

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PACTOS
MATRIMONIALES

THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN MARRIAGE AGREEMENTS

Rev. Boliv. de Derecho N° 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 502-527

Lucía ROZALÉN
CREUS

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de octubre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La especial protección que dispensa nuestro ordenamiento jurídico a los menores tiene que ser tenida en cuenta al realizar cualquier tipo de pacto matrimonial.

Ese interés superior debe de presidir todo acuerdo entre los progenitores y será un límite a la autonomía de su voluntad. Por ello, el Juez velará por su cumplimiento en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, o en cualquier otro que se pretendan hacer valer.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; pactos matrimoniales; convenio regulador, derecho de familia.

ABSTRACT: *The special protection afforded by our legal system to minors must be taken into account when making any type of marriage agreement.*

The special protection afforded by our legal system to minors must be taken into account when making any type of marriage agreement. Therefore, the Judge will ensure compliance in separation, divorce or annulment proceedings, or in any other that are intended to be enforced.

KEY WORDS: *Best interests of the child; covenant marriage; regulatory agreement; Family right.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO LÍMITE EN LOS PACTOS MATRIMONIALES.- 1. Límites establecidos en la Constitución.- 2. Límites impuestos en el Código Civil.- III. PACTOS MATRIMONIALES SOBRE LOS HIJOS.- 1. Patria potestad, irrenunciabilidad.- 2. Guarda y custodia.- 3. Alimentos.- IV. CONVENIO REGULADOR.- 1. Patria potestad.- 2. Guarda y custodia.- 3. Visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio.- 4. Visitas y comunicación con abuelos.- 5. Uso de la vivienda familiar.- 6. Alimentos a favor de los hijos.

I. INTRODUCCIÓN.

Cada día en nuestra sociedad son más las parejas que antes o después de contraer matrimonio se deciden a realizar capitulaciones matrimoniales o cualquier otro tipo de pacto para ordenar los efectos que se derivan de su enlace¹.

Podemos definir los pactos matrimoniales como aquellos acuerdos que dos personas que van a casarse o que ya son cónyuges otorgan con el fin de regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su matrimonio. Pueden contener disposiciones acerca del régimen económico que ha de regir constante matrimonio, reglas para su liquidación, fijar aspectos de su convivencia, respecto de los hijos, o determinados acuerdos respecto de derechos sucesorios (como la promesa de mejorar o no mejorar), normas acerca de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, o cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.

Los menores de edad gozan de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Su falta de capacidad para querer y entender los actos jurídicos y posteriormente su inmadurez e inexperiencia les hace ineptos para actuar por sí mismos, procurándole la legislación el complemento de esta capacidad para realizar sus actos a través de la atribución a sus representantes legales para que actúen en su nombre, hasta que progresivamente el ordenamiento jurídico le va permitiendo

¹ No existen dudas a cerca de la validez de este tipo de pactos, habiendo sido reconocida en diversas sentencias, cabe destacar la reciente STS 13 marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:879), en la que además de pronunciarse a favor de la validez de este tipo de pactos, reconociendo de nuevo la autonomía de la voluntad en este tema, cosa que ya se había producido entre otras en la STS 20 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2178), STS 20 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1565), STS 21 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:696) y STS 31 enero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:358), se pronuncia acerca de la renuncia anticipada de determinados derechos antes de surgir la crisis matrimonial, y haciendo también referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*, sin duda de especial relevancia de citada sentencia.

• **Lucía Rozalén Creus**

Doctora en Derecho, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Correo electrónico: luciarozalen@icav.es

determinados actos en función de la edad, hasta que alcance la mayoría de edad donde se le atribuirá la capacidad de obrar por sí mismo.

De forma natural son los padres los que a través de la patria potestad lleven a cabo esta actuación en nombre de sus hijos.

El interés del menor deberá presidir toda actuación que se realice en nombre de ellos o a favor de estos, estando catalogado como principio constitucional al estar integrado en el art. 39.2 CE.

Respecto del interés del menor Fernández-Luna² señala: "... se ha definido el derecho del menor como la disciplina jurídica que comprende el conjunto de Derechos Fundamentales que tiene por objetivo principal la protección integral de todas las personas comprendidas desde que nacen hasta que cumplan dieciocho años, como sujetos titulares de esos derechos con sus correspondientes deberes y obligaciones... Desde esta consideración el interés del menor es utilizado en una doble vertiente, de un lado, en un aspecto positivo, que busca el beneficio del menor y la satisfacción de sus necesidades emocionales, materiales y afectivas, y de otro lado, en un aspecto negativo, que se orienta a evitar cualquier perjuicio o daño que pudiera infligirse al menor".

Así cualquier pacto que los cónyuges realicen que verse sobre sus hijos deberá respetar este principio³, y constituirá un límite a la autonomía de la voluntad de los padres, que deberá determinar el Juez en el procedimiento de separación o divorcio, o de hacer valer sus capitulaciones.

Los consortes podrán realizar los pactos respecto de materias que afectan a sus hijos menores de edad, pero con las limitaciones que vamos a ver, y con la intervención de los poderes públicos para su control.

