

**POSIBILIDADES EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA
SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO: DEL CONVENIO
REGULADOR A LOS PACTOS PREMATRIMONIALES¹**

***POSSIBILIDADES ACERCA DA ATRIBUIÇÃO DE MORADIA FAMILIAR DIANTE
DA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAL: DO ACORDO REGULATÓRIO AOS
PACTOS ANTENUPCIAIS***

Almudena Gallardo Rodríguez

Professora Associada da Universidade de Salamanca,
Espanha. E-mail: algaro@usal.es

RESUMEN: En el presente artículo se analizan las diferentes opciones que tienen los cónyuges en España cuando desean separarse o divorciarse de mutuo acuerdo, tramitando su caso ante los tribunales. De forma concreta, se analizan dos opciones: el convenio regulador y los pactos prematrimoniales; desde el punto de vista jurídico. En este sentido, se expone la realidad a nivel nacional pero también autonómica; cuestión que singulariza esta cuestión en el sistema judicial español.

PALABRAS CLAVE: Convenio regulador; pactos prematrimoniales; crisis matrimoniales; acuerdo; cláusulas.

RESUMO: Este artigo analisa as diferentes opções que os cônjuges têm na Espanha quando desejam se separar ou se divorciar por mútuo acordo, processando seus casos nos tribunais. Especificamente, duas opções são analisadas sob o ponto de vista jurídico: o acordo regulatório e os pactos antenupciais. Nesse sentido, a realidade será exposta em nível nacional e regional; questão que distingue esta questão no sistema judicial espanhol.

¹ Artigo recebido em 09/12/2021, sob dispensa de revisão.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo regulatório; acordos pré-nupciais; crise conjugal; acordo; cláusulas.

1. EL PROCESO COMO VÍA PARA RESOLVER JUDICIALMENTE LAS CRISIS MATRIMONIALES EN ESPAÑA.

En España, cuando los cónyuges toman la decisión de divorciarse o separarse puede existir un acuerdo entre los mismos sobre las diversas medidas que tendrán que acordar (hijos, alimentos, vivienda, etc.), lo que derivará en un procedimiento de mutuo acuerdo (art. 777 LECiv²); o puede que no lleguen a acuerdo sobre dichas medidas, por lo que el procedimiento se dirimirá de forma contenciosa a través de los cauces del juicio verbal español (Art. 770 LECiv³).

En caso de que la petición de separación o divorcio se presente de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, junto con el escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse, entre otros documentos, la propuesta de convenio regulador; así lo indica el art. 777.2 LECiv, al establecer que “Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho”. En ese convenio regulador, una de las medidas que tendrá que homologar el juzgador será acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 90.c del Código Civil español. En adelante, CC).

Debemos puntualizar que el régimen jurídico de la atribución del uso de la vivienda familiar no solo está previsto en el Código Civil español, sino que también determinadas

² Este artículo se modifica con efectos desde el 3 de septiembre de 2021, por el art. 4.24 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad. Ref. BOE-A-2021-9233.

Respecto al procedimiento en cuestión, en su punto primero indica que “1. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo”.

³ Dicho artículo indica que “Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal”.

Comunidades Autónomas con competencia en materia civil tienen su propia regulación al respecto. Cuestión propia española denominada “estado de las autonomías”, donde algunos territorios tienen competencias transferidas en materia de justicia. Esta peculiaridad del sistema judicial español deberá ser analizado también, además de la regulación propia a nivel estatal. En concreto, nos referiremos las legislaciones de las siguientes Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA): Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, el Libro II del Código Civil catalán denominado “de la persona y la familia”)⁴; Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas)⁵; País Vasco (Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores)⁶ y Navarra (Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del derecho civil foral de navarra o fuero nuevo)⁷. También la CA de Valencia tenía su propia regulación en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos progenitores no Conviven, pero ha sido declarada inconstitucional⁸.

De manera concreta, en el presente artículo nos vamos a centrar en analizar los cauces por los que se puede atribuir el uso de la vivienda cuando en el procedimiento existe

⁴ Vid. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010.

⁵ Vid. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA 29 de marzo de 2011, núm. 63.

⁶ Cfr. «BOE» núm. 183, de 2 de agosto de 2017, páginas 75036 a 75036 (1 pág.). Se presentó una cuestión de inconstitucionalidad n.º 2764-2017, en relación con el artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, por posible vulneración del artículo 149.1.8ª de la CE, planteada por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Eibar. En Sentencia 77/2018, de 5 de julio de 2018 el pleno del TC ha inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad por inadecuada formulación del juicio de relevancia.

⁷ Cfr. Boletín Oficial de Navarra Número 74 de 16 de abril de 2019. En la Ley 72 prevé la atribución del uso de la vivienda familiar”, con el título de “la habitación de los menores”. Está previsto en el Título V (leyes 64 a 77) bajo el título “Responsabilidad Parental”.

Hay que señalar que se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2 de la Ley Foral 21/2019, en cuanto a la redacción que se le otorga al último apartado de la Ley 72 (BOE Núm. 30 martes 4 de febrero de 2020 Sec. I. Pág. 10193).

⁸ Cfr. «BOE» núm. 311, de 26 de diciembre de 2016, páginas 90660 a 90678 (19 págs.). Pleno. Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

consenso entre los cónyuges, centrándonos en los acuerdos que pueden adoptar en el convenio regulador como en pactos privados.

Debemos apuntar que parece que el legislador español sí tuvo intención de reformar una de las figuras objeto de estudio, en concreto, el precepto que regula el convenio regulador (art. 90 CC) hace unos años, puesto que existió un Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia⁹, el cual surgió como consecuencia de la reforma que el legislador quiso realizar sobre la figura de la guarda y custodia de los hijos, figura que se presenta como el punto central a reformar en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. El Anteproyecto se presentó por primera vez el 31 de julio de 2013; el segundo borrador fue presentado en abril de 2014.

Recientemente se ha promulgado la Ley 8/2021, de 2 de junio de reforma la legislación civil y procesal con la intención de promover el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁰. A través de esta ley se han reformado algunos aspectos acerca de la atribución de la vivienda familiar en casos de procedimientos contenciosos, por lo que no altera ninguno de los puntos que pasamos a exponer en el presente artículo.

