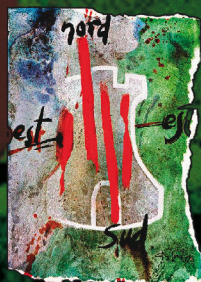


Nous reptes del Dret de família



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, plagieixin, distribuïssin o comunicassin 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

LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y LAS CUESTIONES DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL

ANTONI BOSCH I CARRERA

NOTARIO

PROFESOR ASOCIADO, UNIVERSITAT INTERNACIONAL DE CATALUNYA

SUMARIO

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 FAMILIAS RECONSTITUIDAS

1. Las reformas en el Derecho de familia¹

Desde hace 50 años² el Derecho de Familia viene experimentando unas modificaciones de tal importancia que parece imposible como en 2000 años nada

¹ Sin la fiabilidad de las encuestas, o de los estudios estadísticos el ponente ha detectado en su despacho profesional una creciente preocupación sobre los mecanismos de protección de los menores e incapaces. Esta preocupación está muy presente en testadores separados o divorciados y que tienen hijos de uno o más matrimonios. También los abuelos se muestran preocupados por sus nietos menores de edad que conviven con padre o madres no biológicos.

² Lecaillon, citado por Garrido de Palma señala hacia 1960 la crisis del modelo. Garrido de

hubiera cambiado. Se han señalado muchas causas del cambio: la incorporación de la mujer al trabajo, los métodos anticonceptivos y el descenso de la natalidad; las uniones no matrimoniales o de hecho etc. El hecho es que el vínculo matrimonial era la única forma de organizar la convivencia entre el hombre y la mujer. Hoy no es así. Existen varias formas de organizar legalmente la convivencia con *affectio*, además de la matrimonial. El matrimonio como forma y base de la familia, convive con las uniones de personas, heterosexual y homosexual, e incluso con otras formas de tipo asistencial, sin *affectio maritalis*.

La modificación del Derecho de Familia en España tiene un inicio: 1981. Pero aún no conocemos la fecha final, ni siquiera sabemos si llegará. Las leyes de 13 de Mayo de 1981 y 7 de Julio de 1981 suponen un cambio trascendental en la regulación del matrimonio, y por consiguiente de la familia. La admisión por el legislador de un divorcio vincular simplemente sujeto a unos plazos ha supuesto un cambio en los hábitos convivenciales de los españoles evidente.³ Este problema es hoy noticia en los medios de comunicación.⁴

Los cambios no se detienen en 1981. Es ilustrativa la modificación legislativa operada en Catalunya a finales de los 90 en la legislación civil de la familia. Desde 1998 aparecen otras formas legales de regulación de la convivencia. El Codi de Família (CF) Llei 9/1998, de 15 de Julio vino acompañado en su trámite parlamentario por otro proyecto, que luego desembocó en dos leyes, la Ley 10/1998, de 15 de Julio, de uniones estables de pareja (LUEP) y la Ley 19/1998, de 28 de Diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua (LSCAM). Las tres leyes ponen de relieve que el matrimonio no es la única forma de organizar la convivencia entre personas que se prestan un socorro y ayuda mutua; que

Palma, Víctor M^a en *Instituciones de Derecho Privado*, obra coordinada por Juan Francisco Delgado de Miguel. Tomo IV. *Familia*. Tema 2. *Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial*. Por Víctor M. Garrido de Palma Vol. 1^o. Civitas. Madrid. 2001. Pág. 204.

³ “La aparición del divorcio con su efecto desorganizador de la familia y en todo caso alterador del espíritu con que se contrae la unión matrimonial”, Garrido de Palma. *Op. Cit.*, Pág. 205.

⁴ Para Garrido de Palma, *Op. Cit.* Pág. 206: “los hechos son los hechos y la realidad tercamente es: insolidaridad entre generaciones, niños abandonados, droga, sida y alcohol, aumento de rupturas matrimoniales y de incumplimiento de lo judicial o convencionalmente establecido, ancianos o discapaces solos o escasamente atendidos, hundimiento demográfico... ¿Entonces? El cambio y la adaptación a la sociedad del siglo XXI ha de consistir ante todo en recuperar el concepto de la Familia y por ello —separando las voces de los ecos— proteger, reconocer y tratar con seriedad y respeto a la comunidad fundada en el matrimonio estable y duradero, ordenada a la transmisión de la vida y a garantizar la de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos. Hayek («La fatal arrogancia») lo dijo en París en 1974 con meridiana claridad: la preponderancia del mundo occidental viene, y la supervivencia de nuestra civilización depende, de una herencia moral constituida por la creencia en la propiedad, la honestidad y la familia.”

conviven juntos. Además el Derecho de Familia queda abierto a nuevas formas convivenciales de ayuda mutua.