2 FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN, E.: *Custodia compartida y protección jurídica al menor*, Tesis, Madrid, 2017. <http://eprints.ucm.es/41057/1/T38334.pdf>

3 Ya en 1984 se pronunció el Tribunal Constitucional en este sentido: "... en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos. Por eso, en este ámbito y cuando se trata de resolver sobre medidas fundadas en el interés público, y lo son las que afectan a los hijos menores de edad, no se pueden trasladar miméticamente el principio de congruencia, en la forma en que se entiende cuando articulan pretensiones presididas por el principio dispositivo, pues éste queda atenuado, por la ampliación de poderes al juez al servicio de los intereses que han de ser tutelados", STC 10 de diciembre 1984 (ECLI:ES:TC:1984:120). Más recientemente y en idéntico sentido la SAP Madrid 7 febrero de 2010: "... en el entorno de los procedimientos matrimoniales, no son aplicables, de una forma rígida, los principios de rogación y congruencia, pues el juzgador puede fijar medidas que no le hayan sido específicamente solicitadas, o conceder más de lo interesado, sin incurrir por ello en incongruencia por extra o ultra petita; pero tales facultades judiciales quedan constreñidas a los pronunciamientos que afecten a los hijos del matrimonio menores de edad o incapacitados, pues tales medidas han de ser presididas, por encima de cualquier otro condicionante sustantivo o procesal, por el principio de favor filii, lo que, en determinados supuestos, aconseja, e incluso exige, la desviación de lo solicitado por una u otra parte, con el fin de proteger, por encima de cualquier otro interés subyacente al pleito, aun perfectamente legítimo, el de quienes se han convertido en víctimas inocentes del conflicto de sus progenitores".

Vamos a ver los límites que nuestro ordenamiento jurídico impone.

Luego trataremos de forma breve los acuerdos que los progenitores pueden adoptar respecto de sus hijos en un pacto matrimonial en sentido amplio, que abarca tanto capitulaciones matrimoniales como cualquier otro en el que se dispongan reglas para sus relaciones constante matrimonio, o incluso en un pacto para una futura crisis matrimonial antes de que ésta haya surgido; y por último distinguiremos aquellos pactos recogidos en el convenio regulador, instrumento específico para recoger acuerdos una vez ya ha surgido la crisis matrimonial.

II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO LÍMITE EN LOS PACTOS MATRIMONIALES.

I. Límites establecidos en la Constitución.

Varios son los límites que podemos encontrar en nuestra carta magna a tener en cuenta para la validez de los pactos matrimoniales, respecto de los menores de edad podemos destacar, el de la igualdad de los hijos, que indudablemente afectará a los pactos matrimoniales que otorguen los cónyuges debiendo respetar éste.

Así debemos tener en cuenta el art. 14 CE “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Y debemos poner en relación con el art. 39.2 de la Carta Magna “Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

La Constitución como hemos visto, iguala a todos los hijos, sin que pueda existir discriminación alguna entre ellos, ni por su nacimiento, ni por su sexo ni por su filiación, de forma que equipara a todos los hijos proclamándoles los mismos derechos.

Las obligaciones derivadas de la patria potestad la tendrán los padres con todos sus hijos por igual, incluso aunque estuvieran privados de ésta.

Todo ello nos lleva a decir, que los pactos que realicen los cónyuges y afecten a sus hijos menores de edad o con la capacidad modificada deberán estar presididos por el principio de igualdad, respetando lo dispuesto por la ley, sin que puedan existir diferencias por razón de su filiación.

Así el ordenamiento jurídico crea mecanismos para la defensa de la pretendida igualdad, como por ejemplo a través de la figura del Ministerio Fiscal que, en relación con éste tema de la igualdad entre todos los hijos le confiere el papel de garante de la legalidad, como se recoge en la Circular 1/2001, 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles: “El Fiscal, cuya actuación estará dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público conforme a los arts. 124 de la Constitución y 3.6 del EOMF, no deberá, en modo alguno, soslayar la salvaguarda de otros valores y derechos constitucionales como son los de asegurar la protección integral de los hijos y garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, que consagran los apartados 2 y 3 del art. 39 de la Constitución, así como los derechos a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 del texto constitucional en cuyo ámbito cabe incluir el derecho a conocer la propia filiación biológica. El respeto y protección de tales valores y derechos deberán presidir sus intervenciones”.

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, con ocasión del frecuente supuesto de pretensión por uno de los progenitores de modificar a la baja la pensión de alimentos fijada en sentencia, bien por aprobación de convenio judicial, bien en el seno de un procedimiento contencioso, tras el nacimiento de nuevo hijo habido de otra relación post ruptura, determinando la absoluta igualdad de todos los hijos:

“Por consiguiente, el hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, dice la sentencia, «no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al art. 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante”, STS 1 de febrero 2017⁴.

Existe otra materia en que la Ley también proclama la igualdad entre los hijos y que además, que puede ser objeto de pacto entre los cónyuges en cierto sentido. Nos referimos a los derechos sucesorios, que pueden ser objeto de pactos matrimoniales en menor medida en el derecho común y en mayor en alguno de los derechos forales.

4 STS 1 febrero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:320).

Así el art. 931 CC dispone “Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación”.

No significa esto que todos los hijos y demás descendientes tengan que heredar lo mismo y en la misma proporción, pues la legislación permite que se produzcan mejores a favor de uno o varios de los hijos o descendientes, heredando uno de los tercios de la legítima que la ley reserva para ellos, y repartiendo el otro de los tercios, el de legítima estricta, entre todos los existentes. Lo que refiere este precepto es que *a priori* todos los hijos son iguales para heredar, y que no pueden existir desigualdades entre ellos por razón de su sexo, edad o filiación.

Los pactos matrimoniales que vulneren la igualdad entre los hijos por serán nulos de pleno derechos, por ir contra lo prescrito en la Ley.

