

Nous reptes del Dret de família



Materials de les Tretzenes
Jornades de Dret Català
a Tossa

23 i 24 de setembre de 2004

Nous reptes del Dret de família

(Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

Nous reptes del Dret de família

Materials de les *Tretzenes Jornades
de Dret Català a Tossa*

Coord:
ÀREA DE DRET CIVIL,
UNIVERSITAT DE GIRONA

Girona 2005

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP

Jornades de Dret Català (13es : 2005 : Tossa de Mar) Nous reptes del dret de família : materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa / coord: Àrea Dret Civil, Universitat de Girona. -- Girona : Documenta Universitaria, 2005. -- p.; cm. -- (Documenta Universitaria)

Text en català, castellà i anglès

ISBN 84-934685-2-5

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil

1. Dret de família – Congressos 2. Dret de família – Aspectes econòmics – Congressos 3. Patrimoni – Congressos 4. Unions estables de parella – Congressos

CIP 347.61/.64(063) JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plaguessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Edicions a Petició, SL

CIF B17741240

Pl Ferrater Mora, 1 Pl. Europa, 3, 2on-2a

17071 GIRONA 17005 GIRONA

tf. +34 972418992 tf. +34 630608231

fax +34 972418978 fax +34 972200049

www.edicionsapeticio.com

info@edicionsapeticio.com

Primera edició

ISBN: 84-934685-2-5

ISBN 13: 978-84-934685-2-1

D.L.: B-XXXX-2005

Imprès a PUBLIDISA

Girona, novembre de 2005

Aquestes *Tretzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona

Generalitat de Catalunya. Departament d'Universitats,

Recerca i Societat de la Informació

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Figueres

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi de Notaris de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Diputació de Girona

ÍNDEX

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA

L'“EUROPEÏTZACIÓ” DEL DRET DE FAMÍLIA

<i>Family Law - A Challenge for Europe?</i>	21
---	----

Walter Pintens

I. Two Cases as an Introduction	21
1. The Garcia Avello Case.....	21
2. The Pla and Puncernau Case.....	24
II. The Increasing Influence of European Law on Family Law	27
1. Case Law	27
2. Legislation	31
III. Harmonisation: A Challenge for Europe !	36

<i>La Comisión de Derecho de Familia Europeo: La redacción de los Principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges</i>	39
---	----

Katharina Boele-Woelki

I. El reto actual para el derecho privado	39
II. La dimensión europea del derecho de familia	40
III. Unificación del Dpr sobre las relaciones de familia	41
IV. Divorcio entre nacionales (súbditos) suecos con residencia habitual en Irlanda	42
V. A vista de pájaro: el derecho de divorcio en Europa	43
VI. La armonización del Derecho de Familia en Europa en perspectiva histórica y cultural.....	45
VII. La Comisión de Derecho de Familia Europeo	46
VIII. Objetivos de la CEFL	46
IX. Metodología	47
X. Resultados obtenidos	49
XI. Campos de acción e idioma	50
XII. El primer juego de Principios: el divorcio y los alimentos entre esposos divorciados.....	50
XIII. La interrelación entre los Principios, los informes comparados y los comentarios.....	51
XIV. ¿“Núcleo común” y/o “mejor derecho”?	52
XV. Mirada retrospectiva y mirada al futuro	55
Anexo. Principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados	56

SEGONA PONÈNCIA

LES RELACIONS ECONÒMIQUES EN LA CRISI FAMILIAR

<i>The American Law Institute Principles and the Economics of Family Dissolution</i>	63
--	----

Marygold S. Melli

I. Property Division	67
----------------------------	----

II. Compensatory Spousal Payments.....	70
1. Compensation for the loss of the marital standard of living.....	71
2. Compensation for residual loss in earning capacity.....	72
III. Child Support.....	73
IV. The Impact of the Principles of Family Dissolution on American Law.....	75
1. Property Division.....	75
2. Compensatory Payments.....	75
3. Child Support.....	76
4. Conclusion.....	76
<i>Separació de béns i compensacions en la crisi familiar.....</i>	<i>77</i>
<i>Josep Ferrer i Riba</i>	
I. Introducció: les conseqüències patrimonials de la separació o el divorci.....	77
II. La compensació per raó de treball: retribució de tasques domèstiques, participació en guanys o compensació de perjudicis?.....	80
1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana.....	80
2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.....	83
III. Sistemes de compensació en els règims legals de separació de béns: les aportacions del dret comparat.....	86
1. <i>Financial relief</i> en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial.....	86
2. <i>Equitable distribution</i> en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels <i>ALI Principles</i>	88
IV. Ensenyaments del dret comparat i opcions de regulació per al dret català.....	89
Bibliografia.....	93
<i>Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia.....</i>	<i>95</i>
<i>María Paz García Rubio</i>	
I. Introducción al tema.....	95
II. Aspectos funcionales de los acuerdos prematrimoniales.....	100
III. Aspectos estructurales. El problema de su validez.....	101
IV. La fase de formación del acuerdo.....	102
V. El contenido de los acuerdos. Algunos ejemplos.....	105
1. Acuerdos para el caso de muerte de uno de los cónyuges.....	105
2. Acuerdos para el caso de separación o divorcio.....	106
3. Acuerdos en relación con los hijos.....	115
VI. Sanción en caso de violación de los límites a la autonomía de la voluntad.....	116
VII. La exigibilidad de los pactos.....	116
VIII. Reflexión final.....	120
<i>Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo.....</i>	<i>123</i>
<i>Carlos Gortázar Lorente</i>	
I. La Empresa Familiar y su problemática.....	123
II. Aproximación del Derecho a la Empresa Familiar: dificultad de definición jurídica.....	126
1. Inexistencia de un concepto jurídico de Empresa Familiar.....	126
2. La Empresa Familiar en el ordenamiento jurídico.....	129

III. El Protocolo Familiar y sus instrumentos jurídicos de desarrollo.....	132
1. El Protocolo Familiar.....	132
2. Instrumentos jurídicos de desarrollo.....	136
IV. Conclusión.....	146
<i>Pensió compensatòria i aliments entre cònjuges: propostes i criteris d'estandardització.....</i>	<i>149</i>
<i>Avel·lina Rucosa Escudé</i>	
I. Introducció. Problemàtica que planteja avui la pensió compensatòria.....	149
II. Catalunya i Espanya.....	151
1. La pensió compensatòria.....	151
2. Aliments entre cònjuges.....	159
3. La compensació patrimonial de l'article 41 del Codi de família.....	161
4. Anàlisi de jurisprudència recent.....	164
5. Experiència personal (com a advocada que exerceix en família).....	170
III. Fora d'Espanya.....	172
1. Dret comparat entre les diferents legislacions europees en matèria de pensió compensatòria.....	172
2. Estudi del dret alemany i la seva <i>Düsseldorfer Tabelle, Berliner Tabelle, i les Richtlinien o Leitlinien</i>	176
IV. Situació social i actual en el nostre país. Propostes respecte a la legislació catalana i espanyola.....	182
V. Resum.....	183
VI. Epíleg.....	186
VII. Bibliografia i legislació.....	187
VIII. Annex. Estadístiques.....	189
1. Pensió compensatòria.....	189
2. Compensació econòmica.....	207

TERCERA PONÈNCIA

RELACIONS PERSONALS I PATRIMONIALS EN LA RECOMPOSICIÓ FAMILIAR

<i>La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes.....</i>	<i>213</i>
<i>Encarna Roca</i>	
I. Introducció. Plantejament i antecedents.....	213
II. Què és una família recomposta?.....	218
III. Situacions que donen lloc més freqüentment a les famílies recompostes.....	222
IV. S'ocupa el dret d'aquestes famílies?.....	224
V. Propostes per a una solució dels problemes.....	232
VI. A manera de conclusions.....	236
VII. Bibliografia.....	238
<i>Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial.....</i>	<i>241</i>
<i>Antoni Bosch i Carrera</i>	
I. Las familias reconstituidas.....	241
1. Las reformas en el Derecho de familia.....	241
2. Efectos sociales de las reformas en el Derecho de Familia.....	243
3. Constitucionalidad y algunos problemas que plantea la existencia de segundas familias.....	244