Casi todas las Comunidades Autónomas se han lanzado a la regulación de las denominadas *parejas de hecho*, tanto heterosexuales, como homosexuales, con regímenes muchas veces dispares, y contradictorios entre sí.

2. Efectos sociales de las reformas en el Derecho de Familia

En España y en Catalunya disponemos de suficientes estadísticas sobre matrimonios, nulidades matrimoniales, separaciones y divorcio. No existen estadísticas fiables de las rupturas en las parejas de hecho. Los datos que tenemos es que el número de hijos nacidos fuera del matrimonio, así como la tendencia a vivir en pareja, aumenta⁵ sobre todo entre la juventud.

El total de matrimonios en España fue de 200.688 en 1995, y 209.065 en 2002.⁶ En 1995 las separaciones ascendieron a un total de 49.374. En 2002 las separaciones ascendieron a un total de 73.032.>El incremento en el número de separaciones no tiene –sin embargo– proporción respecto al número de matrimonios celebrados cada año en España que se mantiene estable en torno a 5 matrimonios por año por cada mil habitantes. En cambio si aumentan las personas que viven solas, y los hogares monoparentales.

Otro dato a destacar es que pese del aumento de separaciones y divorcios, no aumentan el número de segundos matrimonios. El porcentaje –invariable, y prácticamente sobre el 7 %– de segundos matrimonios es el dato recurrente en los últimos años. Es probable que se deba a que no tenemos datos fiables de segundas parejas (parejas en que los dos o uno de los convivientes ha estado casado o en pareja). Estadísticamente por lo tanto los segundos matrimonios no aumentan, a pesar que aumentan las personas con capacidad de contraerlo (solteros, y divorciados).

⁵ *Statistics Canada's General Social Survey*. En el 2002, casi el 90% de los hombres y mujeres canadienses, con edades comprendidas entre los 50 y los 69 años, habían comenzado su vida conyugal a través del matrimonio. Pero entre los hombres y mujeres con edades comprendidas entre los 30 y los 39 años, el 40% había elegido una relación de pareja de hecho como su primera unión, según el estudio. Para las mujeres entre 20 y 29 años, se estima que el porcentaje alcanza el 53%.

Las estadísticas en Inglaterra reflejan datos parecidos. El 26 de noviembre de 2003, el *Telegraph* revelaba que las estadísticas gubernamentales muestran que el número de parejas de hecho en Inglaterra y Gales ha superado el millón y medio, con cuatro de cada diez niños nacidos fuera del matrimonio, en comparación con uno de cada diez de los años setenta. Se espera que el número de parejas de hecho se doble en los próximos veinte años.

El profesor Martin ha puesto de relieve en estas Jornadas los datos respecto de Catalunya.

⁶ Puede consultarse el informe en www.ine.es Familia. Tablas nacionales. Informe sobre Indicadores Sociales.

Respecto de Cataluña⁷ no se pueden extraer una serie de conclusiones sobre cuántas familias reconstituidas existen.

Quizás el dato más significativo es que se incrementa el número de padres y madres que viven con su hijo en hogares monoparentales (6,4 % del total de hogares en 1981 a 9,3 % del total de hogares en 1996). El descenso del número de hogares con hijos (57 % del total de hogares para 1981, y 47,1 % del total de hogares en 1996).

El número de familias (matrimoniales y no matrimoniales) reconstituidas no lo conocemos con exactitud, pero creo que en Catalunya debe de superar el 7 %.

El elevado número de separaciones ha provocado unas tensiones y problemas sociales importantes.⁸ También creo que es importante preguntarse y conocer en España si existe una relación entre la situación patrimonial de las familias y de los menores, y la forma de organización de la convivencia. En otros países de nuestro entorno los estudios sociológicos ponen de relieve de manera sistemática que la influencia de la estructura legal familiar es muy importante.⁹

Al abordar un tema tan actual, nuevo, y problemático como la familia reconstituida surge una pregunta recurrente: ¿no están explotando demasiados problemas en el Derecho de Familia? ¿Estaremos reforma tras reforma, innovación tras innovación? ¿Sabemos a dónde vamos?¹⁰

3. Constitucionalidad y algunos problemas que plantea la existencia de segundas familias

La reforma de 1981 supuso un cambio enorme en el tejido social. Hoy es corriente que personas divorciadas contraigan nuevos matrimonios, o convivan

⁷ Institut d'estadística de Catalunya. Generalitat de Catalunya. Estadística Social Censos i enquestes. Llar i Famílies a Catalunya 1991 -1996.

⁸ Puede consultarse el informe iceberg presentado por un grupo independiente de padres separados en la comparecencia celebrada el día 25 de junio de 2001 ante la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer del Senado de España, como contribución a la Ponencia para la Erradicación de la Violencia Doméstica.