2. Límites impuestos en el Código Civil.

A lo largo del articulado del Código Civil vemos varias referencias a materias excluidas o a límites impuestos con ocasión de la celebración de contratos, y que afectan en alguna medida a los hijos.

Así, por ejemplo, el art. 1271 CC establece que pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, a *sensu contrario*, y aplicado a la materia que nos ocupa, no podrán instituirse pactos en virtud de los cuales se vulnere este precepto incluyendo estipulaciones que versen sobre extremos que estén fuera del comercio de los hombres como, como por ejemplo, la venta de un hijo habido del matrimonio.

Además el art. 1814 establece que “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

Pero sin duda el límite más contundente que impone el Código Civil respecto de los pactos matrimoniales es el que recoge en el art. 90.

Dice el apartado 2 del citado artículo que “Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

Así mismo si el procedimiento se está siguiendo ante el Letrado de la Administración o Notario, por ser un procedimiento de mutuo acuerdo en el que no existen hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada, el mismo artículo recoge el mismo mandato respecto de los cónyuges o hijos mayores de edad o emancipados: “Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el

Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”.

De esta forma la ley está vetando la aprobación de un pacto integrado por los cónyuges en un convenio regulador y que pueda ser perjudicial o dañoso para los hijos de los otorgantes.

Aquí está primando el interés superior del menor o de la familia, en caso de ser mayores de edad.

De igual modo prohibiendo el art. 1328 que las capitulaciones matrimoniales contengan cualquier estipulación contraria a las leyes, será nula la que contravenga las disposiciones referidas a los hijos siendo dañinas para ellos.

Además de lo dispuesto en el Código Civil se tendrá que atender a otras leyes que protegen a los menores como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

III. PACTOS MATRIMONIALES SOBRE LOS HIJOS.

I. Patria potestad, irrenunciabilidad.

La patria potestad está regulada en el Código Civil, en los arts. 154 a 171.

De esta manera el primero de ellos nos dice: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

Así la patria potestad, hoy, está configurada como un conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a los padres sobre los hijos no emancipados, tanto sobre su persona como sobre sus bienes, y que de conformidad con lo dispuesto por el legislador habrá de ejercerse siempre en interés de los hijos, y entre los que se encuentran el deber de tenerlos en su compañía, prestarles alimentos, protegerlos, educarlos, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Esta institución ha tenido una gran evolución en nuestro ordenamiento jurídico desde su creación por el Derecho romano, estableciendo el poder exclusivo del padre respecto de sus hijos.

Sin entrar en detalle, por ser objeto excesivo al presente trabajo, tenemos que señalar que a partir de la Constitución de 1978 cambió la configuración de la patria potestad. El art. 39 incluye la protección de los hijos entre los principios rectores, elevando su protección a constitucional. Consecuencia de ello, fue la reforma del Código Penal operada por la Ley 11/198, introduciendo, entre otras novedades, que la patria potestad será ejercida como norma general conjuntamente por el padre y por la madre.

Tenemos que distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio.

En cuanto a la primera, que corresponde por igual a ambos cónyuges, y que se adquiere por la mera filiación es irrenunciable e imprescriptible, y solo se perderá de forma definitiva por la muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores, o por el cumplimiento de la mayoría de edad del hijo.

Respecto de su ejercicio, que también corresponde como hemos afirmado a ambos progenitores de forma conjunta, solamente por causa judicial puede ser suspendida o perdida por resolución judicial.

Mientras que la titularidad es obligatoria, sin que se pueda excluir ni de forma unilateral ni por pacto entre los dos padres, en cambio sí que caben determinados pactos en cuanto al ejercicio.

El art. 156 CC establece “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

Por tanto, cualquier pacto que excluya la patria potestad de uno de los progenitores se haya acordado bien mediante pacto prematrimonial, bien a través

del convenio regulador, debe reputarse nulo. Sin embargo, en cuanto a la forma concreta de llevar a cabo su ejercicio sí que se podrá pactar, recogiendo esta posibilidad el Código Civil, art. 92.4, respecto de su inclusión en el Convenio Regulador.

Aunque eso sí, este tipo de pactos que afectan a hijos menores de edad serán sometidos al control judicial, como ya hemos manifestado.

2. Guarda y custodia.

Si uno de los deberes que engloban la patria potestad es tener a los hijos en su compañía, a través de la guarda y custodia se lleva a cabo este derecho-obligación de los padres.

En principio cuando los progenitores están casados, tienen el deber de vivir juntos e inicialmente no existe pega respecto de la guarda y custodia de los hijos, los cuales convivirán con ambos padres en el domicilio familiar.

Por tanto los problemas pueden ocurrir cuando surge esa ruptura de la convivencia entre los progenitores estableciendo cada uno de ellos su domicilio por separado.

Por ello, los únicos pactos que en principio tienen razón de ser son aquellos que se contemplan para una futura crisis matrimonial, o una vez surgida ésta.

Los pactos en este sentido son válidos y deberán ser tenidos en cuenta por el juzgador en el momento de establecer las medidas por las que se van a regir las relaciones paterno-filiales tras el surgimiento de la nueva situación desencadenada por la separación o ruptura matrimonial de los progenitores.

Éstos serán aprobados siempre y cuando lo acordado por los padres no perjudique el interés del menor, en caso contrario, será el Juez el que teniendo en cuenta precisamente esta protección al menor dicte las medidas que considere más beneficiosas sin estar sujeto por lo pactado por los progenitores.