2. MEDIDAS POSIBLES ANTE EL ACUERDO ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL ESPAÑOL.

2.1. Primera opción: el convenio regulador

2.1.1. Aspectos conceptuales y regulatorios

⁹ Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438> (Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2021) Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de julio de 2014.

¹⁰ Vid. «BOE» núm. 132, de 3 de junio de 2021, páginas 67789 a 67856 (68 págs.). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233

El convenio regulador está previsto en el art. 90 CC en el que permite a los cónyuges que puedan acordar de mutuo acuerdo las medidas que regirán sus relaciones personales y económicas que se aplicarán una vez que pongan fin a su matrimonio mediante sentencia, decreto o escritura pública¹¹. El Código Civil español no ofrece una definición de convenio regulador, así siguiendo a PÉREZ GALVÁN se puede definir como un “contrato por el que las partes intervinientes, establecen los acuerdos que van a regir las futuras relaciones económicas y las relativas a los hijos comunes, en casos de nulidad, separación o divorcio y en los ulteriores procedimientos de modificación de medidas. Es una manifestación de la libre autonomía de la voluntad de las partes y es de aplicación a los hijos habidos en toda relación matrimonial y no matrimonial”¹². Con este tipo de pactos se evita, en la medida de lo posible, la intervención judicial en todo lo relacionado con la vida íntima familiar, pues nadie mejor que ellos conoce su situación para decidir sobre este tipo de cuestiones.

En España, el convenio regulador debe presentarse por escrito y es posible aportarlo en una multitud de supuestos: cuando inician un procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo, o lo inicia uno de ellos con el consentimiento del otro, el cual deben aportarlo junto con la respectiva demanda de separación o divorcio (art. 81.1 CC, art. 82 CC y art. 777.2 LEC); o bien ante notario (art. 82 CC), o ante el propio juez si los cónyuges quieren pasar voluntariamente de un procedimiento contencioso a otro de mutuo acuerdo (art. 770.5

¹¹ Tal y como indica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, a través de su disposición final primera, introdujo en el CC español que cuando haya consenso, la separación y el divorcio puedan tramitarse ante notario o ante el letrado de la administración de justicia (arts. 82.1 y 87 CC.), siempre que no existan hijos menores no emancipados (arts. 82.2 y 87 CC).

¹² PÉREZ GALVÁN, M^a, *Memento Experto. Crisis Matrimoniales*, VVAA. coord. Encarnación Roca Trías, 4^a Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pág. 9; PINTO ANDRADE, C., *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 47. Este último dispone que el Convenio Regulador del art. 90 CC “es un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir en él los particulares y la autoridad pública, de forma que la facultad que se concede a los esposos de regular los efectos sustantivos del mismo no supone un reconocimiento ilimitado de su autonomía, al menos en los extremos del mismo que afectan a materias indisponibles para las partes –tales como los acuerdos referentes a los hijos menores de edad– si no interviene como es preceptivo el Ministerio Fiscal y si no resulta luego aprobado judicialmente. Es considerado por nuestros Tribunales como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada, que como tal requiere la aprobación judicial como *conditio iuris* de su eficacia jurídica (SAP Barcelona 18.^a del 23 de julio de 2012, STS 1.^a de 22 de abril de 1997)”. También puede verse: PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual. Tomo II*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 161 y ss.

LECiv); incluso tienen la posibilidad de que junto con la demanda de nulidad matrimonial se acompañe convenio regulador (art. 774.1 LECiv)¹³.

2.1.2. El contenido mínimo del convenio y su conexión con la vivienda familiar

El art. 90 CC español regula unos mínimos que deben acordar los cónyuges en el convenio regulador¹⁴. Podemos decir que las medidas que ofrece el precepto no son unas listas *numerus clausus*, sino que se pueden adoptar muchas más de las que el artículo recoge de manera expresa. El precepto establece los siguientes extremos:

- a) 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.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”.

Entre las medidas que el ordenamiento español indica que se deben fijar, aparecen en el apartado c del citado artículo, denominado “la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar”, en el cual nos vamos a centrar a continuación. Así, analizando ese apartado concreto, consideramos que sería necesario modificarlo para matizar algunas cuestiones importantes. Por parte de la doctrina se han realizado propuestas, como a continuación veremos. Incluso en el ya citado Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia del 2014, se propuso una reforma sobre dicho apartado relativo al uso de la vivienda familiar, en el cual se ampliaba su contenido. En concreto disponía específicamente que: “d) La

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. VVAA. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.). 6ª Edición, 2021, pág. 108.

¹⁴ SALAZAR BORT, S., “El uso de la vivienda familiar”, en VV. AA: *El contenido del Convenio Regulador. Sus diferentes aspectos*, coord. J.M. Llopis Giner, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, Madrid, págs. 169-236. Ampliase sobre el convenio regulador en: LLAMAS POMBO, E., “Efectos de las crisis matrimoniales”, en VV.AA: *Acciones Civiles, Tomo I. Derecho de la persona, Derecho de sucesiones, Derecho de Familia*, dir. Eugenio Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2013, págs. 1397 y ss.

atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la duración o el momento de su cese y la repercusión que éste último tendrá, en su caso, sobre las cargas familiares, la prestación de alimentos y la pensión por desequilibrio económico”. Nos parece acertado que se propusiese la reforma de este precepto puesto que es necesario especificar más esta medida en el ordenamiento español. No obstante, y tomando como base esta propuesta, nosotros introduciríamos las mejoras que desgranamos a continuación.

Por una parte, el precepto solo hace referencia a la “atribución del uso”. Consideramos que el legislador español también debería incluir el término “destino” de la vivienda familiar porque este término abarca otras opciones, como son la venta, el alquiler, etc. y no se limita únicamente a la “atribución del uso” de la vivienda obligatoriamente a uno de los cónyuges, y en su caso, a los hijos¹⁵. Cuando los cónyuges deciden sobre la vivienda familiar en el convenio regulador, a diferencia de cuando lo decide juez en casos contenciosos, pueden convenir todo tipo de acuerdos.