⁹ Puede consultarse, Steven Nock, 1995: "A Comparison of Marriages and Cohabitation Relationships", *Journal of Family Issues* 16: 53-76; Susan L. Brown, 2000: "The Effect of Union Type on Psychological Well-Being: Depression Among Cohabitators versus Marrieds", *Journal of Health and Social Behavior* 41 (septiembre): 241-255; Lingxin Hao, 1996: "Family Structure, Private Transfers, and the Economic Well-Being of Families with Children", *Social Forces* 75: 269-292.

¹⁰ Díez Picazo en el prólogo del libro de Encarna Roca. *Familia y cambio social*. Civitas. 1999, pone de relieve toda la serie de problemas que surgieron hecha la reforma del Derecho de Familia. "Toda una serie de problemas explotaron casi inmediatamente entre las manos" y cita una serie de ellos.

en régimen de pareja estable, o simplemente convivan esporádicamente con otras personas. Existen familias donde junto a dos convivientes o dos esposos están los hijos de uno, de los dos y de ambos convivientes.

La familia reconstituida¹¹ es aquella que se forma entre una pareja matrimonial o no matrimonial y tiene hijos comunes o no.¹²

3.1. *La protección constitucional de la familia reconstituida*

El artículo 39 de la CE establece un principio rector de la política de las Administraciones públicas al proclamar que:

“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”

La CE no distingue entre familias. En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina que el TC ha construido en torno a las parejas de hecho,¹³ puede afirmarse que gozan igual protección todas las familias sean consecuencia de una matrimonio,¹⁴ de una unión estable heterosexual,¹⁵ o de una pareja de hecho. De

¹¹ Es difícil encontrar un nombre a las familias que forman personas que ya tienen hijos de anteriores uniones. ¿Familias reconstituidas? ¿Familias múltiples? ¿Segundas familias? ¿Nuevas familias? ¿Familias plurales? ¿Familias complejas?

¹² Véase la STC 222/1992, de 11 de diciembre, “*en el concepto constitucional de familia entra sin duda el supuesto de matrimonio sin descendencia, o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con otras previsiones constitucionales (art. 18.1) con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este tribunal... y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada en nuestra cultura de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia*” (FJ 4).

¹³ Las dos sentencias más importantes sobre las uniones de hecho son la STC 184/1990, de 15 de noviembre y la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que precisó y rectificó la interpretación reductiva de la familia matrimonial como único supuesto posible de la familia constitucional protegida en el artículo 31 CE, establecida en la STC 184/1990.

3. *La constitucionalización del matrimonio no justifica en todo caso un trato de privilegio del mismo sobre la unión de hecho. (...)*

¹⁴ Talavera Fernández, Pedro A. *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Editorial Comares. Granada. 2001. Página 114. Los presupuestos fundamentales de la Sentencia acerca de las relaciones entre matrimonio, familia y unión de hecho, son los siguientes: 1. Expansión del mandato constitucional de protección de la familia, tanto a la fundada en el matrimonio como a la originada por otros medios, en virtud de las exigencias de una sociedad plural en la que caben diferentes modelos familiares (...) 2. Esta expansión se fundamenta en tres criterios: a) la regulación separada de matrimonio y familia; b) el sentido de protección social del art. 39 CE que hace necesario ampliarlo más allá de la familia matrimonial; y c) la conexión del núm. 1 del art. 39 CE con los demás párrafos de dicho precepto: protección integral de los hijos con independencia de su filiación y de las madres con independencia de su estado civil. (...)

¹⁵ La existencia de una familia homosexual es una cuestión controvertida. A mi juicio a la unión homosexual le falta la nota de conyugalidad para que podamos considerar a esta unión como *pareja*. Sin distinción sexual no estamos ante una pareja, ni tampoco ante una familia.

la doctrina constitucional podemos concluir que debe de protegerse en régimen de igualdad toda familia, sea primera o segunda, y que no cabe discriminación alguna por razón de su origen o base.

3.2. *La protección legislativa de la familia reconstituida*

Según la doctrina elaborada por el TC las leyes de rango inferior no deben distinguir entre una familia con base matrimonial y una familia con base en una unión de hecho. Pienso que debe destacarse tal doctrina. Su consecuencia más lógica es que el CF regule a la familia, y dentro de esta regulación han de tener cabida las primeras y segundas familias, las matrimoniales y a los no matrimoniales.

3.3 *La adecuación de las Instituciones del Codi de Família y del Codi de Successions a la familia reconstituida*

Las reformas introducidas en las leyes estatales, y de Catalunya plantean problemas en las instituciones familiares y sucesorias catalanas ya reguladas. La aparición de familias reconstituidas no se ajusta a la realidad legislativa catalana y –en consecuencia- las necesidades de las familias reconstituidas no están resueltas por el legislador actualmente. El Codi de Família y sobre todo el Codi de Successions no tratan por igual las primeras y las segundas familias.