En este punto debemos decir que el interés del menor primará sobre todas las cosas, incluso los intereses de los padres o el principio de igualdad entre ambos, aunque contravenga lo pactado entre ellos.

3. Alimentos.

Uno de los deberes de los padres respecto de sus hijos menores incluidos en la patria potestad que incluye el art. 154 del Código Civil es el de alimentación.

Es una obligación indisponible e imprescriptible, que siguen teniendo los padres incluso aunque no ostenten la patria potestad por cualquier motivo, como nos recuerda el art. 110 CC, e incluso cuando la filiación es determinada judicialmente contra la oposición del progenitor, art. 111 CC.

Aquí en sede de alimentos a favor de los hijos menores, sí cabe que los padres hagan pactos para determinar la contribución que cada uno de ellos hará para sufragar la alimentación de los hijos, que no solo comprende la comida, sino que es más amplio, de conformidad con el concepto dado por el art. 142 CC “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Así será posible que los cónyuges a través de un pacto matrimonial fijen que uno de ellos abone el coste de determinado colegio, por ejemplo privado, o que los gastos del sustento se sufragarán de acuerdo con determinado porcentaje.

En cuanto a los acuerdos adoptados por los cónyuges cuando ya ha surgido la crisis matrimonial, expresados en un convenio regulador, tenemos que afirmar que también es posible la inclusión de los alimentos. No solamente es que sea viable su inserción en el convenio, sino como veremos, es obligatoria su fijación, siendo contenido indispensable de conformidad con lo dispuesto en el apartado d) del art. 90 CC

Lo que no se podrá pactar en ningún momento, ni a través de un pacto prematrimonial ni a través de un convenio regulador será la exclusión de uno de los progenitores en la obligación de alimentos para con sus hijos.

De la misma opinión Montero⁵ al decir: “Al quedar confiado el hijo a la guarda de uno de los progenitores, el otro debe pagar a éste la pensión alimenticia, pero esto no supone que el titular del derecho sea el progenitor. Así el progenitor que asume la guarda y custodia del hijo no puede renunciar a un derecho que no es propio. El derecho a los alimentos no es renunciable, dice el art. 151, pero es que además esta renuncia, que prohíbe, se refiere al titular del derecho, por lo que con mejores razones no puede renunciar un progenitor a la contribución del otro a los

5 MONTERO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 24.

alimentos del hijo, dado que estaría renunciando a algo que es de la titularidad del hijo (SAP Palencia de 10 de febrero de 1999, AC 1999/3742)".

Tenemos que señalar en este momento que incluso en situaciones en el que el progenitor tenga escasez de medios económicos o incluso cuando se desconozca su paradero, deberá de fijarse una pensión de alimentos a favor del menor, sin que, como decíamos, quede uno de los padres excluido de la alimentación de su hijo menor. Así STS 22 julio 2015⁶ ha recogido: "En torno al mínimo vital esta Sala ha declarado recientemente en sentencia de 2 de marzo de 2015, rec. 735/2014:

"Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.

De la referida doctrina se deduce que como marca el art. 93 del C. Civil se deberán determinar 'en todo caso' los alimentos que la menor ha de percibir de su progenitor, en base al principio de proporcionalidad".

Además, al tener la pensión de alimentos naturaleza de orden público, el Juez no estará vinculado por lo propuesto por las partes, puesto que si entiende que es perjudicial para el interés de los hijos no procederá a homologar el convenio, pudiendo establecer la obligación de prestar alimentos incluso de oficio, dado el carácter personalísimo, indisponible, irrenunciable e imprescriptible del derecho de alimentos. Cosa distinta es la disposición que el acreedor tendrá respecto de las pensiones vencidas y no satisfechas, cuya acción prescribe a los cinco años.

En cuanto a la no vinculación del Juez, no estando obligado por el acuerdo de los progenitores, varias son las Sentencias en este sentido, entre otras, SAP Barcelona 9 de octubre de 1992, y la SAP Oviedo 16 de diciembre de 1989, la cual recoge "Si bien los cónyuges gozan en principio de libertad para redactar las cláusulas del convenio en los términos que estimen conveniente, esta libertad de pacto no es absoluta en las materias que afecten a los hijos menores, ya que sobre ella prevalece el interés de estos últimos, obligando al juez al no aprobar aquellas cláusulas que resulten lesivas".

IV. CONVENIO REGULADOR.

La concepción del derecho matrimonial tuvo un gran cambio producido por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Hasta la citada Ley el derecho de familia tenía muy

⁶ STS 22 de julio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3835).

limitada, la autonomía de la voluntad, siendo a partir de esta reforma cuando se introduce la figura del convenio regulador, a través del cual se permitió que los cónyuges pudieran regular los efectos derivados de su separación o divorcio.

El Código Civil, hace alusión al mismo en diferentes artículos para exigir su formulación en los procedimientos de separación o de divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno de los cónyuges con consentimiento del otro, tanto cuando existen hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente, decretado judicialmente, o sin la existencia de éstos o siendo mayores de edad, ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario. Sin embargo, no da un concepto del mismo.

Podemos decir, siguiendo a Díez-Picazo⁷, que el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia mediante el cual los otorgantes de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro pactan los efectos por los cuales se registrará su nueva situación de separación o divorcio tras la crisis matrimonial.

En cuanto a su naturaleza jurídica, comparto la opinión de Torrero⁸, en que se trata de un negocio jurídico sui generis, ya que por una parte interviene la autonomía de la voluntad, y de otra, el control judicial.

