROJ 2419/2016).
STSJC de 23 febrero 2016, MP Valls Gombau (ROJ 1292/2016).
STSJC de 2 octubre 2014, MP Abril Campoy (ROJ 10728/2014).
STSJC de 7 abril 2014, MP Alegret Burgués (ROJ 4201/2014).
STSJC de 13 marzo 2014, MP Abril Campoy (ROJ 3097/2014).
STSJC de 20 febrero 2014, MP Seguí Puntas (ROJ 1393/2014).
STSJC de 30 mayo 2013, MP Abril Campoy (ROJ 5339/2013).
STSJC de 28 enero 2013, MP Anglada Fors (ROJ 688/2013).
STSJC de 30 julio 2012, MP Alegret Burgués (ROJ 8898/2012).
STSJC de 26 julio 2012, MP Alegret Burgués (ROJ 8896/2012).
STSJC de 12 julio 2012, MP Ramos Rubio (ROJ 8894/2012).
STSJC de 5 enero 2012, MP Alegret Burgués (ROJ 1/2012).
STSJC de 27 junio 2011, MP Valls Gombau (ROJ 6919/2011).
STSJC de 16 diciembre 2010, MP Alegret Burgués (ROJ 9940/2010).
STSJC de 10 septiembre 2010, MP Anglada Fors (ROJ 8051/2010).
STSJC de 22 marzo 2010, MP Ramos Rubio (ROJ 3177/2010).
STSJC de 3 marzo 2010, MP Ramos Rubio (ROJ 3128/2010).
STSJC de 28 enero 2010, MP Alegret Burgués (ROJ 426/2010).
STSJC de 18 enero 2010, MP Anglada Fors (ROJ 1/2010).
STSJC de 5 septiembre 2008, MP Anglada Fors (ROJ 9511/2008).
STSJC de 4 septiembre 2008, MP Alegret Burgués (ROJ 9698/2008).
STSJC de 26 junio 2008, MP Valls Gombau (ROJ 14508/2008).
STSJC de 18 octubre 2007, MP Cervello Nadal (ROJ 15324/2007).
STSJC de 18 septiembre 2006, MP Alegret Burgués (ROJ 3782/2006).
STSJC de 10 julio 2006, MP Ramos Rubio (ROJ 6853/2006).
STSJC de 19 julio 2004, MP Vidal Andreu (ROJ 9012/2004).
STSJC de 29 marzo 2004, MP Feliu Llansa (La Ley 76851/2004).
STSJC de 4 diciembre 2003, MP Bassols Muntada (ROJ 12406/2003).
STSJC de 8 octubre 2001, MP Bruguera Mante (ROJ 11986/2001).
STSJC de 25 mayo 2000, MP Vidal Andreu (ROJ 6969/2000).
STSJC de 4 febrero 1999, MP Feliu i Llansa (ROJ 1158/1999).
STSJC de 7 diciembre 1998, MP Bruguera Manté (RJ 1999\1343).
STSJC de 4 julio 1990, MP Díaz Valcárcel (RJ 1994\9032).