Las segundas familias no han sido el objeto legislativo del Código de Familia, y del Código de Sucesiones. Estas normas mantienen su regulación sobre una familia de tipo matrimonial, socialmente muy estable, y con hijos comunes. Su base patrimonial es la casa y el patrimonio empresarial. Antes agrícola, ahora industrial y de servicios. El legislador catalán introdujo la regulación de unión estable heterosexual y homosexual en 1998 –pero con buen criterio a mi juicio- la dejó fuera del Codi de Família.¹⁶

Pensemos en una institución clásica del Derecho de Sucesiones: la reserva binupcial, ¿cómo hemos de regularla? ¿Tiene que darse entrada a las uniones estables? ¿La convivencia marital pero no matrimonial convertirá los bienes en reservables?

¿Es posible que una segunda familia basada en una unión estable, formalice un heredamiento? ¿Qué requisitos debe de tener? ¿Por qué no pueden pactar unos

¹⁶ No sé si será posible una reforma legislativa en profundidad para dar acomodo legal a la familia reconstituida y todos los problemas que plantea. Se trata de cambiar el eje sobre el que se asienta nuestro Derecho de Familia y de Sucesiones. No es fácil el cambio. Para el supuesto de continuar con un Derecho basado en una familia de tipo matrimonial las instituciones se mantienen y sólo serán objeto de reformas. Si acogemos las segundas familias, y otras formas de organización, muchas de las instituciones de Derecho Privado Catalán pierden su razón de ser. La admisión del **matrimonio homosexual** –que parece inminente- supondrá la creación de relaciones de parentesco.

capítulos las personas que forman uniones de Derecho con efectos similares a los capítulos matrimoniales? Los pactos de las uniones, ¿no son en cuanto a su contenido unos capítulos paramatrimoniales?

¿Tiene sentido el mantenimiento de la cuarta vidual que regula el Código de Sucesiones en los casos del segundo, tercer o cuarto matrimonio? Las personas en régimen de unión, ¿quedan en situación de discriminación al no poder tener acceso a esta cuarta vidual?

La legítima ¿tiene el mismo sentido cuando hay hijos de varios matrimonios? ¿*Quid* la legítima de los ascendientes con las uniones estables de pareja?

Para responder a estas preguntas hay que considerar que las instituciones sucesorias, así como el régimen económico matrimonial se han consolidado en siglos, y tienen su fundamento en la institución familiar. La naturaleza de las cosas –la realidad- es la que puso en evidencia la justificación del actual régimen sucesorio, así como el equilibrio que representa dentro de la familia el régimen económico matrimonial.

Esta institución –la familia- se fundaba en un matrimonio indisoluble, y orientado a la prolongación en el tiempo de la familia. Esto tiene sus consecuencias de estabilidad y de consistencia de las relaciones de los miembros de esta familia, fundamentalmente cónyuge, ascendientes y descendientes. Esto tiene también su justificación antropológica en la necesidad que tiene el hombre de estar arraigado en una familia, y en un pueblo, y –en definitiva- en prolongarse más allá del tiempo a través de esta familia, y de este pueblo.

Instituciones como las sucesorias, que tienen su justificación y al mismo tiempo alimentan la estabilidad y consistencia de los lazos familiares (legítima, reservas, derechos de viudedad...) dejan de tener justificación cuando se equipara a un concepto de familia sólido, otro que es esencialmente eventual y ordinariamente limitado en el tiempo sin que necesariamente este abierto a la sucesión.

Esta institución familiar débil viene marcada por estar condicionada por la voluntad actual del individuo más que por el bien común de la propia familia. Esto se manifiesta sobre todo en la facilidad para su disolución y consiguientemente lo rápido en que puede cambiar el escenario familiar (familia reconstituida) lo que afecta fundamentalmente no a quienes han tomado la decisión, sino a los hijos que se supone son el principal objeto de protección del Derecho de Familia.

En estas condiciones, equiparar de golpe la familia, basada en el matrimonio heterosexual, y orientada a la sucesión, a otras formas de familias complejas como es la reconstituida, o las uniones homosexuales, conservando el Derecho sucesorio y económico patrimonial aflora situaciones de injusticia.

En consecuencia, esta pretendida equiparación pondrá de relieve situaciones de injusticia, porque situaciones sucesorias y patrimoniales surgidas en beneficio

de una familia estable y consistente no tienen justificación cuando la unión es eventual, y los lazos son efímeros.

