

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA



**TRABAJO FIN DE GRADO
LA FIGURA DEL CONVENIO REGULADOR EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL**

Autora: María Sánchez Sánchez

Directora: Ana María Pérez Vallejo

Grado en Derecho

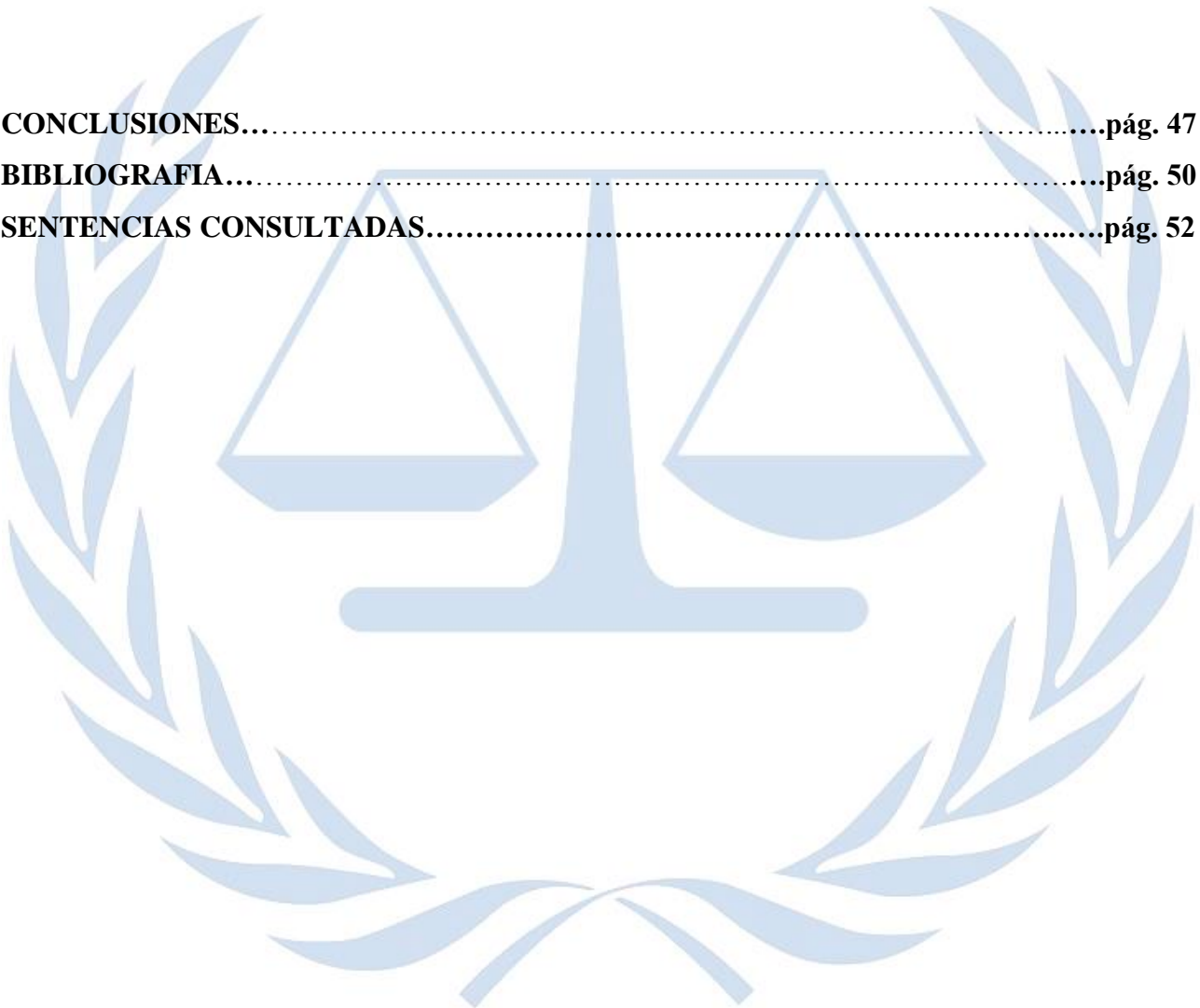
Curso Académico: 2015-2016

Almería, Diciembre 2015

INDICE

1.	EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA.....	pág. 4
1.1.	BREVE REFERENCIA AL MARCO PRECONSTITUCIONAL.....	pág. 4
1.2.	MARCO LEGAL BASICO TRAS LA CONSTITUCION DE 1978.....	pág. 6
1.3.	AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE FAMILIA.....	pág.7
2.	CONCEPTO Y ATRIBUTOS DEL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 14
3.	NATURALEZA JURIDICA DEL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 15
3.1.	NATURALEZA JURIDICA DEL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 15
3.2.	EFICACIA JURIDICA DEL CONVENIO REGULADOR.	pág. 16
4.	CARACTERISTICAS DEL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 17
5.	CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR Y PACTOS POSIBLES.....	pág. 20
5.1.	CRITICAS DOCTRINALES A LA TERMINOLOGIA LEGAL.....	pág. 20
5.2.	ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 21
5.3.	EL ABORDAJE DE LOS DESACUERDOS EN EL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 24
5.4.	LIMITES A LA DISPONIBILIDAD POR CONVENIO REGULADOR.....	pág. 25
5.5.	LIMITACIONES LEGALES AL CONTENIDO DEL CONVENIO.....	pág. 28
5.6.	PACTOS NO CONTEMPLADOS EN EL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 31
6.	LA MUTABILIDAD DEL CONVENIO REGULADOR EN EL TIEMPO.....	pág. 31
6.1.	PRESUPUESTOS QUE HAN DE CONCURRIR.....	pág. 32
6.2.	MATIZACIONES JURISPRUDENCIALES A LAS MODIFICACIONES DEL CONVENIO.....	pág. 33
7.	EFFECTOS DEL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 34
7.1.	EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN ASUNTOS DE DERECHO DE FAMILIA.....	pág. 34
7.2.	LA RECONCILIACION Y SUS EFFECTOS SOBRE EL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 36
8.	ALCANCE DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 37

9. NOVEDADES QUE INTRODUCE EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.....	pág. 38
9.1. ALGUNAS CARENCIAS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA.....	pág. 39
9.2. ANOTACIONES MAS SIGNIFICATIVAS AL ANTEPROYECTO.....	pág. 40
9.3. IMPACTO QUE LA REFORMA PROYECTA SOBRE EL CONVENIO REGULADOR.....	pág. 43
9.4. VOCES DISCREPANTES AL ANTEPROYECTO DE LEY.....	pág. 44
CONCLUSIONES.....	pág. 47
BIBLIOGRAFIA.....	pág. 50
SENTENCIAS CONSULTADAS.....	pág. 52



1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA.

Respecto a la evolución experimentada hay que exponer que tanto el tratamiento legal como la concepción social del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales ha pasado y evolucionado con profundas transformaciones, tanto en España como en los países de nuestro entorno y cultura. En este sentido es conveniente dar una breve pincelada al marco pre y post constitucional.

1.1. BREVE REFERENCIA AL MARCO PRECONSTITUCIONAL.

El matrimonio es una de las instituciones jurídicas más estudiadas por los especialistas del Derecho de Familia. La evolución doctrinal y legislativa se ha visto siempre condicionada por la realidad social y política imperante en cada momento histórico. Se trata de una realidad sensible que afecta profundamente a la propia estructura del estado sobre la que se sustentan en muy buena medida sus bases y sus raíces y sobre la que se construye el arquetipo de estado moderno. La familia y el matrimonio como institución sustentan los cimientos del estado y de ella se alimenta en gran medida su propia sostenibilidad.

Las diferentes concepciones históricas han evolucionado desde extremos que fueron desde el matrimonio exclusivamente canónico hasta la consolidación de un régimen de matrimonio civil de libre elección, que finalmente fue implantado a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978 y por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

A modo de reseña histórica, diremos que el sistema matrimonial anterior a la Ley de 18 de junio de 1870, la única forma admitida en España para contraer matrimonio era la señalada por la Religión Católica, quedando a salvo los fueros especiales aplicables a ciertas clases de ciudadanos como judíos y moriscos. En esta etapa no parece en absoluto que la figura del convenio tenga la más mínima proyección histórica.

El Proyecto de Código civil español de 1851 negaba cualquier incidencia al consentimiento en la separación y por tanto a cualquier transacción negocial semejante al convenio.

El matrimonio canónico fue la forma exclusiva de celebración hasta la Ley del Matrimonio Civil de 1870 y con posterioridad salvando periodos muy cortos en el tiempo y hasta 1932 con las Leyes de la II República del Matrimonio Civil y del Divorcio de 1932.

Cierta doctrina, autores como CÁMARA ÁLVAREZ Y JIMÉNEZ ARNAU¹ se inclina por la validez de dichos pactos en la medida que no afecten y no entrañen la alteración del régimen económico. Además, la jurisprudencia comenzó a aceptar los pactos de separación amistosa en ciertas materias.

La Ley de 24 de abril de 1958 modifica el artículo 71 del Código civil español, admitiendo el convenio regulador sólo respecto del cuidado de los hijos y una vez que la sentencia de nulidad esté ejecutoriada.

Tras la derogación de las legislaciones republicanas y restablecidas los idearios y principios del espíritu del Concilio de Trento Derecho y más adelante del Concordato de 1953, coexistieron dos clases de matrimonio, el canónico y el civil, cada uno con normativa, efectos y jurisdicción propios. Ambas clases de matrimonio eran indisolubles. Los conflictos matrimoniales se sustanciaban exclusivamente por la vía de la separación o de la nulidad. Este devenir histórico, consolidó una institución familiar formalmente estable y con un marcado sesgo patriarcal.

Finalmente en España, **LA LEY 30/1981 DE 7 DE JULIO** permitió regular a través de estos convenios, tanto los aspectos personales, como los patrimoniales del divorcio, mediante un **sistema causal**.

El legislador preveía que pudiera declararse la separación a petición de ambos cónyuges o de uno solo, con el consentimiento del otro, cuando hubiera transcurrido un año de cese efectivo de la convivencia conyugal.

Paralelamente era necesario invocar alguna de las causas previstas legalmente. No obstante, la interpretación mayoritaria de los tribunales fue, años atrás la de prescindir del examen de las causas alegadas cuando, y aun no existiendo acuerdo, en las mismas, la separación es solicitada por ambos.

Y esto fue así, en base a una interpretación abierta y extensiva de los artículos 81 y 82 del Código Civil, en la redacción dada por la **Ley 30/1981, de 7 de julio**.

Esta interpretación era acorde a la realidad social y a las orientaciones más recientes de la jurisprudencia, porque la común petición de separación conyugal revela en sí misma, la ruptura o quiebra, del matrimonio, la pérdida de la affectio maritalis.

Esto era así ya que si el art. 81 Código Civil permitía obtener la separación de mutuo acuerdo una vez transcurrido el primer año del matrimonio, sin necesidad de alegar, causa alguna de separación y **acompañando simplemente la propuesta del Convenio Regulador como mero requisito de**

¹ CÁMARA ÁLVAREZ Y JIMÉNEZ ARNAU. *Actos de Disposición sobre los Bienes Gananciales*. En homenaje a Vallet de Goytisolo. Madrid 1988. Volumen II Pág. 103 y SS.

índole procesal para poder seguir el procedimiento, debemos entender que se llega a una absurda contradicción si no se accediere a la separación cuando ambos cónyuges la solicitan por separado, y huir de la búsqueda de culpables.

Lo que nuestra legislación no admitía es que la voluntad unilateral de uno solo de los cónyuges fuera suficiente para que el juez decretara la separación, de manera tal que el cónyuge que solicitara la separación debía acreditar la existencia de uno de los motivos legales contemplados en el Código Civil.

Respecto al Derecho de las Comunidades Autónomas, los artículos 76 y 77 del Código de Familia de Cataluña se refieren al convenio regulador.

En dicho caso, el convenio debe tener los siguientes contenidos:

1. Aquel con quien han de convivir los hijos, así como el régimen de visitas, estancia y comunicación con el padre o la madre con quien no convivan.
2. La forma como debe ser ejercida la potestad de los hijos.
3. La cantidad que por el concepto de alimentos de los hijos, corresponda satisfacer al padre o la madre y la periodicidad y forma de pago.
4. Las normas para la actualización de los alimentos y, en su caso, las garantías para asegurar su pago.

A su vez, conforme al artículo 79 del Código de Familia de Cataluña, en los casos de falta de convenio regulador, la autoridad judicial resuelve directamente sobre los aspectos objeto de regulación establecidos en el artículo 76.

1.2. MARCO LEGAL BÁSICO TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

La situación descrita anteriormente chocaba frontalmente con nuestra Constitución de 1978, lo cual motivó la reforma del Código Civil promulgándose varias leyes en cascada. Cabe citar al respecto, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la Ley 30/1981, 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 y por la que se introdujo por primera vez la figura del Convenio regulador; y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

Nuevamente y respecto al matrimonio, posteriormente se publican las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y 15/2005, de 8 de julio, por la se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Esta última modifica los Art. 81 y 86 del Código Civil, estableciendo que se decretará la separación o el divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Se deroga el art. 82 del Código Civil, eliminando todo elemento causal, sea por hechos culposos o por cese de la convivencia.

1.3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE FAMILIA.

En España, a raíz de la instauración de la democracia y nuestra Carta Magna en 1978, la regulación del Derecho de Familia no ha sufrido simples modificaciones, sino que éstas han supuesto reformas verdaderamente revolucionarias, que han respondido a una profunda transformación del funcionamiento y realidad de la familia. No cabe la menor duda, que el Derecho de Familia es una de las ramas del Derecho que más profundas reformas ha soportado y seguirá haciéndolo, pues la realidad social que ha de regular es una realidad en constante evolución.

