

FAMILIA Y DERECHO



Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja

Marina Castells i Marquès

Doctora en Derecho

Universidad Autónoma de Barcelona

PRÓLOGO DE:

Susana Navas Navarro

Catedrática de Derecho civil

Universidad Autónoma de Barcelona

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

- Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización**, *Esther Gómez Campelo* (2008).
- La reserva viudal**, *Araceli Donado Vara* (2009).
- La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate (acercamiento crítico a alguna de sus propuestas)**, *Esther Gómez Campelo* (2009).
- La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial**, *M.^a Ángeles Rueda Martín* (2012).
- La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas**, *Inmaculada Llorente San Segundo* (2013).
- La vivienda familiar**, *Cristina Gil Membrado* (2013).
- Las parejas de hecho y su marco legal**, *M.^a Eugenia Serrano Chamorro* (2014).
- Disolución y liquidación de los regímenes matrimoniales. Sociedad de gananciales y regímenes forales de comunidad**, *Alfredo Sánchez-Rubio García* (2016).
- Autonomía privada y matrimonio**, *Aurelio Barrio Gallardo* (2016)
- Protección jurídica de las personas con discapacidad**, *M.^a José García Alguacil* (2016).
- Estudio crítico de la pensión compensatoria**, *María Dolores Hernández Díaz-Ambrona* (2017).
- Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja**, *Marina Castells i Marquès* (2017).

COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

Directora: M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Catedrática de Derecho Civil

PACTOS AMISTOSOS EN CASO DE RUPTURA DE LA PAREJA

Marina Castells i Marquès
Doctora en Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

Prólogo de
Susana Navas Navarro
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2017

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2017)
ISBN: 978-84-290-2016-8
Depósito Legal: M 35794-2017
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mis padres

PRÓLOGO

La Dra. MARINA CASTELLS I MARQUÈS, se presentó, hace casi cuatro años, en el Departamento de Derecho privado, en la UAB, interesándose por la elaboración de la tesis doctoral en Derecho de familia. Provenía de la Universitat Pompeu Fabra, donde cursó tanto los estudios del Grado de Derecho como el Máster en la misma disciplina. La autora de esta monografía tenía muy claro a qué ámbito del saber jurídico quería dedicar sus esfuerzos investigadores, por lo que tras una entrevista, en la que pude comprobar su interés y querencia por la Universidad, el aparato conceptual tan sólido que presentaba y su formación jurídica tan bien adquirida, le ofrecí como tema objeto de la tesis, que ahora ve la luz parcialmente, un tema que le permitía demostrar esa formación no solo en el Derecho de familia, sino también en otras parcelas del Derecho civil, como el Derecho de obligaciones y contratos y los Derechos reales, especialmente. Se trata de los «pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja».

Mi grata sorpresa, cuando inició el estudio del tema propuesto, fue observar cómo se manejaba igualmente de bien en estadística, economía, sociología y derecho procesal, entre otras materias; cómo no escatimaba esfuerzos en analizar la cuestión desde otros puntos de vista para poder comprender mejor la regulación legal. Por eso, la tesis que escribió y defendió el 10 de marzo de 2017 ante una Comisión formada por los Profesores ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, SANTIAGO ESPIAU ESPIAU y RAFAEL ARENAS GARCÍA, que obtuvo la máxima calificación, es una tesis interdisciplinar en la que se analizan datos y se presenta el fenómeno social tal cual es para después abordar, con soltura, el aspecto jurídico.