Pues es precisamente esta aprobación judicial lo que le caracteriza y diferencia de otros pactos a los que los cónyuges pueden llegar tanto antes de surgir la crisis matrimonial, como son los pactos prematrimoniales o las capitulaciones, como una vez ya surgida la misma, que dará lugar a los convenios privados no ratificados ante sede judicial.

Esta aprobación será necesaria para su eficacia, pero no para su validez, que la tendrá siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la misma.

El contenido indispensable está recogido en el apartado primero del art. 90 CC "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, 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.

7 DIEZ-PICAZO, L.: "El negocio Jurídico del Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, Tomo XLIV, pp. 171 y ss.

8 TORRERO MUÑOZ, M.: "Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio", en AA.VV.: *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos* (coord. J.M. LLOPIS GINER), Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 32.

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 y 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”.

Como es obvio no la totalidad de los extremos contenidos en el art. 90 serán incluibles en todos los casos. Pasemos a estos pactos que debe contener el convenio en relación con los menores o incapaces.

I. Patria potestad.

Como hemos tenido ocasión ya de pronunciarnos, la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes irrenunciable, y que solamente se puede privar de ella a un progenitor, que la posee por el mero nacimiento de un hijo, en virtud de resolución judicial. Así el art. 170 del CC dicta que podrán ser privados total o parcialmente por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma por sentencia fundada en este hecho o dictada en una causa criminal o matrimonial.

Siendo un precepto restrictivo de los derechos inherentes de los padres deberá ser aplicado de forma restrictiva.

Por ello no cabe el acuerdo sobre su exclusión en ningún tipo de pacto matrimonial, tampoco en el convenio regulador.

En la práctica los convenios suelen contener la cláusula por la que se proclama que la patria potestad la ostentarán ambos otorgantes, aunque como vemos, es superflua puesto que esto es así aunque nada dijera el convenio al respecto.

El propio art. 90 da por sentado que la patria potestad la ostentan ambos progenitores, pues habla del cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, y lo único que permite pactar es el ejercicio de ésta, en su caso.

Por su parte el art. 92.4 CC “Los padres podrán acordar en el Convenio Regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.

Pues bien, lo que sí se permite es que los padres acuerden mediante convenio que el ejercicio de ésta patria potestad sea ejercida por uno de ellos en determinados asunto o en general.

No es infrecuente el pacto en este sentido cuando los progenitores viven en lugares muy distantes o, sobre todo, en los procesos de medidas de hijo extramatrimonial cuando durante años ha sido solamente uno de los progenitores el que se ha ocupado en solitario de todas las decisiones que afectan al menor.

Las principales previsiones que se hacen al respecto son en relación con la toma de decisiones, como la elección de centro escolar, la información que proporciona éste, temas sanitarios o de asistencia al menor; participación en actos o eventos, entre los que se incluyen los religiosos como puede ser la primera comunión. Son precisamente los temas de carácter patrimonial los que menos se prevén, quizá porque pese a lo que pueda parecer son los que menos conflicto crean, solíéndose limitarse a los actos de administración o disposición de bienes titularidad de los menores, que en la práctica la mayoría de veces se reducen a una cuenta bancaria o libreta de ahorro.

Además tenemos que distinguir entre los actos de ejercicio ordinario que puede el progenitor custodio llevar a cabo sin necesidad del consentimiento del otro progenitor, o que el art. 156 CC da en llamar los que realice uno de ellos conforme al uso social, además de aquellas situaciones o circunstancia de urgente necesidad, de aquellos otros que podríamos calificar de extraordinarios para los cuales es necesario el consentimiento de ambos padres o en su defecto la autorización judicial.

Obviamente afectando directamente al menor, y tratándose de una materia con una disponibilidad tan restringida, el Juez podrá no aprobar un pacto sobre el ejercicio de la patria potestad de un menor si entiende que perjudica al interés superior de éste. Por supuesto que un pacto sobre su titularidad será nulo de pleno derecho.

2. Guarda y custodia.

El ejercicio de la patria potestad conlleva una serie de funciones que tienen que ejercer los padres entre las que se encuentra el tener a los hijos en su compañía.

Una vez producida la ruptura matrimonial, y viviendo cada uno de los progenitores en un domicilio distinto, obviamente los hijos menores de edad tendrán que fijar su residencia en uno de los domicilios de los padres, y precisamente el encargado de vivir con ellos el que ostentará la guarda y custodia,

a excepción de que ésta se otorgue o pacte compartida, caso en el que el menor convivirá por periodos iguales con su padre y con su madre.

El ostentar la guarda y custodia no merma en ningún caso las demás deberes y derechos inherentes a la patria potestad, tal y como recoge Crespo⁹.

Desde la promulgación del Código Civil la institución de la guarda y custodia ha ido cambiando a lo largo de los años, aunque como veremos no ha sido hasta los últimos años cuando ha evolucionado de manera equitativa y respetando los derechos y la igualdad entre ambos progenitores.

Además, en muchas ocasiones el propio texto legal confundía o utilizaba indistintamente los términos guarda y patria potestad, sin realizar la distinción que entre ambas figuras existe, además de utilizarla como *castigo* contra el cónyuge culpable hasta la supresión de las causas de separación.

Primeramente, hasta la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio el Código Civil atribuía la guarda y custodia de los hijos en las situaciones de nulidad o separación según las reglas preestablecidas en su propio articulado dejando un mínimo por no decir casi nulo margen al poder de decisión de los propios progenitores.