Por otra parte, atendiendo a lo que establecía el Anteproyecto, en el precepto se introdujo dos cuestiones nuevas que nos parecen acertadas: la posibilidad de que los cónyuges puedan prever el cese de la atribución, y la de que los cónyuges tengan en cuenta la atribución de la vivienda cuando fijen las correspondientes pensiones.

También cabe señalar que el Anteproyecto presentaba como novedad la necesidad de aportar en el convenio regulador un “plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos”¹⁶. Ese plan debían presentarlo los cónyuges cuando tuviesen hijos y se encontrasen

¹⁵ También lo señala ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L., “Las reformas legales que nos esperan”, en VVAA: *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Dykinson, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2005, págs.. 47 y ss. El autor hacía referencia a la necesidad de incluir el término “destino” cuando comentaba el Anteproyecto de Ley, que posteriormente se convertiría en la Ley 15/2005, que en aquel momento modificaba el art. 90 CC. Ya entonces el autor proponía que no solo se debería limitar el uso, sino que debería ampliarse a: “la venta a terceros, la atribución del pleno dominio, el usufructo o un derecho real de habitación, etc. Por lo tanto, debe exigirse que se tomen decisiones conjuntas en relación con la vivienda y el ajuar, pero no necesariamente que se pacte sobre el uso”; Proponía como redacción: “b. La determinación del destino o del uso de la vivienda familiar y ajuar familiar y su duración”.

Este término lo prevé en sus legislaciones, el CDFA, también así lo preveía la derogada Ley de Valencia. El CDFA en “el pacto de relaciones familiares” determina que los progenitores deberán acordar “el destino de la vivienda familiar y el ajuar familiar” (art. 77.2.c.); y la Ley Valenciana, en el “el pacto de convivencia familiar” hacía referencia al “destino” (art. 4.c).

¹⁶ El CCCat. con la aprobación de Código Civil introdujo importantes novedades respecto al convenio regulador. Puede verse más ampliamente dichas reformas en MARTÍN BALDELOU, C., “Cometario al art. 233-2 CCCat.”, en VV.AA: *Persona y familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, coord. general Encarnación Roca Trías, coord. de este volumen, Pascual Ortuño Muñoz, Sepín, Madrid, 2011, pág. 818.

bajo su patria potestad, y en él debían concretar la forma en la que ejercían sus responsabilidades parentales. También debían precisar los compromisos que asumían respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como las cuestiones de orden económico¹⁷. En la regulación de ese plan, el legislador nacional tomó como referentes los derechos forales de Cataluña y Aragón, los cuales lo prevén en sus respectivas legislaciones. El CCCat. regula el “plan de parentabilidad” (art. 233-9) y el CDFA prevé el “plan de relaciones familiares” (art. 77.2.c)¹⁸.

En este sentido, en hilo con lo anterior, las CCAA con competencia para legislar en esta materia también recogen en sus respectivas legislaciones la obligación de presentar un convenio regulador junto con la demanda de separación o divorcio en los procedimientos de mutuo acuerdo, aunque alguna legislación designa a esta figura con otro nombre, como por ejemplo con el nombre de “pacto”. Concretamente, vamos a ver la terminología empleada por cada legislación autonómica cuando aluden a la vivienda familiar:

- Código de Derecho Foral de Aragón, en el art. 77.2, hace referencia a “el pacto de relaciones familiares”. El contenido es similar al del convenio regulador. El precepto señala en relación el pacto de relaciones familiares que se deberán concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vivienda familiar: “c) destino de la vivienda y el ajuar familiar”. Podemos concluir que el término “destino” es más amplio, al abarcar más opciones que la mera continuación en el uso de la vivienda, tal y como hemos indicado anteriormente.

¹⁷ Tal y como señalaba el Anteproyecto, la finalidad de este plan consistía en favorecer “los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos”.

El art. 90 CC del Anteproyecto incluía las siguientes cuestiones que los cónyuges deben incluir en “el pacto de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos”. El aparato 1.a. determinaba: “El plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, si los hubiera, como corresponsabilidad parental, con inclusión de los acuerdos sobre: 1.º La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos. 2.º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos. 3.º Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente. 4.º El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. 5.º Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación”.

¹⁸ Puede ampliarse la diferencia entre convenio regulador y plan de parentabilidad en: MARTÍNEZ CALVO, J., “Relación entre el convenio regulador y los nuevos planes de parentalidad: delimitación, contenido y eficacia”, *Actualidad Civil*, Nº 9, Sección Persona y derechos / A fondo, Septiembre 2020, Wolters Kluwer (LA LEY 11730/2020).

- El Código Civil de Cataluña, en el art. 233-2.1, hace referencia al “convenio regulador”. En dicho precepto establece el contenido que debe existir como mínimo, y con relación a la vivienda señala que deberá contener, si procede, “b) La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar”. El término distribución hace clara referencia a un reparto, en el que parece que se tendrá que tener en cuenta un uso proporcionado y proporcional a tenor de lo que decidan voluntariamente las partes.

- La Legislación del País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, en el art. 5 menciona el “convenio regulador”. Respecto al contenido de la vivienda familiar establece: “c) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico”. Sin duda, estamos ante uno de los preceptos más amplios y completos, al otorgar una verdadera cobertura jurídica ante múltiples decisiones y con un espectro mucho más amplio.

- La derogada Legislación de Valencia, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en el art. 4, contemplaba “el pacto de convivencia familiar”, figura la cual se discutía si se asemejaba al convenio regulador¹⁹. Respecto a la vivienda señalaba que dicho pacto debía contener al menos “c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar”. Podemos decir que tiene conexiones parciales con las legislaciones de Aragón y País Vasco, sin llegar a tener un grado de concreción tan alto.

Una vez expuesta esta cuestión, ahora vamos a analizar los posibles acuerdos que pueden adoptar los cónyuges en el convenio regulador, de manera concreta, a la vivienda familiar²⁰. Debemos partir que el único límite que establece el legislador español es que la

¹⁹ MARTÍNEZ CALVO, J., “Relación entre el convenio regulador”...(LA LEY 11730/2020).