Si nos centramos en este último, la ya Doctora ha seguido el método comparativo tanto *ad intra* como *ad extra*. En relación con el primero,

ha comparado el Derecho catalán, a la sazón el único que regula algunos aspectos del «pacto amistoso de separación» con otros derechos civiles autonómicos, así como con el Derecho civil estatal. Respecto del segundo, se ha centrado en el estudio de los sistemas jurídicos de raigambre anglosajona, especialmente, el Derecho norteamericano, el inglés y el australiano, pues son ordenamientos que han contemplado legalmente el tema objeto de la tesis que ahora se publica, y que han servido de inspiración al legislador catalán. Sin embargo, no ha dejado de interesarse por los trabajos que, a nivel europeo, se han estado llevando a cabo en el Derecho de familia. Todo ello abordado con el rigor, la precisión y la seriedad que caracterizan a la Dra. MARINA CASTELLS. El trabajo bien hecho merece ser destacado. Además, el estudio del tema propuesto viene acompañado con un gran aparato bibliográfico y jurisprudencial. Aspecto este último que hace que este libro sea especialmente útil para los prácticos del Derecho.

La tesis central del libro, que prologo, considera la voluntad de los particulares esencial a la hora de autorregular la situación tanto personal como patrimonial, en caso de ruptura de la pareja, ya se encuentre unida por matrimonio como por una convivencia estable. El grado de cumplimiento de los acuerdos es muy superior cuando son las propias partes las que hallan la solución a su conflicto, con o sin ayuda de un profesional, que si aquélla es impuesta por un tercero (usualmente, el juez). Por otro lado, este hecho demuestra la responsabilidad de los adultos en la toma de decisiones y el sentido de la responsabilidad que tienen para con sus hijos, sobre todo, cuando son menores de edad. En este libro la autora defiende que la participación del menor en cuestiones que le conciernen —en las que necesariamente incidirá la ruptura— y que forman parte de los acuerdos que lleguen a alcanzar sus progenitores, reviste especial importancia. El derecho a ser oído y a ser representado por un tercero independiente respecto de los padres es uno de los ejes sobre el cual pivota parte de la obra. Todavía se sigue anclado en un paradigma adulto-paternalista en relación con los derechos del menor que este trabajo pretende cuestionar.

En definitiva, la obra aporta nuevas vías de reflexión en caso de ruptura de la pareja, con todo lo que ello implica, tanto para las propias personas concernidas, que no son solo los miembros de la pareja, como para los jueces y fiscales, los equipos de asistencia social y técnica de los Juzgados, para los abogados y los mediadores, así como para los psicólogos de familia.

Como advertía, este volumen no publica la tesis íntegramente. Se han desgajado algunos aspectos como, por ejemplo, el relativo al posible

contenido patrimonial del pacto amistoso de separación, que se publicarán separadamente.

La Dra. MARINA CASTELLS I MARQUÈS es una investigadora seria, cabal, responsable, que trabaja con paciencia, no escatima esfuerzos y ha venido aceptando de muy buen grado los comentarios y reflexiones que le he ido planteando a lo largo de la ejecución de este trabajo. Es una persona con una gran madurez, tanto personal como intelectual, que se ha visto afianzada y fortalecida a lo largo de estos años. Su gran capacidad de trabajo y su fortaleza interior la hacen merecedora de mi confianza. Por otro lado, el hecho de tratarse de una jurista muy fina, me permite aventurar que tendrá un gran porvenir en el mundo universitario y, en general, en el académico. Sólo me queda agradecerle la paciencia que ha demostrado conmigo, su deferencia y felicitarla por el gran trabajo realizado.

Mi agradecimiento se hace extensivo al Prof. CARLOS ROGEL VIDE y a la Profesora M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN, por facilitar la publicación del libro «Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja», en la Colección «Familia y Derecho» de la Editorial Reus.

SUSANA NAVAS NAVARRO
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

Sirvan estas breves líneas para agradecer la colaboración de personas e instituciones, sin cuya intervención no se hubiera podido realizar esta investigación.

A la Profesora NAVAS NAVARRO, directora de la presente tesis doctoral, por su generosidad humana e intelectual. No tengo palabras para agradecerle la tarea de dirección y supervisión, así como por sus enseñanzas y apoyo constante.

A los Profesores ESPIAU ESPIAU, BOSCH CAPDEVILA y ARENAS GARCÍA, miembros del Tribunal de tesis doctoral, por todas sus observaciones y sugerencias, las cuales han contribuido a mejorar este trabajo.