No es hasta la entrada en vigor de esta Ley, como ya hemos referido, cuando se introduce la figura de convenio regulador permitiendo regular los efectos que producirá la situación creado post crisis matrimonial, y en el caso que nos ocupa, regular por parte de los cónyuges la guarda y custodia de sus hijos menores de edad.

A partir de entonces se viene permitiendo que, a través del convenio regulador, presentado en un procedimiento de mutuo acuerdo o a iniciativa de uno con el consentimiento del otro cónyuge, los otorgantes decidan al cuidado de quien se van a quedar los hijos menores de edad habidos del matrimonio, pudiendo incluso también optar, como no, por el establecimiento de una custodia compartida, que el Texto Legal no contempló hasta la reforma introducida en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Siendo materia que afecta directamente a menores de edad y debiendo primar sobre todo su interés superior éstos pactos podrán ser rechazados por el Juez en el momento de ejercer su control sobre el convenio presentado, denegando su aprobación y requiriendo a los otorgantes para realizar las modificaciones precisas,

9 CRESPO ALLUE, F.: "La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial", en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. C. CUILARTE MARTÍN-CALERO), Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 67.

y en último caso dictar las medidas que crea oportunas de acuerdo con lo más conveniente para el menor recabando informe del Ministerio Fiscal y oyendo a los menores si tuvieren suficiente juicio, y lo creyera necesario, o recabando los informes que crea oportunos del Equipo Técnico Judicial para determinar el régimen de custodia más idóneo para el menor.

3. Visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio.

Uno de los extremos que ordena el art. 90 del Código Civil como contenido que debe acoger el convenio regulador es el régimen de comunicación y estancia que debe disfrutar el menor de edad con su progenitor no custodio.

Es un derecho legalmente establecido y que por tanto ningún pacto puede excluir; otra cosa distinta es que se permita, o incluso en el seno de un procedimiento de mutuo acuerdo o a iniciativa de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, se exija, su inclusión en el convenio regulador del concreto ejercicio del mismo, así como la configuración de su puesta en práctica.

Además, entiendo que, tratándose de una cuestión declarada de orden público, y debiendo de prevalecer el interés superior del menor, el Juez goza de amplias facultades tanto en orden al control de dicha cláusula para la homologación del convenio, como para poder establecer de oficio aquellos pronunciamientos que considere convenientes para garantizar los derechos de los menores.

Aunque parece obvio tenemos que reseñar que los titulares del derecho de visitas y comunicación lo es el menor y el progenitor con el que no conviva, pese a que en la práctica, en algunas ocasiones son los abuelos o demás parientes los que se encargan del cuidado, alimentación, y estancia de los menores durante las visitas, es el progenitor no custodio el que ostenta el derecho, siendo éste personalísimo.

Recordar que, en esta clase de procedimientos, como hemos señalado para la guarda y custodia, en caso de desacuerdo entre los progenitores, o que el mismo entienda el juez que no es idóneo para el menor, éste tiene derecho a ser oído, como lo indica el art. 770.4 LEC.

Pese a que coloquialmente se suele utilizar o llamar régimen de visitas, acertadamente el Código Civil utiliza el vocablo “estancia” puesto que en la simple visita podría conducir a error y no incluir la pernocta con el progenitor no custodio, y solamente acoger lo que hoy en día solemos llamar visitas inter semanales sin pernocta; así no queda género de duda que tanto en el régimen de visitas ordinario como durante los periodos de vacaciones el progenitor no

custodio disfrutará en su domicilio, u otro lugar elegido por éste (hotel, residencia de vacaciones, casa de familiares, etc.) de la compañía del hijo menor de edad.

Por lo que se refiere al régimen de comunicaciones el progenitor que no ostente la guarda y custodia del menor lo realizará precisamente durante el tiempo que éste permanezca con el progenitor custodio, procurando no interferir en las actividades cotidianas del menor.

Igualmente el progenitor custodio tendrá derecho de comunicación con su hijo cuando éste se encuentre en compañía del otro progenitor durante la estancia de fin de semana o de periodos vacacionales.

En numerosas ocasiones se ha pronunciado nuestra jurisprudencia acerca de la finalidad de éste régimen de visitas.

Podemos encontrar la finalidad que se le otorga al régimen de visitas en la SAP Valencia, Sección 10ª, 4 octubre 2010: “Finalmente en cuanto al régimen de visitas debe decirse que el mismo no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo”.

Una vez encuadrada la naturaleza, contenido y finalidad de esta figura, tenemos que afirmar que cabe, y además es positivo, el pacto respecto a la fijación de quien es el progenitor que deberá recoger y entregar al menor en el domicilio de cada uno de los padres, extremo que cobra especial importancia en el caso en que entre ambos medie una considerable distancia.

Si no existe tal acuerdo, el Tribunal Supremo ha dictado el siguiente criterio: "...que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:

Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.

Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.

Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables", entre otras, STS 19 noviembre 2015¹⁰.

4. Vistas y comunicación con abuelos.

Dice el art. 160 CC en su apartado segundo que "No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes y allegados resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores".

Por tanto se concibe que los menores poseen el derecho de relacionarse y visitar a sus abuelos y otros parientes y allegados. Este derecho lo tienen con

¹⁰ STS 19 noviembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4923).

independencia de la situación sentimental de sus padres, es decir, que el presente artículo está pensado tanto para las situaciones en que el menor convive con ambos padres como cuando éstos han entrado en crisis y rompiéndose tal convivencia entre los progenitores se pasa a una guarda y custodia del menor bien a favor de uno de los padres bien a una compartida.