²⁰ En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 30 de septiembre de 2011, ponente: Roca Trías, Encarnación (LA LEY 186204/2011). Se trata de un supuesto en el que la AP no admitió la solicitud por parte del padre de continuar en la vivienda familiar, a cambio de pagar un alquiler para que habitarán los hijos y la madre custodia. Al respecto, el TS señala que este tipo de “soluciones imaginativas” pueden acordarlas los cónyuges cuando existe acuerdo entre los mismos, pero no en un procedimiento contencioso.

cláusula que acuerden al respecto “no resulte dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges”²¹. A continuación, examinamos algunas de las cláusulas que los cónyuges pueden fijar en el convenio regulador siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia²².

Los cónyuges pueden convenir atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio, o bien, al progenitor no custodio²³; también pueden optar por atribuir el uso de la vivienda por periodos alternativos. Normalmente en estos casos suelen fijar un límite al uso, como por ejemplo hasta que uno de los dos cónyuges encuentre una segunda

²¹ Se considera que existe un perjuicio para los hijos “cuando el contenido tuitivo mínimo de la patria potestad queda afectada por el convenio regulador; o lo que es lo mismo, cuando los pactos no garanticen suficientemente los alimentos, educación y formación integral de los hijos, y la vigilancia y compañía inmediata de, al menos, uno de los progenitores”; y existe un grave perjuicio para un cónyuge “cuando el convenio no responda a una cierta reciprocidad en las obligaciones, deberes y cargas asumidas por cada uno de los cónyuges, atendidas las circunstancias personales, económicas y del uso social imperante”. Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J., “Comentario al art. 91 CC”, en VVAA: *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 212.

Un ejemplo de cláusulas dañosas, que no han sido aprobadas por el juez, podemos encontrarlo en la SAP A Coruña (Sec. 6.ª) de 7 de mayo de 2002, ponente: Vilariño López, María del Carmen (LA LEY 87305/2002), la sentencia declara nula una cláusula del convenio regulador en la que se establecía: “para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja”, así como que “el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar con sus hijas en esta ciudad”. La Audiencia señala que la primera cláusula supone un claro atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, y la segunda implica una restricción del derecho a la libertad de residencia. También cita esta sentencia: PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., pág. 52. Otros ejemplos pueden verse en: ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda...*, cit., pág. 475.

²² Amplíese en: PÉREZ MARTÍN, A.J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual. Tratado de Derecho de Familia*, T.II, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 224 a 250. El autor hace un amplio estudio de cada una de las cláusulas mencionadas. Además de las que hemos desarrollado en el texto, cita otras cláusulas que los cónyuges pueden pactar como: las “cláusulas de aseguramiento”. En este tipo de cláusula el cónyuge se compromete a asegurar la vivienda familiar y el pago de la hipoteca. También existen cláusulas en las que el cónyuge que se queda en la vivienda se compromete a constituir un arrendamiento a favor del otro cónyuges e hijos. *vid.* también PINTO ANDRADE, C., *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 55 y ss.

²³ En este sentido, en la SAP Málaga (Sec. 6.ª) de 18 de mayo de 2011, ponente: Alcalá Navarro, Antonio (LA LEY 191712/2011), el juez extingue la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la madre y de los hijos mayores de edad porque así lo acordaron los cónyuges en el convenio regulador. En la SAP Madrid (Sec. 24.ª) de 21 de enero de 2010, ponente: Hernández Hernández Rosario (LA LEY 11138/2010), se dice que los cónyuges acordaron en el convenio regulador la atribución del uso de la buhardilla de la vivienda familiar al marido al tener un acceso independiente. La SAP Barcelona (Sec. 18.ª) de 31 de mayo de 2011, ponente: García Esquius, Ana María Hortensia (LA LEY 130669/2011), no atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre y a su hijo porque así lo acordaron los progenitores en el convenio regulador y no existe un perjuicio para el menor, por lo que ese acuerdo se mantiene.

vivienda o hasta que se produzca la venta de la vivienda familiar²⁴. Pueden pactar la división material de la vivienda o la venta con el consiguiente reparto del dinero; pueden constituir un derecho de usufructo, uso o habitación, o establecer un derecho de naturaleza personal como el comodato o el arrendamiento.

Igualmente, los cónyuges pueden estipular la atribución del uso de otras viviendas que pertenezcan a ambos o a uno de ellos, y que hayan sido utilizadas por la unidad familiar²⁵. Respecto a esta cláusula, la derogada Ley de la CA de Valencia, Ley 5/2011, 1 de abril, regulaba expresamente en el art. 4.c. que, en el pacto de convivencia familiar, los cónyuges puedan atribuir “otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar”. También lo prevé expresamente la legislación del País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, como contenido del convenio regulador. En concreto, en el art.5.2.c. dispone: “La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo [...]”. A nuestro juicio, esta posibilidad también debería incluirse como posible cláusula en el art. 90.c, de modo que no se limite únicamente a la atribución de la vivienda familiar, sino que se extienda a otras posibles viviendas familiares que la familia posea y haya utilizado. Sin embargo, debemos apuntar que en el procedimiento contencioso existe doctrina jurisprudencial que no admite la posibilidad de atribuir otras viviendas distintas de la familiar, exceptuándose supuestos concretos²⁶.

²⁴ SAP Málaga (Sec. 6ª) de 26 de febrero de 2009, ponente: Díez Núñez, José Javier (LA LEY 54560/2009), los cónyuges acordaron como cláusula en el convenio regulador que se extinguiría el uso de la vivienda familiar si en el plazo de dos años no se vendía la vivienda, pero hasta que se produjera dicha venta continuarían en el uso de la vivienda familiar la esposa y sus hijos. Si pasados dos años no habían vendido la vivienda, deberían abandonarla. Transcurridos dos años, dada la situación inmobiliaria que atraviesa el país, la vivienda no se había vendido, por lo que la esposa solicita continuar en el uso de la misma con sus hijos, pero el juez estima que debe respetarse lo acordado, máxime cuando está acreditado que la esposa dispone de medios económicos para sus subsistencia y la de sus hijos. En cambio, en la SAP Burgos (Sec. 2ª) de 28 de junio de 2010, ponente: García Espina, Arabela Carmen (LA LEY 115508/2010), los cónyuges también acordaron la venta del inmueble, pero al no poder hacerlo, el juez acuerda que la esposa y los hijos continúen en la vivienda hasta que se proceda a su venta.