A la Universidad Autónoma de Barcelona, en especial a su Departamento de Derecho Privado, por la financiación económica prestada, a través de la concesión de una beca.

A los Profesores ROGEL VIDE y PARRA LUCÁN, por la confianza que depositaron en mí y por posibilitar la publicación de esta monografía.

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

A todos ellos, mi más sincero agradecimiento.

ABREVIATURAS

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

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

- LH Decreto de 8 febrero 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
- LJV Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- LMACM Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
- LMADP Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado
- LN Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862
- LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- LOPJM Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y en la adolescencia
- LPA Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act de 1989
- LRC Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
- LUEP Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja
- MCA Matrimonial Causes Act de 1973
- MFC Model Family Code
- MMDA Model Marriage and Divorce Act de 1970
- MRC Model representation of children in abuse, neglect, and custody proceedings Act
- núm. Número
- OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
- p. / pp. Página / Páginas
- p. ej. Por ejemplo
- par. Párrafo
- PEFL Principles on European Family Law
- PELCP Principles concerning the establishment and legal consequences of parentage de 2004
- PLFD Principles of the Law of Family Dissolution de 2002
- RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- RD Real Decreto
- RDGRN Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
- RJ Repertorio de Jurisprudencia (Fondo: Aranzadi)
- RN Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado
- ROJ Repertorio Oficial de Jurisprudencia (Fondo: Centro de Documentación Judicial, CGPJ)
- RRC Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil

- s. / ss. Sección / Secciones
- SAP Sentencia de la Audiencia Provincial
- SAPB Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona
- SAPG Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona
- SAPT Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJC Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
- TC Tribunal Constitucional
- TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TS Tribunal Supremo
- TSJC Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
- UE Unión Europea
- UMA Uniform Mediation Act de 2001
- UPAA Uniform Premarital Agreement Act de 1983
- UPMAA Uniform Premarital and Marital Agreement Act de 2012
- vid. *Vide* (lat.: 'véase')
- vol. Volumen
- VV. AA. Varios autores

INTRODUCCIÓN

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

2. En este trabajo, no obstante, nos hemos centrado en el estudio del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, cuyo presupuesto fáctico es la separación de hecho. Si bien es cierto que dicho término no es empleado por el legislador catalán, quien se refiere a ellos como pactos que no forman parte de una propuesta de convenio regulador y que son adoptados «*después de la ruptura de la convivencia*» (cónyuges) o «*después del cese de la convivencia*» (convivientes estables), nosotros hemos optado por su denominación tradicional, la cual tiene su origen en

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

los años treinta en la doctrina francesa (concretamente, en RICHARDOT y en SAVATIER). Con ello, perseguimos poner de manifiesto que no se trata de un negocio jurídico de reciente creación, sino de larga tradición histórica. En este sentido, debemos indicar que en Cataluña las escrituras de separación convenida entre cónyuges se remontan a los siglos XV y XVI². Ahora bien, ha experimentado cambios relevantes en su uso. Así, en su origen, se perseguía regular el voluntario cese de la convivencia, con relajación del vínculo matrimonial, al margen de la ley. Posteriormente, cuando la separación de hecho resultaba esencial para poderse separar legalmente o divorciar, el pacto amistoso de separación además pasó a ser empleado como medio de prueba para demostrar la existencia de la misma. Y, desde 2005, su función es la de operar como antesala del divorcio (a efectos de su preparación, por medio de sentar sus bases), ya que únicamente se celebra cuando se ha producido la ruptura definitiva e irremediable de la comunidad de vida. En cualquier caso, a pesar de la evolución experimentada a lo largo del tiempo, podemos afirmar que el propósito del pacto amistoso de separación siempre ha sido el mismo: excluir completamente la intervención judicial.