1.1.4. Audiencias Provinciales

a. Barcelona

- SAPB (Sección 18), de 20 octubre 2015, MP Sambola Cabrer (ROJ 10104/2015).
SAPB (Sección 18), de 21 enero 2015, MP Pereda Gamez (ROJ 398/2015).
SAPB (Sección 12), de 23 diciembre 2014, MP Farre Trepas (ROJ 13530/2014).
SAPB (Sección 12), de 27 noviembre 2014, MP Sambola Cabrer (ROJ 12272/2014).
SAPB (Sección 12), de 18 noviembre 2014, MP Ortuño Muñoz (ROJ 12246/2014).
SAPB (Sección 13), de 14 noviembre 2014, MP Cremades Morant (ROJ 12310/2014).
SAPB (Sección 13), de 29 octubre 2014, MP Utrillas Carbonell (ROJ 12287/2014).
SAPB (Sección 12), de 30 septiembre 2014, MP Sambola Cabrer (ROJ 11051/2014).
SAPB (Sección 16), de 24 julio 2014, MP Rallo Ayezuren (ROJ 8250/2014).
SAPB (Sección 18), de 6 julio 2014, MP Viñas Maestre (ROJ 5752/2014).
SAPB (Sección 18), de 25 junio 2014, MP Farre Trepas (ROJ 7065/2014).
SAPB (Sección 11), de 9 julio 2014, MP Bachs Estany (ROJ 7929/2014).
SAPB (Sección 12), de 12 junio 2014, MP Bayo Delgado (ROJ 6149/2014).
SAPB (Sección 18), de 20 mayo 2014, MP Noblejas Negrillo (ROJ 5348/2014).
SAPB (Sección 18), de 15 mayo 2014, MP Pereda Gámez (ROJ 5741/2014).
SAPB (Sección 12), de 8 abril 2014, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 3249/2014).
SAPB (Sección 12), de 31 marzo 2014, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 2650/2014).
SAPB (Sección 12), de 25 marzo 2014, MP Sambola Cabrer (ROJ 2632/2014).
SAPB (Sección 12), de 18 marzo 2014, MP Ortuño Muñoz (ROJ 2765/2014).
SAPB (Sección 12), de 7 marzo 2014, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 2472/2014).
SAPB (Sección 16), de 28 febrero 2014, MP Valdivieso Polaino (ROJ 1315/2014).
SAPB (Sección 18), de 26 febrero 2014, MP Viñas Maestre (ROJ 2781/2014).
SAPB (Sección 16), de 20 febrero 2014, MP Seguí Puntas (ROJ 1393/2014).
SAPB (Sección 18), de 18 febrero 2014, MP Viñas Maestre (ROJ 3465/2014).
SAPB (Sección 18), de 7 enero 2014, MP Pereda Gámez (ROJ 572/2014).
SAPB (Sección 12), de 11 diciembre 2013, MP Ortuño Muñoz (ROJ 15088/2013).
SAPB (Sección 18), de 13 noviembre 2013, MP Pereda Gámez (ROJ 14762/2013).
SAPB (Sección 11), de 18 octubre 2013, MP Vigo Morancho (ROJ 1157/2013).
SAPB (Sección 18), de 17 septiembre 2013, MP Pérez Tormo (ROJ 9398/2013).
SAPB (Sección 18), de 17 septiembre 2013, MP Pereda Gámez (ROJ 9394/2013).
SAPB (Sección 12), de 24 julio 2013, MP Ortuño Muñoz (ROJ 11508/2013).
SAPB (Sección 14), de 25 junio 2013, MP Font Marquina (ROJ 6848/2013).
SAPB (Sección 18), de 31 mayo 2013, MP Viñas Maestre (ROJ 6965/2013).
SAPB (Sección 18), de 7 mayo 2013, MP Pérez Tormo (ROJ 9357/2013).

- SAPB (Sección 12), de 11 marzo 2013, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 2452/2013).
- SAPB (Sección 18), de 7 marzo 2013, MP García Esquius (ROJ 2829/2013).
- SAPB (Sección 12), de 25 febrero 2013, MP Sambola Cabrer (ROJ 1162/2013).
- SAPB (Sección 12), de 5 diciembre 2012, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 16014/2013).
- SAPB (Sección 18), de 9 octubre 2012, MP Pérez Tomo (ROJ 11665/2012).
- SAPB (Sección 13), de 19 septiembre 2012, MP Cremades Morant (ROJ 9476/2012).
- SAPB (Sección 12), de 11 abril 2012, MP Ortuño Muñoz (ROJ 3577/2012).
- SAPB (Sección 18), de 19 junio 2012, MP Pérez Tormo (ROJ 11819/2012).
- SAPB (Sección 12), de 30 noviembre 2011, MP Bayo Delgado (ROJ 13017/2011).
- SAPB (Sección 12), de 14 septiembre 2011, MP Sambola Cabrer (ROJ 9954/2011).
- SAPB (Sección 12), de 29 junio 2011, MP Martín Villa (ROJ 6999/2011).
- SAPB (Sección 4), de 2 marzo 2011, MP Riera Fiol (ROJ 10337/2011).
- SAPB (Sección 18), de 22 febrero 2011, MP Viñas Maestre (ROJ 3127/2011).
- SAPB (Sección 14), de 22 diciembre 2010, MP Vidal Martínez (ROJ 9589/2010).
- SAPB (Sección 18), de 29 julio 2010, MP Noblejas Negrillo (ROJ 6628/2010).
- SAPB (Sección 12), de 26 abril 2010, MP Martín Villa (ROJ 3712/2010).
- SAPB (Sección 18), de 24 marzo 2010, MP García Esquius (ROJ 4061/2010).
- SAPB (Sección 12), de 11 febrero 2010, MP Martín Villa (ROJ 1674/2010).
- SAPB (Sección 12), de 21 diciembre 2009, MP Ortuño Muñoz (ROJ 13577/1999).
- SAPB (Sección 11), de 19 octubre 2009, MP Alonso Martínez (ROJ 12118/2009).
- SAPB (Sección 12), de 30 junio 2009, MP Rico Rajo (ROJ 6593/2009).
- SAPB (Sección 12), de 31 marzo 2009, MP Vigo Morancho (ROJ 2110/2009).
- SAPB (Sección 1), de 17 marzo 2009, MP Pérez de Lazárraga Villanueva (ROJ 2665/2009).
- SAPB (Sección 18), de 11 diciembre 2008, MP García Esquius (ROJ 11709/2008).
- SAPB (Sección 12), de 15 septiembre 2008, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 9034/2008).
- SAPB (Sección 13), de 18 julio 2007, MP Utrillas Carbonell (ROJ 9506/2007).
- SAPB (Sección 12), de 13 junio 2007, MP Carrillo Pozo (ROJ 8070/2007).
- SAPB (Sección 18), de 11 abril 2007, MP García Esquius (ROJ 3579/2007).
- SAPB (Sección 12), de 27 julio 2006, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 8086/2006).
- SAPB (Sección 12), de 7 marzo 2006, MP Viñas Maestre (ROJ 2624/2006).
- SAPB (Sección 12), de 11 noviembre 2005, MP Fernández San Miguel (ROJ 10361/2005).
- SAPB (Sección 12), de 31 mayo 2005, MP Rico Rajo (ROJ 5667/2005).