II. Aplicación de los principios generales del derecho de familia a las familias reconstituidas	248
1. El principio de actuación en interés de la familia	248
2. El principio rector del Derecho de Familia de protección del interés del hijo menor o incapaz	250
III. Los gastos familiares y su contribución	251
1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares.....	251
2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares.....	252
IV. El patrimonio del hijo en las familias reconstituidas	260
1. Composición del patrimonio	261
2. Clases de administración del patrimonio	262
3. Naturaleza del patrimonio del menor o incapaz sujeto a potestad.....	263
4. Constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de personas sujetas a potestad.....	264
V. La administración del patrimonio de los hijos sometidos a potestad.....	265
1. La administración ordinaria de los progenitores en caso de separación	265
2. La administración judicial del patrimonio de hijos sujetos a potestad. El administrador especial.....	268
3. La administración especial del patrimonio de los menores y los incapaces: los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS).....	269
<i>Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas</i>	275
<i>Francisco Rivero Hernández</i>	
I. Introducción	275
1. Actualidad social y jurídica de las relaciones personales de los abuelos con sus nietos	275
2. De institución pretoriana a una amplia atención legislativa.....	276
3. Derecho español: de un modesto origen jurisprudencial a la Ley 42/2003	280
4. Derecho catalán. Régimen legal propio. No aplicación de la Ley 42/2003 en el orden sustantivo	282
II. <i>Fattispecie</i> . Datos prejurídicos	283
1. Las relaciones de los abuelos con sus nietos en las familias reconstituidas.....	283
2. Papel de los abuelos en la familia y en relación con sus nietos	284
3. Formas de presentación jurídica y procesal de las relaciones abuelos-nietos	285
III. Diferencia del derecho de visita de los abuelos respecto del de los padres. Fundamento y finalidad de aquél.....	286
1. Visión del problema por los tribunales y la doctrina.....	286
2. (Diferente) fundamento del derecho de visita de los abuelos con sus nietos	288
3. Finalidad de esas relaciones	289
IV. Naturaleza del derecho de visita de los abuelos	290
1. El derecho de visita, verdadero derecho subjetivo	290
2. Si derecho, ¿de qué clase?.....	292
3. ¿Basta la calificación de derecho subjetivo, aun específico, para explicar los problemas del derecho de visita y justificar su régimen jurídico?.....	294
V. Sujetos de la relación jurídica de visita.....	296
1. Los abuelos.....	296
2. Nietos	296
4. Personas gravadas. Su posición jurídica	305
5. Legitimación para el ejercicio del derecho de visita abuelos-nietos.....	307
VI. Contenido del derecho de visita abuelos-nietos	310

1. En general, y especificidad en este caso y derecho.....	310
2. Responsabilidad civil por hecho ilícito del nieto en régimen de visita.....	312
3. Ejercicio y cumplimiento del régimen de relaciones personales.....	314
4. Duración institucional de estas relaciones.....	314
VII. Determinación del regimen de relaciones personales abuelos-nietos	315
1. Determinación convencional, o por pacto	315
2. Determinación judicial.....	318
3. Modificación y extinción de las relaciones personales abuelos/nietos	322
VIII. Protección del derecho de visita de los abuelos	325
1. Necesidad de una protección eficaz.....	325
2. Mecanismos y medios de protección.....	327
IX. Aspectos procesales	329
1. Reclamación de las relaciones personales en procedimiento ordinario.....	329
2. Determinación de las relaciones personales abuelos/nietos en proceso matrimonial	330
3. Medidas cautelares	331
4. Determinación de oficio de las relaciones personales.....	331
5. Otras cuestiones procesales de interés.....	331

QUARTA PONÈNCIA

PARELLES DE FET: BALANÇ I PERSPECTIVES

<i>La regulació de la parella de fet: lleis i models</i>	335
--	------------

Miquel Martí Casals

I. Introducció.....	335
II. la regulació catalana actual i els possibles models	340
1. El problema de les parelles heterosexuales excloses	342
2. Les dues modalitats de constitució: constitució formal i constitució factual	348
3. Labast i els límits d'una regulació factual de la parella de fet	351
Bibliografia citada	357

<i>La Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella: balanç de la seva aplicació judicial</i>	359
---	------------

Joan Egea Fernández

I. Introducció	359
II. Una qüestió prèvia: l'absència d'una regulació processal homogènia i coherent	367
III. Requisits constitutius (arts. 1, 19 i 20 LUEP)	371
IV. Acreditació (arts. 2 i 21 LUEP).....	376
V. Autonomia de la voluntat. Límits (arts. 3, 15 i 22 LUEP).....	377
VI. Despeses comunes (art. 4 i 23 LUEP).....	380
VII. Adopció i tutela (art. 6, 7 i 25 LUEP).....	382
VIII. Aliments (arts. 8 i 26 LUEP).....	383
IX. Extinció de la unió. Revocació de poders (arts. 12 i 30).....	384
X. Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent (art. 13 i 31.1)	389
XI. Pensió alimentària periòdica (art. 14 i art. 31.2).....	391
XII. Habitatge familiar (arts. 11 i 28).....	394
XIII. Efectes de l'extinció per mort.....	396

1. Drets de predetracció i dret a ocupar l'habitatge familiar durant l'any següent a la mort del company convivent (art. 18 i 33)	396
2. Els drets de naturalesa successòria (art. 34 i 35)	397
3. El pacte de supervivència (arts. 44 a 47 CF)	399
XIV. Bibliografia	402
<i>Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho</i>	405
<i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	
I. Introducción	405
II. Textos y normativa internacional y comunitaria	409
III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las parejas de hecho y su impacto sobre la regulación jurídica laboral y de Seguridad Social	416
IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias	418
V. Normativa autonómica de parejas de hecho. Su impacto e incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y de los funcionarios	420
VI. Modificaciones legislativas y propuestas de modificación con impacto en la regulación de los derechos laborales y de la Seguridad Social en las parejas de hecho	422
VII. Negociación colectiva y diálogo social	427
VIII. Doctrina judicial. Interpretación de los preceptos legales y convencionales por los jueces y tribunales laborales	432
IX. Recapitulación final	434
<i>Las uniones de hecho ante el Derecho Tributario</i>	437
<i>Luisa Esteve Pardo</i>	
I. Introducción	437
III. Tratamiento del matrimonio y de la familia en Derecho Tributario	439
1. El tradicional planteamiento antielusivo de las normas tributarias	439
2. Normas tributarias protectoras de la familia	442
3. Características de los impuestos relevantes en la tributación del matrimonio y de la pareja de hecho: impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas	449
IV. Especificidades del Derecho Tributario respecto del tratamiento de las parejas de hecho	449
1. Los principios rectores en materia tributaria	449
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar	452
V. La legislación tributaria estatal	457
VI. La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a efectos tributarios por algunas Comunidades Autónomas	457
1. Los diferentes sistemas de financiación autonómica: el sistema general y los sistemas forales	459
2. La equiparación realizada por las Comunidades Autónomas de régimen general	464
3. La equiparación realizada en las Haciendas Forales	466
VII. Conclusiones	466

COMUNICACIONS**COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA**

<i>La armonización del Derecho de familia en Europa. En especial, la armonización de los regímenes económicos matrimoniales.....</i>	<i>473</i>
<i>Francisca Llodrà Grimalt</i>	
I. Preliminar	473
II. Actual marco del proceso de europeización del Derecho de familia	474
1. La proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia	474
2. La llamada “armonización espontánea” del Derecho de familia	479
III. La armonización y unificación del Derecho de familia en Europa como pretensión doctrinal.....	486
1. Propuestas de armonización en general. Técnicas o métodos.....	487
2. Obstáculos	491
3. La Comisión de Derecho de Familia Europeo	494
IV. Hacia la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa.....	497
1. Punto de partida “normativo”	497
2. Necesidad de armonización, métodos y obstáculos	498
3. Notas sobre algunos regímenes económicos matrimoniales en Europa. Los dos grandes bloques.....	500

<i>La protecció de la vida familiar i la protecció jurídica de l’infant en l’àmbit del Consell d’Europa.....</i>	<i>511</i>
<i>Isaac Ravetllat Ballesté</i>	

I. El Consell d’Europa. Introducció.....	511
II. La protecció de la vida familiar en el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950.....	513
III. La protecció de la vida familiar en la jurisprudència emanada del Tribunal Europeu de Drets Humans.....	515
IV. La protecció de la vida familiar en el cas dels estrangers	517

