

Institut de Dret privat europeu i comparat  
Universitat de Girona (Coord.)

# Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família



Materials de les Dissetenes  
Jornades de Dret català a Tossa

---

Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012



Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família  
(Materials de les *Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*)



**QÜESTIONS ACTUALS  
DEL DRET CATALÀ DE LA PERSONA  
I DE LA FAMÍLIA**

**Materials de les  
*Dissetenes Jornades  
de Dret català a Tossa***

INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT  
Universitat de Girona  
(Coord.)



Girona 2013

## Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347.61/.64(467.1)(063) JOR

Jornades de Dret Català a Tossa (17es : 2012 : Tossa de Mar, Catalunya)

Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família : materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa / Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona (coord.). - Girona : Documenta Universitaria, 2013. -- 628 p. ; 23,5cm  
ISBN 978-84-9984-195-3

I. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat 1. Dret català - Congressos  
2. Dret de família (Dret català) - Congressos  
3. Persones (Dret) - Congressos

CIP 347.61/.64(467.1)(063) JOR

Qualsevol forma de reproducció, distribució, comunicació pública o transformació d'aquesta obra només pot ésser realitzada amb la autorització dels seus titulars, llevat excepció prevista per la llei. Dirigiu-vos a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necessita fotocopiar o escanejar algun fragment d'aquesta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© dels textos: els autors

© de l'edició: Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria®  
[www.documentauniversitaria.com](http://www.documentauniversitaria.com)  
[info@documentauniversitaria.com](mailto:info@documentauniversitaria.com)

ISBN: 978-84-9984-195-3

D.L.: GI-811-2013

Imprès a Catalunya  
Girona, juny de 2013

Les Dissetenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport del Col·legi de Notaris de Catalunya i de

Universitat de Girona

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

L'edició d'aquesta obra ha comptat amb el suport de:





# Sumari

## PONÈNCIA INAUGURAL

<b>El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família.....</b>	<b>21</b>
M <sup>a</sup> EUGÈNIA ALEGRET BURGÚES	
I. Introducció.....	21
II. La doctrina del TSJC en relació amb la protecció dels menors .....	22
III. La doctrina del TSJC en relació amb la filiació .....	24
IV. Els efectes de la crisi familiar en la doctrina del TSJC .....	26
1. Guarda i custòdia dels fills menors .....	26
2. Aliments .....	29
3. Ús del domicili familiar.....	30
4. Pensió compensatòria .....	32
5. Compensació indemnitzatòria per raó del treball.....	36
V. Pactes privats en matèria de dret disponible.....	40
VI. Parelles de fet .....	42
VII.Efectes de les sentències de revisió de mesures econòmiques acordades .....	44

## PRIMERA PONÈNCIA

### INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

<b>L'assistència: abast i limitacions de la nova institució .....</b>	<b>49</b>
JORDI RIBOT IGUALADA	
I. El context de l'assistència .....	49
1. Ús i abús de la incapacitació .....	50
2. Models de dret comparat europeu.....	55
3. Quin model tenim avui a Catalunya? .....	68
4. Recapitulació .....	69
II. Règim jurídic de l'assistència .....	73
1. Beneficiari de la mesura.....	73
2. Nomenament d'assistent .....	79
3. Efectes de l'assistència .....	87
4. Modificació i extinció.....	91
III. Configuració de l'assistència regulada al CCCat .....	93
1. Institució de suport i protecció típica, de constitució judicial .....	93
2. Institució configurada entorn a la voluntat de la persona.....	95
3. Recapitulació .....	100
Bibliografia .....	101

<b>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva pràctica</b> .....	105
<b><i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial</i></b> .....	107
SÍLVIA VENTURA MAS	
I. Introducció.....	107
II. Anàlisi de la situació jurídica actual.....	108
III. La convenció dels drets de les persones amb discapacitat .....	108
IV. L'Assistent .....	110
V. Conclusió.....	111
<b><i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de l'advocacia</i></b> .....	113
MIQUEL PUIGGALÍ I TORRENTÓ	
I. Actuacions dins de l'àmbit personal .....	115
II. Actuacions d'àmbit patrimonial.....	117
III. Procediment.....	117
<b><i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia</i></b> .....	119
REMEI SORIANO	
I. Introducció.....	119
II. Aplicació pràctica de la figura de l'assistent .....	119
<b>El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat</b> .....	125
JOSEP M. VALLS XUFRÉ	
I. Introducció.....	125
II. Antecedents històrics.....	127
III. La llei 25/2010, Art. 222-2 CCCat .....	131
IV. Dret transitori: 1732 CC vs 222-2 CCCat.....	133
V. Naturalesa i règim jurídic del poder en previsió de pèrdua de capacitat a Catalunya .....	135
VI. Dret interregional i internacional privat .....	137
1. Plantejament.....	137
2. Normes de conflicte aplicables.....	138
3. Dret internacional privat .....	140
4. Dret interregional .....	141
VII. Començament de la vigència del poder preventiu.....	143
VIII. El poderdant .....	144
IX. L'apoderat .....	146
X. Objecte.....	147
XI. Forma: escriptura pública i inscripció.....	148
XII. Extinció .....	151
XIII. Rendició de comptes .....	152
XIV. Coexistència del poder preventiu amb altres institucions de protecció de la persona .....	153
1. La tutela.....	153
2. La curatela.....	155

3. El defensor judicial .....	155
4. El guardador de fet.....	156
5. L'assistent.....	157
6. L'administrador del patrimoni protegit .....	157
XV. Poder preventiu i poder mercantil.....	158
XVI. Conclusions .....	159
Bibliografia .....	162

## **La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit..... 167**

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

I. Presentació.....	167
II. La naturalesa i l'estructura del patrimoni protegit .....	169
1. El patrimoni, en general.....	170
2. Els patrimonis de la persona .....	171
3. Els patrimonis al servei d'una persona o una finalitat: els patrimonis independents .....	173
4. El patrimoni protegit com a patrimoni independent .....	176
5. Pluralitat de patrimonis protegits a favor d'una mateixa persona.....	183
III. Els beneficiaris del patrimoni protegit.....	184
1. Tipologia i limitació de la qualitat de beneficiari.....	184
2. El beneficiari pot ser el constituent del patrimoni protegit, però no el seu administrador .....	186
3. La pluralitat de beneficiaris .....	187
IV. La constitució del patrimoni protegit .....	188
1. El constituent.....	188
2. El negoci de constitució del patrimoni protegit .....	189
V. Les aportacions successives .....	197
VI. L'administració del patrimoni protegit.....	197
1. El càrrec d'administrador.....	197
2. L'actuació de l'administrador .....	199
3. El control de l'administració .....	201
VII. L'extinció i la liquidació del patrimoni protegit.....	202
1. Les causes d'extinció .....	202
2. Liquidació, rendició final de comptes i destinació del romanent .....	204
VIII. La publicitat registral.....	205
1. Àmbit general de publicitat: el Registre de Patrimonis Protegits .....	205
2. Àmbits específics de publicitat .....	206
Bibliografia .....	208