SAPB (Sección 17), de 11 abril 2005, MP Sambola Cabrer (ROJ 3325/2005).
SAPB (Sección 16), de 24 noviembre 2004, MP Ferrer Barriendos (ROJ 14188/2004).
SAPB (Sección 18), de 9 diciembre 2003, MP Anglada Fors (ROJ 7534/2003).
SAPB (Sección 12), de 22 mayo 2003, MP López-Carrasco Morales (ROJ 4112/2003).
SAPB (Sección 17), de 4 marzo 2003, MP Foncillas Sopena (ROJ 2043/2003).
SAPB (Sección 12), de 16 septiembre 2002, MP Valdivieso Polaino (ROJ 8929/2002).
SAPB (Sección 12), de 17 enero 2002, MP Valdivieso Polaino (ROJ 514/2002).
SAPB (Sección 12), de 7 junio 2001, MP Ortuño Muñoz (ROJ 5916/2001).
SAPB (Sección 12), de 16 mayo 2001, MP Jiménez de Parga Gastón (ROJ 5388/2001).
SAPB (Sección 18), de 9 febrero 2001, MP Bachs Estany (ROJ 1510/2001).

b. Girona

SAPG (Sección 2), de 19 junio 2015, MP Soler Navarro (ROJ 692/2015).
SAPG (Sección 2), de 20 noviembre 2014, MP Fernández Font (ROJ 1305/2014).
SAPG (Sección 1), de 9 octubre 2014, MP Lacaba Sánchez (ROJ 951/2014).
SAPG (Sección 1), de 30 junio 2014, MP Lefort Ruiz de Aguiar (ROJ 601/2014).
SAPG (Sección 1), de 14 febrero 2014, MP Soler Navarro (ROJ 92/2014).
SAPG (Sección 1), de 21 enero 2011, MP Ferrero Hidalgo (ROJ 6/2011).
SAPG (Sección 1), de 1 octubre 2004, MP Cruz Moratones (ROJ 1309/2004).
SAPG (Sección 2), de 8 octubre 2001, MP Masfarré Coll (ROJ 1502/2001).

c. Lleida

SAPL (Sección 2), de 26 marzo 2015, MP Bernat Alvarez (ROJ 211/2015).
SAPL (Sección 2), de 17 noviembre 2014, MP Sainz Pereda (ROJ 879/2014).
SAPL (Sección 1), de 6 noviembre 2014, MP García Navascues (ROJ 897/2014).
SAPL (Sección 2), de 4 julio 2014, MP Bernat Alvarez (ROJ 612/2014).
SAPL (Sección 2), de 4 abril 2014, MP Sainz Pereda (ROJ 342/2014).

d. Tarragona

SAPT (Sección 1), de 30 mayo 2014, MP Carril Pan (ROJ 689/2014).
SAPT (Sección 1), de 7 marzo 2014, MP Oficial Molina (ROJ 258/2014).
SAPT (Sección 3), de 24 enero 2014, MP Perarnau Moya (ROJ 319/2014).
SAPT (Sección 1), de 15 marzo 2013, MP Carril Pan (ROJ 194/2013).
SAPT (Sección 1), de 26 abril 2012, MP Díaz Muyor (ROJ 526/2012).
SAPT (Sección 1), de 27 octubre 2010, MP Carpi Martin (ROJ 1142/2010).

SAPT (Sección 1), de 22 marzo 2010, MP Díaz Muyor (ROJ 547/2010).