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

<i>Estructura tradicional per a continguts moderns: els capítols avui.....</i>	<i>523</i>
<i>Immaculada Barral Viñals</i>	
I. Les capitulacions: de “règim” a contracte	523
II. Les noves famílies i l’organització autònoma de la convivència.....	525
1. El contingut necessàriament capitular: els capítols tradicionals.....	526
2. El contingut possible: la llibertat dels contraents en l’organització familiar	527
III. L’organització autònoma de la ruptura de la convivència.....	528
1. La “contemplació de la ruptura del matrimoni”	529
2. Capítols, autonomia de la voluntat i final de la convivència afectiva	530
3. Els pactes en previsió de la ruptura: límits a l’autonomia de la voluntat.....	532
IV. Els capítols com a negoci: la llibertat contractual	533
V. Conclusió	536
<i>La mediació en l’empresa familiar, una eina per a la seva pervivència</i>	<i>537</i>
<i>Isabel Viola Demestre</i>	
I. Introducció.....	537

II. Els conflictes a l'empresa familiar	538
III. Instruments i òrgans reglamentadors dels conflictes a l'empresa familiar	541
1. El protocol familiar.....	541
2. L'assemblea familiar i el consell de família.....	542
IV. La mediació com a eina idònia per a l'obtenció del protocol familiar i en l'assemblea i el consell de família	543
3. Avantatges en l'empresa familiar dels principis de la mediació.....	544
4. Els caràcters de la mediació en l'empresa familiar.....	545
5. La mediació en l'elaboració del protocol familiar i en les reunions de l'assemblea familiar i el consell de família.....	546
6. El mediador, membre d'un equip multidisciplinari.....	551
V. Conclusió	552

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

<i>Parelles de fet i designació tutelar</i>	555
<i>Miriam Anderson</i>	
I. Introducció.....	555
II. Les classes de tutela en funció de l'origen de la designació.....	557
1. Al Codi de família de Catalunya.....	558
2. Al Codi civil espanyol.....	560
III. Les relacions entre els diferents tipus de designació: autonomia privada i criteri judicial	562
IV. Les parelles de fet en la designació de tutor	565
V. Parelles de fet, designació tutelar i reforma del Codi civil espanyol en matèria de dret a contraure matrimoni.....	568
<i>Parelles de fet i declaració d'insolvència</i>	571
<i>Lidia Arnau i Raventós</i>	
I. Les parelles de fet a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal. Delimitació de qüestions.....	571
II. La parella com a "persona especialment relacionada amb el concursat".....	572
1. El crèdit de la parella com a "crèdit subordinat"	578
2. El caràcter presumptament perjudicial dels actes dispositius onerosos: la seva rescindibilitat	586
III. Referència a les adquisicions amb pacte de supervivència: el seu règim concursal i les parelles de fet	590
<i>La cuestión de la constitución de la unión estable de pareja: Reflexiones sobre la reforma de la Ley 10/1998, de 15 de julio</i>	595
<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>	
I. Las nuevas perspectivas legislativas en la actual legislatura.....	595
II. Reflexiones sobre el problema de la constitución de la pareja estable: dificultades que presenta la regulación de la materia	596
1. Debate ideológico subyacente.....	596
2. Matrimonio como sinónimo de familia	597
3. Prejuicios que distorsionan el análisis netamente jurídico	597
4. Test de matrimonialidad de las relaciones de pareja objeto de regulación	598
5. Definición y heterogeneidad de supuestos de facto.....	599
6. Conclusión	600

SEPARACIÓ DE BÉNS I COMPENSACIONS EN LA CRISI FAMILIAR

JOSEP FERRER I RIBA

PROFESSOR TITULAR, UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI

I. Introducció: les conseqüències patrimonials de la separació o el divorci.....	77
II. La compensació per raó de treball: retribució de tasques domèstiques, participació en guanys o compensació de perjudicis?.....	80
1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana	80
2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya	83
III. Sistemes de compensació en els règims legals de separació de béns: les aportacions del dret comparat	86
1. <i>Financial relief</i> en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial	86
2. <i>Equitable distribution</i> en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels <i>ALI Principles</i>	88
IV. Ensenyaments del dret comparat i opcions de regulació per al dret català	89
Bibliografia.....	93

I. INTRODUCCIÓ: LES CONSEQÜÈNCIES PATRIMONIALS DE LA SEPARACIÓ O EL DIVORCI

En els matrimonis subjectes al dret civil català, assumint com a règim econòmic el legal de separació de béns, les conseqüències econòmiques d'una separació o un divorci es decideixen a la vista d'un marc legal relativament complex, que pot arribar a abastar cinc pronunciaments: el relatiu al compliment dels deures legals d'aliments respecte dels fills i del cònjuge; la contribució a les despeses familiars; l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar; la compensació per raó de treball domèstic o per a l'altre cònjuge, i la pensió compensatòria.

Si ens centrem en les conseqüències patrimonials entre cònjuges i, per tant, deixem de banda els aliments deguts als fills, la resta de decisions abans citades es poden fàcilment reduir, a efectes analítics, a dos grans capítols: el de la compensació per raó de treball, amb una clara vocació liquidatòria del règim de béns, i el de la pensió compensatòria, com a mecanisme correctiu del major perjudici econòmic que el trencament pot causar a un dels cònjuges per a afrontar la seva vida postmatrimonial. La resta de mesures que poden eventualment adoptar-se (aliments, habitatge, despeses familiars) o bé comparteixen, amb matisos, el fonament de la pensió compensatòria i s'han d'analitzar a la llum de la seva mateixa lògica, o bé tenen fonaments jurídics aliens al trencament del matrimoni, essent aquest només el factor detonant per a la seva adopció.

La qüestió dels aliments entre cònjuges, per exemple, pot aparèixer en una crisi matrimonial com a mesura provisional, com a pacte d'un conveni regulador, o fins i tot com a pronunciament judicial en una sentència de separació dictada en un procediment contradictori, si s'admet que l'obligació d'aliments es manté mentre subsisteix el vincle matrimonial (cf. art. 260 CF). El més habitual, però, és que els aliments, en les mesures definitives, quedin subsumits en el si de la pensió compensatòria. Certament, el fonament de l'obligació d'aliments –el fet de necessitar-los l'alimentat– divergeix del de la pensió, però la diferència és només de grau. I atès que els aliments compleixen una funció tuitiva més limitada, és natural –i així ho interpreten i apliquen les Audiències catalanes– que quedin funcionalment absorbits per la pensió, sense ser objecte de pronunciament separat. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, per la seva banda, ha confirmat aquesta analogia funcional, reconeixent, en ocasió del divorci, el dret a percebre pensió compensatòria en substitució dels aliments que anteriorment venia abonant el marit, tot i la concurrència d'una declaració prèvia de renúncia a aquella: “*mentre el marit pagava la pensió d'aliments, es pot afirmar que la pensió compensatòria es trobava latent*”.¹ Els aliments, en definitiva, es poden analitzar com a variant, circumstancial en el temps i atenuada en el seu contingut, de la pensió compensatòria, i seguint la tendència del dret comparat i uniforme, *de lege ferenda* seria recomanable refundre'ls en un únic institut.²

La fixació en la sentència de separació o de divorci de l'obligació de contribuir a les despeses familiars (art. 76.3 c CF) també és funcionalment controvertida. Trencada la unitat familiar, no es generen noves despeses familiars, encara que eventualment pugui romandre una unitat de convivència i de consum supraindividual (la formada pel cònjuge guardador i els fills que convisquin amb ell). La llei procura que quedin cobertes les necessitats individuals de manteniment de cadascun dels membres de la família, i ambdós cònjuges poden quedar obligats a subvenir-hi, però la contribució que eventualment s'imposi a aquest efecte ho serà a títol d'aliments o, entre cònjuges, de pensió compensatòria. Una altra cosa és que, després d'una ruptura, puguin subsistir obligacions concretes durant la convivència per a satisfer necessitats familiars (per exemple, per a l'adquisició d'un habitatge o altres béns d'ús de la família), i que calgui determinar com seran satisfetes un cop ha sobrevingut la separació o el divorci. A això cal entendre que es refereix l'art. 76.3 c), com

¹ STSJ 4.7.2002 (RJ 2002\10439).

² En aquest sentit, v. tant els Principis Europeus de Dret de Família com els *Principles of the Law of Family Dissolution*, que fan un tractament unitari d'aquesta mena de compensacions, sigui qualificant-les com a “*maintenance between former spouses*” (PEFL) o com a “*compensatory spousal payments*” (ALI Principes). Cf. Boele-Woelki et al., *Principles*, 69-70; American Law Institute, *Principles*, 788-793.

confirma també la jurisprudència de les Audiències, que resol a l'empara d'aquest precepte les qüestions tocants al pagament dels crèdits hipotecaris celebrats per a l'adquisició de l'habitatge i d'altres despeses relacionades amb aquesta adquisició.³ La decisió sobre el pagament d'aquests deutes, però, s'hauria de prendre sempre –i així ho fa consistentment la jurisprudència– en funció de la titularitat de l'obligació o de la propietat del bé adquirit, d'acord amb les regles civils aplicables al cas, i no en funció de cap regla especial de contribució a l'economia d'una família que, com a unitat de convivència, ha deixat d'existir.