## **La regulació catalana dels patrimonis protegits, en particular la seva inscripibilitat registral i fiscalitat..... 211**

ANTONI GINER GARGALLO

I. Introducció.....	211
II. La inscripció dels patrimonis protegits als Registres públics.....	211
1. Inscripció al Registre de la Propietat.....	212
2. Inscripció al Registre Civil.....	219

3. Inscripció al Registre Mercantil .....	220
4. Registre de patrimonis protegits .....	220
III. La fiscalitat de la constitució, aportació i extinció dels patrimonis protegits.....	221

## SEGONA PONÈNCIA

### ELS FILLS MENORS DAVANT LA RUPTURA DELS PROGENITORS

<b>Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya.....</b>	<b>225</b>
--	------------

SUSANA NAVAS NAVARRO

I. «Models de guarda» En El Llibre II del Codi Civil de Catalunya en cas de ruptura dels progenitors .....	225
1. «Responsabilitat parental» i «potestat parental» .....	227
2. Model legal preferent: la guarda compartida. Altres models de guarda possibles .....	234
3. Subjecte que decideix el model de guarda. Criteris.....	243
4. Subjecte titular de la guarda .....	248
5. Instruments jurídics en el quals es pot configurar la guarda.....	254
6. Contingut.....	265
II. El dret del menor a ésser informat i escoltat respecte del model de guarda .....	272
1. Dret a la informació i a l'expressió de les opinions del menor .....	273
2. Criteris legals .....	274
3. Assumptes respecte dels quals s'informa i s'escolta al menor .....	277
4. Expressió de l'opinió del menor per ell mateix o mitjançant un «tercer» .....	278
5. Quan s'informa i s'escolta al menor: audiència judicial i extrajudicial .....	281
6. Subjecte que ha d'informar i escoltar el menor.....	284
III. «Benestar» i «Interès» del menor en la configuració del model de guarda.....	284
1. El doble sentit de «benestar del menor» a la legislació catalana.....	285
2. L'interès del menor i el principi de proporcionalitat .....	286
IV. Reflexions finals .....	289
1. «Encara» manca un canvi de paradigma sobre els drets dels menors. Admissió d'un «paternalisme feble» .....	289
2. Per un dret de participació efectiu del menor en la presa de decisions respecte del model de guarda .....	292
3. Realitat social catalana i aplicació del model de guarda compartida .....	293
V. Bibliografia citada .....	296

<b>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial: mutu acord i contenciós; problemes d'execució .....</b>	<b>305</b>
--	------------

<i>Els plans de parentalitat en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya.....</i>	<i>307</i>
--	------------

ELENA LAUROBA

I. Presentació.....	307
II. De què parlem quan parlem de Pla de parentalitat: La plasmació normativa	308
III. El perquè dels Plans de Parentalitat.....	311
1. L'interès superior del menor en aquest àmbit .....	311
2. La implicació dels progenitors. El suport de la mediació per l'elaboració del Pla de parentalitat.....	315

IV. El contingut del Pla de Parentalitat .....	319
1. El primer apartat: compromís i visibilització de la interlocució recíproca...	322
2. Les qüestions relatives a la guarda .....	324
3. Els continguts relacionats amb l'exercici de la potestat parental .....	326
4. La clàusula de tancament: La subjecció a mediació per a la interpretació i l'execució del Pla de Parentalitat.....	326
5. Previsió de les diferents etapes de la vida del menor .....	327
V. La presentació formal dels Plans de Parentalitat .....	328
VI. El Pla de Parentalitat com a eina especialment indicada per les famílies d'alta conflictivitat .....	329
VII. Alguns serrells processals .....	330
VIII. Les objeccions principals a l'exigència del Pla de Parentalitat .....	331
IX. Una darrera empena.....	333
<i>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial ....</i>	<i>335</i>
MERCÈ CASO SEÑAL	
I. Introducció.....	335
1. El Pla de Parentalitat.....	335
2. Els aliments als fills .....	336
3. L'execució .....	336
II. El Pla de Parentalitat.....	336
III. Els Aliments als fills .....	339
IV. L'execució.....	341
<i>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial ...</i>	<i>345</i>
MARIA ANTONIA GOMEZ MAESTRE	
I. pla de responsabilitat parental .....	345
1. Qüestions processals en relació al pla de parentalitat.....	347
2. Com recull les resolucions judicials el pla de parentalitat en el procés contenciós?.....	348
3. Els aliments als fills i el pla de parentalitat .....	348
4. Els aliments ordinaris i extraordinaris .....	349
5. El naixement del dret de la pensió d'aliments: efectes retroactius .....	349
6. L'execució de les sentències matrimonials. Dificultats pràctiques de la seva execució .....	349
Referències.....	351

## TERCERA PONÈNCIA

### ASPECTES ECONÒMICS DE LA RUPTURA CONJUGAL

<b>Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària.....</b>	<b>355</b>
--	------------

JOAQUIM BAYO DELGADO

I. L'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar .....	355
1. Objecte de la mesura .....	355
2. Criteris d'atribució.....	359
3. Temporalitat i modificació.....	361

4. Exclusió.....	362
5. Extinció .....	363
6. Obligacions per raó de l'habitatge .....	365
7. Parella estable .....	366
8. Disposicions transitòries .....	367
II. La prestació compensatòria i l'alimentària.....	368
1. Prestació compensatòria .....	368
2. Prestació alimentària.....	373

## **La configuració de la compensació econòmica per raó de treball en el llibre segon del Codi Civil de Catalunya.....**

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

I. Introducció.....	375
1. Règim de separació i desigualtats patrimonials.....	375
2. La introducció a Catalunya de la compensació econòmica per raó de treball com a mecanisme reparador de la desigualtat patrimonial: Part. 23 CDCC.....	376
3. L'evolució de la compensació econòmica per raó de treball i la seva problemàtica .....	377
II. El fonament de la compensació .....	378
1. L'enriquiment injust com a fonament de la compensació en els precedents del llibre segon: arts. 23 CDCC i 41 CF .....	379
2. La configuració de la institució en el CCCat .....	383
III. Requisits per a tenir dret a la compensació.....	389
1. La contribució substancialment superior al treball per a la casa.....	389
2. L'increment patrimonial superior .....	392
3. Els requisits per a la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge .....	394
IV. La quantia de la compensació.....	394
1. La fixació de la participació.....	395
2. L'augment del percentatge de la participació en cas de contribució «notablement» superior.....	397
V. Imputació i pagament.....	399
VI. Conclusions.....	400