²⁵ Cfr. PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual. Tomo II*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 224.

²⁶ Puede ampliarse en GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar*, La LEY, 2020, pág. 61 y ss.

Asimismo, los cónyuges pueden fijar cláusulas de extinción del uso de la vivienda, aunque existen determinadas cláusulas cuya homologación por parte del juez ha generado controversia jurisprudencial en el pasado en España²⁷. Nos referimos a los casos en que los cónyuges fijan que el uso se extingue si el cónyuge que continua en el uso de la vivienda conviviese en la misma con una tercera persona, con la cual ha podido contraer matrimonio o es su nueva pareja. En la práctica, es cada vez más frecuente que los cónyuges fijen esta cláusula²⁸.

De igual modo se puede acordar en el convenio regulador una cláusula penal para los casos en los que, llegado el día de abandonar la vivienda, el cónyuge beneficiario del uso de la misma se retrase²⁹. También, en caso de que surgiera alguna controversia o quisieran modificar alguno de los aspectos adoptados en el convenio, los cónyuges pueden estipular en el mismo que acudirán a la “mediación familiar”³⁰. El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia incluía esta cláusula en el convenio regulador, en el apartado g del art. 90³¹, lo que suponía una novedad. Consideramos un acierto que se incluya esta posibilidad, pues, optar por esa vía constituye un instrumento útil para dirimir las controversias que surgen entre los cónyuges y evitar iniciar un procedimiento judicial con todo lo que ello conlleva.

²⁷ Puede ampliarse en GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *op cit*, págs. 353 y ss.

²⁸ LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M^a. C., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, en VV. AA: *El Derecho de Familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 281.

²⁹ Así lo ha señalado la STS (Sala Primera, de lo Civil) de 17 de octubre de 2007, ponente: Roca Trías, Encarnación (LA LEY 165788/2007). En esta sentencia el TS consideró válida una cláusula penal que habían acordado los cónyuges en el convenio regulador. Dicha cláusula establecía que la esposa debía abandonar la vivienda en una fecha determinada, y si no los hacía así, debía abonar al esposo la cantidad de 15.000 pesetas diarias en concepto de indemnización por el tiempo que permaneciera en la vivienda. El Tribunal declara válida la cláusula penal condenando a la esposa a la pagar 12.015.000 ptas. (72.211,60 euros) más intereses, sin la posibilidad de moderación de la pena por parte del juez.

³⁰ La mediación familiar es “un método de resolución de conflictos donde las partes a través de un profesional imparcial y neutral (mediador), voluntariamente negocian sus desacuerdos y toman sus propias decisiones ajustadas a sus necesidades”. Cfr. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Las reformas legales que nos esperan”, en *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 149.

³¹ El art. 90.g del Anteproyecto disponía: “La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar alguno de los acuerdos adoptados para adaptarlo a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los cónyuge”.

Una vez que ambos cónyuges han redactado el convenio lo presentarán junto con la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo, o uno de ellos con el consentimiento del otro³². Hay que señalar también que en los procedimientos contenciosos, que con posterioridad se transforman en consensuales, se suspenden las actuaciones para que los cónyuges presenten el correspondiente convenio regulador³³. A continuación el juez citará a ambas partes para que ratifiquen el convenio por separado; si los documentos presentados fueran insuficientes o el juez tuviese que realizar pruebas que los cónyuges hubiesen propuesto se les concederá un plazo de diez días. Finalmente, el tribunal dictará sentencia que concederá o denegará la separación o el divorcio, y se pronunciará sobre el convenio regulador. En caso de que el juez apruebe solo en parte el convenio les concederá a los cónyuges un plazo de diez días para que propongan uno nuevo. Si se aprueba el convenio, el mismo tendrá plena eficacia desde la aprobación judicial mediante sentencia³⁴.

En España, en caso de que los cónyuges tengan hijos menores y no fijen en el convenio regulador ninguna cláusula respecto a la vivienda familiar, el juez deberá resolver esta cuestión de oficio³⁵, porque estos casos no están sujetos al principio dispositivo o de rogación, sino que rigen las normas de *ius cogens*. El juez también deberá actuar de oficio si el procedimiento fuese contencioso y en la demanda de separación o divorcio los cónyuges no señalan nada al respecto. Así lo señala la STS de 21 de mayo de 2012, cuya ponente es la SRA. ROCA TRIAS, en un supuesto en el que en un procedimiento matrimonial contencioso los cónyuges, teniendo hijos menores, no solicitan la atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que el juez se pronuncia de oficio. El tribunal resuelve que

“el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello solo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección [...]. En consecuencia, no puede alegarse la

³² Vid. art. 777.1 LECiv. “Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo”.

³³ Vid. art. 770.5 LECiv y art. 777 LECiv.

³⁴ El procedimiento consensuado se amplía, entre otros, en: CORTÉS DOMINGUEZ, V., Y MORENO CATENA V., *Derecho procesal civil. Parte especial*. 2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 87 y ss.

³⁵ Cfr. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L., “La disyuntiva entre el principio dispositivo y el inquisitivo como rector de los procesos matrimoniales”, en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Asociación Española de abogados de familia, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 39 y 40. También comparte esta opinión: PÉREZ UREÑA, A.A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones Prácticas*, Difusión jurídica, Madrid, 2008, pág. 55.

incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984”³⁶.

Con ello hemos realizado un análisis de la primera de las medidas que pueden tener a su disposición los cónyuges que desean afrontar un procedimiento matrimonial desde el consenso y el mutuo acuerdo para poner fin judicialmente a su relación en España.