Finalment, l'atribució de l'ús de l'habitatge i del seu parament (art. 76.3 a, i 83 CF) coadjuva a satisfer una necessitat dels fills inclosa en els conceptes que aquests poden reclamar a títol d'aliments (cf. art. 259 CF) i mitiga sensiblement el perjudici en què es basa el reconeixement de pensió compensatòria al cònjuge, incidint a la baixa –de manera implícita o explícita– en la quantificació d'aquesta. El fonament de l'atribució de l'ús de l'habitatge, no havent-hi fills, és la necessitat del beneficiari (art. 83.2 b CF), que constitueix un estàndard més simple que l'establert per a meritar pensió, però no menys exigent: és molt difícil d'imaginar que hom tingui dret a obtenir l'ús de l'habitatge, per raó de necessitat, i no en tingui a reclamar pensió. No és desencertat, per tant, interpretar el dret a seguint usant l'habitatge familiar com una variant –sovint, particularment onerosa per al deutor– de pensió compensatòria, amb els seus propis requisits d'atribució i pèrdua, pagada en espècie.

Així doncs, la presència eventual de pronunciaments sobre aliments, contribució a les despeses familiars i ús de l'habitatge en les sentències de separació i/o de divorci no altera substancialment la naturalesa dual del sistema de compensacions entre cònjuges arran de la dissolució familiar: d'una banda, se'n preveu una lligada als excedents patrimonials generats durant la convivència que pretén corregir els resultats d'una aplicació estricta de la separació de béns (i que té la seva font normativa a l'art. 41 CF), i de l'altra, hi pot haver una compensació fonamentada en el major perjudici relatiu, experimentat per un dels cònjuges a conseqüència de la separació o la dissolució del matrimoni, pagadora generalment com a pensió pecuniària i, si escau, amb l'atribució de l'ús de l'habitatge, que depèn no només dels excedents generats durant el matrimoni sinó també d'altres factors (art. 84.2 CF) que tradicionalment hom considera reflex d'una certa “solidaritat postconjugual”, i que por complir segons les circumstàncies una funció assistencial, reparadora o rehabilitativa.

³ V., p. ex., entre moltes d'altres, SAGirona 28.6.2004 (EDJ 2004\96335); SAB 22.7.2004 (EDJ 2004\96130); SAB 26.7.2004 (EDJ 2004\96124).

Aquest model es va iniciar amb la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, que va introduir la compensació per raó de treball (art. 23 CDCC), i es va consolidar a 1998, amb la promulgació de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família, que va reajustar el règim d'aquesta compensació i regular *ex novo* la pensió compensatòria, seguint –amb algunes variants significatives– l'esquema de la pensió de l'art. 97 del CC espanyol. El legislador de 1998 va estendre paral·lelament els trets fonamentals d'aquest model a les parelles de fet: la ruptura d'una unió estable de parella determina, igualment, el dret a rebre una compensació per raó de treball (art. 13 i 31.1 LUEP) i una pensió periòdica (art. 14 i 31.2 LUEP), si bé el fonament, pressupòsits i durada d'aquesta queden definits més restrictivament que en la pensió equivalent en el matrimoni. En aquest treball no m'hi referiré, i em cenyiré al sistema de compensacions en el matrimoni, i particularment en que regula l'art. 41 CF, que presenta una major singularitat en el context comparat.

El model català porta més d'un quinquenni de vigència i ha estat a bastament experimentat pels operadors jurídics. El TSJC s'hi ha pronunciat també en diverses ocasions, i se'n pot fer ja un cert balanç, tant per a constatar si la seva aplicació pràctica es correspon amb els dissenys del legislador com a per detectar, si hi són, els seus punts febles.

II. LA COMPENSACIÓ PER RAÓ DE TREBALL: RETRIBUCIÓ DE TASQUES DOMÈSTIQUES, PARTICIPACIÓ EN GUANYS O COMPENSACIÓ DE PERJUDICIS?

1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana

La compensació per raó de treball en les crisis matrimonials gira, en el marc de l'art. 41 CF, entorn de tres requisits: 1) la realització d'unes prestacions de treball no retribuïdes o retribuïdes de manera insuficient; 2) l'existència d'una desigualtat patrimonial entre els dos cònjuges, en el moment de plantejar-se la separació o el divorci, causada per aquest defecte retributiu; 3) la implicació, en aquesta desigualtat, d'un enriquiment injust.

La doctrina catalana ha posat repetidament de relleu que l'acumulació d'aquests tres elements provoca una manca de coherència interna en la norma. Se n'ha proposat molt diverses interpretacions, que giren entorn de tres funcions diferenciables de la compensació:

- Una primera línia d'interpretació –la més conforme amb els principis del règim de separació estricta– abona la *funció restitutòria* de la

compensació. Aquesta concepció es basa, sobretot, en el primer requisit de la norma (el defecte retributiu) i el tercer (l'enriquiment injust, que és fonament d'una acció d'aquesta naturalesa). Segons aquesta lectura, amb la compensació es tractaria de restituir el benefici patrimonial que un cònjuge ha rebut a expenses de l'altre, pel fet d'haver gaudit d'uns serveis econòmicament valuosos la prestació dels quals no s'ha fet per ànim de liberalitat i ha excedit del deure de contribuir a les necessitats de manteniment de la família.⁴

- Una segona direcció posa èmfasi en el segon requisit del precepte (la desigualtat patrimonial), que introdueix en la liquidació del règim de separació un element, la comparació dels patrimonis, aliè a la funció restitutòria abans esmentada: si la compensació hagués de restituir un enriquiment injust, seria irrellevant l'existència o no de desigualtat final. El requisit, aleshores, s'ha volgut explicar per la pretensió, ínsita en la norma, de fer participar el cònjuge menys afavorit en el superior increment patrimonial obtingut per l'altre (*funció participativa*). Aplicada en aquests termes, la norma desnaturalitza el règim de separació, perquè substitueix *ex post* els seus efectes –en el moment de la liquidació provocada per una crisi matrimonial– pels propis d'un règim de participació. Atès que el legislador va rebutjar aquest règim en la seva configuració més típica, caracteritzada per l'establiment de quotes, allò que hauria de donar la mesura del *quantum* del crèdit de participació és l'efectiva contribució del cònjuge creditor, amb el seu treball, a l'obtenció dels esmentats increments patrimonials. Salvant les distàncies, aquesta concepció de la compensació equipara la posició del cònjuge creditor a la d'un soci industrial, retribuït amb un part dels guanys a proporció del valor del treball aportat.
- En una tercera direcció, recolzada en la suposada teleologia de l'art. 41 CF i en la seva textura oberta, alguns autors han entès que el precepte compleix una *funció indemnitzadora* de les pèrdues (de formació acadèmica o professional, de promoció laboral o, en general, de

⁴ En aquest sentit, que és doctrinalment majoritari, v. Brancós, "Separació", p. 677-679; Solé Feliu, "La compensació", p. 3: "el que pretén l'art. 41 CF no és tant "fer participar" en els guanys obtinguts per l'altre, com sobretot "compensar" una situació creada per la falta de retribució del demandant"; Para Martín, "El derecho de compensación", p. 321-328, posant èmfasi en el fet que la compensació rescabala un excés de contribució al sosteniment de les càrregues familiars, constitutiu d'enriquiment injust, i considerant desafortunada la referència legal a la situació de desigualtat patrimonial; la desigualtat rellevant només podria ser "la que se derivaba del defecto retributivo, con independencia de la situación patrimonial global de ambos cónyuges".

qualssevol oportunitats) experimentades per un cònjuge arran de la seva dedicació a la casa o a col·laborar en l'activitat professional de l'altre.⁵ El treball domèstic o per a l'altre cònjuge no tindria la consideració, en el precepte que examinem, de prestació que ha de ser pagada, sinó de causa de certs perjudicis –amb independència del valor de mercat del treball prestat i de la correlació entre el cost del sacrifici i l'excedent patrimonial generat– que han de ser indemnitzats. Aquesta concepció de la norma implica també una participació del cònjuge més desafavorit en els increments patrimonials obtinguts per l'altre, però la *mesura d'aquesta participació no estaria relacionada amb la seva contribució, sinó amb les pèrdues derivades de la dedicació a la casa o a l'altre cònjuge*, que es manifesten després de la ruptura. El punt feble d'aquesta tesi es troba en el fet que, vista d'aquesta manera, la compensació se sobreposa funcionalment amb la pensió compensatòria i se'n distingeix només en el seu objecte (que es projecta sobre el patrimoni present de l'altre cònjuge i no sobre rendes futures).