3. Dicha elección se fundamentó por ser el negocio jurídico de derecho de familia, dirigido a regular los efectos de la crisis matrimonial o de la convivencia estable, en que las partes tienen reconocida una mayor capacidad para autorregularse conforme a sus propios intereses. Ello se manifiesta en un contenido amplio, que les permite regular tanto aspectos personales como patrimoniales, y en una aplicación más laxa de los límites institucionales que restringen la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar-patrimonial. De ahí que la presente investigación empiece focalizándose en estos, por medio de la identificación de los principios que conforman el orden público familiar (Cap. I). A continuación, y tras una breve presentación de las fuentes normativas comparadas en las que el legislador catalán pudo inspirarse cuando reguló el pacto amistoso de separación (Cap. II), se analiza la naturaleza jurídica del mismo, con el propósito de clarificar las diferencias con los otros negocios jurídicos que pueden proceder para regular la misma situación fáctica (Cap. III). Una vez examinados los sujetos que pueden concurrir en su celebración —ya sea como otorgantes o intervinientes— (Cap. IV), se centra la investiga-

² Ramon FAUS ESTEVE, «La separación de hecho en el matrimonio», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950, pp. 315-317.

ción en la cuestión de la forma (Cap. V). Y, en último lugar, estudiamos el régimen de ineficacia derivado del ejercicio de la facultad de desistimiento por la parte que se encuentra en una posición de desventaja (Cap. VI).

4. La regulación contenida en el Libro II del CCC ha sido adoptada como punto de partida, por ser la primera vez que el pacto amistoso de separación ha sido incluido en un texto normativo, aunque dejaron de ser reputados como nulos en 1981, a raíz de la entrada en vigor de la reforma del CCE que entró en vigor ese mismo año³. Ahora bien, en atención al reparto de competencias y a su naturaleza como negocio jurídico, no solo hemos tenido presente el Derecho civil catalán, sino también el Derecho civil español. Además, junto con los tratados internacionales y convenios europeos («*hard law*»), ha sido necesario prestar especial atención a los instrumentos de «*soft law*», como consecuencia del proceso de armonización de ámbito europeo en el cual se encuentra actualmente inmerso el Derecho de familia. Por ello, nos hemos centrado igualmente en los *Principles on European Family Law* (PEFL), formulados por COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW (CEFL), así como en el *Model Family Code* (MFC), elaborado por SCHWENZER⁴.

³ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 mayo último (publicado en Gaceta de Madrid, de 25 julio 1889, pp. 249-312). Antes de 1981, los cónyuges únicamente podían violar la obligación de vivir juntos si una sentencia judicial lo legitimaba, la cual solo podía ser obtenida a solicitud del cónyuge inocente (como único legitimado) y en virtud de las causas marcadas por ley. En este sentido, como expone la STS de 25 junio 1987 (ROJ 4423/1987, MP Albácar López), la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo reputaba los pactos amistosos de separación como «*contrarios a las normas de la institución familiar, confiadas a la salvaguardia de los Tribunales, entendiendo que implicaban una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el Código Civil exige, lo que origina que sus consecuencias no fueras jurídicamente protegibles*» (FJ 2).

⁴ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance*, Anwerp, Intersentia, 2004; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Anwerp, Intersentia, 2007; Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS / Maarit JÄNTERA-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, Cambridge, Intersentia, 2013; Ingeborg H. SCHWENZER, *Model family code: from a global perspective*, Anwerp, Intersentia, 2006.