## **Compensació per raó de treball en cas d'extinció del règim per mort: aspectes familiars i successoris.....**

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

I. Els supòsits que poden donar lloc a la compensació per raó de treball: el seu fonament.....	403
1. L'extensió al cas de la mort del cònjuge o de la parella si el sobrevivent és qui té dret a la compensació .....	403
2. L'enriquiment injustificat com a fonament últim de la regulació de la compensació per raó de treball.....	408
II. La compensació per raó de treball en el cas de mort del cònjuge o convivent deutor .....	417
1. La reclamació de la compensació .....	417
2. Caràcter residual de la compensació per treball.....	424

3. La compatibilitat de la compensació econòmica per raó de treball amb altres drets.....	428
4. La protecció del crèdit a la compensació .....	434

### **Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència.....** 445

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS

I. Introducció.....	445
II. Autonomia privada familiar i capítols matrimonials .....	446
III. Economia familiar, règim econòmic i efectes del divorci .....	450
IV. <i>Marital agreements</i> al common law anglosaxó i separació de béns en dret català.....	452
V. Requisits per a la validesa dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial... 456	
1. Requisits formals .....	458
2. Requisits temporals .....	461
3. Assessorament legal independent .....	462
4. Reciprocitat .....	463
5. Informació patrimonial suficient .....	465
6. Injustícia per canvi sobrevingut de les circumstàncies.....	466
7. Pactes anteriors a l'entrada en vigor del Llibre segon del CCCat.....	467
VI. Matèries objecte de regulació.....	468
1. Compensació econòmica per raó de treball .....	468
2. Aliments, guarda i relacions personals amb els fills menors.....	472
3. Atribució de l'habitatge familiar .....	473
4. Prestació compensatòria .....	474
VII. Els pactes de separació fora de conveni .....	475
VIII. Parella estable i pactes en previsió del cessament de la convivència.....	477

### **Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal.....** 481

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

I. Preliminar.....	481
II. Admisibilidad de los pactos en previsión de la ruptura: Entre el art. 1255 CC y su expresa admisión en el CCCat .....	484
1. Relación de estos pactos, en su unicidad o multiplicidad, con los capítulos matrimoniales y el convenio regulador .....	485
2. La escritura pública como medio de información en los pactos prematrimoniales .....	487
3. Plazo hábil para su autorización prenupcial: Su incidencia en la validez y en la revocabilidad .....	489
III. Límites genéricos y específicos aplicables a los pactos en previsión de la ruptura matrimonial .....	490
1. Aplicaciones prácticas de los límites genéricos a la autonomía de la voluntad en estos pactos en previsión de la ruptura .....	491
2. El posible límite específico del contenido propio de estos pactos frente a lo que es contenido imperativo del convenio regulador.....	495
IV. Los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura en su relación con los pactos capitulares matrimoniales o sucesorios .....	496
1. Unidad instrumental vs. Autonomía causal entre capítulos matrimoniales, pactos prematrimoniales y pactos sucesorios .....	497

2. Incidencia de la ruptura matrimonial en los pactos prematrimoniales y en los pactos sucesorios .....	498
V. Principales pactos en relación con la liquidación del REM, singularmente, cuando es el de separación de bienes.....	498
1. Algunos pactos posibles sobre atribución preferente de bienes al extinguirse el proindiviso derivado del REM de separación de bienes.....	498
2. Adjudicación de participaciones sociales o de bienes aportados a una sociedad: Acuerdos sobre su valoración .....	500
3. Vivienda habitual: Posible pacto sobre su atribución futura e incluso sobre pago de la cuota hipotecaria .....	501
4. Vivienda habitual con protección pública: límites a la libertad de pacto, incluso prematrimonial.....	502
VI. Posibles acuerdos sobre reclamación de gastos excepcionales, o del daño moral, de los hijos cuya paternidad se impugna.....	503
VII. Conclusiones .....	504

## POINÈNCIA DE CLOENDA

### El Llibre segon del Codi civil de Catalunya: panoràmica general ..... 507

ENCARNA ROCA I TRIAS

I. Introducció: Canvis socials i canvis legislatius.....	507
1. Plantejament.....	507
2. Els canvis.....	508
3. La protecció dels drets fonamentals dels individus i la declaració constitucional de protecció de la família .....	511
II. Família i formes familiars .....	512
III. Família i ruptura de les relacions familiars: autonomia i principis imperatius .....	515
1. L'organització de les relacions entre ex cònjuges: els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial .....	517
2. El <i>clean breakdown</i> .....	519
3. L'organització de les relacions parentals: el pla de parentalitat.....	521
IV. A tall de conclusió: autonomia de la voluntat en el nou dret de família.....	522
Indicació bibliogràfica.....	523

## COMUNICACIONS

### La guarda compartida en la jurisprudencia catalana: concepto y terminología .....527

REYES BARRADA ORELLANA

I. Estado de la cuestión .....	527
1. La guarda en las situaciones de falta de convivència .....	527
2. La naturaleza preferente del modelo de guarda compartida.....	528
II. Concepto y terminología.....	529
1. En la jurisprudencia.....	529
2. En el CCC .....	532
3. A la búsqueda de la terminología ajustada .....	534

## **L'execució de mesures personals relatives als fills menors en els procediments de família i el Llibre segon del Codi Civil de Catalunya .....537**

JOSÉ ANTONIO GARCÍA GONZÁLEZ

I. Introducció.....	537
II. El règim de comunicacions i estades amb els progenitors.....	541
1. Motius de discrepància .....	541
2. Naturalesa jurídica del dret i especialitats en la LEC en relació a la seva execució.....	542
3. Procediment judicial d'execució de lliurament dels fills menors .....	544
4. Lliurament de roba i estris personals del fill com a conseqüència del règim d'estades i comunicacions.....	549
5. Resolució dels conflictes parentals mitjançant la mediació, la intervenció dels serveis tècnics i el punt de trobada .....	550
III. Relacions personals amb d'altres familiars: avis, germans i persones pròximes .....	554
IV. Lege ferenda .....	555
Bibliografia .....	556

## **L'alletament matern com a manifestació de la dedicació i vinculació especial de la mare amb els fills.....559**

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

I. Punt de partida: la mare és qualitativament més necessària per als menors que el pare en les dinàmiques familiars construïdes sobre models tradicionals .....	559
II. Finalitat del treball .....	561
III. Qüestions prèvies a resoldre .....	562
1. El dret de la lactància materna.....	562
2. La regulació del dret a la lactància materna. Conclusions sobre el dret a la lactància materna .....	567
IV. Mostreig de resolucions judicials en el tema de l'alletament matern.....	575
1. Sobre el termini de duració de la lactància natural .....	576
2. Sobre la consideració de l'alletament com a simple aliment.....	578
3. Sobre la indeterminació del concepte de lactant .....	581
4. Sobre la igualtat entre els progenitors entesa com unitat de sexes.....	581