Reconeixent l'ambigüitat funcional de la compensació, alguns autors han intentat també arribar a *posicions eclèctiques o de síntesi*.⁶ La més coherent amb el text de la norma i amb la naturalesa del règim és la que manté la funció restitutòria de la compensació, fent-ne però més estrictes les condicions de meritació, en entendre que no és suficient que s'hagi realitzat un treball no retribuït i s'hagi produït un enriquiment de l'altre cònjuge, sinó que aquest

⁵ En aquest sentit, Ortuño, “Comentari”, p. 236-237: “el sentit teleològic de la norma és procurar el rescabament d'un perjudici patrimonial”; “allò essencial per al naixement del dret és que un dels esposos ha prestat una col·laboració personal especial per a la família, tant sigui a nivell intel·lectual, o com a prestació personal o assistencial, amb pèrdua, renúncia o condicionament de caràcter absolut o parcial de les seves pròpies expectatives laborals o professionals”; p. 241: “el dret que ens ocupa és una vertadera indemnització per la defraudació d'unes expectatives de vida en comú i de gaudi de la posició patrimonial del cònjuge que és consubstancial amb el principi de solidaritat interconjugal”; Roca Trias, a Puig Ferriol / Roca Trias, *Institucions*, Vol. II, p. 423: “l'art. 41 CF estableix una indemnització prèvia a la pensió per desequilibri econòmic” ... “la compensació ... té un contingut ... determinat pel perjudici econòmic que pateix el cònjuge que ha tingut l'activitat que es descriu en l'art. 41, la qual li ha provocat una pèrdua dels costos d'oportunitat, amb l'efecte desequilibrador” ... “constitueix un cas de rescabament d'un dany objectiu” ... “es configura, per tant, com una indemnització que té, com a raó de ser, l'enriquiment injust”.

⁶ V., per exemple, Solé Resina, “La compensació”, p. 672, arribant a defensar que la norma es pot aplicar de dues maneres diferents: com a fonament de la restitució de la sobrecontribució a les despeses familiars a favor del cònjuge que ha treballat per a la casa o per a l'altre, calculada en funció del cost de contractació d'un empleat domèstic (p. 674), o bé, havent-hi desigualtat patrimonial, com a fonament d'una participació en els guanys de l'altre consort; “decidir en quina línia cal actuar en cada cas concret correspon, necessàriament, als tribunals”.

enriquiment ha de subsistir en el moment de la reclamació, subsistència que es manifestaria en la desigualtat entre els patrimonis.⁷ D'altra banda, els autors que interpreten la compensació en clau participativa també fan propostes eclèctiques en adduir, com a criteris per a determinar el seu *quantum*, elements que apunten a la importància de la contribució domèstica (extensió temporal de l'activitat, intensitat en la dedicació, presència de fills) i altres que apunten a la importància dels perjudicis patits (pèrdua d'oportunitats professionals; canvis de posició, etc.).

Totes les interpretacions de l'art. 41 CF topen amb *greus dificultats de quantificació de la compensació*. En les tesis "separacionistes" és problemàtic com es valora el treball domèstic, i com es determina en quina mesura aquest treball és una contribució a l'aixecament de les càrregues i en quina mesura és sobrecontribució reemborsable. En les tesis "participacionistes" és controvertit si s'han de descomptar, en el moment de comparar els patrimonis, les respectives dotacions inicials i els béns rebuts a títol lucratiu, i també ho és, com he assenyalat, la definició dels indicadors del grau de participació.

2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

La jurisprudència del TSJC, corregint el criteri restrictiu sostingut originàriament per algunes Audiències catalanes, s'ha decantat des del primer moment per fer de la compensació de l'art. 41 CF un *instrument de participació en guanys*, a favor del cònjuge que ha treballat per a la casa o per a l'altre, rebutjant manifestament la seva funció purament restitutòria.⁸ D'altra banda, en emfasitzar la discrecionalitat del jutgador per a fixar la compensació, el tribunal ha eludit de prendre una decisió explícita sobre els factors determinants de la seva quantia i ha evitat pronunciar-se sobre algunes

⁷ Així, per exemple, Jou, "Comentari", p. 203-204: "La compensació no es generarà mai, per molta que hagi estat la dedicació o el treball no retribuït, si en el moment del divorci no hi ha patrimoni o si el "fort" té el mateix patrimoni que tenia quan es va casar. Si no hi ha enriquiment no hi ha compensació". Per a l'autor, a més, la compensació no podria anar mai més enllà de la meitat de la diferència de l'increment patrimonial favorable al deutor. El fonament del precepte comentat (l'art. 23 CDCC) seria restitutori del valor d'un treball no retribuït, del qual caldria deduir la part imputable a la contribució a l'aixecament de les despeses familiars, i que a més tindria el límit de la meitat dels guanys de l'altre, que evitaria que el resultat final fos més beneficiós que el que es produiria sota un règim de participació. En termes similars, però sense posar el límit de la meitat, v. Gete-Alonso, "La compensación", p. 4: "La compensación económica no es, necesariamente, la cifra exacta de la desigualdad ya que lo que se reclama es algo debido y que no se percibió o no se valoró en su momento oportuno; así puede ser una cantidad igual o inferior a la ganancia del patrimonio del otro cónyuge".

⁸ Per a l'anàlisi d'aquesta jurisprudència, a banda dels treballs citats en les notes precedents, v. Albert Lamarca Marquès, "Separació de béns", *InDret* 2003/2, *Working paper* de Dret català núm. 2; Bosch Capdevila, "Comentari", 133-148.

alternatives bàsiques de política jurídica. *De facto*, ha inclòs en els factors de quantificació tant la incidència de la contribució domèstica en la formació i preservació del patrimoni aliè, com els perjudicis patits pel cònjuge creditor a causa de seva especialització funcional. Com a trets més rellevants d'aquesta doctrina jurisprudencial es poden esmentar:

- **Dimensionament del requisit de la realització de prestacions de treball d'acord amb els estàndards socials vigents.** La compensació no es merita només en els matrimonis tradicionals amb un cònjuge perceptor d'ingressos i un cònjuge dedicat exclusivament a la casa, sinó també en els que tenen una especialització funcional limitada, d'acord amb el patró social avui majoritari.⁹
- **Redundància de l'enriquiment injust.** La implicació, en la realització de prestacions de treball domèstic, d'un enriquiment injust, introduïda com a requisit de la compensació en la segona versió del precepte (1998), es titlla de “perturbadora”, i es conclou que no té entitat pròpia com a requisit ni requereix prova per part de qui la reclama: *res ipsa loquitur*.¹⁰
- **Irrellevància del deure de contribuir a l'aixecament de les despeses familiars, a efectes de meritjar el dret a compensació.** La compensació no neix d'una presumpta sobrecontribució a l'aixecament de les despeses familiars el valor de la qual hagi de ser restituit: no és un corollari del règim de separació, sinó un correctiu al mateix.¹¹
- **Exigència de la comparació de patrimonis i irrellevància de la causa de la seva desigualtat.** La compensació per raó de treball exigeix comparar els patrimonis finals d'ambdós cònjuges, perquè la seva finalitat és reequilibrar-los si entre ells hi ha desigualtat. Concorrent el pressupòsit del treball domèstic o per a l'altre, la causa concreta de la desigualtat passa a un segon pla i té una rellevància limitada, fins i tot si s'ha produït per l'adquisició i tinença d'un patrimoni familiar.¹²

⁹ STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “poc importa que el treball domèstic hagi estat major o menor, a temps complet o a temps parcial”.

¹⁰ STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment a favor de l'altre”

¹¹ STSJC 14.4.2003 (RJ 2003\4579): “La relació entre l'art. 5 i l'art. 41 és artificial i només se sosté per la literalitat dels seus termes”

¹² STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “s'ha d'observar si es produeix una desigualtat a favor d'un dels cònjuges ... i ha de procedir-se a fixar la indemnització que restauri l'equilibri”; “res no motiva que, en termes planers, un acabi ric i l'altra resti pobre”; STSJC 10.2.2003 (RJ 2003\4464): “el manteniment i augment, si escau, del patrimoni de l'espòs ... no hauria estat possible sense la dedicació de la muller a la casa”.