2.2. Segunda opción: pactos o acuerdos prematrimoniales

2.2.1. Aspectos conceptuales y normativos, con especial referencia al derecho foral

Los cónyuges, antes de contraer matrimonio o después de su celebración pero sin que aún se haya producido la crisis matrimonial, pueden adoptar acuerdos de carácter personal y económico para determinar las consecuencias que se producirán en el supuesto de una futura ruptura matrimonial. Este tipo de acuerdos se denominan “pactos prematrimoniales”. Se entiende por pacto prematrimonial, siguiendo a MARTÍNEZ ESCRIBANO como “un acuerdo que pueden celebrar los cónyuges antes de contraer matrimonio, incluso después de este momento pero sin que haya sobrevenido aún la crisis conyugal. Tal acuerdo tiene por objeto determinar las consecuencias que derivan en caso de separación o divorcio”³⁷. En España no es habitual realizar estos pactos porque se asocian con la existencia de una posible desconfianza entre los cónyuges, a diferencia de los países anglosajones donde es práctica común³⁸. No obstante, como señala PÉREZ HEREZA, en nuestra sociedad actual, los cambios sociales están afectando a la institución del matrimonio, y como consecuencia de ello está disminuyendo el número de matrimonios, a la vez que aumentan las cifras de parejas extramatrimoniales así como de separaciones y divorcios, por lo que en los últimos años,

³⁶ STS (Sala Primera, de lo Civil) de 21 de mayo de 2012, ponente: Roca Trías, Encarnación (LA LEY 58422/2012).

³⁷ Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 78. Contamos con numerosos ejemplos en la presa rosa. Cita algunos ejemplos: PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales...*, cit., pág. 43.

³⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos...*, cit., pág. 79.

como resultado de esas situaciones, se ha apreciado “un incremento del número de pactos reguladores de las situaciones de crisis matrimoniales y, como fenómeno novedoso, la aparición de los pactos preventivos reguladores de una crisis futura e hipotética”³⁹.

Estos pactos carecen de regulación legal en el CC español, por lo que sería necesario que el legislador los dotase de una regulación, como bien señala el citado autor, “urge promulgar una normativa estatal que reconozca la validez y eficacia de los pactos reguladores de las situaciones de crisis matrimonial al margen del convenio regulador”⁴⁰.

En cambio, en el derecho foral, las legislaciones de Cataluña y País Vasco sí regulan dichos pactos. Así, el CCCat, en concreto, en el art. 233-5, prevé dichos pactos bajo la rúbrica “pactos fuera de convenio regulador”. El precepto se divide en tres párrafos, que regula lo siguiente:

“1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede”

2. En punto segundo dispone: “Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvención en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer”.

3. El punto tercero determina: “Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento”.

Por su parte, la legislación del País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, en el art. 4, con título de “pactos en previsión de ruptura de la convivencia”. La Exposición de Motivos de la Ley define dichos pactos como “acuerdos mediante los cuales, previendo la situación de ruptura, las partes regulan las condiciones de las relaciones familiares ante ella,

³⁹ Cfr. PÉREZ HEREZA, J., “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, *El Notario del s. XXI*, Academia Maritense del Notario, marzo-abril, n° 18, 2008.

<http://www.elnotario.es/index.php/121-hemeroteca/revistas/revista-18/2037-la-autonomia-de-la-voluntad-en-las-crisis-matrimoniales-0-04535731491200376> [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

⁴⁰ En este sentido, PÉREZ HEREZA, J., *op. cit.*

disminuyendo de manera importante la contenciosidad en el momento de la ruptura real”. El precepto consta de cinco puntos:

- “1. Los pactos que prevean la ruptura de la convivencia y regulen las nuevas relaciones familiares podrán otorgarse antes o durante dicha convivencia.
2. Tales pactos tendrán, en todo o en parte, el contenido que se prevé para el convenio regulador.
3. Para su validez, estos pactos habrán de otorgarse en escritura pública, y quedarán sin efecto en caso de no contraerse matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año.
4. Los pactos podrán contener la previsión y compromiso de acudir, con carácter previo a la vía judicial, a la mediación familiar, con el objeto de resolver mediante el diálogo aquellos conflictos que puedan surgir tras la ruptura.
5. Estos pactos serán válidos y obligarán a todos los firmantes aun cuando no contengan todos los extremos mínimos de un convenio regulador. En tal caso, la validez y eficacia se limitará a los aspectos pactados”.

Podemos ver como en este caso únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente aprobados por el juez.

Por tanto, en el derecho común aunque no dispongamos de una regulación, ello no quiere decir que estos pactos no sean válidos ni eficaces, puesto que son considerados como negocios jurídicos de Derecho de Familia con plena eficacia jurídica. De este modo, podemos ver cómo los mismos se rigen por las normas generales de los contratos⁴¹, al hablar del principio de voluntariedad y de manera concreta, a través del principio de autonomía de la voluntad, tal y como disponen los arts. 1323 al 1325 CC.

En definitiva, nos encontramos ante una especie de analogía a nivel estatal, que sirve para suplir la clara laguna existente acerca de la no referencia a este tipo de pactos prematrimoniales. Sin duda, los dos ejemplos expuestos de normativa autonómica podrían ser tomados perfectamente por el legislador nacional para suplir esta carencia, puesto que su contenido nos parece de manera general acertado.

2.3. Posibilidades de pacto en cuanto a la vivienda familiar

⁴¹ Cfr. PINTO ANDRADE, C., “La genérica validez de los pactos y acuerdos patrimoniales en previsión de la ruptura, *Noticias Jurídicas*, septiembre de 2010. <http://noticias.juridicas.com>. [Fecha de Consulta: 10 de noviembre de 2021]; ; MORENO, V., “La validez de los acuerdos prematrimoniales”, *Diario La Ley*, N° 7049, Sección Tribuna, 5 Nov. 2008, Año XXIX, Ref. D-313, Editorial LA LEY (LA LEY 40251/2008) sistematiza estos límites en cinco grupos.

¿Qué materias pueden regularse en estos pactos? versan desde cuestiones de carácter personal como de carácter patrimonial. Así, pueden incluirse acuerdos relativos a la liquidación de la sociedad ganancial, la pensión compensatoria, la obligación de alimentos, la patria potestad y custodia de los hijos, la atribución del uso de la vivienda familiar, etc.⁴². La pensión compensatoria es la medida acordada con más frecuencia en los pactos prematrimoniales⁴³. La doctrina diferencia, en cuanto a la validez del contenido de estas materias, entre materias de derecho disponible o indisponible.