## **L'art. 232-9 CCCat i els actes en perjudici del dret a la compensació econòmica per raó de treball.....585**

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

I. Introducció.....	585
II. La reducció o supressió .....	585
1. Amb caràcter previ: la inexistència, al dret català, d'un règim jurídic general de l'acció de reducció o supressió.....	586
2. El <i>qui</i> i <i>contra qui</i> .....	588
3. El <i>què</i> .....	590
4. El <i>quan</i> .....	592
5. El <i>com</i> .....	596
III. La impugnació d'actes fraudulents a títol oneros .....	599

IV. Els aspectes comuns: el termini de caducitat i la improcedència de l'acció davant determinats adquirents.....	602
1. El termini de caducitat.....	602
2. La protecció de tercers adquirents .....	602
3. La relació entre els dos règims. què cal fer primer: reduir o rescindir? .....	603

**La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias.....** 605

JORGE CASTIÑEIRA JEREZ

**Los pactos pre-ruptura sobre el hecho mismo de la ruptura conyugal y sobre los derechos y deberes conyugales en el contexto del código civil de Cataluña .....** 617

NÚRIA GINÉS CASTELLET

I. Introducció .....	617
II. Pactos que afectan a la facultad de instar la separación o divorcio .....	621
III. Pactos sobre los deberes conyugales .....	623
IV. Un caso concreto: acuerdos que inciden sobre la libre elección de domicilio.....	626

## La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias

JORGE CASTIÑEIRA JEREZ

Investigador del Programa FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Facultad de Derecho de ESADE - Universitat Ramon Llull

Los pactos en previsión de una ruptura conyugal es una de las instituciones que más interés ha despertado la entrada en vigor del Libro II del Codi Civil de Catalunya («CCCat»). Si bien esta figura ya había sido expresamente reconocida por el legislador catalán en el artículo 15 del Código de Familia, ha sido en el Libro II donde ese reconocimiento expreso se ha convertido en una regulación rigurosa.

Son muchas las dudas y cuestiones que suscita la regulación contenida en el artículo 231-20 CCCat.<sup>1</sup> Muchas de esas dudas, como es obvio, se relacionan con la compatibilización de este tipo de pacto con la disciplina normativa típica del derecho de familia. Una de esas cuestiones consiste en la averiguación de hasta qué punto y con qué extensión puede la voluntad de los cónyuges excluir, limitar o incluso interpretar los diversos preceptos que se encargan de regular las consecuencias derivadas de una ruptura matrimonial.<sup>2</sup>

Pero no solo presenta interés la regulación de esta institución desde la perspectiva del derecho de familia, sino también desde y para otros ámbitos del derecho civil. En particular nos referimos al derecho de obligaciones y contratos y a la aportación que a este ámbito se realiza desde el último apartado del artículo 231-20 CCCat a través de la aceptación explícita de la ineficacia del

- 
- 1 Como exponen GINÉS CASTELLET, N («Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia», en AA.VV: *La familia del siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Núria Ginés Castellet. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 53 a 93, p. 55) y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. («Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán.» *Revista Jurídica de Catalunya*: núm. 2-2011, pp. 345 a 370, p. 354) la regulación catalana ha recibido una influencia clara del derecho estadounidense y, en concreto, de la regulación contenida en el *Uniform Premarital Agreements Act* (que ha sido adoptado por más de la mitad de los estados de Estados Unidos) y de los principios sobre la disolución de la familia del *American Law Institute*.
  - 2 V. sobre la cuestión los recientes y completos estudios elaborados por GINÉS CASTELLET, N.: «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña.» *Revista Crítica de Derecho I*, año LXXXVII, sept-oct, nº 727, pp. 2577 a 2620 y SERRANO DE NICOLÁS, A. «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, páginas 328-329.

contrato (en este caso del pacto en previsión de la ruptura conyugal) por la alteración sobrevenida de las circunstancias.<sup>3</sup>

La alteración sobrevenida de las circunstancias, si bien no es una completa desconocida en nuestro Derecho, sí que es una figura de derecho excepcional. Tan excepcional como la doctrina a través de la que, en muy raras ocasiones, los tribunales la aplican (la doctrina *rebus sic stantibus*). No obstante, esta excepcionalidad de la institución está empezando a ponerse en duda desde distintos ámbitos tanto nacionales como transnacionales.<sup>4</sup> De hecho, el análisis de los más recientes textos elaborados para la unificación del derecho de obligaciones y contratos parece indicar que existe acuerdo en reconocer la figura (o figuras) de la alteración sobrevenida de las circunstancias en sede del derecho de contratos y, en general, en el ámbito de la eficacia de los negocios jurídicos. Lo que no está tan claro es cuáles son y deben ser su fundamento, requisitos y efectos.

Por ello, a la hora de responder a las dudas que plantea la alteración sobrevenida, resulta extremadamente útil atender a la regulación contenida en el artículo 231-20 CCCat y, específicamente, a sus requisitos de aplicación. El análisis de estos requisitos, así como el de sus efectos, debe ser puesto en relación con el ámbito en el que se inserta la regulación: el derecho de familia. Esta inserción en el ámbito del derecho de familia no implica, sin embargo, que algunas de las conclusiones que se alcancen no puedan resultar útiles y perfectamente aplicables a otros ámbitos del Derecho civil.

De hecho, como se analizará a continuación, si se atiende a la regulación que en el CCCat se contiene sobre los pactos en previsión de la crisis se comprenderá que la admisión de la alteración sobrevenida de las circunstancias no se relaciona con la protección del interés superior de la familia. Dicha protección se consigue a través de la invalidez o ineficacia directa de los pactos que contraríen dicho interés, sin necesidad de acudir ni probar los elementos exigidos en el artículo 231.20-5 CCCat para la aplicación de la figura de la alteración sobrevenida de las

3 No puede dejar de señalarse que el artículo 233.7 CCCat regula la posibilidad de que el Juez modifique las medidas ordenadas en un proceso matrimonial si se produce una alteración sustancial de las circunstancias con respecto al momento de su otorgamiento. Por supuesto, esta posibilidad solo existe para aquellas medidas que, según los artículos 233-2 y 233-4 CCCat, son contenido necesario del convenio regulador o de las medidas judiciales a adoptar en un proceso matrimonial.

Esa posibilidad de modificación de la que trata el artículo 233.7 CCCat no podrá ser aplicada sin embargo a los pactos incluidos en los pactos en previsión de la ruptura en la medida en que estos no hayan sido renovados en virtud de convenio regulador o por las medidas adoptadas por el Juez en el proceso matrimonial. La modificación (o ineficacia de esos pactos) ante el cambio de circunstancias debe producirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231-20.5 CCCat, como así se deduce del artículo 233.5 CCCat: «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[...]»