- **Fixació de la quantia de la compensació en equitat.** De manera conseqüent amb l'anterior doctrina, el *quantum* de la compensació queda a l'arbitri del jutge, que el pot decidir en equitat. El TSJC desestima la seva fixació per mitjà d'una quota o fracció en el patrimoni o en els guanys de l'altre cònjuge, perquè això desnaturalitzaria l'essència del règim de separació i l'acostaria a un règim –el de participació– que va ser descartat pel legislatiu. En lloc d'aplicar un percentatge, es tenen en compte factors de significació diversa, com ara la durada del matrimoni, la intensitat de la dedicació domèstica, l'existència de fills, la renúncia a l'activitat laboral o fins i tot els ingressos corrents d'ambdós cònjuges.¹³

Amb aquesta jurisprudència, el TSJC dóna carta de naturalesa a una versió molt peculiar de règim de participació, que desplega els seus efectes en el moment de la liquidació, i que es caracteritza per:

- a) Circumscripció als **matrimonis en els quals un dels cònjuges s'especialitza** (amb major o menor intensitat) en la realització de les tasques domèstiques o en la col·laboració amb l'altre cònjuge. Tot i l'esforç de la jurisprudència a relativitzar el requisit del treball domèstic o per a l'altre cònjuge, aquest segueix essent un element essencial del supòsit de fet de la compensació. La intel·ligència d'aquest dret com un mecanisme de participació en la riquesa de l'altre cònjuge realça les discriminacions implícites en la norma: a la del cònjuge vidu (en el matrimoni extingit per mort), s'hi afegeix la dels matrimonis amb dos perceptors regulars d'ingressos, encara que algun dels cònjuges sacrifiqui expectatives o canviï de posició, en detriment propi, per raó de la preferència donada a l'activitat generadora d'ingressos de l'altre cònjuge.
- b) **Inconcreció en l'objecte sobre el qual s'estableix la participació.** La jurisprudència no precisa sobre quin objecte es projecta la participació del cònjuge desafavorit per raó de la seva dedicació domèstica: no queda clar si es projecta sobre els guanys o sobre el patrimoni; ni si es participa només en les rendes percebudes i estalviades, o també en les plusvàlues dels béns privatis, o en drets futurs, o fins i tot en béns adquirits a títol lucratiu. L'èmfasi del tribunal en la comparació de patrimonis i en el seu reequilibri dóna a entendre que es pot participar en el patrimoni del cònjuge afavorit, amb independència de l'origen dels béns i de la seva condició de guanys.

¹³ STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “el restabliment de l'equilibri patrimonial ha de quedar a l'arbitri del jutge”.

- c) **Manca de regles clares per al càlcul del crèdit de participació.** La decisió d'excloure la fixació de quotes fa que el crèdit de participació es determini de manera discrecional, però no arriba mai a la meitat de la diferència entre ambdós patrimonis: si la participació es concep com a retribució de les contribucions fetes pel cònjuge, al treball domèstic no se li dóna mai el mateix valor que a l'activitat de l'empresari, el professional o el treballador per compte aliè; si es concep com a indemnització de pèrdues sofertes, la compensació opera com un remei molt parcial, que sovint ha de ser complementat amb una pensió compensatòria.

La incertesa en l'objecte sobre el qual es calcula el crèdit compensatori i en els factors rellevants per a la seva quantificació genera una dosi important d'**inseguretat jurídica**, que desincentiva la transacció en els litigis matrimonials, incrementa els costos de litigació i dóna avantatge al cònjuge amb menys aversió al risc (generalment, el cònjuge fort).

III. SISTEMES DE COMPENSACIÓ EN ELS RÈGIMS LEGALS DE SEPARACIÓ DE BÉNS: LES APORTACIONS DEL DRET COMPARAT

En el dret comparat, els ordenaments que organitzen l'economia matrimonial amb la separació de béns com a règim legal (per exemple, Anglaterra, o la major part de les jurisdiccions estatals en els Estats Units)¹⁴ estableixen també sistemes de compensació entre cònjuges en cas de trencament familiar. Com a Catalunya, aquests sistemes operen només en els casos de crisi matrimonial i no en els de dissolució per mort, i concedeixen una gran discrecionalitat als tribunals per establir l'abast de la compensació. Les seves funcions són similars a les de compensació de l'art. 41 CF i estan subjectes als mateixos tipus de crítica (insuficient definició en els objectius de política jurídica; impredictibilitat en els resultats). L'anàlisi de la seva evolució jurisprudencial i legislativa il·lustra en quina direcció pot acabar també movent-se, en un futur, el nostre dret.

1. *Financial relief* en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial

En via de principi, el dret anglès no estableix un règim econòmic matrimonial: la tinença i adquisició de béns durant el matrimoni segueix les regles ordinàries del dret de béns.¹⁵ Tanmateix, en cas de crisi matrimonial, el jutge que coneix del

¹⁴ V. American Law Institute, *Principles*, 646-649, 656-657, amb informació sobre els tipus de règims que s'apliquen als diferents Estats.

¹⁵ V., p.ex., Cretney / Masson / Bailey-Harris, *Principles of Family Law*, 319-398.

procés de separació, divorci o nul·litat té poders molt amplis per adoptar mesures econòmiques (*ancillary relief*) amb una gran diversitat d'efectes. Pot, per exemple, dictar ordres de pagament de pensions, de pagament de quantitats alçades, de constitució de *trusts* en benefici de l'altre cònjuge o els fills, de transmissió forçosa de béns d'un cònjuge a l'altre, o de venda de béns per al compliment de les mesures acordades.¹⁶ És important remarcar que aquestes mesures poden incloure la reassignació de la titularitat de béns dels respectius patrimonis, sense cap limitació: tot i la separació de béns i la naturalesa privativa dels respectius patrimonis, els béns pertanyents als cònjuges en el moment de la crisi, amb independència del seu origen i moment d'adquisició, cauen sota el poder del jutge a efectes de l'adopció de mesures de *financial relief*.

D'acord amb la jurisprudència, l'objectiu prevalent en l'exercici d'aquests poders –qüestionat per la seva vaguetat– és l'assoliment d'un resultat just. La llei guia el jutge, ordenant-li que doni consideració prioritària al benestar dels fills menors i, a continuació, que ponderi totes les circumstàncies del cas i particularment les llistades en la llei,¹⁷ que en síntesi són: els recursos econòmics (rendes, aptitud laboral actual o susceptible de ser adquirida, béns, altres recursos presents o previsibles); les necessitats econòmiques, obligacions i responsabilitats que cadascuna de les parts té o pot adquirir en un futur previsible; el nivell de vida durant la convivència; l'edat dels cònjuges; la durada del matrimoni; les eventuais minusvàlues o discapacitats en algun dels cònjuges; les contribucions fetes per al benestar de la família, incloent-hi les domèstiques o d'atenció familiar; la conducta de les parts, i el valor de les expectatives patrimonials que es puguin perdre arran de la dissolució o anul·lació del matrimoni. Entre aquests criteris no hi ha cap jerarquia i el seu pes específic depèn de les circumstàncies del cas apreciades pel jutge. En la pràctica, predomina la ponderació dels recursos disponibles, les necessitats futures de cada cònjuge i, si els primers excedeixen les segones, la rellevància de les respectives contribucions al benestar de la família.

Tradicionalment, en la valoració de les contribucions de marit i muller al benestar familiar, els tribunals anglesos tendien a infravalorar les contribucions no patrimonials, atribuint al cònjuge que s'havia dedicat preferentment a l'activitat domèstica una petita fracció dels excedents generats. Arran de la decisió de la *House of Lords* en el cas *White v. White* (2000),¹⁸ que ha esdevingut *leading case* quant a la interpretació que cal donar a les normes que regulen l'adopció de mesures de *financial relief*, el Tribunal fa un gir radical en aquest plantejament i formula un principi de no discriminació i igualtat de valor de

¹⁶ Cretney et. al., *Principles*, 333-340.

¹⁷ V. Section 25 *Matrimonial Causes Act* 1973, reformada per la *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984.