No hay duda que el panorama legal que plantean las nuevas formas de convivencia es de una enorme complejidad. En una primera aproximación, caben dos soluciones: una, regularlo todo, e ir reforma, tras reforma. Esta es la solución que adopta el legislador actual. Las contradicciones son enormes y el sistema jurídico familiar-sucesorio se resiente. Afloran situaciones de injusticia, y la pretendida protección jurídica del menor queda en la letra, pero no penetra en la realidad cada vez más injusta con los menores faltos de arraigo, y protección jurídica y económica.

Otra solución, pasa por regular sólo un mínimo común denominador. Quizás en este segundo caso, tres normas: Una, el matrimonio exige un pacto por escrito y público acerca de las obligaciones personales y patrimoniales que asumen los dos convivientes. Otra norma, “Todo conviviente perjudicado patrimonialmente por razón de su unión tiene derecho a ser justamente compensado”. Por último, la regulación en el orden personal y patrimonial del interés del hijo menor de edad y de las personas en situación de discapacidad. Sin duda, éste es el aspecto más importante y el más difícil para el legislador.

La política legislativa seguida en Cataluña desde 1984 ha sido la de ir acogiendo legalmente las novedades sociales, así como las nuevas formas de convivencia que se daban en la sociedad y regularlas. Es la solución de reforma/adaptación. Este modelo obliga a una reflexión profunda sobre el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones. Esta reflexión a la que todos los estudiosos del Derecho estamos invitados tiene una obligada pregunta, ¿Derecho de Familia hacia dónde vas?¹⁷

II. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA A LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

1. El principio de actuación en interés de la familia

La actuación en interés de la familia es uno de los principios que inspira el Derecho de familia. Según el artículo primero del CF una de las obligaciones del matrimonio es “actuar en interés de la familia”.

Este concepto jurídico indeterminado exige una breve exposición sobre lo que es la familia, y porqué este interés jurídicamente goza de una excepcional protección. En una primera aproximación es evidente que la familia es más que

¹⁷ Díez Picazo en el prólogo del libro de Encarna Roca. *Familia y cambio social*. Civitas. 1999, pone de relieve toda la serie de problemas que surgieron hecha la reforma del Derecho de Familia. “Toda una serie de problemas explotaron casi inmediatamente entre las manos” y cita una serie de ellos.

el matrimonio, o la unión estable de pareja.¹⁸ Si bien no existe una obligación legal de tener hijos, sociológicamente el matrimonio y las parejas heterosexuales tienen hijos¹⁹. Por lo tanto una familia es en principio una pareja de padre y madre, con posibilidad de tener hijos. A esta realidad biológica el Derecho la protege. El interés superior protegido constitucionalmente que es el de constituir, mantener, y desarrollar una familia.

Esto es también aplicable a una segunda familia integrada por miembros de primeras o anteriores familias. ¿Se puede hablar de *interés de la familia reconstituida*? Evidentemente es un interés constitucionalmente protegible, y distinto del interés de los miembros que la integran. La familia reconstituida tiene un interés común ¿En qué se manifiesta? En la protección de los elementos fundamentales de la familia: los hijos comunes y no comunes, (art. 4.2 del CF, y 4.1 LUEP); la protección de la pareja (art. 1 CF y 3 de LUEP); y la protección del hogar, vivienda y los bienes de uso de la familia (art. 2, 4, 5 y 9 CF y 11 de la LUEP)

La protección del interés de la familia inspira y está presente en todo el CF, como no podía ser de otra manera. Si se sigue los enunciados de los títulos del CF comprobamos que si bien la familia no tiene un título específico que la regule, la distribución temática e institucional del Código parte de la realidad antes indicada de pareja, e hijos. Por esto el título primero, segundo y tercero se dedican al matrimonio, sus efectos, así como las causas de su extinción²⁰. El título cuarto se refiere a los hijos y regula la filiación matrimonial y no matrimonial, y el título quinto se refiere a la filiación adoptiva. El título sexto pone en relación la pareja

¹⁸ Talavera Fernández, Pedro A. *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Editorial Comares. Granada. 2001. Página 100. “En la actualidad, (...) el matrimonio ha quedado configurado como un derecho o facultad individual de la persona en la mayoría de los textos internacionales. El art. 32 de nuestra Constitución, y la regulación del Código Civil así lo recogen, pero nada disponen sobre la reproducción, por lo que nada obliga a los cónyuges a reproducirse. (...) cabe una familia sin matrimonio y un matrimonio sin familia; (...) la existencia de familias no matrimoniales manifiesta claramente la distinción de ambas figuras. En definitiva, un matrimonio sin descendencia no pasa de ser una relación jurídica entre los componentes, del mismo modo que una prole sin matrimonio constituye una relación de familia que vincula separadamente a cada progenitor con la prole y ésta con cada progenitor y con los parientes de ambos.”