4 Así, se reconoce la alteración sobrevenida de las circunstancias, a través de sus distintas manifestaciones, en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, en el artículo 6:111 de los Principios Europeos del Derecho de Contratos, en los artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios Unidroit, en el *Draft Common Frame of Reference* (artículo III-1:110), así como en el artículo 89 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.

circunstancias. El reconocimiento de la ineficacia de los pactos reconocida en el artículo 231.20.5 se relaciona exclusivamente, creemos, con la protección de la libertad individual y las limitaciones del consentimiento contractual.

La ineficacia de un pacto en previsión de la ruptura ante el cambio sobrevenido de las circunstancias no se relaciona con la falta (inicial o sobrevenida) de consentimiento. Si se atiende a la regulación que de los pactos se contiene en el Libro II, resulta fácilmente apreciable que el legislador ha pretendido proteger la libertad contractual a través de otros expedientes. De hecho, parece notorio que este punto, la protección de la libertad y voluntad contractual, ha sido uno de los que más ha preocupado al legislador a la hora de configurar los pactos. Solo así se explica la necesidad de que estos, para que sean válidos (art. 231-20.1 CCCat), deban otorgarse en escritura pública,<sup>5</sup> así como que el apartado 2º del artículo 231-20 exija al notario que asesore profesionalmente a los otorgantes, de forma separada, con anterioridad a su suscripción.<sup>6</sup> También con el propósito de salvaguardar la libertad y voluntad contractual (previendo posibles vicios del consentimiento), el artículo 231-20.4 CCCat exige que las partes estén al corriente del detalle de su patrimonio. Hasta tal punto llega esta obligación que si las partes demuestran que desconocían el status económico y financiero del otro cónyuge pueden esquivar la ejecución de los pactos si les resultan perjudiciales.<sup>7</sup> A este mismo objetivo —la protección de la libertad de los cónyuges— parece que se encaminan también los límites temporales que la Ley impone para que se perfeccionen los pactos como requisito de su validez y eficacia.<sup>8</sup>

Como se acaba de avanzar, el último apartado del artículo 231-20 CCCat, al regular la alteración sobrevenida de las circunstancias, no tiene como finalidad (ni fundamento) proteger el consentimiento y, en concreto, su otorgamiento libre y consciente. Tampoco tiene como propósito proteger la ilegalidad inicial o sobrevenida de los pactos en previsión de la ruptura conyugal. Las consecuencias derivadas de la ruptura conyugal pueden ser reguladas por las partes con anterioridad al matrimonio y sus límites son, además de los generales derivados de la autonomía de la voluntad y los de carácter legal o constitucional —incluyendo la igualdad y reciprocidad entre los cónyuges—, los mínimos

5 En este sentido, GINÉS CASTELLET, N.: «Autonomía de la...», p. 2594.

6 Así, dispone GINÉS CASTELLET, N. (*Ibidem*, p. 2596) que «este asesoramiento profesional es el que va a desarrollar el notario en los pactos en previsión de una ruptura matrimonial según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 231-20.»

7 La regulación contenida en el artículo 231-20.4 CCCat es prácticamente idéntica a la contenida en el *Uniform Premarital Agreements Act*. En este último cuerpo normativo se establece que la comunicación y conocimiento recíproco del status económico de los futuros consortes es condición de eficacia del pacto.

8 Nótese, en efecto, que el artículo 231-20 CCCat exige que los pactos se otorguen con una antelación mínima de 30 días a la celebración del matrimonio, intentando evitar así que la proximidad del matrimonio pudiera causar a cualquiera de los cónyuges una indeseable presión encaminada a la suscripción de los pactos. Al respecto, MONTERRAT VALERO, A. («Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia.», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 401 a 408, p. 403) establece lo siguiente: «Parece que el legislador piensa que la proximidad del futuro matrimonio pone a los futuros cónyuges en un estado tal de alteración que los considera inhábiles para celebrar estos pactos.»

específicos exigidos en la regulación de las posibles consecuencias derivadas de la ruptura. Así, y sin ánimo exhaustivo, los cónyuges o futuros cónyuges (i) no pueden exigir la ejecución de un pacto sobre la guarda o relación con los menores ni sobre la prestación de alimentos si el pacto en cuestión no resulta conforme al interés del menor (artículo 233-5.3); (ii) no pueden ejecutar un pacto sobre pensión compensatoria que comprometiera las necesidades básicas del cónyuge acreedor de la pensión (artículo 233-16.3); y (iii) tampoco pueden llevar a efecto un pacto sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial si el pacto en cuestión no resulta en interés de los hijos o si compromete las necesidades básicas del cónyuge perjudicado por el pacto.<sup>9</sup>

Del mismo modo, tampoco pueden los cónyuges, a través del pacto en previsión de la ruptura conyugal, desnaturalizar las instituciones reguladas en el CCCat. Así, apunta la doctrina, por ejemplo, que no podría admitirse un pacto sobre la compensación económica por razón de trabajo que eliminara el requisito de que se haya producido un incremento patrimonial del cónyuge deudor. En el mismo sentido, un pacto sobre pensión compensatoria no podría eliminar el requisito consistente en que se produzca un desequilibrio patrimonial como consecuencia de la ruptura del matrimonio.<sup>10</sup>

Menos aún se relaciona la institución recogida en el artículo 231-20.5 CCCat con el respeto a los límites genéricos relacionados con el rol de los cónyuges dentro del matrimonio o con la preservación de los mínimos indispensables para la aplicación de las instituciones encargadas de regular las consecuencias propias derivadas de la ruptura del matrimonio. No debe acudirse a la aplicación del artículo 231-20.5 CCCat en aquellos supuestos en que la ejecución del pacto provoque el incumplimiento de los mínimos exigidos legalmente por el CCCat para cada una de las instituciones familiares en él reguladas. El ámbito de aplicación del artículo 231-20.5 CCCat se circunscribe en exclusiva a aquellos supuestos en los que la ejecución de un pacto en previsión de la ruptura que es válido (tanto en lo que respecta a su formación como en lo referente al cumplimiento de los límites mínimos legales en su ejecución) resulta, a pesar de su validez, gravemente perjudicial para uno de los cónyuges como consecuencia de un cambio de circunstancias.<sup>11</sup>

9 El límite consistente en la prohibición de renunciar a la pensión compensatoria o al uso de la vivienda no resulta aplicable (V. 233-21.3, 233-16.3) si el pacto se incorpora a un convenio regulador.

10 Cfr. GINÉS CASTELLET, N.: *Ibidem*, p. 2611 y NASARRE AZNAR, S. «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.): *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, p. 260.