SAPT (Sección 1), de 7 septiembre 2005, MP Carril Pan (ROJ 1196/2005).

SAPT (Sección 3), de 16 diciembre 2004, MP Vigo Morancho (ROJ 1933/2004).

SAPT (Sección 3), de 17 abril 2001, MP Artero Mora (ROJ 695/2001).

e. Otras

SAP de León (Sección 2), de 19 septiembre 2014, MP Robles García (ROJ 848/2014).

SAP de Madrid (Sección 29), de 30 diciembre 2013, MP Ferrer Pujol (ROJ 21264/2013).

SAP de Murcia (Sección 4), de 2 febrero 2012, MP Carrillo Vinader (ROJ 278/2012).

SAP de Pontevedra (Sección 6), de 16 noviembre 2011, MP García Brea (ROJ 2897/2011).

SAP de Málaga (Sección 6), de 29 abril 2010, MP Jurado Rodríguez (ROJ 810/2010).

SAP de Álava (Sección 2), de 15 septiembre 2009, MP Tapia Parreño (ROJ 729/2009).

SAP de Madrid (Sección 24), de 6 octubre 2008, MP Sánchez Franco (ROJ 5856/2008).

SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4), de 22 junio 2004, MP Pérez de Ontiveros Baquero (ROJ 2135/2004).

1.2. Australia⁶⁷⁸

1.2.1. High Court

Commonwealth v. Australian Capital Territory (2013) 250 CLR 441.

Harris v. Caladine (1991) 172 CLR 84.

1.2.2. Federal Circuit Court of Australia (antes de febrero de 2013: Federal Magistrates Court of Australia – Family Law)

Duncan & Duncan [2014] FCCA 2729.

Mardones & Mardones [2012] FMCAfam 323.

Logan & Logan [2012] FMCAfam 12.

Omar & Bilal [2011] FMCAfam 1430.

Sawyer & Sawyer [2011] FMCAfam 610.

Moreno & Moreno [2009] FMCAfam 1109.

Murphy & Murphy [2009] FMCAfam 270.

Tsarouhi & Tsarouhi [2009] FMCAfam 126.

E & E [2002] FMCAfam 33.

⁶⁷⁸ Todas las sentencias se encuentran disponibles en *Australasian Legal Information Institute* (<http://www.austlii.edu.au/>).

1.2.3. Family Court of Australia

Fewster & Drake [2015] FamCA 602.

Collagio v. Collins [2015] FamCA 263.

Hoult & Hoult [2011] FamCA 1023.

Pascot & Pascot [2011] FamCA 945.

Jeeves & Jeeves (No. 3) [2010] FamCA 488.

Balzia & Covich [2009] FamCA 1357.

Ruane & Bachmann-Ruane and Anor [2009] FamCA 1101.

Norton & Norton [2009] FamCA 359.

Black & Black [2008] FamCAFC 7 (Full Court).

In the Matter of: Re K Appeal [1994] FLC 92-461 (Full Court).

Gebert & Gebert [1990] FLC 92-137 (Full Court).

1.3. Estados Unidos de América⁶⁷⁹

1.3.1. U.S. Supreme Court

Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015). Disponible en: Justia 14-556.

United States v. Windsor, 133 S.Ct. 2675 (2013). Disponible en: Justia 12-307.

Troxel v. Granville, 120 S.Ct. 2054 (2000). Disponible en: FindLaw 99-138.

1.3.2. State Supreme Courts

Connecticut: *Tylinska v. Tylinska*, KNOFA054103391S (2010). Disponible en: FindLaw KNOFA054103391S.

Delaware: *Stewart v. Stewart*, 41 A.3d 401 (Del. Super. Ct. 2012). Disponible en: Justia 489, 2011.

Georgia: *Sponsler v. Sponsler*, 699 S.E.2d 22 (Ga. 2010). Disponible en: Justia S10F0299.

Iowa: *In Re Marriage of Hitch*, 265 N.W.2d 599 (1978). Disponible en: Justia 60316.

Kansas: *Frazier v. Goudschaal*, 26 Kan. 730, 295 P.3d 542 (2013). Disponible en: Justia 103487.

Kentucky: *Pursley v. Pursley*, 144 S.W.3d 820 (Ky 2004). Disponible en: FindLaw 2001-SC-0936-DG.

Minnesota: *Rohmiller v. Hart*, 811 N.W.2d 585, 589 (Minn. 2012). Disponible en: Justia A10-1348.

⁶⁷⁹ Las sentencias pueden consultarse en *Justia Corporate Center* (<http://law.justia.com/cases/>), en *Find Law* (<http://caselaw.findlaw.com/>), en *RAVEL* (<https://www.ravellaw.com/>), en *Case Text* (<https://casetext.com/>) y en *eCases.us* (<http://www.ecases.us/>).