¹⁹ No es frecuente hoy en día hablar de *fines del matrimonio* pues parece recordar unos tiempos e instituciones que no se quiere recordar. Pero es evidente que hombre y mujer se casan para algo. Es posible investigar cuáles son las finalidades sociológicas del matrimonio.

²⁰ En 1991 cuando se aprobó el CF se discutió y debatió –incluso en la opinión pública– si las parejas estables debían de figurar o no dentro del Código de Familia. En el trámite parlamentario la Ley de Uniones Estables quedó separada del Codi de Família. Parece que en el futuro esta situación se va a revisar con la inclusión de las parejas heterosexuales dentro del articulado general del CF. También se defiende la inclusión de las parejas homosexuales dentro del Código.

con los hijos, y regula la potestad de los padres. Su continuidad es el título séptimo que se encarga de las instituciones de guarda, y responde a la pregunta de quién es el responsable de los hijos cuando no están o no pueden los padres ejercitar sus funciones. El último título del CF regula la obligación legal de alimentos y contempla a la familia en un sentido más amplio.

Pues bien, el hilo conductor del CF no es otro que el *actuar en interés de la familia* (art. 1 CF).²¹ Los hijos no comunes que conviven con la pareja son parte de la familia, y su interés está especialmente protegido. Por ello son gastos familiares los originados por los alimentos en sentido más amplio²² de los hijos no comunes que convivan con el marido y la mujer (Art., 4. 2 CF y art. 4.1 LUEP). Éste es el campo normativo de todas las familias.

La protección de la segunda familia no puede conllevar a la desprotección de la primera familia. La primera familia goza de la protección del Derecho. En efecto, la disolución del vínculo matrimonial no supone la disolución de la familia. En la medida que existan hijos comunes de una primera familia se puede hablar de un interés jurídicamente protegido de esta familia.

2. El principio rector del Derecho de Familia de protección del interés del hijo menor o incapaz

El interés del hijo menor y del incapacitado es el principio rector y primordial del Derecho de Familia en la medida que el menor, o el hijo incapacitado, son los que están más necesitados de protección²³. El artículo 39. 2 y 3 de la CE aseguran a los hijos una *protección integral* y obliga a los padres a prestar *asistencia de todo tipo* a sus hijos.

El artículo 133.1 del CF Es muy explícito al relacionar el interés general de la familia, con el interés de los hijos:

²¹ La actuación en interés de la familia lo concreta el CF en varias normas amén del artículo 1 citado. Así la determinación de común acuerdo del domicilio familiar (art. 2 CF); llevar la dirección de la familia (Art. 3 CF), o la atención a los gastos familiares entre las cuales están los gastos de la vivienda familiar, y los alimentos (art. 4 CF).

²² Sobre alimentos en concepto amplio puede verse el artículo 259 del CF. Entiendo que este precepto puede completarse con lo establecido en el art. 4.1 letras a, b y c.

²³ Las referencias legales son suficientemente expresivas, Llei 8/1995, de 27 de Juliol, d'atenció i Protecció dels Infants i Adolescents (art. 3 y 4); Llei 37/1991, de 30 de Desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'Adopció; Ley Orgánica 1/1996, de Protecció Jurídica del Menor (Arts. 2 que establece el principio como rector; 3; 5 sobre derecho a la información). A nivel internacional la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989. Sobre su plasmación en acuerdos y convenios Internacional: Fernández Casado, M^a Dolores. "Una aproximación al principio del interés superior del menor" en *Protección jurídica del menor*. Obra de la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía. Editorial Comares. Granada. 1997. Pág. 247 y 248.

La potestat constitueix una funció inexcusable i, en el marc de l'interès general de la família, s'exerceix personalment sempre en benefici dels fills per a facilitar el ple desenvolupament de la seva personalitat.

Las relaciones entre interés familiar e interés del menor tienen un componente personal, y otro de tipo patrimonial del que nos vamos a ocupar a continuación.

La protección patrimonial de los hijos –especialmente de los no comunes- en las familias reconstituidas se manifiesta en dos materias, muy relacionados entre sí.

- La obligación de contribuir a los gastos familiares.
- La administración de los bienes de los hijos.

III. LOS GASTOS FAMILIARES Y SU CONTRIBUCIÓN

1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares

En la familia matrimonial y en la no matrimonial existen una serie de problemas comunes. A estos problemas ha dado respuesta el denominado régimen económico primario.²⁴ En definitiva, y en interés de la familia, se pretende articular una serie de principios y normas para resolver y organizar los problemas más evidentes que genera la convivencia.