En este constante cambio, y por lo que ahora nos interesa, en el Derecho de familia, ha ido entrando cada vez con más fuerza el juego de la autonomía de la voluntad de las partes para regular no sólo los efectos en los supuestos de crisis matrimoniales, sino más aún y tras la reforma de la Ley 15/2005, para posibilitar que uno solo de los cónyuges, sin tener que alegar ni justificar causa alguna, pueda instar la declaración de separación o divorcio.

No obstante, se hace indispensable como cuestión previa, hacer un breve apunte sobre la naturaleza pública o privada del Derecho de Familia. A juicio de PÉREZ VALLEJO,² es primordial despejar estas dudas o vacilaciones sobre su naturaleza, ya que esto nos permitirá hablar o no de la admisibilidad de los negocios jurídicos de Derecho de Familia.

² PÉREZ VALLEJO; Ana M^a. *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000, pp. 28 y ss.

Sobre el particular, cabe reseñar que fue CICU,³ quien encuadró en un principio el Derecho de Familia en el Derecho Público. Posteriormente sostuvo que “Aquella semejanza de estructura no justificaba la subsunción del Derecho de Familia en el Derecho Público, porque siendo éste el Derecho del Estado, no podía la familia entrar a formar parte del mismo, porque es una institución típicamente privada, la más privada de todas las instituciones”. Posteriormente y en la misma línea, la doctrina más reciente es unánime en afirmar que el Derecho de Familia forma parte del ámbito del Derecho Privado, por lo que sería admisible la existencia de negocios jurídicos de familia. Así, DÍEZ-PICAZO⁴ fue uno de los primeros autores que defendería la existencia de los “*negocios jurídicos de familia*”. Según el autor:

“Los negadores de la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en derecho de Familia, se apoyaban en la premisa de que este campo jurídico está dominado por el interés público de cuya tutela se encargan los órganos del estado y los órganos familiares. Los actos familiares de declaración de voluntad serían, según esta opinión, actos de heteronomía y no de autonomía: actos de poder estatal o actos de poder familiar. A nuestro juicio, los actos jurídico-familiares (por ejemplo, matrimonio o adopción), no pueden en rigor llamarse actos estatales. El acto es esencialmente un acto jurídico privado, en el que por razones de orden técnico político (certidumbre, claridad, publicidad, control), se adiciona la intervención estatal, que no traspasa la naturaleza de una solemnidad constitutiva. Reducir a actos de ejercicio de un poder familiar aquellos actos en los que libremente se extinguen, modifican o constituyen relaciones familiares o estados civiles, nos parece equivocado.”

Seguidamente exponemos el marco legal, donde se asienta y encontramos ese vínculo del juego de la autonomía de la voluntad en el marco del Derecho de Familia:

- **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA:**

Art. 1 de la Constitución:

1.1: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

³ Autor citado por BELTRÁN DE HEREDIA, José. *La Doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del derecho de familia*. Revista de Derecho Privado. Octubre 1965, p.822

⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. *El negocio Jurídico del Derecho de familia*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo XLIV, 1962, pp. 171 y ss.

Art. 32 de la Constitución:

32.1: *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*.

32.2: *“La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”*.

Art. 39 de la Constitución:

39.1: *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*.

39.2: *“Los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación y de las madres cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”*.

39.3: *“Los padres deben prestar asistencia de todo tipo a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

39.4: *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

Según DÍEZ-PICAZO⁵, podemos reconocer el principio general de autonomía privada en la Constitución Española a través del juego del principio de igualdad del Art. 14 CE, en lo que se refiere a relaciones interconyugales en el Art. 32 CE, así como en el pluralismo político reconocido en el Art. 1 CE, que es fruto del pluralismo social.

- **CÓDIGO CIVIL:**

Art. 1.255 del Código Civil: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

Art. 1.325 del Código Civil: *“En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*, en el que indudablemente se deduce que el contenido de las capitulaciones matrimoniales se puede referir a otros aspectos relativos al matrimonio, y no sólo a los patrimoniales.

⁵ DIEZ-PICAZO, Luis. *La Figura del Convenio Regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia*. En AA.VV; *Convenios Reguladores de las relaciones conyugales, paterno filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*. Instituto de ciencias para la familia, 2ª edición. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1989, pp. 42 y ss.

En cuanto al papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia y en el Derecho patrimonial, PÉREZ VALLEJO⁶ se plantea el alcance de la autonomía privada en sendos ámbitos del Derecho. Para este planteamiento, parte de que existía un principio general prohibitivo de los contratos entre cónyuges. Con posterioridad, se establecen sólo normas prohibitivas puntuales o determinadas, dejando de ser ya la prohibición un principio general. En este sentido, se pronuncia CABANILLAS SÁNCHEZ⁷, cuando señala que los cónyuges conservan su individualidad y su personalidad. En cualquier caso, esta cuestión está resuelta tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1.981, con su reflejo en el Art. 1.323.

Como hemos expuesto hasta ahora, el Derecho de Familia ha sufrido constantes y muy importantes reformas, de las cuales queremos destacar especialmente las introducidas por Ley 30/1981, 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. A Través de esta Ley se introduce la figura del *convenio regulador* como máximo exponente del negocio jurídico familiar cuando el matrimonio entra en crisis (PEREZ VALLEJO, SAÍNZ-CANTERO, 2001);⁸ y más recientemente, cabe citar la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio. El espíritu inspirador de esta reforma se deduce del contenido de su Exposición de Motivos, si bien se condensa en que intenta reforzar el principio constitucional de libertad de los cónyuges en la regulación del matrimonio, así como intenta fomentar y potenciar la capacidad de los cónyuges de regular de forma consensuada y aún mejor, extrajudicial, las consecuencias de la celebración del matrimonio. No olvidemos que permite que sean los propios cónyuges los que libremente decidan sobre la disolución del vínculo conyugal, sin necesidad de alegar ni probar causa alguna, además de que les permite regular los efectos de la separación, divorcio o nulidad consensuadamente. Esta reforma contempla la separación o divorcio consensuado o de carácter contencioso. En ella se habla del convenio regulador en los casos de carácter consensuado y de “*propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o el divorcio*”. Se ha reprochado por algún sector doctrinal que la redacción final artículo 86 permite que la decisión unilateral de uno de los cónyuges sobre la disolución del matrimonio vincule irremediamente al otro, olvidando que éste pueda no tener la misma intención de romper el vínculo contraído, puesto que como dice la Exposición de Motivos de la

⁶ PÉREZ VALLEJO, Ana M^a. *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*. Ob. cit. pp. 54 y ss.

⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La contratación entre cónyuges*. *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. .505 y ss.

⁸ PEREZ VALLEJO, Ana M^a y SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén. *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Comares, Granada 2001, p. 9.

Ley 15/2005, “*basta con que uno de los cónyuges no desee su continuación para que pueda demandar el divorcio sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales*”.

De esta manera la **Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio**, ultima y consagra el reconocimiento de mayor trascendencia a la voluntad del individuo.

Si éste ya no desea seguir vinculado a su cónyuge, se debe prescindir de causas y por supuesto también de la previa e ineludible separación.

En síntesis, el art. 82, que contenía las causas de separación, desaparece. Y el art. 81, regulador de la separación, pasa a tener la siguiente redacción:

"Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º.- A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez

Transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se

Acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2º.- A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación."

Por otro lado, el art. 86, regulador de **las causas de divorcio**, pasa a tener la siguiente redacción:

"Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el Consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81".

Es decir, resultan líneas esenciales de esta regulación las siguientes:

- Basta con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio para solicitar su disolución sin una previa situación de separación.
- Únicamente es necesario el transcurso del plazo de tres meses (salvo en los supuestos excepcionales en los que no se precisa plazo) y la propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o el divorcio.

- En tal caso, el demandado no puede oponerse por motivos materiales. Deberá a su vez proponer las medidas que considere más convenientes en su contestación.
- La intervención del juez queda limitada a la imposibilidad del pacto o cuando el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados o uno de los cónyuges.

En supuestos de mutuo acuerdo, tanto separación como divorcio, los requisitos siguen siendo los mismos: **se debe acompañar la propuesta de Convenio Regulator en ambos casos.**

En el **Convenio Regulator en la Ley 15/2005, de 8 de julio** distingue dos supuestos, el relativo a las relaciones económicas entre los cónyuges y el correspondiente a los hijos.

- Respecto a las **cuestiones económicas entre los cónyuges** debe estarse a la completa autonomía de la voluntad de los contratantes, pues se trata de un pacto económico entre personas mayores de edad y capaces que de conformidad con el art. 1255 Código Civil pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente.
- En las **cuestiones relativas a los hijos**, se trata de modular el cumplimiento de las obligaciones de los padres respecto de los hijos menores o incapacitados. En este caso, el legislador permite que sean los padres, en cuanto titulares de la patria potestad y representantes legales de los hijos, pero al mismo tiempo, obligados respecto de éstos los que propongan al juez lo que estimen más beneficioso para los hijos, pero lo que no permite es la autonomía de la voluntad de los padres, ya que ello implicaría la disposición de obligaciones.

En la línea de potenciar el papel de la autonomía de las partes y de la autorregulación de las relaciones tras la ruptura profundiza el **anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad Parental**, de su actual redacción se desprende que ha de tener un considerable impacto en el cuerpo y contenido del convenio regulator, en definitiva en el determinante papel de la autocomposición de las partes y de tal manera se hable de:

- ***“La necesidad de presentar Plan de ejercicio de la Patria potestad conjunta”*** especificando seguidamente en su artículo primero los extremos que ha de contener: forma de decidir, los tiempos de convivencia, y hasta las reglas de recogida y entrega del menor. Todo ello bajo control judicial.

Como se puede observar se da la posibilidad a las partes en conflicto de componer los más mínimos de talles de lo que por la ruptura vincular dará lugar a una nueva relación sin el

affectio maritalis, a una relación de carácter tangencial, en definitiva se da la oportunidad de que las partes lo regulen casi todo, y con más intensidad cuando hay menores de edad en ese nuevo círculo de relación.

Este documento ha de incorporarse al proceso judicial y pretende favorecer y concretar los acuerdos, su transparencia y cumplimiento de compromisos.

- Aparece la figura y posibilidad de **la Mediación Familiar** como instrumento facilitador de los acuerdos y en aras a evitar la litigiosidad entre los cónyuges.

Igualmente esta próxima reforma ahonda y da entrada a esta figura que en definitiva pretende dar juego en la composición de las relaciones nuevas que nacen con la ruptura, amplia sin duda el marco de lo que venimos llamando la autonomía de la voluntad en la autorregulación o previsión de desencuentros.

En definitiva, se amplía nuevamente el campo de juego y el valor de la autonomía de la voluntad con esta nueva reforma, todo ello en línea con las reformas progresivas que nuestro derecho de familia ha ido incorporando desde el año 1981.

Cualquiera de estas opciones está sometida al control y posible modificación del juez aún sin existir cambios sustanciales que las justifiquen.

- Se extiende el derecho de los hijos a relacionarse con sus hermanos, abuelos y allegados, salvo que el menor no lo desee.
- En el convenio se procederá en su caso a ordenar **la contribución a las cargas familiares**, uso de vivienda, pensión y casos de extinción de la misma, todo ello bajo el paraguas del interés superior del menor pero con una presión que ha de evitar futuras confrontaciones, especialmente la vivienda adquiere límites temporales.
- Destaca especialmente por estar destinado a evitar confrontaciones la **liquidación del régimen económico** del matrimonio, y especifica que a falta de acuerdo se ha de solicitar **la formación de inventario** así como un **plan de administración y disposición**. Desde la admisión de la demanda **dejan de tener efecto las presunciones legales** de atribución de bienes con carácter ganancial.
- Se establece una amplia regulación del uso y disfrute de la vivienda, desde la hipotecada hasta la de uso tolerado de un tercero y con remisión a falta de acuerdo en el convenio a las obligaciones en su día contraídas o a las reglas de los títulos donde se soporta.

Gran parte del articulado del anteproyecto remite a los acuerdos de las partes y, por tanto, la importancia del convenio gira entorno a esa autonomía de voluntad, que debe regir en las relaciones de familia, introduciendo nuevas figuras o instituciones que no hacen sino intentar o coadyuvar reforzando el carácter voluntarioso del derecho en las relaciones de familia. De ahí la importancia que en el futuro debe adquirir el convenio regulador en la medida en que esta reforma aclara determinadas imprecisiones legales y configura herramientas que a falta de acuerdo tienen un fin ya descrito en la ley.

2. CONCEPTO Y ATRIBUTOS DEL CONVENIO REGULADOR.

El Código civil no establece una definición de lo que se entiende por convenio regulador, a lo sumo hace alusión al mismo en el art. 90 del C.C., tampoco es su misión la definición de este instituto legal. Según LOPEZ BURNIOL⁹ el convenio regulador es un *“negocio jurídico de Derecho de Familia en el que los cónyuges regulan las consecuencias de la separación o divorcio y que debe necesariamente acompañarse de la demanda cuando la separación o el divorcio sean solicitados por ambos conyugues o por uno de ellos con el consentimiento del otro”*. Para MORENO AROCA¹⁰ supone la manifestación mas evidente de la autonomía voluntad en el derecho de familia, y por el que las partes *“proponen al juez cumplidamente respuestas o regulaciones de mutuo acuerdo a todas y cada una de las previsiones de los art. 81, 86 y 90 del C.C., y éste, en tal sentido, homologa las mismas”*.

Por tanto, y partiendo de estas definiciones doctrinales, cabe reseñar que el convenio regulador es un acuerdo de los cónyuges en el que se regulan las consecuencias jurídicas del matrimonio en el caso de que se produzca la separación o el divorcio. Como se puede observar, se trata de un acto jurídico de carácter familiar en el que se dan, por un lado, las relaciones económicas de los cónyuges y, por otro, las relaciones estrictamente paterno-filiales.