11 Como acertadamente expone SERRANO DE NICOLÁS, A. («Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Vicente Pérez Daudí. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 21 a 53, p. 48), la ineficacia sobrevenida que se predica de la aplicación del artículo 231.20.5 CCCat parte de la validez de los pactos o, si se prefiere (por ser lo mismo), de la inexistencia de causas de nulidad o anulabilidad.

Esta parece la opinión también de EGEA FERNÁNDEZ, J: «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo III: Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2002, pp. 4552 a 4574, p. 4567.

La conclusión que se alcanza a través del análisis de toda la regulación de los pactos en previsión de la ruptura conyugal y de su conjugación con la institución del cambio sobrevenido de las circunstancias es, en efecto, que lo que se trata de proteger con tal regulación no es la falta de validez de los pactos por la ausencia o vicio del consentimiento ni tampoco que, a través del pacto o de su ejecución, las partes puedan disponer de aquello que la ley considera indisponible. Tampoco se pretende, sin más, por mucho que así pudiera deducirse del tenor literal del artículo, que los pactos no sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Lo que protege el artículo o, si se prefiere, lo que se trata de impedir es que los pactos en previsión no resulten —al tiempo de su cumplimiento o ejecución— gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges como consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias.

Y ese es el primer requisito para la aplicación de la figura: el nexo causal entre el cambio sobrevenido de circunstancias y el grave perjuicio para uno de los cónyuges. Si en realidad se produce un cambio sobrevenido de circunstancias pero el grave perjuicio que la ejecución del pacto en cuestión supone para uno de los cónyuges no ha venido provocado por dicho cambio sino por la propia estructura del pacto o por un acto imputable a dicho cónyuge, entonces, obviamente, no ha lugar a la ineficacia del pacto.

El primero de los requisitos, el nexo causal, es el punto de unión entre los otros dos requisitos exigidos para la aplicación del artículo 231-20.5: i) el cambio sobrevenido de circunstancias y ii) el grave perjuicio para uno de los cónyuges.

En torno al primero de esos requisitos, es necesario que nos planteemos la siguiente pregunta: ¿Cómo debe ser el cambio sobrevenido de las circunstancias exigido por el artículo 231-20.5? Pues bien, lo que dispone el precepto es que el cónyuge gravemente perjudicado debe acreditar «que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.»

Por lo tanto, las circunstancias deben ser, en primer lugar, sobrevenidas. Ello excluye obviamente la posibilidad de aplicar esta figura en supuestos en que las circunstancias ya existieran en el momento de concluir el pacto pero las partes (o uno de los cónyuges al menos) las desconociera y no pudiera conocerlas en el momento de contratar.<sup>12</sup> En ese caso lo que se habrá producido es un vicio del consentimiento o una ausencia de información que podría dar lugar a la ineficacia del pacto si el cónyuge perjudicado alega y prueba que en el momento de contratar desconocía información suficiente sobre el patrimonio, ingresos y expectativas económicas del otro cónyuge (apartado 4º del artículo 231-20).

Las circunstancias sobrevenidas deben ser, en segundo lugar, relevantes. El término es en extremo vago. Sin embargo, ello no implica que dicho término resulte superfluo en la redacción del artículo ni tampoco que no sea el apropiado. La vaguedad del término exige un ejercicio hermenéutico

---

12 Nótese, por ejemplo, que en los Principios Unidroit, en su artículo 6.2.2, se admite la posibilidad de aplicar la figura de la excesiva onerosidad o *hardship* ante el desconocimiento inimputable de circunstancias ya presentes al tiempo de contratar.

que permita darle sentido. En un primer momento podría considerarse que el término «relevante» poco o nada aporta al requisito consistente en que se produzca un grave perjuicio para uno de los cónyuges como consecuencia del cambio de circunstancias. Así, en efecto, podría considerarse que las circunstancias serán relevantes en la medida en que produzcan un grave perjuicio para uno de los cónyuges y no lo serán, en cambio, cuando no se produzca ese grave perjuicio. La relevancia quedaría así identificada con el resultado que provoca el cambio de circunstancias. Siguiendo esta última interpretación, resulta innegable que el término «relevante» poco o nada aporta a la regulación contenida en el artículo 230-20.5 CCCat.

Otra opción consiste, sin embargo, en considerar que la relevancia del cambio de circunstancias debe ser considerada en sí misma, sin acudir al resultado que provoca. ¿Cuándo podría entonces considerarse que una circunstancia es relevante? Pues, indudablemente, acudiendo a los concretos pactos alcanzados por las partes y, más específicamente, atendiendo a las circunstancias que las partes tuvieron en consideración en el momento de contratar. Esas circunstancias pueden haberse causalizado en los propios pactos o no. Lo que es necesario, y así corresponde probarlo al cónyuge que pretenda la inexecución de los pactos, es que ambas partes consideraran determinadas circunstancias (y su mantenimiento) a la hora de contratar. Son relevantes, en definitiva, aquellas circunstancias sin cuya existencia en el momento de contratar las partes no hubieran pactado o, si hubieran pactado, lo habrían hecho en otros términos.

La relevancia de las circunstancias sobrevenidas no debe medirse en función de los motivos individuales de las partes a la hora de alcanzar el pacto en prevención de la ruptura. Los motivos individuales, también en esta sede, siguen siendo simples motivos no oponibles a la contraparte. Los motivos dejan de ser simples motivos cuando son compartidos por ambas partes como esenciales a la hora de llegar a un acuerdo y de mantenerlo.<sup>13</sup> La dificultad estribará, lógicamente, en determinar cuáles circunstancias las partes consideraron relevantes a la hora de contratar. Aun así, esa dificultad en la prueba no debería confundirse con la necesidad de causalizar o incluir en el pacto todas las circunstancias que le anteceden. Bastaría con demostrar por qué, esto es, bajo qué circunstancias asumidas por ambas partes, se produjo una renuncia, limitación o ampliación de derechos.<sup>14</sup>

En torno al cambio de circunstancias, establece por último el artículo 230-20.5 CCCat que las circunstancias sobrevenidas y relevantes deben ser

13 A la hora de determinar la relevancia de las circunstancias quizás sirva de utilidad atender al derecho estadounidense y, en particular, a la exigencia (para aplicar las figuras de la *impracticability* y de la *frustration*) de que las partes hayan compartido una asunción común o *basic assumption* consistente en que un determinado suceso que finalmente ha acontecido no acontecería. A este respecto, resulta de gran utilidad el estudio de los 261 y 265 del *Restatement (Second) of Contracts* así como del artículo 2-615 del *Uniform Commercial Code*.