En este sentido, cuando los pactos afecten a los hijos menores de edad, estos deben ser homologados por el juez para garantizar el principio de protección de los intereses de los menores⁴⁴. Así, MORENO VELASCO señala que en caso de que existan hijos menores, la mayor parte “de los juzgados y Tribunales mantienen la ineficacia de los acuerdos reflejados en convenio regulador no aprobado judicialmente, habida cuenta de que tratándose de materias de *ius cogens*, los pactos deben pasar por el control judicial para tener validez”⁴⁵. Por tanto, si los cónyuges acuerdan una medida en relación al uso de la vivienda familiar y existen hijos menores de edad, dicho pacto debe ser aprobado por el juez. Ello no impide, como señala ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, que la vivienda se asigne al progenitor no custodio, si los hijos tienen el derecho de alojamiento cubierto⁴⁶.

En relación a los pactos entre los cónyuges, estos son válidos cuando no existen hijos en el matrimonio y si no resultan dañosos para ninguno de los cónyuges. En este sentido

⁴² Pueden ampliarse tanto los pactos concretos incluidos en un acuerdo prematrimonial como las materias excluidas en: PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales...*, págs. 62 y ss.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos...*, *cit.*, págs. 88 y ss.

⁴³ GARCÍA RUBIO, M^aP., “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, *segona ponencia, ler relacions econòmiques en la crisi familiar, Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa*, 2004, <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021].

⁴⁴ Así lo señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia. Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist & Jurist*, Vol. 16, N° 118, 2008, págs. 21 y ss.; MORENO, V., “La validez de los acuerdos prematrimoniales”, *Diario La Ley*, N° 7049, Sección Tribuna, 5 Nov. 2008, Año XXIX, Ref. D-313, Editorial LA LEY (LA LEY 40251/2008).

⁴⁵ MORENO, V., “La validez de los acuerdos prematrimoniales”, *Diario La Ley*, N° 7049, Sección Tribuna, 5 nov. 2008, Año XXIX, Ref. D-313, Editorial LA LEY (LA LEY 40251/2008).

⁴⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist & Jurist*, Vol. 16, N° 118, 2008, págs. 22 y 23.

PÉREZ MARTÍN señala como posible pacto, que podría acordarse si no resulta dañoso para los cónyuges, lo siguiente: “Imaginemos el supuesto en el que uno de los cónyuges es titular del inmueble y en el momento de contraerse el matrimonio bajo el régimen de gananciales resta por pagar una parte del préstamo hipotecario. Si se pacta que, en caso de declararse la separación o el divorcio, el cónyuge titular abonará al no titular la mitad de las cuotas que se han hecho efectivas constante el matrimonio, convirtiéndose así en el único titular del inmueble”. Esta es la forma en la que el autor señala cómo podría acordarse este tipo de pacto, apuntado de manera adicional lo siguiente, lo cual compartimos: “no creemos que este pacto vaya contra el orden público ni en perjuicio de tercero, ni que, y esto es lo más importante, exista ninguna norma que impida tal pacto, dado que las medidas en relación con la vivienda están en función de que exista o no pacto entre las partes”⁴⁷.

En todos los casos hay que tener en cuenta el momento en el que fueron adoptados y cuándo se exige su cumplimiento, pues puede que durante ese tiempo hayan cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al acordar la medida en relación a la vivienda, de modo que en el momento de ejecutarlos resulten “inexigibles”⁴⁸.

En relación a la cuestión de los pactos, existe una alusión a la vivienda de manera concreta en el CCCat. Así se regula en su art. 233-21-3, el cual dispone: “En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso”. Por tanto, el precepto establece que, en previsión de una ruptura matrimonial, los cónyuges pueden pactar la atribución o distribución del uso de la vivienda, así como las

⁴⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales...*, cit., pág. 95. El autor señala otros posibles pactos que se pueden acordar citados por la abogada Isabel Winkels Arce, como “ofrecer el pago -total o parcial- del alquiler de una vivienda en determinada zona a cambio de adjudicarse el uso de la vivienda uno de los cónyuges, ofrecer una ayuda para la adquisición de una vivienda nueva al cónyuge custodio no titular del inmueble o, si la situación económica no lo permite, acordar el mantenimiento del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio no titular, pero con el compromiso de abonar una parte de la hipoteca”.

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, M^aP., “Acuerdos prematrimoniales...”, cit., <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm> [Fecha de Consulta: 20 de octubre de 2021].

diversas modalidades de uso⁴⁹. Pero este pacto no tendrá eficacia en dos casos: el primero, cuando dicho acuerdo perjudique a los hijos menores, y el segundo, si no se han incluido en un convenio regulador, los acuerdos que afecten a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

Por tanto, podemos indicar que recurrir a los pactos es también una posibilidad viable para acordar la atribución del uso de la vivienda familiar, pero que el derecho común, nuestro Código Civil Español no está regulado de forma expresa, a diferencia en los Derecho Forales de Cataluña y Aragón, donde si se permite a los cónyuges optar por los mismos.

3. REFLEXIONES

Podemos observar como el ordenamiento jurídico español ofrece diferentes posibilidades a los cónyuges que se quieren separar de mutuo acuerdo. Dos son las vías clave: convenio regulador y pacto prematrimonial.

Nos encontramos ante una materia dispositiva, en la que las partes podrán, en virtud del ejercicio del principio de voluntariedad y la propia disponibilidad de los bienes jurídicos en juego, establecer una serie de medidas sobre la vivienda familiar. Esta cuestión variaría si nos referimos a medidas vinculadas a cuestiones indisponibles o que presenten un claro interés público, como es el caso de las medidas relativas a los hijos, donde el principio de voluntariedad se matizaría, al entrar en juego la figura del Ministerio Fiscal, como responsable público.