Respecto a las primeras, las relaciones económicas, las partes cuentan con una mayor autonomía y disponibilidad sobre las mismas. No es así en el campo de las relaciones paterno-filiales donde se observa el papel determinante del juez. Este será quien determine o valore si las cláusulas del convenio reúnen todos los condicionantes y especialmente que no declinen en contra del interés y salvaguarda superior de los/las hijos/as. La finalidad primordial del convenio es velar por el interés superior de los/las menores y paralelamente, pero en un plano diferente, velar por un equilibrio

⁹ LÓPEZ BURNIOL, Juan José. *Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales*. En AA.VV Convenios Reguladores (...); Ob. cit. p. 45.

¹⁰ MORENO AROCA, Juan. *El Convenio Regulador en la separación y el divorcio*. Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 35 y ss.

respecto de los cónyuges para que éstos o sus intereses sean lo más justo y equitativo tras la ruptura de la sociedad conyugal. Es conveniente puntualizar que será obligatoria la presentación de un convenio regulador en los procesos de divorcio o separación de mutuo acuerdo o de uno con el consentimiento del otro. En este sentido son atributos del convenio los siguientes:

- Propuesta provisoria, ya que los acuerdos no pueden ser inalterables en el tiempo, en perjuicio de los beneficiarios del mismo.
- Disponibilidad relativa, ya que si bien recoge las propuestas de las partes, es el juez quien debe aprobarlo en última instancia.
- Carácter jurisdiccional, para desplegar sus efectos debe autorizarlo el juez.
- Contenido legal, debe dar respuesta a las previsiones mínimas del art. 90 del CC. Es importante reseñar que el convenio regulador tiene que tener un contenido mínimo necesario.

3. NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO REGULADOR.

3.1. NATURALEZA JURÍDICA

Como se ha dicho, el convenio regulador goza de naturaleza contractual, es un negocio jurídico de derecho de familia. Si bien, como señala MORENO AROCA,¹¹ hasta la homologación judicial del convenio solo cabe hablar de “propuesta” de convenio regulador: *“el convenio regulador nace con la autorización del juez y por el que las partes regulan las consecuencias de la separación o el divorcio”*. El convenio regulador aprobado judicialmente, que queda integrado en la resolución judicial y despliega toda la eficacia procesal que ello conlleva. Por tanto, la intervención judicial en la aprobación del convenio le imprime una doble naturaleza jurídica o negocio jurídico mixto o público/privado, como veremos después.

En este marco cabe plantearse una cuestión debatida en la doctrina y jurisprudencia, referida precisamente a que la esencia de su naturaleza hay que buscarla en el momento previo y antes de su homologación judicial. Por lo que cabe plantearse el valor de un convenio sin homologar, esto es, el alcance de los actos de las partes en la conformación de la voluntad, el valor conformador de la autonomía de la voluntad.

¹¹ MORENO AROCA, Juan. *El Convenio Regulador en la separación y el divorcio*. Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 35 y ss.

Cuestión ésta que quedó despejada, tras la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 1997¹² que acepta la validez y eficacia del convenio regulador no homologado, como un negocio jurídico de familia. Pero en cuanto a su eficacia, requiere de aprobación judicial, como *condictio iuris*. Como se podrá comprobar, parece que incluso en ausencia de homologación las partes quedan vinculadas por sus propios actos, ante si y ante terceros dentro del ámbito de su poder de disposición. La sentencia distingue tres supuestos:

- En primer lugar, el convenio es un negocio jurídico de Derecho de Familia.
- En segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva.
- En tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más, si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del C.C.

3.2. LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO REGULADOR.

Según MARÍN GARCÍA DE LEONARDO,¹³ el criterio de distinción para determinar la eficacia, es "*la naturaleza personal o patrimonial de los pactos y el carácter de las normas que regulan estas situaciones tendrán o no eficacia sin la intervención judicial*". Por tanto, tenemos que analizar qué ocurre si el pacto contiene materias que deben ser objeto de aprobación judicial y otras que no lo son. En cuanto a estas últimas, se debe estudiar si dichos pactos tienen algún valor o son ineficaces; y de ser positiva la respuesta, cuál es el valor del resto de las cláusulas. Existe amplia jurisprudencia que reconoce plena validez al convenio regulador no homologado, que recae sobre aspectos patrimoniales y que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos.

De acuerdo con ZARRALUQUI¹⁴, la exigencia de ratificación se refiere a la petición de separación o divorcio, y jamás al contenido del convenio regulador. El autor critica la excesiva intervención del juez. Y todo parece indicar que la crítica es acertada, ya que el exceso de intervención judicial atenta contra el principio de la intervención mínima del Estado en la familia. Se argumenta que no parece razonable que una vez que las partes han logrado ponerse de acuerdo después de un largo y,

¹² Vid. STS de fecha 22 de abril de 1997 (RJ 325/1997). Ponente: O'Calaghan Muñoz.

¹³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO. *Comentarios a la sentencia de 22 de abril de 1997*. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. N° 45, 1997, p. 956

¹⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Luis. *Derecho de Familia y la Persona*. Ed. Bosch.SA. 2007. VOLUMEN 7.

a veces, penoso proceso de negociación, el tribunal dificulte o impida la solución del conflicto por una tutela judicial aparentemente excesiva. Para otros autores como CASTRO GARCÍA¹⁵, la intervención judicial es un presupuesto de eficacia y no un elemento de validez del negocio.

En definitiva, la función de la homologación será la de velar por la defensa de la legalidad, pero es bien cierto que para parte de la doctrina respecto a esta cuestión de la intervención del juez en la homologación, por razones de “orden público familiar” en palabras de DIEZ-PICAZO¹⁶, hacen o atribuyen a éste convenio una naturaleza jurídica mixta y donde prevalece la intervención judicial. En contra de esta opinión se encuentra MORENO FLORES,¹⁷ y el mencionado con anterioridad LOPEZ BURNIOL. Para este sector de la doctrina, se entiende que la autonomía de la voluntad debe primar sobre los aspectos judiciales de la homologación, que la aprobación judicial es simplemente un requisito de eficacia para controlar la legalidad. Dicha autonomía no puede intentar apartarse de los criterios socialmente dominantes, que el juez ha de tener precisamente en cuenta al aprobar o no el convenio.

Se desprende, por tanto, que la jurisprudencia y la doctrina han mantenido una cierta vacilación, y se achaca esta ambivalencia a la defectuosa redacción del art. 90 y 91 del C.C. que debería haber distinguido más acertadamente las cuestiones relativas o relacionadas con los aspectos económicos entre los conyuges y las cuestiones relativas a los hijos. Respecto a los hijos, la cuestión es muy diferente, ya que entramos en cuestiones no de disposición de derechos, sino de obligaciones, que no pueden quedar a libre disposición de los conyuges, todo ello, a pesar de que la ley ha estimado que en estas cuestiones es conveniente que los progenitores convengan, pero sometido a la autorización judicial que le otorga carácter ejecutivo. Podemos concluir por tanto que el convenio regulador, aun siendo un documento único no puede tener una única naturaleza jurídica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la ya citada STS de de 22 de abril de 1997 y la STS de 21 de diciembre de 1998¹⁸ y núm. 1183/1998 de 21 de diciembre, insisten en que la falta de aprobación judicial no supone un obstáculo a su validez o eficacia, pues si carece de aquélla, ello le impide eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico, y si bien tales convenios no pueden hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes, siempre que concurren los requisitos generales para su validez.

¹⁵CASTRO GARCÍA, Jaime. *La intervención judicial en la aprobación, modificación y cesación del convenio regulador*. Universidad de Navarra 1989.

¹⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. *Instituciones de derecho civil*. Volumen II.2ª.edición. EDT. Tecnos, MADRID. PAG.89.

¹⁷ MORENO FLORES, Rosa Mª. *Comentarios al código civil*. Librería Bosch, Barcelona 2000, Pág.90 y SS

¹⁸ Vid. STS de 21 de diciembre de 1998. St. núm. 1183/1998 de 21 de diciembre.

4. CARACTERÍSTICAS DEL CONVENIO REGULADOR

Hasta ahora hemos expuesto y ha quedado asentada como postura cada vez menos controvertida, su doble naturaleza jurídica o negocio jurídico mixto o público/privado. Con la peculiaridad de la intervención judicial ya mencionada.

Pero antes de abordar sus características, una de las primeras reflexiones que se nos presentan gira entorno a la capacidad requerida para el convenio regulador. Siguiendo a LÓPEZ BURNIOL¹⁹, la doctrina y jurisprudencia aceptan que los menores de edad puedan celebrar estos convenios. Y esta afirmación se sustenta en los siguientes argumentos:

- a) El Código civil no lo impide expresamente y como no es aplicable la analogía a una limitación de la capacidad, no existe razón para negarle dicha capacidad a los menores.
- b) Dicha convención requiere de una aprobación judicial, que garantice los derechos del menor.
- c) De acuerdo a una posición cada vez más preponderante en la doctrina, se debe considerar al menor como capaz, y si esto es así, sólo mediante una norma expresa se podrá limitar su capacidad.
- d) El menor casado está facultado expresamente a realizar este tipo de actos, ya que conforme al artículo 314.1 del C.C. dichos menores están emancipados y por ello son plenamente capaces, excepto si existe alguna norma que establezca lo contrario.

Aclarado este extremo, el referido convenio es solemne, ya que debe celebrarse por escrito y entre sus características fundamentales encontramos las siguientes:

a) Es un negocio jurídico peculiar y condicional:

Se ha discutido suficientemente esta cualidad del convenio regulador en la jurisprudencia española. Así la mayoría de los autores, como Díez Picazo²⁰ entre otros, son de la opinión que se trata de un negocio jurídico. En realidad la cualidad de negocio jurídico del convenio regulador no es discutible, desde que se requiere un acuerdo de voluntades para que el acto nazca a la vida jurídica. Sin embargo, es un acto jurídico condicional, su nacimiento pende de dos condiciones suspensivas, como lo son el que se produzca efectivamente el divorcio o separación y que el juez autorice el

¹⁹ LÓPEZ BURNIOL, Juan José. *Concepto, nulidad, naturaleza y contenido del convenio regulador, de las relaciones conyugales, paternofiliales y patrimoniales*. AA.VV. Convenios Reguladores de las crisis matrimoniales.1984 Pamplona PAGINA 52.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. “*El Negocio Jurídico del Derecho de Familia*”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962. pp. 171 y ss.

acto. Este negocio jurídico presenta varias características que lo diferencian de cualquier otro negocio de esta tipología. Las diferencias más notables son las siguientes:

1. Algunos autores precisan que el hecho de la aprobación judicial previa pondría en tela de juicio la cualidad del convenio como negocio jurídico, a esto se argumenta en contra que el convenio es un negocio jurídico procesal; o sea es una especie de negocio jurídico.
2. Respecto al principio de la fuerza obligatoria de los contratos: el convenio puede revocarse por la voluntad de una de las partes mediante autorización judicial. Sin embargo, la modificación del convenio regulador es compleja, ya que requiere de aprobación judicial fundada.
3. Como negocio jurídico, aunque las partes tienen importantes limitaciones, en cuanto al contenido, es la voluntad de ellas la que da lugar a dicho acto, y el juez en principio debe respetar el principio de la autonomía de la voluntad.

De esta forma, la ley no establece qué padre debe ejercer la guarda y custodia, pagar los alimentos o preocuparse de la educación del hijo; sino por el contrario, resguarda que dichos deberes y facultades se establezcan conforme al interés superior del menor.

4. Respecto a la función de la homologación, esta será la de velar por los intereses del menor y los derechos y deberes de las partes. En resumen, se trata de un requisito de eficacia y no de validez. Por ello, si existe algún vicio del consentimiento, como la fuerza, el dolo o el error deben aplicarse las reglas generales, sobre esta última cuestión incidiremos más adelante con mayor profundidad. Estos acuerdos por tanto, son verdaderas transacciones entre las partes y hay que dejarlas abiertas a la posibilidad de impugnar. La impugnación es necesaria toda vez que concurra un vicio del consentimiento.

b) No tiene un carácter netamente transaccional:

LÓPEZ BURNIOL²¹ señala que el convenio regulador tiene un carácter transaccional. Es cierto que este negocio jurídico puede tener como objetivo, al igual que la transacción, poner fin a un juicio pendiente, pero no es de la esencia el que las partes se hagan concesiones recíprocas.

²¹ LÓPEZ BURNIOL, Juan José. *Concepto, nulidad, naturaleza y contenido del convenio regulador, de las relaciones conyugales, paternofiliales y patrimoniales*. AA.VV. Convenios Reguladores de las crisis matrimoniales.1984 Pamplona PAGINA 52.

c) Es esencialmente precario:

Este negocio jurídico es esencialmente precario. De esta forma puede ser solicitada su modificación en cualquier momento, a través del un procedimiento de modificación de medidas, sobre todo si su actual ejecución pudiere perjudicar al menor.

d) Tiene una causa específica:

Todos los negocios jurídicos tienen una causa, es decir un fin o motivo. Dicha causa puede ser mediata o inmediata, la causa mediata es variable y depende de los motivos que las partes tuvieron al tiempo de celebrar el contrato. En cambio, la causa inmediata es el fin único e invariable que las partes han perseguido al celebrar el contrato, por ejemplo el recibir en pago el precio por parte del vendedor.

En los casos que el negocio jurídico afecte las relaciones paterno filiales, la causa debe ser el *interés superior del menor*. De esta forma, si el negocio jurídico no ha considerado la mejor posibilidad para el menor, el negocio jurídico no tendrá causa o ella será ilícita, dependiendo de la teoría de la causa que se adopte.

e) Revocabilidad del acuerdo:

El convenio puede ser revocado por cualquiera de las partes, pero para ello se requiere de autorización judicial. Pero, qué ocurre, antes de la homologación, ¿puede una parte revocar libremente el convenio? Conforme a la doctrina italiana, el convenio regulador es un contrato que no puede modificarse unilateralmente. Pero, en España, cierta jurisprudencia señala que la homologación difiere los efectos del acuerdo a la aprobación judicial y en ese lapso, las partes pueden retractarse.