Por ello *a priori* tanto un pacto matrimonial que regule extremos durante la vigencia del matrimonio como un pacto creado para establecer los efectos de una crisis matrimonial otorgado tanto antes o después de aparecer ésta podría contener un acuerdo respecto del régimen de visitas y comunicación de nietos con abuelos.

Para éste último supuesto el art. 90 prevé como una de las materias a incluir en un convenio regulador en su apartado b) "Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos".

Como se aprecia, parece ser que el legislador más que exigir su inclusión, lo deja al criterio o arbitrio de los otorgantes, puesto que refiere "si se considera necesario".

Frente a ello, la derogada Ley Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, sí que exigía la inclusión necesariamente de este punto en el convenio, y así disponía en su art. 4 que: "El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: b)El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación".

Y además he de decir que en la práctica, si no se hacía mención a ello, muchos juzgados de oficio, o por petición del Ministerio Fiscal en su informe, requerían a las partes para procedieran a su inclusión previamente a la homologación del Pacto de convivencia familiar.

Habitualmente, y máxime cuando la Ley establecía la custodia compartida como lo general y la custodia monoparental como excepcional, se solían incluir cláusulas del tipo: "Que ambos comparecientes de conformidad con lo establecido en el art. 4 b) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el cual establece que se debe fijar el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, de común acuerdo establecen que cada uno de los progenitores en el periodo de custodia que le corresponda se compromete a que la menor visite a

los abuelos y demás familia del progenitor en cuya compañía se encuentren en cada periodo que al mismo le corresponda”.

Sin embargo, el derecho foral catalán, al igual que el común no lo configura como una materia de obligada inclusión, y deja al arbitrio de los progenitores su inclusión, y también a la decisión del juez su aprobación o no de tal pacto, además de exigir que los implicados den su consentimiento.

Aunque el tema no es novedoso, y ya la jurisprudencia se había pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, es cierto que el legislador no había plasmado el tema, hasta que en virtud de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico éste derecho a favor de los menores.

Pese a que, como apuntábamos, cabe que los progenitores realicen pacto al respecto, y así lo recoge expresamente nuestro Código Civil con ocasión del convenio regulador, en el que deja la puerta abierta para que los progenitores incluyan en el mismo el régimen de visitas y comunicaciones respecto de sus hijos menores de edad con sus abuelos, tales pactos deberán pasar el control judicial.

Si forman parte del convenio regulador el Juez para su aprobación deberá comprobar que cumple con todo lo requerido, pudiendo denegar su inclusión o a la inversa incluso procediendo de oficio a la adopción de las medidas necesarias para la preservar el interés superior del menor, si entiende que la inclusión de tal cláusula es beneficiosa para el bienestar del niño; pues no olvidemos que se trata de una materia de orden público, teniendo el Juez amplias facultades para determinar que es lo mejor para el desarrollo del menor.

Entiendo que se deberá estar al caso concreto, y siendo configurado como un derecho de los menores, como hemos visto, en principio será nulo un pacto en que los progenitores sin causa justa prohíban el contacto con uno o varios de los abuelos del niño.

En cuanto al contenido del derecho puede ser variado y ceñirse a la comunicación y visita estrictamente o por el contrario llegar a establecerse algún tiempo de pernocta.

Pero tenemos que decir que en ningún caso éste derecho tiene el mismo régimen que el de visitas con los progenitores, puesto que el fundamento de ambos es distinto, ya que el de éstos últimos deriva de la patria potestad que es más amplia en derechos y obligaciones, y que los abuelos no ostentan.

5. Uso de la vivienda familiar.

El acuerdo o pacto al que pueden llegar los cónyuges, dentro de un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno con el consentimiento del otro, debe contener la atribución del uso de la vivienda, junto con el ajuar doméstico, siendo uno de los extremos que debe contener ineludiblemente el convenio regulador, según exige el art. 90 del Código Civil.

De esta manera los cónyuges pueden apartarse de las reglas establecidas en el art. 96 CC y fijar las que hayan consensuado.

Ahora bien, existiendo hijos menores de edad, y siendo materia que les puede afectar, el Juez ejerciendo su control sobre el convenio presentado antes de su homologación podrá no aceptar el pacto al que hayan llegado los cónyuges, dado que aquí se deberá tener en cuenta el interés superior del menor, que conllevará como señala Verdadera¹¹ en relación con la vivienda familiar “se traduce en la suma de una serie de factores a tener en cuenta como son: las circunstancias personales de los padres y afectivas de los hijos. Aunque no se ciñe a ellas sino que también se deben tener en cuenta otros factores o circunstancias de tipo familiar, material, social y cultural para valorar el entorno del menor, con el objeto de mantener su status quo; a pesar de que dicha interpretación ha experimentado una evolución, como con posterioridad comprobaremos. En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y la STS, 1ª, 2.6.2014 (Ar. 2842; MP: José Antonio Seijas Quintana). Hasta fechas relativamente recientes, tal principio en este ámbito se reflejaba en la estabilidad de los menores que supone: “el mantenimiento de su entorno, sus referentes y su espacio de socialización”, STS, 1ª, 31.5.2012 (Ar. 6550; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y STS, 1ª, 19.11.2013 (Ar. 7447; MP: José Antonio Seijas Quintana). Se pretende que tras una ruptura conyugal, la estabilidad del menor no se vea sumamente afectada de manera que las relaciones con sus familiares, situación escolar, afectiva y su círculo social se mantenga. De este modo se configura como una medida de carácter y contenido asistencial, derivada de la patria potestad y, concretamente, del deber de tenerlos en su compañía.”.