- Missouri: *Simpson v. Simpson*, 352 S.W.3d 362 (Mo. 2011). Disponible en: FindLaw SC 91498.
- Nebraska: *Young v. Govier & Milone, L.P.*, 835 N.W.2d 684 (Neb. 2013). Disponible en: RAVEL.
- Nebraska: *State ex rel. Kayla T. v. Risinger*, 731 N.W.2d 892 (Neb. 2007). Disponible en: Justia: 1089.
- New York: *E.C. v. L.C.*, 974 N.Y.S.2d 745 (Sup. Ct. 2013). Disponible en: Justia 2013 NY Slip Op 51628(U).
- New York: *S.D. v. N.D.*, 27 Misc. 3d 1215(A). Disponible en: Justia: 2010 NY Slip Op 50762 (U).
- New York: *Carbone v. Carbone*, 907 N.Y.S.2d 436 (Sup. Ct. 2010). Disponible en: Justia 2010 NY Slip Op 50519 (U).
- New York: *Gonzalez v. Green*, 831 N.Y.S.2d 856 (Sup. Ct. 2006). Disponible en: Justia 2006 NY Slip Op 26523.
- North Dakota: *Eberle v. Eberle*, 766 N.W.2d 477 (2009). Disponible en: Justia 20080317.
- North Dakota: *Vann v. Vann*, 767 N.W.2d 855 (N.D. 2009). Disponible en: Justia 20080344.
- Ohio: *In re Mullen*, 953 N.E.2d 302 (2011). Disponible en: Justia 20100276.
- Oklahoma: *Scungio v. Scungio*, 291 P.3d 616 (Okla. 2012). Disponible en: Case Text.
- Pennsylvania: *Spells v. Spells*, 378 A.2d 879 (P. Super. Ct. 1977). Disponible en: Justia 250 Pa. Super. 168.
- Rhode Island: *Hazard v. Hazard*, 45 A.3d 545 (R.I. 2012). Disponible en: FindLaw No. 2011-116-Appeal.
- South Carolina: *Fuller v. Fuller*, 723 S.E.2d 235 (S.C. Ct. App. 2012). Disponible en: Case Text.
- South Dakota: *Geier v. Geier*, 828 N.W.2d 804 (SD 2013). Disponible en: FindLaw: 26389.
- South Dakota: *Jameson v. Jameson*, 239 N.W.2d 5 (1976). Disponible en: Justia 11632, 11634.
- Wisconsin: *In Re Custody of DMM*, 137 Wis. 2d 375, 404 N.W.2d 530 (Wis. 1987). Disponible en: Justia 85-1792.

1.3.3. State Court of Appeals

- Colorado: *Crabtree v. Crabtree*, 527 P.2d 920 (Colo. App. 1974). Disponible en: RAVEL.

- Florida: *Garvey v. Garvey*, 138 So. 3d 1115 (Fla. Dist. Ct. App. 2014). Disponible en: FindLaw No. 4D13-1085.
- Indiana: *Banks v. Banks*, 980 N.E.2d 423 (Ind. Ct. App. 2012). Disponible en: FindLaw No. 45A03-1203-DR-96.
- Iowa: *Blanchard v. Houdek*, 810 N.W.2d 25 (Iowa Ct. App. 2011). Disponible en: Justia 1-813/11-0057.
- Louisiana: *M.P.W. v. L.P.W.*, 136 So. 3d 37 (La. Ct. App. 2013). Disponible en: FindLaw 2013 CA 0366.
- Mississippi: *Peterson v. Peterson*, 129 So. 3d 255 (Miss. Ct. App. 2013). Disponible en: Case Text.
- Missouri: *Stine v. Stine*, 401 S.W.3d 567 (Mo Ct. App. 2013). Disponible en: FindLaw No. ED 98608.
- Missouri: *Freeland v. Freeland*, 256 S.W.3d 190 (Mo Ct. App. 2008). Disponible en: FindLaw 89610.
- Missouri: *Perryman v. Perryman*, 117 S.W.3d 681 (Mo. Ct. App. E.D. 2003). Disponible en: FindLaw ED 82017.
- Missouri: *O'Neal v. O'Neal*, 673 S.W.2d 126 (Mo. Ct. App. E.D. 1984). Disponible en: Justia 47478.
- Missouri: *Peirick v. Peirick*, 641 S.W.2d 195 (App. E.D. 1982). Disponible en: Justia 44696.
- Missouri: *Markwardt v. Markwardt*, 617 S.W.2d 461 (Mo Ct. App. 1981). Disponible en: Justia 41969.
- New Mexico: *Garcia v. Garcia*, 227 P.3d 621 (N.M Ct. App. 2009). Disponible en: Justia 28, 106.
- New York: *Infante v. Infante*, 908 N.Y.S.2d 263 (App. Div. 2010). Disponible en: Justia 2009-05652.
- North Carolina: *Mason v. Dwinnell*, 660 S.E.2d 58 (N.C. Ct. App. 2008). Disponible en: Justia 07-176.
- Oregon: *In re Marriage of Matar and Harake*, 300 P.3d 144 (2013). Disponible en: FindLaw Co32405DRC; A143331.
- Oregon: *In re Marriage of Spillane*, 275 P.3d 974 (Or. Ct. App. 2012). Disponible en: eCases.
- Utah: *Gardner v. Gardner*, 294 P.3d 600 (Utah Ct. App. 2012). Disponible en: Justia 20100520-CA.
- Virginia: *Driscoll v. Hunter*, 716 S.E.2d 477 (Va. Ct. App. 2011). Disponible en: FindLaw 0084-11-3.