Ante el análisis realizado, vemos como en España la situación se enrevesa o se complica al tener que convivir la legislación nacional con distintas legislaciones autonómicas, atendiendo a la realidad socio-política de nuestro país, que lo hace diferente al resto de países de nuestro entorno. En este análisis comparado radica el eje central de este estudio, puesto que vemos como la legislación nacional puede utilizar las ventajas, parcialmente planteadas, de diversas legislaciones autonómicas. La situación es complicada, pues no solo hablamos de técnica jurídica, sino de intereses políticos que pueden afectar

⁴⁹ REBOLLEDO VALERA, A.L., “Pactos en previsión de la ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”, en VV.AA: *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Aranzadi, 2008, pág. 746.

propriadamente a algo tan valioso como son los bienes comunes del matrimonio, y en concreto, a la vivienda familiar, que los cónyuges que ahora se separan de mutuo acuerdo, han compartido durante previsiblemente un largo tiempo.

En definitiva, nos encontramos ante un análisis pormenorizado que llega a una clara conclusión: la regulación, aunque existente, no es del todo completa, y será necesario que la misma vaya homogeneizando de manera progresiva entre las diferentes regiones de nuestro país, para que no exista diferencia ni merma de derechos entre unos ciudadanos y otros, con independencia del lugar donde residan o habiten.

REFERENCIAS:

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*.
VVAA. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.). 6ª Edición, 2021.
- CORTÉS DOMINGUEZ, V., y Moreno Catena V., *Derecho procesal civil. Parte especial*.
2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi,
Pamplona, 1995.
- GARCÍA RUBIO, Mª P., “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, *segona ponencia, ler relacions econòmiques en la crisi familiar, Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa*, 2004, <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021].
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar*, La LEY, 2020.
- MARTÍN BALDELLOU, C., “Cometario al art. 233-2 CCCat.”, en VV.AA: *Persona y familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, coord. general Encarnación Roca Trías, coord. de este volumen, Pascual Ortuño Muñoz, Sepín, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ CALVO, J., “Relación entre el convenio regulador y los nuevos planes de parentalidad: delimitación, contenido y eficacia”, *Actualidad Civil*, Nº 9, Sección Persona y derechos/A fondo, Septiembre 2020, Wolters Kluwer (LA LEY 11730/2020).

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., “Comentario al art. 91 CC”, en VVAA: *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009.
- MORENO, V., “La validez de los acuerdos prematrimoniales”, *Diario La Ley*, Nº 7049, Sección Tribuna, 5 Nov. 2008, Año XXIX, Ref. D-313, Editorial LA LEY (LA LEY 40251/2008).
- LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, Mª. C., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, en VV. AA: *El Derecho de Familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 281.
- LLAMAS POMBO, E., “Efectos de las crisis matrimoniales”, en VV.AA: *Acciones Civiles, Tomo I. Derecho de la persona, Derecho de sucesiones, Derecho de Familia*, dir. Eugenio Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2013, págs. 1397 y ss..
- PÉREZ GALVÁN, Mª, *Memento Experto. Crisis Matrimoniales*, VVAA. coord. Encarnación Roca Trías, 4ª Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual. Tomo II*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual. Tratado de Derecho de Familia, T.II*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PÉREZ HEREZA, J., “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, *El Notario del s. XXI*, Academia Maritense del Notario, marzo-abril, nº 18, 2008.
- <http://www.elnotario.es/index.php/121-hemeroteca/revistas/revista-18/2037-la-autonomia-de-la-voluntad-en-las-crisis-matrimoniales-0-04535731491200376> [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].
- PÉREZ UREÑA, A.A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones Prácticas*, Difusión jurídica, Madrid, 2008, pág. 55.
- PINTO ANDRADE, C., *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2013.

- REBOLLEDO VALERA, A.L., “Pactos en previsión de la ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”, en VV.AA: *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Aranzadi, 2008, pág. 746.
- SALAZAR BORT, S., “El uso de la vivienda familiar”, en VV. AA: *El contenido del Convenio Regulador. Sus diferentes aspectos*, coord. J.M. Llopis Giner, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, Madrid.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Las reformas legales que nos esperan”, en *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L., “Las reformas legales que nos esperan”, en VVAA: *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Dykinson, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2005, págs. 47 y ss.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L., “La disyuntiva entre el principio dispositivo y el inquisitivo como rector de los procesos matrimoniales”, en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Asociación Española de abogados de familia, Dykinson, Madrid, 2000.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L., “Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist & Jurist*, Vol. 16, Nº 118, 2008.

JURISPRUDENCIA:

- STS (Sala de lo Civil) de 30 de septiembre de 2011, ponente: Roca Trías, Encarnación (LA LEY 186204/2011).
- STS (Sala Primera, de lo Civil) de 21 de mayo de 2012, ponente: Roca Trías, Encarnación (LA LEY 58422/2012).
- STS (Sala Primera, de lo Civil) de 17 de octubre de 2007, ponente: Roca Trías, Encarnación (LA LEY 165788/2007).
- SAP Málaga (Sec. 6ª) de 26 de febrero de 2009, ponente: Díez Núñez, José Javier (LA LEY 54560/2009).

SAP Madrid (Sec. 24.^a) de 21 de enero de 2010, ponente: Hernández Hernández Rosario (LA LEY 11138/2010).

SAP Burgos (Sec. 2.^a) de 28 de junio de 2010, ponente: García Espina, Arabela Carmen (LA LEY 115508/2010).

SAP Málaga (Sec. 6.^a) de 18 de mayo de 2011, ponente: Alcalá Navarro, Antonio (LA LEY 191712/2011),

SAP Barcelona (Sec. 18.^a) de 31 de mayo de 2011, ponente: García Esquiús, Ana María Hortensia (LA LEY 130669/2011).

SAP A Coruña (Sec. 6.^a) de 7 de mayo de 2002, ponente: Vilariño López, María del Carmen (LA LEY 87305/2002).

LEGISLACIÓN:

Código Civil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763#art91>

Ley de Enjuiciamiento Civil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Ley 5/2011, de 1 abril, Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no Conviven. (Vigente desde 5 de mayo de 2011 hasta el 16 de noviembre de 2016).

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia.

Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

Ley 7/2015, de 30 de julio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de julio de 2014.<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438> (Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2021).