Opina CASTRO GARCÍA,²² que la ratificación forma parte del consentimiento necesario para que el negocio jurídico produzca efectos; en virtud de ello las partes pueden revocar el negocio jurídico en cualquier momento antes de la aprobación judicial

²² CASTRO GARCÍA, Jaime. *La intervención judicial en la aprobación, modificación y cesación del convenio regulador*. Universidad de Navarra 1989.PÁG. 359 Y SS.

5. CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR Y PACTOS POSIBLES.

5.1. CRITICAS DOCTRINALES A LA TERMINOLOGÍA LEGAL.

Algunos autores como ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA²³ han criticado al artículo 90 del C.C. español señalando que adolece de las siguientes imprecisiones:

- La disposición en estudio se refiere al convenio regulador, **como propuesta** y otras veces **como convenio**. En consecuencia, esta terminología confunde una oferta de convenio con el convenio propiamente dicho. Esta crítica tiene fundamento, ya que no se aclara si el convenio regulador es un negocio jurídico o una simple propuesta al tribunal. Debe tenerse presente que esta última posición, que entiende al convenio como una simple propuesta, reduce la validez del convenio no homologado.
- Tampoco parece estar clara la sanción a la **omisión del contenido mínimo** al que se refiere el artículo 90 del CC. La literalidad de la disposición, que utiliza la frase “*deberá referirse*”, puede llevar a pensar que la sanción a la falta de estos requisitos es la nulidad del convenio. Esta interpretación puede llevar al absurdo, ya que de celebrarse un nuevo acuerdo complementario, que subsane los defectos del primero, si se opta por la nulidad radical o absoluta, ambos continuarán siendo nulos porque el primero no contempla las materias mínimas que exige la ley.

5.2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR.

Pasamos a exponer el mapa de desarrollo habitual en lo referente al Convenio Regulador, en este sentido éste comenzará por un encabezamiento, en el que quedarán identificados los cónyuges, nacionalidad y documento de identidad y la fecha de suscripción y el lugar. Seguidamente se expondrán los motivos que les conducen a firmarlo, que en realidad no dejarán de ser reproducciones de las argumentaciones vertidas en la demanda.

Este continuará con la exposición de los pactos que han de regular las consecuencias de su separación o divorcio conforme a lo previsto en el art. 90 C.c.

El artículo 90 del código civil como núcleo del convenio regulador tras la reforma de la ley 15/2005:

²³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Luis. *Comentarios a la proposición de ley sobre divorcio y separación presentada por el grupo parlamentario socialista el 28/07/1994*. Art.civ n°46. Diciembre 1994

El Artículo 90 C.C establece en su apartado primero que el convenio regulador al que se refiere el Artículo 81 y 86 C.C, deberá contener, al menos, los siguientes extremos.

El apartado a), establece ahora que: “El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

Este artículo ha sido modificado en el sentido de que ha sido suprimido lo que antes se señalaba como el “régimen de visitas”, quedando redactado ahora como el “régimen de comunicación y estancia”. Esto obedece a la idea de eliminar del C.C todas aquellas expresiones que en un proceso matrimonial, de una u otra forma, pueda implicar hablar de vencedores y vencidos tras la separación o divorcio, y este término “visitas”, se dice que era bastante peyorativo, porque implicaba que uno de los cónyuges sólo visitaría a los hijos, y el otro tendría la guarda y custodia (uno vencía y otro perdía); términos éstos, que en aras de reducir la conflictividad característica de los procesos de familia, van siendo eliminados, no sólo de los textos legales, sino también de las resoluciones judiciales.

Este apartado a), tal y como lo hemos definido, también habla del régimen de comunicación y estancia “en su caso”, poniéndolo en relación con el tema de la custodia compartida, que se debe buscar con preferencia, y por eso se dice que la custodia para uno de los padres será “en su caso”, como lo último a lo que se debería llegar, aunque expresamente no la haya puesto como régimen preferente el de la custodia compartida.

Se trata de una de las novedades más significativas introducidas por esta reforma.

El apartado b) fue incorporado en virtud de una ley de noviembre de 2003, relativa a las relaciones de los abuelos con los nietos. Este apartado señala que otro de los extremos sobre el que los cónyuges pueden pactar, es “si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés de aquéllos”.

Esto ha sido criticado por la doctrina, diciendo que esta previsión sería un poco superflua y problemática, porque estamos ante un proceso matrimonial en el que las partes serían únicamente los cónyuges, y si éstos regulan las relaciones de los niños con los abuelos, los abuelos deberían también ser oídos por el tribunal, pero se criticó que entonces, cómo se le podría dar parte en un proceso que es ajeno a ellos, que serían terceros ajenos al proceso matrimonial. Por regla general, este apartado del convenio nadie lo rellena. Hay que decir también que existe otro proceso creado especialmente para los abuelos, en el que serían éstos lo que estarían legitimados para pedir la comunicación con sus nietos.

Las letras c), d), e) y f) se refieren a lo siguiente, e imperativamente tienen que cumplimentarse.

El apartado c) regula “La atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar”.

El apartado d) regula “la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos así como sus bases de actualización y garantías, en su caso”.

El apartado e) se refiere a “la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio”.

El apartado f) que regula “La pensión que conforme al Artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”

Seguidamente el precepto señala las circunstancias que ha de considerar el juez para calibrar su importe a falta de acuerdo, las bases o criterios para su actualización y garantías de efectividad. Esta regulación considera intrascendente los hechos motivadores de la ruptura, no obstante se ha de concretar la existencia de un desequilibrio económico interconyugal, un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

El art 100 seguidamente establece que solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro conyugue y el art 99 establece mecanismos sustitutivos de la pensión: renta vitalicia, usufructo y entrega de bienes.

Hay que subrayar la importancia de la naturaleza compensatoria de la pensión, en razón de la erosión económica del devenir de la ruptura en uno de los conyugues, no se debe entender ni considerar una indemnización, ya que se prescinde en la separación de cualquier noción de culpa derivada del art. 1902 del código.

Deriva de su naturaleza jurídica compensatoria el que está sometida a la autonomía de la voluntad de las partes en orden a su fijación cuantía y condiciones de la misma, quedando sometida al ámbito de disposición del conyugue perjudicado de tal modo que el juez no puede acordarla de oficio si los conyugues no la pactan expresamente en su convenio regulador o renuncia el presunto perjudicado en el convenio o en la demanda contenciosa.

Carece por tanto de cualquier matiz asistencial, a diferencia y en contraste con la irrenunciabilidad del derecho de alimentos.

Finalmente la extinción de la pensión queda expuesta a la mejor fortuna de los conyugues, la reconciliación, o por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vida marital con otra persona, se añade la renuncia y fallecimiento del conyugue deudor, no obstante la deuda del fallecido es heredado por sus herederos que han de seguir afrontándola salvo que esté condicionada por el caudal hereditario.

La única novedad introducida en este precepto por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la redacción del apartado a), que ha servido para coordinar la regulación establecida en el art. 92 conforme al cual los progenitores pueden pactar sobre el ejercicio de la patria potestad y sobre el cuidado de ambos, desapareciendo también el término “visitas” para hablar de cuidado, comunicación y estancia.

DÍEZ-PICAZO²⁴ señala que la patria potestad puede ser objeto de acuerdo, tanto en lo referente a su co-titularidad, como a su ejercicio.

Pero exige las siguientes **tres condiciones** para ello:

- Homologación judicial;
- La duración del acuerdo no sea perpetua y
- El acuerdo siempre podrá ser modificado por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas.

Sin embargo, existen autores que no están de acuerdo con ello. Así, SANCHO REBULLIDA²⁵ indica lo siguiente: *"Nótese que el precepto se refiere a la posibilidad de convenio al "ejercicio" de las facultades inherentes a la patria potestad; el párrafo 1º, como norma imperativa, atribuye la titularidad conjuntamente a ambos progenitores. Sobre la titularidad no cabe pacto"*. De esta forma el convenio regulador podría recaer sobre el ejercicio de la patria potestad, pero no sobre su titularidad. La posición contraria supone que un padre podría ponerle fin a la patria potestad del otro, por ejemplo emancipando al menor.

El convenio regulador puede señalar cuál de los padres tendrá la guarda y custodia de los hijos, fijar el régimen de visitas y comunicación del padre no custodio, reglar la contribución a las cargas del matrimonio, los alimentos, la liquidación del matrimonio, etc.

Estas materias obedecen a los mínimos sobre los que debe recaer el convenio.

5.3. EL ABORDAJE DE LOS DESACUERDOS EN EL CONVENIO REGULADOR.

En lo que respecta a las relaciones paternofiliales cabe ahora preguntarnos, y en lo que respecta del contenido del convenio regulador, si éste puede alterar las reglas que regulan **los desacuerdos** en el artículo 156.2º del CC. El código civil contempla los que podíamos llamar simples desacuerdos o desacuerdos reiterados.

²⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. *EL Negocio Jurídico del derecho de familia*. RGLJ.1962. PAG.171 Y SS.

²⁵ SANCHO REBULLIDA, Francisco de A. *Elementos de derecho civil IV*. Derecho de Familia 4ª edición.edit. Boch. Barcelona 1997 Pág. 169 y ss.

En este sentido cabe destacar que la solución de los desacuerdos reiterativos se le otorga importantes facultades al juez. Estas pueden consistir desde atribuir la patria potestad parcial o totalmente a cualquiera de ellos o distribuir entre ellos sus funciones.

SEISDEDOS MUIÑO²⁶, trata este tema y está a favor de que el convenio pueda regular los desacuerdos reiterados y aún con más complejidad, la posibilidad de que en el convenio regulador, los padres dejen la solución de los desacuerdos a un árbitro. Para SEISDEDOS MUIÑO se entiende que el código permite y resuelve positivamente esta cuestión.

Continuando con ello, la doctrina distingue si el convenio recae sobre meros desacuerdos o desacuerdos reiterados.

En la primera situación, en la que el juez deja la decisión del desacuerdo a una de las partes, tampoco debe existir inconveniente en que ellas mismas dejen que un tercero dirima el conflicto. Pero, en el segundo supuesto, el que se deje resolver los desacuerdos a un tercero, como las partes no pueden ejercer las facultades que la ley otorga al juez, sólo éste podrá resolver estos conflictos.

El arbitro sólo puede determinar qué parte tiene razón en cada caso concreto que se le someta a su consideración, pudiendo resolver conflictos aunque ellos se transformen en reiterados.

Esto es perfectamente viable, ya que los supuestos de desacuerdos reiterados no regulan en ningún caso el incumplimiento de los deberes de la patria potestad, sino un ejercicio eficiente de ésta. Por ello, si las partes estiman que la forma de resolver estos problemas es recurrir a la decisión de un tercero, dicho acuerdo debe ser respetado.

Otra de las cuestiones a considerar son su temporalidad, o el ámbito temporal de estos acuerdos ya que si son interpretados como temporales, se presenta el interrogante de saber o de determinar cuándo llegan a término.

Dada su naturaleza y consideración de negocios jurídicos temporales estos están expuestos al devenir de los acontecimientos y se pueden ver afectados por cualquier proceso posterior sea de nulidad, separación, divorcio o cualquier otra cuestión incidental que pueda repercutir de algún modo sobre su vigencia o los aspectos materiales en él contenidos, o en cualquier caso para su término requieren de una resolución judicial o un convenio definitivo.

En cuanto a su ámbito de aplicación los convenios reguladores se diferencian entre sí, según si regulan la nulidad por una parte o al divorcio y la separación por la otra, y ello es a pesar de estar regulados en unas mismas normas, como lo son los artículos 90, párrafo 2º y 91 del C.C. Español.

²⁶ SEISDEDOS MUIÑO, Ana. *La patria potestad dual*. Lejona: Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, 1988

La diferencia más relevante entre los convenios que recaen sobre la nulidad y los que recaen sobre la separación o el divorcio, es que el convenio regulador de la nulidad, no necesita cumplir con los mínimos exigidos para la separación y el divorcio, conforme a los artículos 81, 86 y 90 del C.C.

5.4. LIMITES A LA DISPONIBILIDAD POR CONVENIO REGULADOR.

Hay que tener en cuenta que hay ciertas cuestiones que no entran dentro de la libre disponibilidad de los cónyuges y por tanto el juez no se encuentra vinculado por lo que convengan los esposos.

Entramos a analizar los límites de lo disponible en el convenio regulador. En dicho análisis consideramos que debemos seguir el siguiente orden:

a) Ver la posibilidad de hacer compatible el principio de la autonomía de la voluntad del cual hemos hablado extensamente con las disposiciones de derecho necesario en el Derecho de Familia. Se trata de principios contrapuestos y, por tanto, qué papel debemos dejar que desempeñe la autonomía de las partes y limitar la aplicación del derecho necesario a disposiciones expresa. De esta forma, que actúe, la autonomía como principio general e inspirador del convenio y el juez limitarse a aplicar las normas que regulen situaciones de indisponibilidad o de salvaguarda de intereses superiores.

b) Los límites a la autonomía de la voluntad presenta, por tanto, algunas particularidades, especialmente en torno a los menores y es por ello, que entendemos que merece la pena dedicarle una mayor extensión en este trabajo y que son las siguientes:

- Ningún padre puede renunciar a derechos que, dada su naturaleza, son irrenunciables, como la filiación, la patria potestad, etc. Tampoco podrán eludir los deberes que la patria potestad impone a los padres. Así un padre que no desea ver a sus hijos no puede renunciar a su facultad-deber de comunicación recíproca que existe entre ellos. Lo mismo ocurre respecto del deber de vigilancia y control. El padre que no posee la guarda no puede renunciar al deber de vigilancia y control. Ello es obvio, ya que no estamos frente a un derecho, sino frente a un "deber".
- No se puede pretender vaciar o desequilibrar el contenido la patria potestad, esto es efectuar una desigual carga de derechos y deberes propios de la patria potestad.
- Tampoco pueden violentar el interés superior del menor, principio este inspirador de todo el Derecho de Menores.
- La doctrina ha discutido, si en el convenio regulador se puede tratar la **privación de la patria potestad**.