Virginia: *Sims v. Sims*, 685 S.E.2d 869 (Va. Ct. App. 2009). Disponible en: FindLaw 3101-08-2.

Virginia: *Gaffney v. Gaffney*, 613 S.E.2d 471 (Va. Ct. App. 2005). Disponible en: FindLaw 1286-04-4.

Wisconsin: *Jalovec v. Jalovec*, 739 N.W.2d 834 (2007). Disponible en: FindLaw 2006AP1872.

Wisconsin: *Wood v. Propeck*, 728 N.W.2d 757 (2007). Disponible en: FindLaw 2005AP2674.

1.4. Inglaterra y Gales⁶⁸⁰

1.4.1. United Kingdom Supreme Court

Radmacher v. Granatino [2010] UKSC 427. Disponible en: BAILII.

1.4.2. United Kingdom House of Lords

Livesey (formerly Jenkins) (A.P) v. Jenkins (A.P) [1985] AC 424. Disponible en: BAILII.

1.4.3. The Lords of Appeal

Miller v. Miller and McFarlane v. McFarlane [2006] UKHL 24. Disponible en: BAILII.

Barder v. Caluori [1988] 1 AC 20, [1987] 2 WLR 1350. Disponible en: ICRL.

1.4.4. Court of Appeals of England and Wales (Civil Division)

In Re D (A Child) [2014] EWCA Civ 315. Disponible en: ICRL.

Charman v. Charman [2007] EWCA Civ 503. Disponible en: BAILII.

Xydhias v. Xydhias [1998] EWCA Civ 1966. Disponible en: BAILII.

Pounds v. Pounds [1994] 1 WLR 1535. Disponible en: BAILII.

Edgar v. Edgar [1980] EWCA Civ 2. Disponible en: BAILII.

Wright v. Wright [1970] 1 WLR 499. Disponible en: ICRL.

Bennett v. Bennett [1952] 1 KB 249. Disponible en: ICRL.

1.4.5. High Court of England and Wales (Family Division)

T v. T [2013] EWHC B3 (Fam). Disponible en: BAILII.

McFarlane v. McFarlane (No 2) [2009] EWHC 891 (Fam). Disponible en: BAILII.

A v. B (Financial Relief: Agreements) [2005] EWHC 314. Disponible en: BAILII.

⁶⁸⁰ La mayoría de las sentencias se encuentran disponibles, de manera gratuita, en *British and Irish Legal Information Institute* (<http://www.bailii.org>). Las restantes pueden consultarse *The Incorporated Council of Law Reporting for England & Wales* (<http://www.iclr.co.uk>).

2. Tribunales supranacionales

European Court of Human Rights: *Shtukaturv v. Russia* (First Section), de 27 marzo 2008 (Application no. 44009/05).

European Court of Human Rights: *Scozzari and Giunta v. Italy* (Grand Chambre), 13 julio 2000 (Applications nos. 39221/98 and 41963/98).

European Court of Human Rights: *Kroon and others v. The Netherlands* (Chambre), de 27 octubre 1994 (Application no. 18535/95).

European Court of Human Rights: *Marckx v. Belgium* (Plenary), de 13 junio 1979 (Application no. 6833/74).

II. RESOLUCIONES

1. Dirección General de Registros y del Notariado

Resolución de 2 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Paterna número 1, por la que se deniega la inscripción de un auto de homologación de acuerdo transaccional (La Ley 162659/2015).

Resolución de 9 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Albacete número 4, por la que se deniega la inscripción de una adjudicación derivada de un convenio regulador en un divorcio de mutuo acuerdo (La Ley 131866/2015).