¹⁸ [2000] 3 W. L. R. 1571; [2000] 2 F.L.R. 98.

les contribucions d'ambdós cònjuges al benestar de la família (tant la que consisteix en la generació d'ingressos com la de treball domèstic o criança de fills): si ambdós cònjuges han contribuït amb el mateix esforç a la prosperitat de la família, és irrellevant qui d'ells va guanyar els diners i formar un patrimoni. En virtut d'aquesta idea, les mesures que el jutge decideix adoptar, després d'haver ponderat les diverses circumstàncies enumerades en la llei, han de ser contrastades amb l'estàndard de la igualtat de divisió patrimonial. (*yardstick of equality of division*): el jutgador pot arribar a la conclusió que els béns d'un i altre cònjuge s'han de repartir apartant-se d'aquest estàndard d'igualtat, però aleshores ha d'explicitar-ne les raons.

La doctrina de *White v. White*, que ha tingut repercussió immediata en la pràctica judicial, fa que hagin adquirit molta importància en els procediments d'*ancillary relief* els criteris que poden justificar l'apartament de l'estàndard d'igualtat en el moment de valorar les contribucions d'un i altre cònjuge al benestar de la família: entre aquestes raons, destaquen la de l'**origen dels béns** (el fet que els béns d'un cònjuge hagin estat rebuts a títol de donació o herència pot justificar que es respecti la propietat privativa) i la de la concurrència d'una **contribució especial** (si l'increment del patrimoni d'un dels cònjuges durant el matrimoni es considera imputable al seu talent, creativitat o geni fora del comú). La doctrina de la *special contribution*, exposada i aplicada per la *Court of Appeal* a *Cowan v. Cowan* (2001),¹⁹ ha quedat restringida en la seva virtualitat a casos molt excepcionals després de *Lambert v. Lambert* (2002),²⁰ resolt pel mateix tribunal, que remarca la incommensurabilitat de les contribucions d'ambdós cònjuges i el risc manifest de discriminació que aquest tipus d'excepció comporta.

2. *Equitable distribution* en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels *ALI Principles*

En els Estats Units, sempre que un matrimoni –com passa majoritàriament– es regeix pel règim de separació de béns, en la liquidació del règim per divorci es practica la *equitable distribution*. En virtut d'aquest mecanisme, el jutge pot ordenar que un cònjuge atribueixi part dels seus béns (o del seu valor) a l'altre, a fi d'assolir una redistribució patrimonial equitativa, prenent en consideració una diversitat de factors, no jerarquitcats, que oscil·len entre dos pols, la necessitat dels cònjuges i les seves respectives contribucions a la formació del patrimoni. L'*equitable distribution* és un sistema de liquidació molt discrecional, que posa la justícia del cas concret per davant de la seguretat jurídica.²¹

¹⁹ [2000] 2 F.L.R. 192.

²⁰ [2002] EWCA. Civ 1685, [2003] 1 FLR 139.

²¹ American Law Institute, *Principles*, 646-662.

La proposta que l'*American Law Institute* formula en els seus Principis intenta superar les conseqüències negatives d'aquesta discrecionalitat fent dues opcions clares de política jurídica: la primera, és la qualificació dels béns adquirits durant el matrimoni i les rendes i increments de valor dels béns privatis (en la mesura en què derivin de l'aplicació de treball) com a *marital property* que ha de ser dividida en el moment de la liquidació (§ 4.03 a § 4.05); la segona, és l'establiment d'una presumpció de divisió per meitat, però permetent apartar-se'n per les mateixes raons que justifiquen, en el seu cas, la concessió d'una pensió compensatòria (§ 4.09). La presumpció de divisió per meitat es basa no en la contribució d'ambdós cònjuges a l'obtenció dels béns sinó en la seva contribució a tots els beneficis derivats de la vida matrimonial, i es justifica per la impossibilitat d'avaluar de les contribucions no monetàries i la futiltat de qualsevol intent per part d'un jutge de valorar-les examinant, retrospectivament, tot el desenvolupament de la vida matrimonial. Per altra banda, la possibilitat d'apartar-se de la divisió per meitats, posa de relleu la intercanviabilitat entre el reconeixement d'una pensió i l'atribució d'una porció superior de *marital property* amb ocasió de la seva liquidació. L'elecció d'un o altre mecanisme de compensació o la seva combinació depèn aleshores de les circumstàncies de cada cas.

IV. ENSENYAMENTS DEL DRET COMPARAT I OPCIONS DE REGULACIÓ PER AL DRET CATALÀ

El dret anglès i la proposta nord-americana de l'ALI aborden les operacions de liquidació patrimonial per raó d'una separació matrimonial o un divorci amb un equipament institucional substancialment diferent. Per exemple, la distinció entre una *separate property* i una *marital property* que promouen els *ALI Principles*, coherent amb la proposta d'anar cap a un règim supletori de comunitat, és desconeguda en el dret anglès. Ambdós sistemes normatius semblen prioritzar també diferents objectius, com mostra el fet que el dret anglès doni prioritat a la cobertura de les necessitats d'habitatge i a la rehabilitació professional dels cònjuges, abans de repartir els excedents, si n'hi ha, cosa que no fan els principis nord-americans. Empíricament, però, arriben a resultats semblants, i en ambdós casos més igualitaris que els que produeix el dret català vigent, tant a l'hora d'assignar els guanys generats durant el matrimoni com els perjudicis derivats del seu trencament. Se'n poden destacar dos grups d'idees, en particular, que aporten elements de reflexió útils amb vistes a traçar possibles línies d'evolució del dret català:

- L'extinció del règim de separació de béns per trencament de la convivència, si s'han generat excedents patrimonials durant el matrimoni, ha de comportar l'adopció de mesures per al seu **repartiment**. Per a aquest repartiment, s'han de **valorar les contribucions** d'ambdós cònjuges

a la producció de béns familiars i, en condicions ordinàries, **s’ha d’equiparar el seu valor** amb independència de la seva naturalesa i de la seva major o menor rendabilitat en termes estrictament econòmics. *White* i la jurisprudència que l’ha seguit han posat en primer pla dues idees essencials –i no obstant això menystingudes o ignorades en el nostre entorn– que incideixen decisivament en la manera de liquidar un règim de separació. D’una banda, hi ha el problema insuperable de la incommensurabilitat de les contribucions en treball personal, sobretot en les relacions de llarga durada quan a més inclouen la criança i educació dels fills. Això impedeix adoptar, a l’hora de la liquidació i de calcular qualsevol compensació, criteris restitutoris d’una eventual “sobrecontribució”, que de fet és impossible de mesurar. D’altra banda, hi ha la necessitat de tenir present, a l’hora de redistribuir la riquesa creada durant el matrimoni, no només l’estalviada i materialitzada en béns repartibles sinó també la constituïda per altres “béns familiars” (la creació d’una llar, els llaços parentals i la continuïtat generacional, les xarxes de relació social entorn de la família, etc.) dels quals han fruit i poden continuar fruit els cònjuges –potser en menor mesura o de manera diferent– després de la crisi.

- Les operacions de liquidació i eventual redistribució de l’excedent patrimonial poden, a banda de retribuir les contribucions d’ambdós cònjuges a la seva formació, **compensar el major perjudici** patit per un dels cònjuges en el trencament de la convivència o **proveir a la cobertura de necessitats** dels cònjuges separats o dels excònjuges, d’acord amb les pautes i dins dels límits previstos en cada ordenament. Tot i que és oportú mantenir la distinció conceptual entre les operacions de liquidació patrimonial del règim de béns practicat durant el matrimoni i la decisió sobre les condicions de meritació, quantificació i durada d’altres mitjans de compensació, la seva implementació pot ser unitària. Si les condicions patrimonials de la família ho permeten, ambdues compensacions es poden efectives en unitat d’acte, amb l’atribució d’un o diversos actius patrimonials. Aquesta tendència vers el *clean break*, que apunta ja el CF (art. 85.2, en seu de pensió compensatòria), ha estat seguida també per alguns sistemes de comunitat de béns, particularment el francès i, ara, tímidament encara, per l’espanyol.²²

²² La *prestation compensatoire*, en el dret francès, s’atribueix com a quantitat alçada (art. 274 CC), si bé el capital es pot pagar, en cas que no es pugui abonar de cop, al llarg d’un màxim de vuit anys (art. 275-1 CC). Només excepcionalment es pot atribuir com a pensió vitalícia (art. 276 CC). L’art. 97 del CC espanyol, en la redacció posterior a la Llei 15/2005, de 8 de juliol, també possibilita l’atribució de la compensació com a prestació única.

No creiem que el dret català hagi d'importar mimèticament directrius formulades en ordenaments provinents de tradicions jurídiques molt diferents a la nostra. Els reptes, però, que ha de plantejar-se sí són semblants als d'altres cultures amb separació de béns, i les opcions que apunta la comparatística poden a ajudar a centrar els temes de debat.