Además, en virtud de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que modifica el art. 82 del Código Civil, dicta para el caso en que los progenitores lleguen a un acuerdo respecto de éste tipo de pactos en un procedimiento de mutuo acuerdo ante el Secretario judicial o ante Notario: “Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario

¹¹ VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”. *Indret Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, Barcelona, 2016, p. 6. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305699/395577>

judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”.

Señálese que la atribución del uso de la vivienda familiar se realizará sin perjuicio de la titularidad de la misma. Ésta puede pertenecer a ambos cónyuges bien con carácter ganancial bien pro indiviso, puede que sea de solo de uno de los esposos, o incluso que sea propiedad de un tercero (bien por ser alquilada, bien por ser de algún familiar por ejemplo de los cónyuges).

Además deberá de tratarse de la vivienda familiar, es decir, la que satisface la necesidad permanente de residir y no otra, por lo que quedan fuera de éste concepto los garajes, trasteros, segundas residencias o cualquier otro inmueble. Eso sí cabrá también el pacto respecto de estas propiedades, en virtud del consenso de ambos otorgantes, pero sin que se les otorgue la protección que se le dispensa a la vivienda familiar, por lo que el Juez aprobará éstos pactos sin necesidad de determinar la necesidad de protección de los menores en caso de que los haya.

6. Alimentos a favor de los hijos.

Como ya hemos expuesto con ocasión de los pactos prematrimoniales que los cónyuges pueden otorgar para el supuesto caso de una crisis matrimonial respecto a los hijos comunes del matrimonio, ya señalamos que la patria potestad inherente a la condición de padres incluye entre sus deberes el de alimentación a los hijos, y que la misma subsiste incluso cuando los primeros dejan de ostentarla por cualquier motivo.

Además, vimos, como tratándose de los hijos el concepto de alimentos se extiende a todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como también educación e instrucción; como acoge un significado extenso de la palabra alimentos que engloba todo lo necesario para la crianza y desarrollo tanto físico como intelectual de los menores.

Así las cosas, tenemos que reiterar que jamás cesará tal obligación que es innata a la condición de padres, y que por supuesto el surgimiento de la crisis matrimonial y su resolución en la separación o divorcio de los progenitores no eximirá nunca de las obligaciones derivadas de la patria potestad en caso de menores de edad o del vínculo paterno-filiales en el caso que el hijo sea mayor de edad.

El Tribunal Supremo con ocasión de supuestos planteados por dificultades económicas del progenitor obligado al pago de la pensión de alimentos ha recogido

en su STS 12 febrero 2015¹²: “De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013)». Tratándose de menores, señala, «más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”.

En cuanto a la posibilidad de pacto entre los progenitores en este momento acerca de los alimentos a favor de los hijos, hay que decir que no solamente es posible, sino que es imprescindible su inclusión en el convenio regulador, siendo uno de los extremos exigidos como contenido mínimo que debe de comprender el convenio regulador, según exige el art. 90 del Código Civil.

Cosa distinta es que, siendo una materia de carácter indisponible e irrenunciable, en ningún caso la autonomía de la voluntad podrá eliminar tal obligación, y por ende será nula de pleno derecho una estipulación por la que se elimine la obligación de uno de los progenitores de alimentar a sus hijos.

Por tanto, es perfectamente aceptable, es más obligatorio, la inclusión de este pacto en el convenio regulador que regirá entre los otorgantes para regular los efectos de la nueva situación creada por la crisis surgida, pero con ciertas limitaciones derivadas de la parcial indisponibilidad de la materia con el objeto de garantizar todas las responsabilidades derivadas de la paternidad/maternidad.

Siendo así los progenitores podrá regular la cuantía o forma de prestar los alimentos, en su caso, pero nunca suprimirlos.

Tenemos que señalar que en este punto juega un papel fundamental el Juez puesto que además de establecer los alimentos que debe procurar cada uno de los cónyuges para el caso en que no exista acuerdo entre ellos, su labor es palpable incluso en el caso de mediar tal pacto. Así deberá de ejercer su control sobre el convenio y garantizar que se cumple con lo exigido por la ley y verificar que no se vulneren los derechos del menor.

Distinto es el caso de los hijos mayores de edad en el que el Juez no entrará a valorar los pactos alcanzados por los progenitores, en principio, a no ser que vulneren otros de los principios que rigen en para los pactos matrimoniales, como pudiera ser que fuera perjudicial para uno de los cónyuges.

¹² STS 12 febrero 2015 (ECLI:ES:TS:2015:439)

BIBLIOGRAFÍA

CRESPO ALLUÉ, F.: “La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial”, en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. C. CUILARTE MARTÍN-CALERO), Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 67.

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

FÉRNANDEZ-LUNA ABELLÁN, E.: *Custodia compartida y protección jurídica al menor*, Tesis, Madrid, 2017. <http://eprints.ucm.es/41057/1/T38334.pdf>

MONTERO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 24.

TORRERO MUÑOZ, M.: “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”, en AA.VV.: *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos* (coord. J.M. LLOPIS GINER), Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 32.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: La “necesidad de vivienda”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, Barcelona, 2016, P. 6. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305699/395577>