En materia de gastos familiares tanto el CF como la LUEP se preocupan de tres cuestiones, quiénes pueden gastar, cuáles y en qué cuantía son gastos familiares, y quién es responsable del pago. La última cuestión –no menos importante-, es que contraído un gasto familiar por el padre o madre ambos responden del pago o cumplimiento del mismo.²⁵

La distinta regulación entre el CF y la LUEP plantea un problema importante en las familias reconstituidas. La regulación de la contribución a los gastos familiares es distinta. Estas diferencias legales en las familias reconstituidas pueden ser importantes, pues no creo que sea concebible un doble régimen jurídico según la familia tenga un origen matrimonial o no matrimonial.

Las diferencias que luego se estudian con más detalle son:

²⁴ Egea Fernández, Joan; Ferrer i Riba, Josep (Directors). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*. Editorial Tecnos. 2000. "Són normes que, seguint la terminologia encunyada per la doctrina francesa, constitueixen l'anomenat règim primari, i que, en principi, regeixen al marge de quin sigui el particular règim econòmic, tot i que, és força evident que estan pensant en el règim legal de separació de béns, al que, en certa mesura, vénen a corregir." Pág. 95 y 96.

²⁵ Roca Trias, Encarna. *Op. Cit.* Pág. 297 a 300. Distingue entre el elemento cualitativo o forma de determinar los gastos, y el elemento cuantitativo que alude al límite del gasto. Éste es, el nivel de vida de la familia.

- 1.- La LUEP no se refiere a otras personas (abuelos por ejemplo) que convivan con la pareja, a diferencia del CF que si lo hace.
- 2.- El diferente tratamiento del gasto en concepto de viviendas y otros bienes de uso en el CF y en la LUEP.
- 3.- Los pactos para regular la forma de contribuir los convivientes.

La conclusión primera, y *a priori*, es evidente. Es necesario unificar en un solo y único régimen los gastos familiares.

2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares

Los obligados a contribuir al pago de los gastos familiares son los convivientes en primer lugar, en segundo lugar los hijos –comunes y no comunes-, y en tercer lugar los parientes que convivan con la familia. Todos ellos deben de contribuir a los gastos familiares en la medida que existe una familia (aunque sea no matrimonial), y unos gastos. En este sentido el hecho de que el art. 4 de la LUEP no contemple a estos parientes no supone que los excluya. El interés superior de la familia demanda que sus atenciones tengan la consideración de gasto, y que los acreedores queden protegidos con la responsabilidad de ambos consortes.

2.1. Régimen convencional de contribución a los gastos familiares (art. 5. 1 CF, y 3.2 LUEP)

Tanto el CF como la LUEP admiten el pacto en esta materia, sólo en defecto de pacto se aplicará el régimen legal.

Los pactos podrán tener distinto contenido.

A) Pactos que excluyan la participación de uno de los convivientes en el pago de los gastos familiares

Hay autores que no los consideran lícitos.²⁶ Entiendo que es admisible el pacto en que se exonere a uno de los convivientes de contribuir dinerariamente al pago de los gastos familiares. Pero, ante terceros acreedores, ambos convivientes responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos familiares (art. 8 y art. 5 LUEP).

B) Otros pactos

Los convivientes pueden pactar un sistema de contribución igualitario, o desigual. Pueden pactar que la contribución se haga sólo en proporción a sus ingresos, o que se distribuyan los gastos entre ellos. Puede pactarse también la

²⁶ Puig Ferriol, Lluís y Roca Trias, Encarna. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volum II. *Dret de la Persona i Dret de Família*. 5ª edición. Tirant lo Blanc. València 1998. Pág. 301.

exclusión del pago de gastos con los ingresos generados por la actividad, y sólo contribuir con el patrimonio, o al revés. En todo caso estos pactos no afectan a terceros pues ante ellos la responsabilidad es solidaria (art. 8 y 5 LUEP). La contribución no dineraria de uno de los convivientes no le exonera de su responsabilidad frente a terceros.

C) La contribución no dineraria a los gastos familiares

Tanto el art. 5.1 CF como el art. 3.2 de la LUEP coinciden en la regulación de la contribución no dineraria a los gastos familiares. Esta contribución no hace falta que se pacte expresamente. Si se da la contribución en especie de uno de los convivientes serán los tribunales quienes la valorarán. Puede ser con el propio trabajo doméstico. La realización de las tareas domésticas, el cuidado, y atención de los hijos comunes o no, así como la gestión doméstica en sentido amplio son trabajo.

Otra forma de contribución es la colaboración personal o profesional no retribuida o retribuida de manera insuficiente en la actividad del otro conviviente. Esta colaboración puede ser total y plena, o a tiempo parcial. Es compatible con la colaboración en el trabajo doméstico.