14 Para GINÉS CASTELLET, N («Los pactos en previsión...», pp. 89 y 90) la relevancia del cambio de circunstancias debe interpretarse en un doble sentido: (i) exigiéndose que la alteración sea de una dimensión notable y (ii) requiriéndose que (la alteración) «se halle en la base de la producción del grave detrimento a uno de los consortes.»

imprevistas y razonablemente imprevisibles. A mi juicio, el uso de estos términos resulta plenamente acertado. Es necesario que las circunstancias no hayan sido previstas por las partes y que, además, no hayan podido preverlas razonablemente. Y resulta acertado el uso de los términos contenidos en el artículo, en primer lugar, por cuanto supone un alejamiento notable de la ya denostada doctrina jurisprudencial «*rebus sic stantibus*» (en la que se exige una imprevisibilidad absoluta, objetiva y radical)<sup>15</sup> y, en segundo lugar, en la medida en que recoge la que, a mi juicio, es la mejor doctrina en cuanto al fundamento y origen del problema relacionado con la alteración sobrevenida. Nótese como el artículo 230-20.5 parte de la imprevisión pero además exige una imprevisibilidad razonable. Exige el CCCat que las partes no hayan consentido el cambio de circunstancias o sus consecuencias —si lo hubieran previsto lo habrían consentido— y que, además, no hayan asumido el riesgo del cambio de circunstancias: si el cambio de circunstancias o sus consecuencias hubiera sido razonablemente previsible, entonces las partes deberían asumir el riesgo consistente en el grave perjuicio causado.

El deber de previsión, si bien debe ser de carácter objetivo, debe medirse en atención a las circunstancias concretas de la pareja en el momento de la firma del pacto. Lo razonable no es abstracto sino que depende de las circunstancias objetivas (aunque personales y concretas) de los contratantes. Así, para determinar si los cónyuges debieron haber previsto el cambio de circunstancias debería atenderse a cuál era su situación personal y patrimonial en el momento de concluir el pacto, así como a las expectativas (de nuevo tanto personales como patrimoniales) que ambos tuvieran en el momento de la perfección.<sup>16</sup>

Ya que se ha tratado sobre el elemento del riesgo, no puede dejar de señalarse que en el artículo 230-20.5 se echa en falta alguna referencia a la ajenidad del cambio de circunstancias. La ausencia de regulación expresa de este requisito puede ser remediada no obstante mediante la exigencia de un nexo causal entre el cambio de circunstancias y el grave perjuicio de uno de los cónyuges, así como a través de la exigencia consistente en que el cambio sea imprevisible e imprevisto. Obsérvese que si ha sido uno de los cónyuges el que ha provocado el cambio de circunstancias o si las circunstancias en cuestión estaban bajo su control no puede afirmarse que exista un nexo causal entre el cambio sobrevenido y el grave perjuicio causado. Pero, es más, a mi juicio,

---

15 No compartimos la opinión de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. («Los pactos en...», p. 365) cuando afirma que el art. 231-20.5 CCCat no es sino una manifestación concreta de la cláusula *rebus sic stantibus*. La autora parece confundir la doctrina *rebus sic stantibus* con el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias. A nuestro juicio, como ya se ha adelantado, la regulación contenida en el artículo 231-20.5 CCCat supone un alejamiento de la doctrina *rebus sic stantibus* tal y como esta viene siendo contemplada por el Tribunal Supremo («TS»). Nótese, por ejemplo, que en el CCCat no se exige que el cambio de circunstancias sea extraordinario e imprevisible objetivamente. Tampoco se recurre a la voluntad implícita de las partes en el momento de contratar.

16 Es de esta misma opinión SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Regulación codicial de...», p. 5.

en ese caso ni siquiera podría mantenerse que el cambio es imprevisible.<sup>17</sup> El cambio era más bien evitable.<sup>18</sup>

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en relación con los requisitos exigidos por el TS para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*,<sup>19</sup> en el artículo 231-20.5 no se exige que el cambio de circunstancias haya sido provocado por un factor de carácter extraordinario. A nuestro juicio, ello resulta de un gran acierto por cuanto la exigencia de que el cambio de circunstancias venga provocado por un factor de carácter extraordinario nada aporta a la necesaria normalización de la figura o doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Es cierto que ni en el ámbito del derecho patrimonial de obligaciones y contratos ni tampoco en el marco del derecho de familia<sup>20</sup> resultaría admisible la excusa del cumplimiento o la modificación de los términos contractuales ante el acontecimiento de cualquier circunstancia no prevista por las partes en el momento de contratar. Ello supondría desnaturalizar por completo la idea de contrato y su necesario vínculo con el principio *pacta sunt servanda*. La protección de este principio no precisa, sin embargo, que se exija el elemento de la extraordinariedad en el cambio de circunstancia. Lo que se precisa, únicamente, para proteger el *pacta sunt servanda* es que las partes no hayan asumido explícita o implícitamente la posibilidad de que el cambio de circunstancias pudiera provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones o, específicamente, en relación con los pactos, un grave perjuicio para uno de los cónyuges. Para ello basta con que, además de la excesiva onerosidad o el grave perjuicio para uno de los cónyuges, se determine que (i) la imprevisión ha sido razonable (esto es, que no podía esperarse de las partes su previsión) y (ii) que las partes no deban asumir (a pesar de la imprevisión razonable) el cambio de circunstancias. Ciertamente, es, obviamente, que en mucho de los supuestos en que se determine que las partes no debieron prever el cambio de circunstancias, dicho cambio de circunstancias habrá tenido lugar a partir de un factor extraordinario. No es menos cierto empero que ello no debería ser un requisito para la aplicación de la figura. Adviértase, por ejemplo, que un factor que por lo común es ordinario (como la tenencia de hijos), podría considerarse extraordinario atendiendo a

17 En este sentido también GINÉS CASTELLET, N: «Los pactos en previsión...», p. 91.

18 Destacables en este sentido son las palabras de SERRANO DE NICOLÁS, A. («Regulación codicial de...», p. 50): «La previsión creo que es un problema de diligencia exigible a unos contrayentes concretos, es decir, no cabe acudir a un estándar genérico, sino que habrá que atender a las circunstancias concretas de cada pareja de contrayentes, formación personal y académica, patrimonios preexistentes, edades, plazo transcurrido desde que se pactó, etc»

19 V. al respecto, CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. Vol. 29, julio-diciembre, 2012, pp. 71 a 106, p. 78.

20 En este sentido, GINÉS CASTELLET, N («Los pactos en previsión...», p. 88) expone que «[...] la divergencia entre las condiciones fácticas supuestas en la conclusión del pacto y las que realmente concurren en la producción de la crisis conyugal no será un fenómeno extraño en esta clase de pactos. No obstante, ello no puede justificar de por sí el recurso automático a la doctrina de la imprevisión, también conocida como «cláusula *rebus sic stantibus*.» De ser así, nos encontraríamos, con toda probabilidad, ante una generalización de la ineficacia de los pactos pre-crisis, de modo que la eficacia de un pacto *prima facie* reconocido como lícito por la ley vendría a ser, contrariamente a lo que se debiera, la excepción y no la regla.»

las circunstancias de los cónyuges en el momento de la perfección de los pactos (debido a la avanzada edad de los cónyuges progenitores, por ejemplo).