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

— En primer lugar, analizamos el régimen jurídico del pacto amistoso de separación, adoptando una aproximación transversal a partir del derecho comparado. Es decir, respecto a cada uno de los aspectos tratados, hemos destacado aquellos puntos coincidentes y divergentes, en aras de un mejor conocimiento del derecho propio, al permitir desentrañar problemas de interpretación y servir para detectar deficiencias en las soluciones normativas ofrecidas. Para llevar a cabo dicho propósito, hemos escogido tres ordenamientos jurídicos, pertenecientes al sistema legal del «*Common Law*», concretamente en: Australia, EUA e Inglaterra y Gales. Dicha elección se fundamenta por ser aquellos cuya configuración jurídica del pacto amistoso de separación guarda mayores similitudes con la contemplada en el CCC. Debemos indicar, sin embargo, que en ellos se reconoció antes una mayor facultad de autorregulación a los cónyuges, al haberse iniciado antes el proceso «*from status to contract*», como consecuencia de la carencia de un derecho codificado y por la concepción temporal del matrimonio, propia de la reforma protestante. Dicho fenómeno permite explicar el cambio que se ha producido en la naturaleza jurídica del matrimonio: haya dejado de ser considerado como institución y se esté evolucionando hacia su concepción como contrato.

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

— En tercer lugar, combinamos el análisis jurídico y dogmático con el estudio de la realidad social. A nuestro modo de ver, la adopción de dicho enfoque es necesaria para conocer y valorar el grado de incidencia que tienen las normas jurídicas. Además, la identificación y un mejor conocimiento de las causas de los problemas que surgen de la aplicación práctica de dicha normativa, nos permite formular propuestas, dirigidas a reducir su afectación negativa. Por esta razón, hemos acudido a la estadística, la sociología —no limitándonos en los estudios sobre la familia

(«*Family studies*»), sino también al análisis sociológico de la realidad económica («*Economic sociology*»)— y a la psicología, por tratarse de ramas científicas de gran transcendencia respecto al objeto del presente estudio.

6. La novedad e importancia del trabajo es que persigue valorar, desde una perspectiva crítica, si el pacto amistoso de separación debería constituir o no una alternativa preferente a otros negocios jurídicos reguladores de los efectos derivados de la crisis matrimonial o de la convivencia estable. Ello constituye una cuestión de gran actualidad, en atención al contexto de creciente desjudicialización, imperante en nuestro Derecho, y que se ha materializado en el propósito de eliminar la intervención de la autoridad judicial de aquellos asuntos en que, por carecer de contenido jurisdiccional, no se ponga en peligro el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. Una vez llegados a este punto, pueden proponerse para la reflexión los siguientes aspectos, relativos a un pacto amistoso de separación. En primer lugar, si implican una vulneración de alguno de los principios que conforman el orden público familiar, teniendo en cuenta que el reconocimiento de autonomía privada en el ámbito de las relaciones familiares, en comparación con el resto del Derecho privado, es más restringida y los límites institucionales cobran una mayor amplitud. En segundo lugar, si constituyen una transacción prohibida, derivada de la ilicitud de su objeto, argumento tradicionalmente aducido para negarle validez. En tercer lugar, si existe el riesgo de que los hijos pasen a ser mera moneda de cambio en las negociaciones de sus progenitores, en atención a que uno de ellos puede condicionar su renuncia a la petición de guarda exclusiva o compartida, a cambio de que el otro acepte una propuesta menos favorable (sino dañina) de sus intereses. En cuarto lugar, si la atribución de la facultad de desistimiento, reconocida por el CCC, constituye una garantía completa para la parte que se encuentra en una posición de desventaja. En definitiva, con esta investigación, perseguimos ofrecer un estudio exhaustivo del régimen jurídico del pacto amistoso de separación, incidiendo especialmente en aquellos aspectos que plantean mayores interrogantes.

CAPÍTULO I

AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

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

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

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

La razón, por la que centremos el estudio en las relaciones patrimoniales, es por el hecho de que constituyen el ámbito propicio para el

despliegue de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. Dicho argumento encuentra su fundamento en dos premisas. Por una parte, por ser el terreno en el que se combina el Derecho de familia con el Derecho de contratos⁵. Por otra, por ser en las relaciones horizontales, donde el principio de libertad civil se encuentra presente en mayor grado, en la medida en que se trata de personas adultas dotadas, en principio, de plena capacidad de obrar para gestionar sus intereses. A diferencia de las relaciones verticales (entre progenitores e hijos menores, sean comunes o no), en las que rigen, en su mayoría, normas imperativas estructuradas y configuradas (casi) exclusivamente en interés de los menores.