En este sentido hay que decir, que **no se pueden afectar derechos irrenunciables**, como la titularidad de la patria potestad o la filiación ni en ningún caso las causas estipuladas pueden perjudicar al interés superior del menor.

La razón de la negativa al establecimiento de causas que priven a uno de los progenitores de la patria potestad, es que la naturaleza de derecho fundamental de la patria potestad se opone a semejantes cláusulas.

En contra de esta opinión, para RIVERO HERNÁNDEZ²⁷ pueden establecerse causas de privación del régimen de visitas, cuando existen causas graves y suficientes. El régimen de visitas es un deber de los padres, pero también es un deber del cual sólo pueden verse excluidos mediante una resolución judicial acorde a Derecho.

Lo que sí se puede pactar son unas cláusulas de modificación de facultades y deberes, acorde con las situaciones que acontezcan. Por ejemplo, las partes podrán establecer que, si uno de los padres fuere despedido de su trabajo perderá la guarda exclusiva del menor y pasará a ejercer un régimen de visitas.

Hasta aquí los límites relativos y con mayor concreción al tema de los menores.

Pero estos límites van más allá de esta casuística y han de dar respuesta a otras cuestiones:

a) Respeto a los pactos sobre administración de la sociedad:

Las partes han de estar a lo pactado en la medida en que esto entra dentro de lo concreto y al margen de lo opinable.

b) Pactos sobre la atribución de la vivienda:

Aquí en principio todo gira en torno al título posesorio que pueda determinar la misma. Juega un papel determinante lo acordado por los cónyuges pero no se puede contemplar de forma aislada ya que he de ser visto y analizado dentro del contexto propio del convenio para atenerse a un posible alegato o discusión sobre la misma e incluso en el peor de los casos la división de la cosa común.

c) Pacto sobre pensiones alimentarias:

Siendo una de las líneas rojas de lo indisponible sin embargo los pactos que afecten a esta medida son válidos y eficaces si no rebasan los límites consagrados en el art. 1255cc.

d) Sobre la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales:

En este caso traemos a colación la validez de aquellas disposiciones relativas a la liquidación manifiesta y documentada privadamente por las partes y una vez acaecida la separación de hecho o

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Las relaciones Paternofiliales como contenido del convenio regulador*. En AA.VV Convenios reguladores pagina 75 y ss.

de derecho. La jurisprudencia y la doctrina entienden la validez de estos acuerdos ya que de lo contrario colisionaría con el principio de buena fe que debe regir cualquier negocio jurídico.

e) Pensión por desequilibrio económico:

No se trata de una pensión alimentaria, ni de algo semejante a las cargas familiares sino de una especie de deber de auxilio mutuo una especie de derecho personal en concepto de resarcimiento, una diríamos pensión indemnizatoria que pretende acercar las posiciones patrimoniales de los cónyuges tras la ruptura vincular.

Finalmente, nos parece oportuno determinar en qué casos se produce una violación al Derecho de Menores. Sin ánimo de hacer una enumeración taxativa, mencionaré algunos casos:

a) El convenio regulador no puede contener causas de exclusión de la patria potestad.

b) Relacionado con lo anterior también es bastante discutible, si mediante el convenio se puede atribuir la totalidad del ejercicio de la patria potestad a uno de los padres.

Para gran parte de la doctrina estos acuerdos son validos, pero señala que no se puede otorgar la guarda a un padre y el resto del ejercicio de la patria potestad al otro y en todo caso, este acuerdo no podría eximir a los padres de los deberes que tienen con sus hijos por tratarse de normas de ius cogens.

El fundamento a este rechazo es eminentemente práctico, en los tiempos en que la guarda se le concedía a la madre y la patria potestad al padre, se producían innumerables problemas en torno a su educación, autorizaciones que requería el menor, etcétera con relación al padre que no tenía la guarda. Así éste obstruía un adecuado ejercicio de la patria potestad.

Se pensaba que no era positivo que estas funciones de la patria potestad se encontrasen separadas de la guarda. Incluso algunos autores sostenían que producida la separación, nulidad o divorcio de los padres automáticamente las restantes facultades que otorga la patria potestad debían ser concedidas al guardián.

Pero esta posición en la actualidad es rechazada.

Ello se debe a que el Derecho español, los incisos 2, 3 y 5 del artículo 156 del C.C. permiten expresamente, tanto al juez, como a los padres atribuir parcialmente la patria potestad. Y ello lleva aparejada necesariamente como consecuencia la separación de la guarda de otras facultades, salvo que se entienda que ella debe ejercerse de forma compartida.

c) El convenio no podrá ser perjudicial para el menor -dañoso para los hijos en palabras de la ley, ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges de acuerdo con el artículo 90.2º del C.C.

En resumen, el convenio regulador no vincula a las partes, en lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, en la medida que atente contra el interés superior del hijo.

Los límites señalados anteriormente deben aplicarse en forma restrictiva, fundada y sólo si los hechos que llevan al rechazo del convenio son debidamente acreditados. El Juez no puede tan sólo invocar el interés superior del menor para no respetar la voluntad de los padres, ni siquiera la voluntad del hijo es concluyente en esta materia.

5.5. LIMITACIONES LEGALES AL CONTENIDO DEL CONVENIO.

Para estudiar los límites legalmente previstos hemos de considerar principalmente los siguientes preceptos legales, tanto de la Constitución como del Código Civil.

Estos preceptos actúan como puntos de inflexión, como líneas rojas infranqueables en el convenio regulador.

Toda vulneración o interpretación torticera de los mismos tendentes a erosionarlos o dejar en posición desfavorable, restrictiva de derechos u obligaciones a las partes los cónyuges que se pueda plasmar en el convenio provocará ineludiblemente su nulidad radical, abriendo todas las defensas imaginables en derecho para su restablecimiento.

El juez ha de velar por la claridad con que se respetan en la redacción de los acuerdos convenidos instando y rechazando de plano cualquier vulneración de los mismos o que pueda abrir cualquier resquicio para su vulnerabilidad.

- **Art. 14 y 32 CE:** Principio constitucional de igualdad entre los cónyuges
- **Art. 39 CE:** Principio constitucional de protección al menor
- **Art. 1.255 CC:** *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”*
- **Art. 90 CC:** *“... Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges... La denegación de los acuerdos deberá hacerse mediante resolución motivada...”*
- **Art. 92 CC:** *“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.*

Los límites de la autonomía privada y de la libertad contractual:

- 1. La ley.**
- 2. La moral:** *“... por moral debe entenderse el conjunto de las convicciones de ética socialmente imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica “.*

La moral en sí misma considerada, es un conjunto de convicciones de orden ético...Al establecer la moral como límite de la autonomía contractual, quedan impedidos los contratos inmorales. La inmoralidad del contrato afecta al mismo y lo hace ineficaz o nulo.

Las legislaciones occidentales optan y prefieren que los padres resuelvan los aspectos más delicados de su separación, divorcio o nulidad, e incluso se le concede cierta eficacia a los convenios matrimoniales no homologados.

Pero, no sólo el consentimiento de los padres adquiere relevancia, sino que cada vez va tomando mayor importancia el oír al menor o aún más, el obtener su consentimiento. Así, el Código Catalán señala que la autorización judicial, en caso de actos que pongan en peligro el patrimonio del representado, puede ser reemplazada por una autorización de éste, si tiene al menos dieciséis años o por los parientes más próximos, en conformidad al artículo 153.2º de dicho cuerpo normativo.

Los ordenamientos jurídicos actuales se ven en la necesidad urgente de regular los casos de conflicto entre el ejercicio de los derechos del menor y el principio de la protección del menor.

El convenio regulador puede contener una atribución de facultades desproporcionada a favor de una parte y por ello ser rechazado, sólo respecto del ejercicio de la patria potestad si existen motivos acreditados que dicho acuerdo es contrario al interés del menor es cuando este debe ser rechazado. El juez más que controlar dicha desproporción, debe fijarse en que las partes no dispongan de derechos irrenunciables.

Así, el juez debe evitar la renuncia al régimen de visitas, velar por el ejercicio de la guarda del otro padre, rechazar el establecimiento de causas de exclusión de la patria potestad, etc. Todo obedece al principio de intervención mínima del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, la autonomía de la voluntad sigue teniendo importantes limitaciones, que afectan la eficacia del convenio regulador.

Uno de los puntos más discutidos, al menos en la doctrina española, es si el convenio regulador excluye la aplicación del artículo 103 cuando se refiere "*a la falta de acuerdo de ambos cónyuges*", dicha norma establece las medidas que puede adoptar el Juez una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio.

La doctrina que excluye tal posibilidad se desprende del primer inciso de la referida norma que señala "*a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente*", es decir estas medidas sólo son aplicables a falta de convenio regulador.

En el Derecho Español esta tendencia a reconocer la importancia de la resolución de los problemas a través de estos pactos se ha topado con alguna jurisprudencia que ha establecido una serie de requisitos inexistentes que dificultan esta clase de pactos.

El derecho del menor a ser oído subsiste a pesar que los padres lleguen a algún acuerdo sobre el ejercicio del contenido de la patria potestad. Así se desprende de los artículos 92.2° y 154.3° del C.c. y del 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y especialmente del artículo 9 de la Ley sobre Protección Jurídica del Menor.

El convenio regulador puede decidir en cuanto a la guarda y custodia de los menores y al ejercicio de la patria potestad, pero en caso que sea necesario interpretar la voluntad de las partes se debe recurrir al principio del interés del menor, como lo dispone el artículo 3.2° de la Ley sobre Protección Jurídica del Menor. De esta forma se preferirá aquella interpretación que de una mejor forma proteja los intereses del menor. A su vez, en España la regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad. En virtud de ello, no siempre será necesario interpretar, ya que si estamos ante un vacío en la regulación de las partes se debe de recurrir a dicha regla general.

Finalmente el artículo 90.3° señala: *"Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias"*.

La última parte de la norma transcrita entiende que la modificación del convenio regulador sólo procede cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, pero ello es más que discutible porque el convenio regulador es un negocio jurídico que admite modificación por la sola voluntad de las partes previa homologación que no se debe entender como una revisión o restricción de contenido salvo que exista algún límite legal expreso. Por otro lado, la sentencia debería respetar la voluntad de los padres contenida esta vez en la modificación del convenio regulador, ya que, como se ha señalado, los padres son los que están en la mejor posición para regular esta materia.

5.6. PACTOS NO CONTEMPLADOS EN EL CONVENIO REGULADOR

Finalmente y relacionado con lo expuesto cabe ahora preguntarse sobre la validez de los **pactos no contemplados en el convenio regulador** y en qué medida estos puedan tener acogida en nuestras normas.

Son los caso de de acuerdos como el pago de pensión o cesión de bienes a favor de un cónyuge en casos de previsible ruptura.

Al respecto es interesante traer a colación las reflexiones aportadas por De la Iglesia Monje M.I.²⁸, para esta autora y tras efectuar un profundo análisis de diferentes sentencias del tribunal supremo así como de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado se ha de concluir *“Que además y al margen del convenio regulador, los cónyuges pueden establecer los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado, ya se haga de forma simultánea o posteriormente ...sin olvidar la posibilidad de acuerdos prematrimoniales...acuerdos que no son oponibles frente a terceros pero son vinculantes para las partes.”*

Para esta autora esta cuestión se enmarca dentro de la capacidad autorreguladora y de libertad contractual del art 1255 del código civil y en esa línea es recogido por un considerable número de sentencias del supremo que en sus resoluciones simple y llanamente pone a salvaguarda los intereses de terceros al margen de ese acuerdo entre partes, que sus derechos e intereses no queden desprotegidos o eludidos por acuerdos en los que no han sido parte en ningún caso.

Por tanto estos pactos son plenamente válidos y eficaces como máxima expresión de un acuerdo de voluntades, son por tanto negocios jurídicos plenos de carácter contractual.

6. LA MUTABILIDAD DEL CONVENIO REGULADOR EN EL TIEMPO.

El artículo 90.3º del C.C. señala que *"las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias"*.

6.1. PRESUPUESTOS QUE HAN DE CONCURRIR.

Dependiendo de la medida que se trate de modificar y las circunstancias concurrentes, existen determinados presupuestos, comunes a todas ellas que se hace preciso tener muy claro a la hora de que prospere una demanda de modificación de medidas y que pueden reducirse a cuatro:

- **Que las circunstancias que se aleguen sean sobrevenidas a la sentencia en la que se fijaron las medidas.**

²⁸ DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel. N°/2012 PAG. 1037-1046. I P. *Pactos conyugales no contemplados en el convenio regulador*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

Es decir, debe fundarse en hechos en todo caso posteriores a dicha sentencia y que por tanto no pudieron ser tomados en consideración ni por los cónyuges en el convenio regulador ni por el Juzgador al adoptar las medidas derivadas de la separación o el divorcio, ya en primera instancia o en apelación. De forma excepcional, se ha llegado a admitir por alguna audiencia circunstancias anteriores que por razones no imputables a las partes no pudieron ser valoradas permitiendo con ello que hechos y situaciones anteriores en el tiempo sean nuevamente enjuiciados.