El segundo gran requisito exigido para la aplicación del cambio sobrevenido es que se cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges si se ejecuta el pacto en previsión de la ruptura. En la mayoría de regulaciones de nuestro alrededor, así como en los principios y propuestas transnacionales para la unificación del derecho de contratos, la forma a través de la que se regula y recoge la alteración sobrevenida de las circunstancias es la excesiva onerosidad de las prestaciones. En el CCCat, en sede de pactos en previsión de la ruptura conyugal, la excesiva onerosidad como resultado protegido por la institución el cambio de circunstancias ha sido intercambiado por el elemento del grave perjuicio para uno de los cónyuges. El cambio es absolutamente lógico y prácticamente no precisa de explicación. Un pacto en previsión de ruptura conyugal no puede medirse en términos de onerosidad.<sup>21</sup>

La gran cuestión entonces es la de determinar cuándo la ejecución de un pacto puede resultar gravemente perjudicial. Desafortunadamente, dado que ello dependerá de cada caso concreto, la respuesta a esa cuestión solo puede ser de carácter genérico. Gravemente perjudicial será la ejecución de un pacto que, aun siendo legal y eficaz si no hubiera existido un cambio sobrevenido de circunstancias,<sup>22</sup> supone un perjuicio significativo en atención de las circunstancias presentes en el momento de la ejecución del pacto y que, además, ninguna de las partes contempló como posible al tiempo de contratar. La carga de la prueba tanto en lo que respecta a la existencia del grave perjuicio como en relación con el resto de elementos para aplicar la figura la tiene, como es lógico, el cónyuge que pretenda la ineficacia del pacto.<sup>23</sup>

En otro orden de cosas, cabría preguntarse qué es lo que debe haberse tornado gravemente perjudicial para uno de los cónyuges: si un concreto pacto de los contenidos en los pactos en previsión firmado por los cónyuges o si, en cambio, debe exigirse que sean, en valoración conjunta, todos los pactos los que se hayan tornado gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. A nuestro juicio, no puede ni debe valorarse cada uno de los concretos pactos alcanzados por los cónyuges para decidir uno por uno si el cambio de circunstancias debe provocar la excusa del cumplimiento. Ello supondría, obviamente, no tener en consideración que las partes pueden haber realizado concesiones mutuas que deben valorarse conjuntamente a la hora de determinar si debe declararse la ineficacia de los pactos ante el cambio de circunstancias.<sup>24</sup> Es posible, de hecho, que el cambio de circunstancias haya provocado que un

21 Así lo expone GINÉS CASTELLET, N: «Los pactos en previsión...», p. 89.

22 No resultará de aplicación el artículo 231-20.5, por ejemplo, en un supuesto en que la renuncia o limitación del derecho a la pensión compensatoria o al derecho de atribución de uso de la vivienda familiar cuando ello ponga en peligro las necesidades básicas o de alimento del cónyuge. En ese supuesto resultarán de aplicación los artículos 233-21.3 y 233-16.3 CCCat.

23 Cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L.: «Pactos en previsión de una 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 AA.VV: *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias. Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008, pp. 735 a 755, pp. 754 y 755.

24 En este sentido, V. SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Regulación codicial de...», pp. 49 y 50.

concreto pacto sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y que, al mismo tiempo, también haya afectado a otro pacto que provoque un equilibrio que desaconseje la ineficacia de los pactos. Por ello, el grave perjuicio de los cónyuges debe ser medido atendiendo al completo contenido de los pactos y al equilibrio alcanzado en el momento de perfeccionarlos.<sup>25</sup>

Por último, en cuanto a las consecuencias de la alteración, el artículo 230-20-5 solo establece que los pactos, cuando se cumplan los requisitos ya analizados, no serán eficaces. Los pactos siguen siendo válidos, pero no deben ejecutarse (la alegación del cambio de circunstancias es una facultad del cónyuge perjudicado, que siempre podría elegir no alegar el cambio de circunstancias y cumplir el pacto).

Debe señalarse también que el precepto 230-20.1 no resuelve una cuestión tan importante como la determinación de qué pacto es ineficaz. ¿Es ineficaz el pacto concreto que resulta gravemente perjudicial para uno de los cónyuges a causa del cambio sobrevenido de circunstancias o todos los pactos alcanzados por los cónyuges en previsión de la ruptura matrimonial?; ¿Podría el juez adaptar el pacto que se ha tornado gravemente perjudicial para uno de los cónyuges?

A mi juicio, y ante la falta de jurisprudencia interpretando este artículo, creo que la solución ante el cambio de circunstancias debería consistir en la total ineficacia de los pactos o al menos de todos aquellos que no tengan una autonomía clara con respecto a los aspectos que se hayan tornado perjudiciales para uno de los cónyuges. No puede ni deber pasarse por alto que los pactos en previsión de la crisis matrimonial habrán sido producto, en la mayoría de los supuestos, de mutuas concesiones de los cónyuges. Por ello, también en la mayoría de supuestos, la ineficacia parcial de los pactos, manteniendo en vigor parte de ellos, no será una solución adecuada ante la alteración sobrevenida de las circunstancias. A nuestro juicio, tampoco será una solución adecuada (ni compatible con la autonomía de la voluntad de los cónyuges), la adaptación de los pactos que pudiera acordar el Juez para eliminar o atemperar el grave perjuicio que el cambio de circunstancias haya provocado.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*: Vol. 29, julio-diciembre, 2012.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo III: Derecho de familia. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2002.

<sup>25</sup> Obviamente, el parámetro de comparación para valorar el grave perjuicio son los propios pactos en el momento de su perfección. Si estos ya eran perjudiciales en el momento de su conclusión, no cabe alegar la alteración sobrevenida de las circunstancias con el fin de zafarse de su obligado cumplimiento.

- GINÉS CASTELLET, N.: «Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia», en AA.VV.: *La familia del siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Núria Ginés Castellet. Barcelona: Bosch, 2011.
- «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVII, sept-oct, nº 727.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán.» *Revista Jurídica de Catalunya*: núm. 2-2011.
- MONTERRAT VALERO, A.: «Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia.», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011.
- NASARRE AZNAR, S.: «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.): *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011.
- REBOLLEDO VARELA, A.L.: «Pactos en previsión de una 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 AA.VV.: *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias. Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011.
- «Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Vicente Pérez Daudí. Barcelona: Atelier, 2011.