En l'àmbit que estem examinant, els reptes que el legislador català ha d'afrontar es poden agrupar entorn de tres blocs temàtics:

- a) **Definició clara de les condicions de participació dels cònjuges en la riquesa generada durant el matrimoni.** El legislador català ha de repensar, a la vista de la concepció socialment assumida avui del rol dels cònjuges en el matrimoni, si cal mantenir un sistema de participació limitat al supòsit en què la convivència es trenca per separació o divorci i un d'ambdós cònjuges ha realitzat contribucions de treball, com a l'actualitat; si, pel contrari, cal ampliar-lo als matrimonis que es dissolen per mort o als matrimonis –cada vegada més habituals– amb dos perceptors d'ingressos; o si, intentant cercar un terme mig, fa dependre la participació d'alguns indicadors de l'existència de contribucions valuoses a la generació dels excedents patrimonials (durada del matrimoni, criaça de fills). En aquesta mateix ordre d'idees, el legislador català ha de formular amb més claredat les regles per a la determinació del crèdit de participació, decidint si les contribucions d'ambdós cònjuges s'han de valorar igual o, en cas contrari, quins factors justifiquen l'apartament de la igualtat.
- b) **Definició clara dels perjudicis que la llei compensa per raó de la ruptura de la convivència i adaptació dels mitjans de compensació a la naturalesa d'aquests perjudicis.** El dret català, com la majoria d'ordenaments europeus continentals, parteix d'una separació conceptual nítida entre els efectes liquidatoris del règim de béns i altres efectes econòmics relacionats amb el trencament de la convivència, que en el cas català se circumscriuen a l'atribució del dret d'ús de l'habitatge (art. 83 CF) i dret a pensió compensatòria (art. 84 CF). L'atribució de pensió compensatòria està vinculada al **perjudici que la separació, el divorci o la nul·litat matrimonial provoca en la situació econòmica dels cònjuges.** En el cas, freqüent, en què ambdós cònjuges pateixin un perjudici econòmic, la pensió és meritada per aquell d'ambdós que hagi sofert el major perjudici relatiu (art. 84.1 CF). La llei, però, no precisa quins tipus de perjudicis són objecte de compensació: si els **costos incorreguts en la confiança del compliment del contracte**, és a dir, de la permanència del matrimoni (danys a la confiança) o les **expectatives defraudades** (l'equivalent a l'interès contractual positiu en un incompliment contractual).

En lloc de discernir els tipus de perjudicis compensables, el Codi de família opta per circumscriure l'abast de la compensació limitant-ne molt la quantia: li confereix el caràcter de pensió periòdica susceptible de ser acotada temporalment (art. 86.1 d CF), permet la seva modificació però només a la baixa (art. 84.3 CF), i restringeix el seu *quantum* al sostre del nivell de vida efectivament gaudit durant el matrimoni (art. 84.1 CF). Configurat en aquests termes, el remei no compensa adequadament la pèrdua d'expectatives de participació en els rendiments de capital humà adquirit o consolidat per l'altre cònjuge durant el matrimoni, o en altres ingressos posteriors a la separació o al divorci però derivats de l'activitat laboral duta a terme durant el matrimoni (drets de previsió, pensions de jubilació, etc.). El TSJC ha hagut d'abordar aquest dilema, corregint la literalitat de la llei i permetent l'increment de la pensió compensatòria.²³ Un repte del legislador català, en aquest punt, és decidir si, respecte de determinats perjudicis, seria idoni introduir un remei diferent del dret de pensió tal com ara és configurat (per exemple, quan sigui possible, la compensació amb l'atribució d'una quota superior dels guanys generats durant el matrimoni).

c) **Definició clara del paper de l'autonomia privada.** El dret català ha estat sempre particularment deferent amb el principi de llibertat civil. En matèria familiar, aquesta llibertat abasta la formulació de previsions per al cas d'una futura ruptura matrimonial (art. 15.1 CF), però és dubtós si del contingut dels preceptes que regulen la compensació per treball i la pensió compensatòria entre cònjuges o excònjuges es pot deduir necessàriament la seva imperativitat –com exigeix l'art. 111-6 CCCat– o no. La irrenunciabilitat dels aliments (art. 270 CF) i de les compensacions per trencament de la convivència en les parelles estables (art. 3.1 LUEP) inclinen a creure, argumentant *a fortiori* en un cas i per analogia en l'altre, que la compensació per treball i, en part, la pensió compensatòria no es poden renunciar o pactar a la baixa anticipadament en el matrimoni.²⁴ En aquesta matèria cal aclarir quins drets i deures poden ser objecte de pacte i implementar la declaració de l'art. 15.1 CF amb l'establiment de cauteles procedimentals i substantives que condicionin la validesa o eficàcia dels pactes preventius.²⁵ El supòsit

²³ V. STSJC 28.10.2003 (RJ 2003\8905); STSJC 11.12.2003 (RJ 2004\1788).

²⁴ V. Egea, "Pensión compensatoria", p. 4564-4568.

²⁵ La proposta normativa més fonamentada entorn d'aquestes cauteles, avalada per la pràctica estesa dels *premarital agreements* en moltes jurisdiccions nord-americanes, es pot trobar als *Principles of the Law of Family Dissolution* (Chapter 7: Agreements), en American Law Institute, *Principles*, 945-1032.

més polèmic, és per descomptat, el de les renúncies globals a tota mena de compensació, sobre les quals s'ha hagut ja de pronunciar el TSJC (no respecte d'un pacte preventiu, sinó d'un pacte en conveni extrajudicial de separació amistosa).²⁶ Una opció més igualitària en matèria de règim econòmic hauria d'anar acompanyada d'una molt àmplia llibertat capitular, que reconegués la validesa del pacte del règim de separació de béns estricta o corregit amb la retribució de prestacions de treball per una quantitat pactada –sense participació en guanys–. Aquest règim pot ser particularment idoni en matrimonis on no siguin previsible inversions substancials en el bastiment d'una llar (p.ex., segones o ulteriors núpies) o en matrimonis on un o ambdós cònjuges posseeixen dotacions inicials (sigui en béns d'empresa o en capital humà) ja molt consolidades en el moment de contreure matrimoni.

BIBLIOGRAFIA

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Matthew Bender & Co., Lexis-Nexis, 2002.
- BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ-BEILFUSS, Cristina / JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Anwerp/Oxford, 2004.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “Comentari a la darrera jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en matèria de Compensació Econòmica de l'article 41 del Codi de família”, *RCDPr* 2004-3, p. 133-148.
- BRANCÓS NÚÑEZ, Enric, “Separació de béns o participació: comentari de l'article 23 de la Compilació” (Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya), *RJC* 1998-IV, p. 665-696.
- CRETNEY, Stephen. M. / MASSON, J. M. / BAILEY-HARRIS, Rebecca, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003 (7a. ed.).
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, a CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (et al.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T. III, Civitas, Madrid, p. 4551-4574.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “La compensación económica derivada de la liquidación del régimen de bienes de separación (art. 23 CDCC)”, *La Llei de Catalunya i Balears*, 1996, núm. 139, p. 1-5.
- JOU MIRABENT, Lluís, “Comentari a l'article 23 de la Compilació”, a CASANOVAS MUSSONS, Anna / EGEA FERNÁNDEZ, Joan / GETE-ALONSO, Ma. del Carmen

²⁶ V. STSJC 19.7.2004 (RJ 2004\5534), que declara ineficax la renúncia a la compensació per raó de treball de l'art. 41 CF pel fet de no ser suficientment explícita.

/ MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 1995, p. 197-206.

LAMARCA MARQUÈS, Albert, “Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball (Comentari a la STSJC de 21.10.2002)”, *InDret* 2003-2, *Working paper* de Dret català núm. 2, p. 1-11.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Comentari a l’art. 41 del Codi de família”, a EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 231-257.

PARA MARTÍN, Antonio, “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, *RJC* 1999-II, p. 313-350.

PUIG FERRIOL, Lluís / ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret civil de Catalunya, Vol. II (Dret de la persona i dret de família)*, 6a. ed., Tirant lo blanch, València, 2005.

SOLÉ FELIU, Josep, “La compensació econòmica per raó de treball de l’article 41 del nou Codi de família de Catalunya”, *La Llei de Catalunya*, 1998, núm. 231, p. 1-6.

SOLÉ RESINA, Judith, “La compensació econòmica per raó de treball en el règim de separació de béns”, *RJC* 2001-III, p. 661-689.