- **Que la alteración de circunstancias tenga relevancia y entidad suficiente para operar la modificación.**

Tal entidad deberá ser tanto cuantitativa como cualitativa de manera que suponga un cambio intenso respecto de la situación anterior. Y para ello será preciso partir de la situación existente en el momento en que se adoptaron las medidas y con ello de la acreditación cumplida de las concurrentes en ese momento y en el momento en que se solicita la modificación a fin de poder efectuar el necesario cotejo que permita concluir en que la alteración se ha producido y en el alcance de la misma.

- **Que tales circunstancias sean ajenas a la voluntad del solicitante.**

Si la alteración de circunstancias ha sido provocada por el propio sujeto como suele ocurrir en supuestos de bajas laborales voluntarias, excedencias o endeudamientos voluntarios, como más comunes, la demanda no prosperará.

- **Que la alteración tenga vocación de permanencia y no se corresponda con una situación puntual o temporal.**

Las situaciones ocasionales o transitorias que sitúan a uno u otro provisionalmente en una situación de mayor o menor desahogo económico no deben ser motivo de revisión de lo judicialmente aprobado.

Por tanto y respecto del convenio regulador, no cabe duda la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

De esta forma, si varían las condiciones en virtud de las cuales se celebra el referido convenio, los padres no sólo tienen el derecho de solicitar la modificación del acuerdo, sino que tienen el deber de hacerlo. Ello sobre todo si el menor puede sufrir cualquier perjuicio.

Finalmente y en lo que respecta a esta cuestión en el artículo 78 del Código de Familia de Cataluña el convenio regulador debe ser aprobado judicialmente, salvo en aquello que sea perjudicial para los hijos. En tal caso, el juez debe indicar los puntos que deben ser objeto de modificación y fijar su

plazo para ello. De acuerdo a la referida norma, si las partes no llevan a cabo la modificación ordenada mediante resolución judicial o si ésta no puede ser aprobada por los mismos motivos, que llevaron a solicitar la modificación, el Juez debe resolver.

A su vez, de acuerdo al artículo 8.2º del Código de Familia de Cataluña, el convenio puede prever anticipadamente las modificaciones pertinentes.

6.2. MATIZACIONES JURISPRUDENCIALES A LAS MODIFICACIONES DEL CONVENIO.

Alguna jurisprudencia ha señalado y perfilado de forma más precisa e intensa las modificaciones al convenio regulador y así añade:

- Han de regular hechos nuevos. Dichos hechos no comprenden aquellos existentes, pero ignorados o de los que se tenía un conocimiento erróneo; ya que en dicho caso se debe impugnar la validez del convenio de acuerdo por error.
- Los hechos no deben ser necesariamente insólitos, extraordinarios o imposibles.
- Los hechos han de ser de una entidad suficiente, como para que de ellos se derive un grave perjuicio para alguno de los interesados, con relación con la situación de equilibrio a la fecha de la celebración del convenio.
- No debe tratarse de circunstancias que las partes tuvieron en cuenta o razonablemente pudieron contemplar para emitir su consentimiento.
- El cumplimiento de las nuevas cargas no puede perjudicar a las anteriores y las partes han de estar de buena fe.
- En cuanto a la rebaja de las cargas deben de analizarse los elementos que influyen de igual forma, pero en sentido inverso, como por ejemplo las necesidades del beneficiario de alimentos.

Este cúmulo de requisitos que exige la jurisprudencia española al convenio regulador pone en tela de juicio su calidad de negocio jurídico asimilándolo más bien a un acto administrativo o resolución de autoridad.

En este sentido, se aprecia cierto distanciamiento entre la doctrina española proclive a otorgarle una mayor importancia a la autonomía de la voluntad en el convenio regulador y la jurisprudencia que mediante la exigencia de muchos requisitos impide la homologación de dicho convenio y restringe dicha autonomía.

7. EFECTOS DEL CONVENIO REGULADOR.

Destacar que los efectos del convenio aprobado judicialmente por sentencia tienen plena eficacia, entrando la posibilidad de incurrir en mora en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, estos efectos por otra parte no afectan a personas distintas de los cónyuges pero sí entre ellos mismos.

Es de imaginar la enorme casuística que se puede encontrar en los pronunciamientos de la denominada jurisprudencia menor y en relación con la disponibilidad de bienes por convenio hacia uno u otro cónyuge omitiéndose en buena medida la titularidad jurídica de los bienes y que da lugar a demandas tendentes a la recuperación posesoria de bienes de terceros.

Los convenios derivados de sentencias son por otra parte inscribibles en el registro de la propiedad sin necesidad de elevarlos a escritura pública (RDGRN 30 MARZO 1995), basta testimonio de la sentencia o documento auténtico expedido por el secretario judicial

7.1. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN ASUNTOS DE DERECHO DE FAMILIA.

En cuanto a los efectos del convenio regulador se debe distinguir entre:

- Efectos respecto de las partes y los hijos.
- Efectos respecto de los terceros.
- Efectos patrimoniales
- Efectos extrapatrimoniales.

Respecto a estos último u extrapatrimonial, la mayoría de la doctrina acepta que en el convenio puedan regularse el régimen de visitas de parientes o allegados. Pero, aunque ello sea de esta forma, el verdadero quid del asunto es determinar si dicho convenio afecta o no a los terceros.

Por ejemplo, si las partes acuerdan que los abuelos del padre que carece de la guarda, tenga un régimen de visita de siete horas al mes, ¿este acuerdo obliga a dichos abuelos? Aparentemente el convenio regulador sólo vincula a las partes.

Respecto a ello 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 ha puesto cierta claridad en unas cuestiones a veces conflictivas.

La modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en

caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

Introduce un nuevo párrafo B) en el artículo 90 del Código Civil, de acuerdo con el cual el convenio regulador podrá contemplar, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de visitas y comunicación de éste con sus abuelos.

Por su parte, el artículo 94 recoge la posibilidad del pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas con los abuelos.

Finalmente la doctrina del Tribunal Supremo sobre la relación de abuelos y nietos es la siguiente:

Destacar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 359/2013 de 24 de mayo: *"La complejidad de las relaciones entre familiares, se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes"*.

Esta Sala , argumenta la sentencia *"ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones, en la que se pone de relieve la necesidad de que se produzca este tipo de contactos partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, o, como ocurre en este caso, por las malas las relaciones existentes entre la progenitora y su madre, abuela de la menor, cuando no afectan al interés de los menores. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. El Art., 160. CC, a contrario sensu, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley(...)".*

Es cuestión ampliamente admitida que el principio de autonomía de la voluntad va extendiéndose cada vez más en Derecho de Familia, a medida que la institución de la familia y el concepto y regulación del matrimonio van cambiando tanto socialmente como desde la perspectiva de su

regulación legal. La cuestión nuclear se centra en analizar hasta dónde llega el alcance de esta autonomía de la voluntad, es decir, se centra en sus límites.

7.2. LA RECONCILIACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL CONVENIO.

- La reconciliación tras la separación:

Si la sentencia de separación lleva aparejada la suspensión de la vida en común de los casados (artículo 83 del Código Civil), la reconciliación presupone la reanudación de la convivencia. Una de las cuestiones que se plantean es si la reconciliación produce efectos extintivos sobre el convenio regulador. En este orden la norma general del artículo 84 del Código Civil, es que la reconciliación deja sin efecto lo resuelto solo en la esfera personal y por tanto para que surjan los efectos extintivos basta con que los cónyuges pongan en conocimiento del Juez el hecho de la reconciliación. Todo parece indicar que esos efectos son automáticos, bastando el acto de comunicación y su ratificación ante el Juez que conoció del procedimiento. Pero no parece esto la solución más correcta ni suficiente. Con la reconciliación se reanudan los efectos automáticos en el orden solo personal en cuanto supone la reanudación de la vida conyugal, pero no en otros órdenes, especialmente en el familiar. Es por ello que el artículo 84, párrafo segundo, del Código Civil, compatibiliza esa posibilidad de la reconciliación y el mantenimiento del convenio.

Por tanto, las medidas adoptadas en el procedimiento con relación a los hijos pueden permanecer en todo o en parte. Así, en el artículo 84, párrafo segundo, se reconoce el mantenimiento o la modificación de esas medidas no obstante haber mediado reconciliación. Para ello es imprescindible, en primer lugar la existencia de una causa justa, y en un orden procesal, resolución del Juez. Y si el Ministerio Fiscal intervino en la modificación del convenio también deberá intervenir en la modificación de las medidas del mismo.

- La reconciliación tras el divorcio:

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales (artículo 88, párrafo segundo del Código Civil), si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

Ello significa que el convenio permanecerá con la reconciliación. Si contraen nuevo matrimonio tras la reconciliación el convenio anterior se extingue.

8. ALCANCE DE LOS VICIOS DE CONSENTIMIENTO EN EL CONVENIO REGULADOR.

Como ha quedado patente a lo largo de diferentes apartados anteriores, nuestro derecho de familia así como multitud de pronunciamientos judiciales tanto del Tribunal Supremo como de la llamada jurisprudencia menor y con más intensidad las corrientes doctrinales civilistas más respetadas, es un valor incuestionable que imprime todo el derecho de familia el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para acordar las cuestiones y efectos de las crisis matrimoniales, también ha quedado claro, el carácter contractual de los convenios, la libertad de pactos prematrimoniales, simultáneos y posteriores.

En definitiva se reconoce la plena eficacia, dentro de las limitaciones establecidas en la ley, para celebra acuerdos validos, eficaces y con efectos plenos.

Llegado a este punto nos preguntamos, qué consecuencias se proyectan sobre el convenio cuando se alegan por cualquiera de las partes la existencia de los conocidos vicios de consentimiento: error, violencia o intimidación o dolo.

En este sentido destacar que una basta tendencia jurisprudencial es reacia a reconocer el error en la prestación del consentimiento y para ello ha venido determinando para su reconocimiento que este sea esencial y que no le sea imputable a la persona que lo padezca.

Para Romero Coloma²⁹ la apreciación del error debe conjugarse bajo el principio de buena fe y bajo la ponderación de las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. Tras el análisis de diferentes sentencias que se pronuncian sobre la alegación del error en el consentimiento prestado, viene a concluir que los tribunales se resiste a dar validez y reconocimiento al mismo ya que, en estos casos, casi todos, la ruptura de la convivencia provoca en todos o en parte estados de desasosiego que han de ser evitados y salvados ya que las partes no están solos en estos trances sino asesorados por letrados que han de estar con plena clarividencia por encima de estas cuestiones emocionales y asesorar a sus clientes de la forma más clara y leal tanto en los acuerdos como en los términos de los mismos.

Del mismo modo, y en línea con esta autora, y respecto de la violencia o intimidación y tras un profundo análisis de diversas sentencias, concluye que, en ocasiones estos acuerdos son atropellados por las misma urgencias de las partes que desean acabar cuanto antes con esa transición, es por ello que debe ser una violencia absoluta o una amenaza cierta de un mal que

²⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia M^a. *La nulidad del convenio regulador por vicios de consentimiento*. Diario La Ley. N°8215. 2013

genere verdadero miedo y que venga a anular la capacidad de discernir de la parte que la sufre. Evidentemente nos encontraremos con dificultades de prueba que midan esa intensidad anulatoria.

Finalmente una ligera mención al dolo, como causa alegable de vicio de consentimiento, en este sentido el dolo. La esencia del dolo, radica en la insidia productora de un engaño, por una parte en el contrato y por su propia conducta. Implica astucia y maquinación con ánimo defraudatorio, para estimar la existencia de dolo hay que probarlo, recayendo la carga de la prueba a quien se pretende que este le beneficie.

9. NOVEDADES QUE INTRODUCE EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA

El Ministerio de Justicia, presentó en julio de 2013, un anteproyecto que fue informado por el Consejo de Ministros bajo la denominación de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

Los antecedentes más inmediatos y significativos y que han dado pie a este proyecto los podemos situar en la génesis y fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional, 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

Esta sentencia dispuso la nulidad parcial del artículo 92.8 del Código Civil en la medida en que este precepto supedita como cuestión previa el informe favorable del Ministerio Fiscal para que por el juez se pueda acordar un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. En definitiva se trata de allanar y facilitar esta posibilidad de que los hijos puedan convivan de una manera más intensa y extensa con ambos progenitores dentro de un contexto y unas valoraciones del propio juez respecto a la idoneidad de esa posibilidad previo examen de la disposición en sentido amplio de los padres y su entorno, sin interferencias de la fiscalía.

A raíz de esta sentencia, se han ido pronunciando los tribunales en esa misma línea mediante la denominada jurisprudencia menor destacando también las reformas recientes del derecho de familia de Cataluña, Navarra, Aragón y Valencia que han puesto el acento y hecho hincapié en la necesidad de extender el denominado derecho de visita a una relación familiar más extensa.

El tema ya ha sido abordado por el Tribunal Supremo, exigiendo y dando algunas premisas que han de ser tenidas en cuenta para ello como es que se dé una relación cordial de los progenitores. Incluso se puede dar el caso de que el juez la otorgue, atendiendo a las circunstancias del caso aún

sin haberlo sido solicitado por las partes si ello supone un beneficio in dudable para el menor, y a pesar de la oposición de la fiscalía.

Así las cosas con la nueva **Ley la custodia compartida**, esta dejará de ser un régimen excepcional para convertirse, en un sistema generalizado. Siempre se presupone por otra parte una cierta disponibilidad de ambos progenitores en el día a día para atender a los menores que también valorará el juez.