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

1. Fundamentos legales

La libertad de autorregulación de los intereses privados, en el ámbito familiar-patrimonial, se ha ido desarrollando en el Derecho civil catalán, fruto de los cambios sociales y de la evolución legislativa del Derecho de familia. El principal motor de cambio ha sido que el matrimonio ha dejado de ser una unión por razones económicas, pasando a celebrarse sobre la base de sentimientos de amor entre las personas⁶.

Hay que tener en cuenta que el fundamento del principio de autonomía privada de los cónyuges y convivientes estables se encuentra en la

⁵ Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El negocio jurídico de derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV (212 de la colección) (1962), p. 781; Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad», en Cristina GUILARTE MARTIN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 105; Gemma RUBIO GIMENO, «Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10.9.2010», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2011), p. 6; Albert LAMARCA I MARQUÈS, «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 447.

⁶ Barbara A. ATWOOD, «Marital contracts and the meaning of marriage», *Arizona Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2012), pp. 16-17; Andrew J. CHERLIN, *The marriage-around: The State of marriage and the family in America today*, New York, Knopf Doubleday Publishing Group, 2009, pp. 87-115.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA	23
I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA	23
1. Fundamentos legales.....	24
2. Análisis de la autonomía privada en la ordenación de las relaciones familiares desde la psicología, la economía y la sociología	29
2.1. Limitaciones en la actuación como « <i>rational utility maximizers</i> » de los cónyuges y convivientes estables.....	29
2.2. El rol de los « <i>quasi-rents</i> » y « <i>threat points</i> » en la crisis matrimonial o de convivencia estable	31
2.3. Aproximación al cambio de circunstancias en el seno del matrimonio y de la convivencia estable desde la doctrina del « <i>relational contract</i> »	36
II. EL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA DESDE UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA	40
1. Reconocimiento de autonomía privada a los cónyuges y convivientes estables	40
2. Factores que contribuyen al reconocimiento de la validez al negocio jurídico de derecho de familia. Radiografía social.....	47
III. LÍMITES INSTITUCIONALES	61
1. Razones justificativas de restringir el ejercicio de la autonomía privada.....	61

2. Identificación de los principios que conforman el orden público familiar	67
2.1. Interés familiar.....	68
2.2. Interés superior del menor.....	70
2.3. Interés del hijo mayor de edad incapacitado.....	73
2.4. Libre desarrollo de la personalidad.....	74
2.5. Igualdad	78
2.6. Reciprocidad.....	80
2.7. Seguridad jurídica.....	82
CAPÍTULO II. FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS Y VENTAJAS DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN	85
I. FUENTES NORMATIVAS DE INSPIRACIÓN EN RELACIÓN CON LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN.....	85
1. Ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema legal del « <i>Common Law</i> »	86
1.1. Los « <i>separation agreements</i> » en el Derecho norteamericano.....	87
1.2. Los « <i>separation agreements</i> » o « <i>maintenance agreements</i> » en el Derecho inglés y galés	91
1.3. Los « <i>financial agreements</i> » y « <i>parenting plans</i> » o « <i>parenting agreements</i> » en el Derecho australiano	94
2. Instrumentos de « <i>soft law</i> » en Europa: <i>Principles on European Family Law</i> y <i>Model Family Code</i>	98
II. VENTAJAS POTENCIALES DE LA CELEBRACIÓN DE UN PACTO AMISTOSO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	101
1. Reducción de los costes de transacción	102
1.1. Costes económicos	104
1.2. Costes emocionales.....	105
2. Celebración de acuerdos más personalizados	106
3. Favorecimiento de un sentido de la responsabilidad en el ejercicio de la potestad parental	108
CAPÍTULO III. EL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN COMO NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA. CARACTERIZACIÓN Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES	111
I. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS	111
II. PRESUPUESTO FÁCTICO: SEPARACIÓN DE HECHO	116
1. Elemento subjetivo (<i>animus</i>)	116
2. Elemento objetivo (<i>corpus</i>)	118

III. CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA REGULADOR DE LA CRISIS MATRIMONIAL O DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA	121
1. Naturaleza negocial.....	122
1.1. Declaración de voluntad.....	124
1.2. Causa.....	126
1.3. Condición y término.....	128
2. Bilateralidad.....	128
3. Forma	130
3.1. Negocios formales	130
3.1.1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia estable.....	131
3.1.2. Acuerdo de delegación o de distribución de funciones en el ejercicio de la potestad parental.....	133
3.1.3. Convenio regulador	135
3.1.4. Acuerdo de mediación.....	136
3.2. Negocios no formales	138
4. Formalidad	140
5. Carácter transaccional.....	142
IV. DISTINCIÓN DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS AFINES	148
1. Pacto en previsión de una ruptura matrimonial y en previsión del cese de la convivencia	149
2. Convenio regulador.....	154
3. Acuerdo de mediación	160
4. Acuerdo relativo al ejercicio de la potestad parental	162
5. Recapitulación final.....	165
V. CONCLUSIONES	166
CAPÍTULO IV. LOS SUJETOS DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. OTORGANTES E INTERVINIENTES	169
I. CÓNYUGES Y CONVIVIENTES ESTABLES: CAPACIDAD DE OBRAR.....	169
1. Menor de edad	171
1.1. Contenido patrimonial referido a los cónyuges o convivientes estables.....	172
1.2. Contenido personal-patrimonial relativo a los hijos comunes o no comunes	174
2. Incapacitado	174
2.1. Tutela: Incapacitación total	179
2.2. Curatela: Incapacitación relativa	181
3. Asistido	182
4. Consideraciones generales.....	185

II. HIJOS: MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS E INCAPACITADOS	186
1. Fundamento de su participación activa en la negociación del pacto amistoso de separación	186
1.1. Hijos menores no emancipados.....	188
1.2. Hijos mayores incapacitados	192
2. Propuesta de régimen jurídico de la audiencia extrajudicial.....	193
2.1. Legitimación subjetiva para actuar como representante y defensor de los intereses de los hijos.....	194
2.2. Configuración de la intervención del defensor judicial	198
2.2.1. Hijo con suficiente juicio y una opinión firme, libremente formada.....	199
2.2.2. Hijo con una opinión no manifestada o arbitraria....	201
CAPÍTULO V. FORMA DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. Oponibilidad y Publicidad Registral	203
I. EL REQUISITO DE LA FORMA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS FUENTES NORMATIVAS COMPARADAS.....	204
II. MEDIOS DE EXTERIORIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD	207
1. Forma verbal	207
2. Forma escrita.....	208
2.1. Documento privado.....	209
2.2. Documento público.....	211
2.2.1. Testimonio de legitimación de firmas.....	213
2.2.2. Acta de protocolización de documento privado.....	213
2.2.3. Escritura pública	214
III. Oponibilidad frente a terceros	216
1. Revocación de poderes	216
2. Novación modificativa o extintiva	216
CAPÍTULO VI. INEFICACIA DEL PACTO AMISTOSO DE SEPARACIÓN. Facultad de desistimiento	219
I. BREVE APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA	220
1. Regulación legal: Australia.....	221
2. Elaboración jurisprudencial: EUA e Inglaterra y Gales.....	223
II. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA PARTE EN UNA POSICIÓN DE DESVENTAJA	228
III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS	237
1. Entre los cónyuges o convivientes estables.....	238
2. Frente a los hijos sometidos a la potestad parental.....	239

3. Frente a otros terceros	240
3.1. Terceros adquirentes	240
3.2. Terceros contratantes	241
CONCLUSIONES	243
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	247
ÍNDICE DE SENTENCIAS Y DE RESOLUCIONES	275