Resolución de 3 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Santomera, por la que se suspende la inscripción de un exceso de cabida (La Ley 18457/2015).

Resolución de 27 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Sabadell número 2, por la que se suspende la inscripción de una extinción de proindiviso de una plaza de aparcamiento doble acordada en convenio regulador (La Ley 16780/2015).

Resolución de 24 de octubre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Santo Domingo de la Calzada, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de sentencia de divorcio y adjudicación de uso de la vivienda habitual (La Ley 156869/2014).

Resolución de 1 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Santoña número 1, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de sentencia por la que se aprueba un convenio regulador (La Ley 104207/2014).

Resolución de 4 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Gandesa, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de sentencia recaída en procedimiento de divorcio (La Ley 90050/2014).

Resolución de 9 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Alcoy, por la que se deniega anotación de derecho de vivienda familiar (La Ley 126872/2013).

Resolución de 26 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Barcelona número 18, por la que se deniega la inscripción de un testimonio de sentencia por la que se aprueba un convenio regulador (La Ley 110191/2013).

Resolución de 11 de mayo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad accidental permanente de Avilés número 2, por la que se suspende la inscripción de un acta de conciliación ante un juez de paz (La Ley 64321/2013).

Resolución de 10 de diciembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Vitoria número 3, a la inscripción de un convenio regulador aprobado judicialmente (La Ley 222079/2012).

Resolución de 5 de diciembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad a la inscripción de una adjudicación realizada en convenio regulador (La Ley 222991/2012).

Resolución de 5 de septiembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Jerez de la Frontera número 3, por la que se suspende la inscripción de un convenio regulador aprobado judicialmente (La Ley 156239/2012).

Resolución de 19 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la nota de calificación extendida por la Registradora de la Propiedad

- de Pozuelo de Alarcón número 2, por la que se suspende la inscripción de un derecho de uso atribuido en convenio regulador aprobado judicialmente (La Ley 83466/2012).
- Resolución de 8 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Algeciras número 3 a la inscripción de un convenio regulador como consecuencia de divorcio (La Ley 70592/2012).
- Resolución de 5 de agosto de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Sabadell número 4, por la que se deniega la inscripción de un convenio regulador por exceder de la pura liquidación del régimen matrimonial al adjudicarse un bien del marido a la mujer y a los hijos (La Ley 184293/2011).
- Resolución de 22 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Palencia número 2, por la que se deniega la inscripción de una sentencia de divorcio (La Ley 255161/2010).
- Resolución de 16 de junio de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Alicante número 3 a inscribir la adjudicación de un inmueble mediante convenio regulador de medidas paterno filiales con ocasión del cese de la convivencia de los progenitores aprobado judicialmente (La Ley 129414/2010).
- Resolución de 12 de mayo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Denia número 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa sujeta a condición suspensiva (La Ley 103886/2010).
- Resolución de 18 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 2 de Sevilla a la inscripción de un pretendido derecho de uso de vivienda familiar (La Ley 237743/2009).
- Resolución de 18 de septiembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre certificado de capacidad matrimonial. En el expediente sobre expedición de certificado de capacidad para contraer matrimonio remitido a este centro en trámite de recurso, por virtud del entablado por los padres de la interesada, contra auto del encargado del Registro Civil de S. (La Ley 330637/2008).
- Resolución de 5 de mayo de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Cangas a la

inscripción de un derecho de usufructo atribuido en un convenio regulador como consecuencia de un divorcio (La Ley 68666/2008).

Resolución de 31 de octubre de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre falta de capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial. En el expediente sobre autorización para contraer matrimonio remitido a este Centro en trámite de recurso, por virtud del entablado por el interesado, contra auto del Juez Encargado del Registro Civil de V. (La Ley 356479/2007).

Resolución de 17 de enero de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre falta de capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial. En el expediente sobre autorización para contraer matrimonio remitido a este Centro en trámite de recurso, por virtud de los entablados por los padres de la promotora, contra auto del Juez Encargado del Registro Civil de A. (La Ley 1240/2007).

Resolución de 3 de junio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa de la registradora de la Propiedad número 5 de Valladolid a inscribir un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente (La Ley 70276/2006).

Resolución de 2 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 1 de Cáceres a inscribir la transmisión de dominio de una finca urbana, en virtud de apelación del Registrador (La Ley 10677/2006).

Resolución de 28 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Adeje (Santa Cruz de Tenerife) a inscribir una sentencia ordenándose el derecho de uso y disfrute de una finca (La Ley 13132/2005).

Resolución de 21 de junio de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 11 de Valencia a inscribir un derecho de uso (La Ley 146419/2004).