Por otra parte ha de destacarse, en sentido positivo, el papel al que está llamado a desempeñar la figura de la mediación familiar, papel tendente a evitar la judicialización de este tipo de desacuerdos familiares, no obstante surge la necesidad de dotar a esta figura de instrumentos precisos y flexibles en la resolución de los conflictos que pudieran plantearse

9.1. ALGUNAS CARENCIAS DEL PROYECTO DE REFORMA.

A pesar de lo expuesto hasta ahora y que, sin duda, supone un gran avance se le achacan la presencia de numerosas carencias. En primer lugar no se entiende, por qué no se reforma el Código Civil regulando las uniones no matrimoniales, especialmente las registradas oficialmente y por ende estableciendo criterios sobre la ley aplicable de tal suerte que les otorguen seguridad jurídica.

Tampoco es entendible que no se modifique el régimen económico matrimonial supletorio, pasando de la sociedad de gananciales, ésta subsidiaridad trasnochada con la realidad social actual y que se pase a la absoluta separación de bienes para los nuevos matrimonios.

También la doctrina se pregunta el ¿por qué la Ley se limita a la custodia compartida sobre hijos cuyos progenitores están o estuvieron casados y no sobre parejas no casadas, cada vez más mayoritarias? Este es otro efecto colateral del empeño en no regular la pareja no casada.

La experiencia comunitaria debería ser muy tenida en cuenta. Cabe recordar como el Reglamento 2201/2013³⁰, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonio y de responsabilidad parental, (Bruselas II bis) supera en este ultimo extremo al derogado Reglamento 1347/2000, en cuanto la responsabilidad parental se desliga de la crisis conyugal, conduciendo a la solución de situaciones de protección del menor de carácter transfronterizo con independencia de la situación de sus progenitores. Esta experiencia internacional trasluce en la norma proyectada, no solo en la denominación -corresponsabilidad parental- más

³⁰ REGLAMENTO CE N°.2201/2013 DEL CONSEJO de 27/nov.2003 *Relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de matrimonio y responsabilidad parental.*

correcta que patria potestad, concepto patrimonialista heredado del Derecho romano, sino también en la nueva concepción del derecho de relación de los menores con sus progenitores y su familia extendida, que identificamos en el **Convenio del Consejo de Europa**, sobre relación de menores - Contact concerning Children, de 15 de mayo de 2003, del que España no es parte contratante.

Numerosos aspectos son destacables en esta Ley, como la antelación de la liquidación de los patrimonios comunes conyugales a la presentación de la demanda, aunque con soluciones discutibles, como la presunción de revocación testamentaria de disposiciones a favor del cónyuge desde esa fecha o la anotación en todo caso en el Registro de la propiedad del derecho de uso, que la DGRN ha considerado innecesaria si es de la titularidad del usuario. Serán precisas mejoras técnicas, pero sobre todo, para la próxima legislatura habrá de llegar el momento de reflexión global sobre la reforma del Derecho de familia y del sistema de legítimas.³¹

9.2. ANOTACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS AL ANTEPROYECTO.

El anteproyecto consta de sólo cinco artículos dos disposiciones adicionales, dos transitorias una derogatoria y dos finales.

En su exposición de motivos se efectúa una amplia reflexión sobre los cambios sustantivos y legislativos en la materia que nos ocupa, indaga en la regulación que efectúa el derecho comparado así como la proyección de determinada legislación de índole internacional, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, así como pronunciamientos de nuestro tribunal supremo.

No obstante, llama poderosamente la atención de este Anteproyecto y como ya hemos expuesto anteriormente, su denominación, sigue omitiendo y **deja fuera de su ámbito la regulación de las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales, olvidando de forma a estos muy a pesar de que en la actualidad la realidad social va por otro lado y uno de cada tres hijos nace fuera del matrimonio**, según datos del Instituto Nacional de Estadística y de que el art. 39.2 de la Constitución garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación.

Los aspectos más significativos que podemos destacar, se pueden concentrar en:

- En primer lugar, aparece **la posibilidad de que el juez otorgue la custodia compartida aunque ninguno de los dos progenitores lo haya solicitado**, contradiciendo con ello

³¹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. Notaria de Madrid. Letrada adscrita a la DGRN.

<http://www.economista.es/opinionlegal/noticias/6386307/01/15/Corresponsabilidad-parental-una-ley-mejorable>.

doctrina jurisprudencial imperante (STS 257/2013 de 29 de abril y STS 229/2012 de 19 de abril), que considera improcedente la adopción de ese modelo cuando ninguno de los padres lo solicite. Parece arriesgado obligar a ambos progenitores a aceptar un régimen de custodia no deseado por ninguno de ellos y que en la práctica puede ser de imposible cumplimiento, tanto por motivos personales como económicos.

- **Por otra parte, efectúa importantes correcciones en la terminología** que hasta ahora veníamos utilizando: desapareciendo expresiones típicas en el derecho de familia y hasta ahora empleadas como patria potestad, régimen de visitas o progenitor custodio, dando prioridad a un nuevo lenguaje con una carga menor de índole o sesgos ideológicos, ahora se habla de responsabilidad parental, periodos de convivencia, régimen de estancia, coparentalidad y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos.
- **Descarta la excepcionalidad que la guarda y custodia compartida** tenía hasta el momento, pero sin llegar a darle carácter de automática o preferente, sino que lo deja a criterio del tribunal, previo examen de cada caso concreto, qué opción es la más beneficiosa para el menor. Realmente el Anteproyecto no cambia la regulación actual, ya que no pretende establecer la modalidad de guarda y custodia compartida como régimen prioritario (como se ha hecho en Aragón y Comunidad Valenciana), sino que deja al criterio del juzgador la decisión a la hora de fijarla si es realmente el sistema más idóneo, y el juez para esta decisión, ante la falta de acuerdo entre los progenitores deberá seguir teniendo en cuenta si se cumplen una serie de requisitos y antecedentes, tales como:
 - Que entre ambos progenitores exista una comunicación fluida, evitando las disfunciones que puedan llegar a producirse cuando el grado de cooperación de los progenitores sea escaso o las pautas educativas seguidas por éstos sean divergentes.
 - Aptitud, voluntad e implicación de los progenitores para asumir los deberes y respetar los derechos del otro, así como la predisposición a cooperar para garantizar la relación de los menores con ambos progenitores.
 - Que exista la posibilidad de que los domicilios de ambos estén próximos entre sí y a su vez cercanos al centro escolar.
 - Que ambos progenitores gocen de un horario laboral compatible con el cuidado de los hijos, o que, en su caso, ambos necesiten de terceras personas para el cuidado de los hijos por tener horarios prolongados.
 - Que se tenga en cuenta si el modelo de guarda y custodia se venía ejerciendo con anterioridad, en aquellos casos en que se produce una separación de hecho previa.
 - La dedicación pasada y futura de los progenitores a sus hijos y el plan de relaciones familiares que presente cada uno de ellos.

➤ La voluntad de los hijos si tienen suficiente juicio.

- **La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales**, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia, siguiendo el concepto de esta figura quedando indefinido, de tal forma que lo que ahora se conoce como régimen de visitas amplio y flexible, tales como fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes más una tarde a la semana con pernocta, pueden calificarse como custodia compartida.
- **La custodia compartida no implica que no haya de fijarse pensión alimenticia**. Muchos progenitores piensan que si se fija una custodia compartida no ha de establecerse una pensión de alimentos, de forma que cada progenitor se limitará a pagar los gastos de los hijos cuando estén en su compañía, lo que es totalmente erróneo. Aunque las fórmulas posibles de afrontar los gastos de los menores son muy variadas, lo más habitual será que, en caso de que los ingresos de los progenitores sean similares, se acuerde que ambos abonen por mitad los gastos fijos y ordinarios, y asuman directamente los alimentos en sentido estricto cuando el menor esté en su compañía, pero en el caso de que los ingresos sean muy diferentes, cada uno deberá contribuir en proporción a los mismos, de modo que uno de ellos deberá abonar al otro una pensión de alimentos para garantizar el pago de los gastos de los hijos y su nivel de vida.
- **Respecto al uso y disfrute del domicilio familiar:** El criterio de uso alternativo de la vivienda por ambos progenitores, es una medida de difícil mantenimiento en el tiempo, en primer lugar porque en la mayoría de los casos será insostenible económicamente, al necesitar hacer frente a los gastos de la vivienda por mitad o en los porcentajes que se establezcan, pero además a los gastos de las viviendas respectivas de los progenitores cuando no estén al cuidado de los hijos.

El Anteproyecto, en principio contempla la adjudicación de la vivienda al cónyuge que ostente la custodia si ésta no fuera compartida, pero excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada o dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y además el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos, debiendo quedar en todo caso garantizado adecuadamente el derecho a una vivienda digna de los menores.

Salvo para el supuesto de que la custodia se otorgue a uno de los cónyuges, y la vivienda sea privativa del otro, en que la atribución del uso de la vivienda durará mientras dure el derecho a alimentos, para el resto de los casos se contempla la limitación temporal del uso de la vivienda a dos años prorrogables por un año más. Esta temporalidad del uso es de suponer que ayude a que los

progenitores puedan pactar el régimen de custodia más conveniente, sin que exista por tanto un interés en ostentar la custodia de forma exclusiva basado en el derecho al uso de la vivienda.

- No se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, y ni siquiera régimen de estancia, relación y comunicación al progenitor contra quien exista sentencia firme por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Si no hubiera sentencia firme, pero sí resolución judicial motivada de indicios fundados y racionales de criminalidad por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados indicados anteriormente, impedirá la atribución de la guarda y custodia, tanto individual como compartida, al progenitor incurso en el procedimiento, aunque no se excluye el régimen de estancia, relación y comunicación. Aunque no se dice de forma expresa, parece entenderse que en caso de sentencia firme por delito de violencia de género o doméstica no contemplado entre los de atentado que expresamente menciona, será objeto de privación de guarda y custodia pero no del régimen de estancia relación y comunicación.

9.3. IMPACTO QUE LA REFORMA PROYECTA SOBRE EL CONVENIO REGULADOR.

Como se puede desprender de las anteriores anotaciones del anteproyecto, y de las que ya hemos hablado ampliamente cuando nos adentrábamos, al comienzo de este trabajo, en el análisis del juego de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, la misma va a tener un considerable impacto en el cuerpo y contenido del convenio regulador y así, ahora esquemáticamente se habla y se ha de articular el modo y cómo de :

- *“La necesidad de presentar Plan de ejercicio de la Patria potestad conjunta”* especificando los extremos que ha de contener: forma de decidir, los tiempos de convivencia, y hasta las reglas de recogida y entrega del menor.

Este documento ha de incorporarse al proceso judicial y pretende favorecer y concretar los acuerdos, su transparencia y cumplimiento de compromisos.

- El papel de **la Mediación Familiar** como instrumento facilitador de los acuerdos y en aras a evitar la litigiosidad entre los cónyuges.
- Se extiende el derecho de los hijos a relacionarse con sus hermanos, abuelos y allegados, salvo que el menor no lo desee.

- En el convenio se procederá en su caso a ordenar **la contribución a las cargas familiares**, uso de vivienda, pensión y casos de extinción de la misma. Con una presión que ha de evitar futuras confrontaciones, especialmente la vivienda adquiere límites temporales.
- La **liquidación del régimen económico** del matrimonio, y especifica que a falta de acuerdo se ha de solicitar **la formación de inventario** así como un plan de administración y disposición.
- Se establece una amplia regulación del uso y disfrute de la vivienda, desde la hipotecada hasta la de uso tolerado de un tercero y con remisión a falta de acuerdo en el convenio a las obligaciones en su día contraídas o a las reglas de los títulos donde se soporta.

Gran parte del articulado del anteproyecto remite a los acuerdos de las partes y, por tanto, la importancia del convenio gira entorno a esa autonomía de voluntad, que debe regir en las relaciones de familia, introduciendo nuevas figuras o instituciones que no hacen sino intentar o coadyuvar reforzando el carácter voluntarioso del derecho y de las relaciones de familia. De ahí la importancia que en el futuro debe adquirir el convenio regulador en la medida en que esta reforma aclara determinadas imprecisiones legales y configura herramientas que a falta de acuerdo tienen un fin ya descrito en la ley.

9.4. VOCES DISCREPANTES AL ANTEPROYECTO DE LEY.

A continuación, paso a exponer algunas de las opiniones vertidas respecto a la reforma que se avecina:

- **Custodia compartida sin acuerdo**

Artículo 92 bis. Punto 3. c): *“Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el juez, motivadamente y previo informe del **Ministerio Fiscal**, podrá acordarla si sólo de esta forma se protege el interés superior de los hijos y exista mutuo respeto entre los progenitores que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor”.*

La **Fundación Mujeres** objeta: *“Elevará la litigiosidad en la convivencia después de la ruptura. El **Tribunal Supremo** ya ha dicho que la colaboración entre los cónyuges es uno de los factores esenciales para el beneficio que pueda tener para el menor la custodia compartida”.* Esta asociación afirma que la ley que viene parte de la base de que la custodia compartida no es posible con la legislación actual, *“cosa que no es cierta en absoluto”.* Según el **INE**, de los 94.885 divorcios de 2013, se resolvieron con custodia compartida 9.032. Y de ellos, la diferencia entre el

acuerdo mutuo y el desacuerdo fue del doble: el 20,5% se otorgó con pacto entre los progenitores y el 10% sin él.

“La custodia compartida sin acuerdo agrava los efectos psicológicos que tienen para los y las menores las situaciones de conflicto. La alternancia temporal en la educación, el cuidado y la figura de referencia causan estrés al menor al vivir en un entorno hostil”, argumenta la **Federación de Mujeres Progresistas**.

▪ **Contacto y relación con el menor para un condenado por violencia:**

Artículo 92 bis. Punto 6: *“Excepcionalmente, de manera motivada y previo informe del **Equipo Técnico Judicial**, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos en atención a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas (...) La sentencia absolutoria, el sobreseimiento o el archivo definitivo del proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte”*.

La **Asociación de Mujeres Juristas Themis** piensa que es *“una excepcionalidad inaceptable porque vacía de contenido”* la prohibición anterior a esa excepción. *“Los equipos técnicos judiciales carecen de especialización. Favorece las 'denuncias cruzadas' tan utilizadas por los violentos”*.

A la **Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas** le resulta *“incomprensible”* que la ley *“imponga como modelo un progenitor condenado por violencia en la mayoría de casos contra la madre de los hijos e hijas y del que estos sólo pueden conservar evocaciones destructivas”*.

Y para la **Fundación Mujeres** es *“particularmente grave”* que se conceda la *“custodia compartida en los supuestos de condenas o de denuncias cruzadas entre los cónyuges”*.

“Es un despropósito inaceptable. ¿Qué interés se está protegiendo? ¿Por qué establecer ese régimen y a su vez adoptar medidas para garantizar la seguridad de los menores? La opción que realmente protege su integridad es no establecerlo. Es una negligencia en la protección del interés de los menores”, mantiene la Federación de Mujeres Progresistas.

- **Mediación impuesta y con multa.**

Artículo 443, apartado 3: *“El tribunal podrá invitar a las partes a un acuerdo a través de un procedimiento de **mediación**, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Cuando la mediación constituya una solución adecuada, será obligatorio acudir a esa sesión. Si de manera injustificada no se asiste, el tribunal impondrá una multa de 500 euros”.*

La **Fundación Mujeres** cree que el espíritu de una mediación es siempre voluntario. *“Una mediación familiar nunca debe ser impuesta judicialmente y menos aun penalizada si no se accede a ella”.*

“Nada que objetar a la mediación, siempre que se realice extrajudicialmente para evitar condicionamientos judiciales, como ocurre en la práctica de los llamados equipos psicosociales que actúan en los juzgados”, aporta con ironía la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas. Una ley al parecer con baches por delante y conflicto en ciernes.



CONCLUSIONES.

1. Como hemos ido exponiendo a lo largo de este trabajo, nuestro derecho de familia ha estado sometido a una profunda transformación desde la reforma operada por la ley 30 de 7 de julio de 1981. Hasta esa fecha, nuestro derecho anterior no permitía que los conyugues pudieran regular las consecuencias derivadas de las crisis matrimoniales, no cabía el pacto dado que la naturaleza de las normas reguladoras de las relaciones de familia estaban imbuidas del carácter de normas de orden público. La cohesión del matrimonio era considerado y entendida como una institución fundamental que a su vez propiciaba la cohesión de la sociedad en su conjunto.
2. La Ley 30 de 7 de julio de 1981 cambia por primera vez esta consideración del derecho de familia y abrió un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica y por ende el papel que adquiere la autonomía de la partes, de sus voluntades en la regulación de las consecuencias de la crisis matrimonial tras la ruptura. Se migra desde un derecho de familia donde no cabía disposición alguna de las partes en conflicto a lo que la doctrina ha denominado “la privatización del derecho de familia”, introduciendo una institución nueva y fundamental en nuestro derecho que permitía a los conyugues una amplia libertad para regular las diferentes relaciones que derivan del matrimonio.
3. Respecto a la naturaleza y eficacia del convenio regulador, ha dado lugar a una inmensa literatura jurídica en torno al tema de la determinante de la homologación judicial. Para cierta tendencia doctrinal a veces la homologación judicial no hace sino empantanar aquello que las partes consensuaron en la medida en que pueda modificar ese acuerdo inicial, ello debido a una crítica a la redacción del art.90 del código civil. No obstante el Tribunal Supremo se ha pronunciado en múltiples ocasiones reconociendo al convenio regulador una doble naturaleza público/privada y a su vez también reconociendo validez y eficacia a los acuerdos al margen de la aprobación judicial salvando las cuestiones indisponibles a las partes como son todas las concernientes a los hijos menores.
4. En lo que se refiere al contenido del convenio, se ha criticado la redacción del art.90 por impreciso, ya que podría entenderse como una mera propuesta de un verdadero convenio así como la ausencia de alguno de los contenidos al que debería referirse ineludiblemente y qué consecuencias tendría sobre su validez intrínseca. Tanto la doctrina como la jurisprudencia no terminan de ponerse de acuerdo existiendo opiniones y pronunciamientos en uno y otro sentido. En cualquier caso si podemos entender que nuestro derecho consagra un papel predominante de la autonomía de la voluntad de las partes, esta debe ser en definitiva la interpretación integradora de las partes a lo largo del proceso de crisis y autocomposición.

5. Hemos abordado el tema de los límites de la disponibilidad por convenio regulador, donde la titularidad de determinadas cuestiones como la patria potestad no se discute aunque sí el ejercicio de la misma. Vemos como el derecho impide el vaciamiento o el desequilibrio en la carga de derechos y obligaciones de las partes, ni permite violentarlos y por ello el art. 90 a pesar de las críticas a su presunta imprecisión determina la respuesta que se espera a temas como: la atribución de la vivienda, pensión alimenticia, pensión compensatoria, disolución de la sociedad de gananciales en su caso. Hemos tratado también el abordaje de los desacuerdos y su posible presión en el convenio así como la validez y eficacia de otros pactos no regulados en el convenio y sobre la validez limitada reconocida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.
6. Respecto a los cambios y modificaciones del convenio, ya consagrado básicamente, se vienen a reconocer reglas ya reconocidas en nuestro derecho para uso o aportación en los procesos en curso o llegados a término., como el que sean determinantes o relevantes, el que no hayan sido provocadas de mala fe por el que las solicita, de entidad suficiente y con vocación de permanencia, no puntuales ni necesariamente insólitas. La jurisprudencia ha sido muy exigente en los términos de la modificación solicitada y por ello la doctrina ha sido muy crítica al considerar tales exigencias como una vulneración de la autonomía de las partes en este tipo de conflictos.
7. Consideramos que el tratamiento de los vicios del consentimiento en el convenio regulador merece una última reflexión. Es bien cierto que, casi todos, los procesos de ruptura están imbuidos de una importante dosis de dolor, tristeza, fracaso y hasta de dosis de odio, venganza y mala fe. Son situaciones delicadas donde estas cuestiones influyen considerablemente en la autonomía de las partes y su ámbito de libertad, también en su estado anímico que puede quedar muy condicionado en una negociación hasta no deseada y que puede desde maximizar a minimizar pretensiones de los conyugues, llegando a posibles abusos de posición dominante. También es cierto que las partes no están solas y que el asesoramiento letrado ha de ser fundamental en la búsqueda del equilibrio en la redacción y consecuencias del convenio.
8. Finalmente hemos evidenciado lo que el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad Parental, el cual se adentra y efectúa correcciones y dicciones terminológicas ajenas a cargas ideológicas del pasado. Lo más destacable sin duda del anteproyecto es el nuevo papel al que estará llamado el convenio regulador, especialmente en lo referente a lo que denomina Plan de ejercicio de la Patria Potestad Conjunta. Es un documento que ha de formar parte del convenio y que pretende desjudicializar, concretar acuerdos, en lo relativo a una de las fuentes de mayor conflicto: los hijos.

Junto a esto, se introduce la figura de la **mediación familiar** también tendente a componer acuerdos, la propuesta de **liquidación del régimen económico** matrimonial, formación de **inventario de bienes** y **plan de administración** de los mismos. Esta reforma pendiente sin duda viene a dar un nuevo impulso y valor al papel de la autonomía de la voluntad en nuestro derecho con la introducción de nuevas figuras y herramientas que han de coadyuvar y reforzar el carácter privado de la regulación tras la ruptura y evitará la judicialización de buena parte de los conflictos familiares.

9. Con el presente trabajo hemos pretendido obtener una visión de lo que ha sido, es y será la figura del convenio regulador en nuestro Derecho de Familia. Para ello, hemos profundizado y asistido a la propia evolución de la institución familiar, indagando en la génesis del convenio, su naturaleza y atributos como de herramienta facilitadora de la resolución de las situaciones personales y patrimoniales surgida la crisis en el seno familiar. Así mismo, hemos recogido las posturas doctrinales más significativas y de nuestros tribunales, el papel evolutivo que ha tenido en el tiempo y las oportunidades perdidas que a juicio de buena parte de la doctrina podrían haberse implementado y con ello un reconocimiento mas profundo de la autonomía de la voluntad de las partes, deshaciéndose con ello y dejando por el camino, el carácter extremadamente protector de la familia que le es achacado por ciertas corrientes doctrinales. El recorrido efectuado lo hemos hecho referenciándolo tanto en el orden legislativo como a la propia evolución de la sociedad española. En cuanto al Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad Parental suponemos que si el mismo llega a buen puerto, sin duda alguna, con las nuevas figuras que se introducen, tales como la mediación familiar, la aportación de un plan para el ejercicio de la patria potestad conjunta, van a contribuir a destensar y desjudicializar los conflictos que genera el fin de la vida conyugal y de todo lo que ello conlleva. El papel del juez como tutelar o de control de esos acuerdo también será determinante. Destacar, sin duda, la importancia a la que está llamado el Plan de ejercicio de las potestades paternas, será un documento que se ha de incorporar al proceso judicial, donde se van a favorecer y concretar con transparencia los acuerdos y compromisos que en el mismo se adquieren. Todo ha de darle un nuevo cuerpo y vigor a la figura del convenio regulador y, con ello, a la capacidad de autogestión, a la autonomía personal de las partes en litigio.

BIBLIOGRAFIA.

- Anteproyecto de ley julio 2013 sobre el ejercicio de la responsabilidad parental tras la ruptura de la convivencia.
- BELTRÁN DE HEREDIA, José. *La Doctrina de Cicú sobre la posición sistemática del derecho de familia*. RDP, Octubre 1965 Pág.822
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La contratación entre cónyuges*; en ADC.1985.
- CÁMARA ÁLVAREZ y JIMÉNEZ ARNAU. *Actos de disposición sobre los bienes gananciales*. En homenaje a Vallet de Goytisolo. Madrid 1988. Volumen II.
- CASTRO GARCÍA, Jaime. *La intervención judicial en la aprobación, modificación y cesación del convenio regulador*. Universidad de Navarra 1989.
- CÓDIGO CIVIL.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 1978.
- CONVENIO DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar. Aranzadi 2004. *El convenio regulador en las crisis matrimoniales*. Estudio jurisprudencial.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador*. Revista crítica de derecho inmobiliario. Año 2012. nº 730.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *El Negocio Jurídico del Derecho de Familia*. RGLJ 1962.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *La Figura del Convenio Regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia*. En AA.VV; Convenios Reguladores de las crisis matrimoniales. Instituto de ciencias para la familia, 2ª edición. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1989.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Instituciones de derecho civil*. Volumen II. 2ª edición. EDT. Tecnos, MADRID.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. Notaria de Madrid. Letrada adscrita a la DGRN. <http://www.economista.es/opinionlegal/noticias/6386307/01/15/Corresponsabilidad-parental-una-ley-mejorable>.
- GARCÍA DE LEONARDO, Marín. *Comentarios a la sentencia de 22 de abril de 1977*. En CCJC N°45.1977.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. VOL. IV .EDITORIAL TECNOS, PAG.160 Y SS.

- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.
- LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1870.
- LEY ORGANICA 1/1996 DE 15 DE ENERO SOBRE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR
- Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña.
- LOPEZ BURNIOL, Juan José. *Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales*. En AA.VV Convenios Reguladores.
- MORENO AROCA, Juan. *El convenio regulador en la separación y en el divorcio. La aplicación práctica del art.90 del código civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2002.
- MORENO FLORES, Rosa María. *Comentarios al código civil*. Librería Bosch, Barcelona 2000.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María. *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada. 2.000.
- PEREZ VALLEJO, Ana María y SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén. *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Comares, Granada 2001.
- Reglamento CE N°.2201/2013 del Consejo de 27/nov.2003 Relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de matrimonio y responsabilidad parental.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Las relaciones paternofiliales como contenido de convenio regulador. Convenios reguladores de las relaciones conyugales*. En AA.VV 2ª EDICIÓN Pamplona 1989.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La nulidad del convenio regulador por vicios de consentimiento*. Diario La ley. N° 8215.2013.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de A. *Elementos de derecho civil IV. Derecho de Familia* 4ª edición. Edit. Boch. Barcelona 1997
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana. *La patria potestad dual*. Lejona: Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, 1988.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Luis. *Comentarios a la proposición de ley sobre divorcio y separación presentada por el grupo parlamentario socialista el 28/07/1994*. Art.civ nº46. Diciembre 1994
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Luis. *Derecho de Familia y de la Persona*. Ed.Bosch.SA.2007.VOLUMEN 7

BIBLIOGRAFIA DE SENTENCIAS CONSULTADAS.

- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 4/1993 de 6 de Enero (STS 4/1993 de 6 de Enero).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 325/1997 de 22 de Abril (STS 325/1997 de 22 de Abril).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1183/1998 de 21 de Diciembre (STS 1183/1998 de 21 de Diciembre).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 529/2000 de 30 de Octubre (SAP Asturias 529/2000 de 30 de Octubre).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 623/2009 de 8 de Octubre (STS 623/2009 de 8 de Octubre).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 229/2012 de 19 de Abril (STS 229/2012 de 19 de Abril).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 233/2012 de 20 de Abril (STS 233/2012 de 20 de Abril).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 185/2012 de 17 de Octubre (STC 185/2012 de 17 de Octubre).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 257/2013 de 29 de Abril (STS 257/2013 de 29 de Abril).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 359/2013 de 24 de Mayo (STS 359/2013 de 24 de Mayo).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 459/2013 de 18 de Julio (SAP Murcia 459/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 200/2014 de 25 de Abril (STS 200/2014 de 25 de Abril).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 577/2014 de 21 de Octubre (STS 577/2014 de 21 de Octubre).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 619/2014 de 30 de Octubre (STS 619/2014 de 30 de Octubre).