Resolución de 20 de febrero de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 13 de Barcelona a inscribir una sentencia firme de separación conyugal (La Ley 1027/2004).

Resolución de 10 de abril de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Arona a inscribir una escritura de elevación a público de un documento privado (La Ley 12033/2003).

Resolución de 5 de febrero de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 4 de Brugos a

inscribir una escritura de rectificación y aclaración de un convenio regulador de separación (La Ley 1823/2003).

Resolución de 17 de diciembre de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 3 de Vigo a practicar la inscripción de un derecho de uso (La Ley 1297/2003).

Resolución de 28 de noviembre de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 1 de Orihuela a inscribir un derecho de uso (La Ley 11000/2003).

Resolución de 29 de julio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 6 de Bilbao a reflejar registralmente la cesión de una mitad indivisa de una vivienda familiar que hace uno de los cónyuges con ocasión de la sentencia de separación conyugal (La Ley 11788/1999).

Resolución de 22 de abril de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 3 de Tarrasa a cancelar una hipoteca unilateral (La Ley 6579/1996).

Resolución de 10 de noviembre de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador de la Propiedad número 3 de Mataró a inscribir una escritura de cesión de bienes en ejecución de convenio regulador de separación (La Ley 272/1996).

Resolución de 20 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre falta de capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial. En el expediente para contraer matrimonio civil, remitido a este Centro en trámite de recurso, por virtud del entablado por el futuro contrayente contra el auto de la Juez Encargada del Registro Civil de Amposta (Tarragona), que denegaba lo solicitado (La Ley 12118/1995).

Resolución de 15 de febrero de 1982, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra la negativa del registrador a inscribir una escritura pública de compraventa (La Ley 45/1982).

2. Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas

RESOLUCIÓN JUS/1221/2013, de 3 de junio, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por G. R. D., contra el acuerdo de calificación de la registradora de la propiedad de Barcelona número 5 (Publicada en: DOGC núm. 6397, de 14 junio 2013, pp. 1-4).

RESOLUCIÓN JUS/1622/2012, de 19 de julio, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el señor D. I. J. contra un acuerdo de calificación de la registradora de la propiedad de Sant Vicenç dels Horts número 2 (Publicada en: DOGC núm. 6191, de 13 agosto 2012, pp. 40293-40295).

RESOLUCIÓN JUS/1507/2012, de 29 de junio, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por Maria Carme Rusiñol Riba, notaria de Llançà, contra la calificación de la registradora de la propiedad número 2 de Roses que suspende la inscripción de una escritura de compraventa de una vivienda usada que no dispone de cédula de habitabilidad (Publicada en: DOGC núm. 6180, de 27 julio 2012, pp. 38274-38278).

RESOLUCIÓN JUS/2612/2011, de 7 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por la señora M. del R. G. S. contra la calificación de la registradora de la propiedad de Cerdanyola del Vallès (Publicada en: DOGC núm. 6000, de 8 noviembre 2011, pp. 57279-57282).

RESOLUCIÓN JUS/733/2010, de 10 de febrero, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Lleida Luis Prados Ramos contra la calificación del registrador de la propiedad número 1 de Lleida (Publicada en: DOGC núm. 5592, de 22 marzo 2010, pp. 22038-22042).

RESOLUCIÓN JUS/3883/2009, de 18 de diciembre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por los señores A., J. y A. M. D. contra la calificación del registrador de la propiedad de Pineda de Mar (Publicada en: DOGC núm. 5557, de 1 febrero 2010, pp. 5714-5717; Corrección de errata en: DOGC núm. 5594, de 24.3.2010, p. 23411).

RESOLUCIÓN JUS/1677/2009, de 10 de junio, por la que se da publicidad a la Resolución de 19 de mayo de 2009, de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, que se dicta en el recurso gubernativo interpuesto por el señor F. T. R. contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Valls (Publicada en: DOGC núm. 5404, de 19 junio 2009, pp. 49740-49744).

RESOLUCIÓN JUS/918/2007, de 22 de marzo, por la que se da publicidad de la Resolución de 19 de febrero de 2007, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Barcelona señor Mariano-José Gimeno Valentín-Gamazo (Publicada en: DOGC núm. 4854, de 2 abril 2007, pp. 11966-11969).

RESOLUCIÓN JUS/225/2007, de 29 de enero, por la que se da publicidad de la Resolución de 22 de enero de 2007, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por la entidad mercantil MPI, SL, y por notario de Mataró señor Miguel Benet Mancho (Publicada en: DOGC núm. 4815, de 6 febrero 2007, pp. 4406-4409).