D) Contribución dineraria

Los convivientes han de contribuir a los gastos que genere la familia reconstituida con sus ingresos y con su patrimonio. El CF y la LUEP establecen que la contribución puede ser con los recursos obtenidos por su actividad o sus bienes. Será el conviviente quién decidirá con que fuente u origen patrimonial contribuirá, pero esto no puede limitar su responsabilidad patrimonial universal frente a los acreedores.

La forma de contribución es proporcional y jerárquica. En primer lugar la proporción es en relación a los ingresos, y si éstos no son suficientes, y sólo entonces, la proporción lo es en sus patrimonios.

Los ingresos de la actividad son el salario, o sueldo en el caso de empleados por cuenta ajena, y el beneficio si se trata de empleado o empresario por cuenta propia. Las rentas que reciba del patrimonio son ingresos de sus actividades. También las dietas, derechos, indemnizaciones, y estipendios en general que pueda recibir un conviviente por su participación en actividades de tipo social, deportivo o profesional.

Sólo si los ingresos de los obligados al pago de los gastos familiares no son suficientes para hacer frente al pago de los gastos familiares habrá de acudir al patrimonio de los obligados. En este caso, la regla será también proporcional. En proporción al tamaño del patrimonio, aunque pueden pactarse otros criterios como la liquidez del patrimonio.

E) *Forma del pacto*

Tanto el CF como la LUEP no obligan a una especial forma. Los acuerdos verbales tienen el inconveniente de su prueba, los acuerdos documentados de manera privada pueden tener el inconveniente de la fecha, así como la falta de exactitud y veracidad de las declaraciones y pactos en ellos establecidos. Los capítulos matrimoniales serán el vehículo habitual para regular con fecha cierta los acuerdos entre convivientes, y otras cuestiones referentes al régimen económico del matrimonio. Como tales son inscribibles en el Registro civil, y en el de la Propiedad si fuere el caso.

2.2. *La obligación de contribuir los hijos a los gastos familiares*

Los hijos comunes y no comunes contribuirán al pago de los gastos familiares de manera proporcional, y con arreglo a lo establecido en el artículo 146 del CF.

Los hijos contribuyen al pago de los gastos de la familia con sus ingresos, y con su patrimonio.²⁷

El padre o madre podrán exigir a su hijo una contribución *equitativa* mientras convivan. La cuestión es ¿cómo se plantea esta contribución en las familias reconstituidas? Más en concreto, ¿cómo ha de contribuir el hijo no común? En aplicación de las sentencias de separación, y de divorcio el Juez habrá establecido a cargo del padre o la madre que no tienen la guarda una pensión para el hijo. Pero y ¿si el padre o madre han fallecido dejando heredero al hijo no común? Y en aquellos casos en los que sólo hay un progenitor. ¿Qué ocurre en los supuestos en el que obligado no cumple con su obligación de pagar la pensión a los hijos, o ésta es claramente insuficiente?

2.3. *Enunciado de los gastos familiares*

A) *Planteamiento*

En materia de gastos familiares tanto el CF como la LUEP se preocupan –como decíamos antes– de tres cuestiones, quiénes pueden gastar, cuáles y en qué cuantía son gastos familiares, y quién es responsable del pago de los gastos.²⁸ La doctrina distingue entre el elemento cualitativo, y el cuantitativo.

²⁷ Siempre me he preguntado si el sistema de contribución a los gastos familiares de los hijos encaja bien con el principio de proteger el interés superior del hijo.

²⁸ Roca Trias, Encarna. *Op. Cit.* Pág. 297 a 300. Distingue entre el elemento cualitativo o determinación de los gastos, y el elemento cuantitativo que alude al límite del gasto. Esto es el nivel de vida de la familia. También Egea Fernández, Joan. *Op. Cit.* Pág. 97 ss.

B) Elemento cualitativo del gasto familiar

A) LOS GASTOS NECESARIOS

El artículo 4.1 del CF²⁹ dice que:

*Tenen la consideració de despeses familiars les necessàries per al manteniment de la família, amb adequació als usos i al nivell de vida familiar.*³⁰

Este tipo de gastos es una auténtica cláusula de residuo, o cajón de sastre. Plantea muchos problemas su aplicación a las familias reconstituidas y plantea el problema, si el hijo no común está obligado a contribuir al pago de unos gastos de un nivel muy superior al que tenía con su primera familia. Creo que existen argumentos suficientes para considerar que el nivel de vida para el hijo no común es el que más le beneficia, y por lo tanto el más bajo. Por lo tanto, y en aplicación del *favor filii* no debería de contribuir si son excesivos.

B) LOS USOS Y EL NIVEL DE VIDA DE LA FAMILIA

Sólo podrá ser tenida como familiar el gasto efectuado de acuerdo con los usos y el nivel de vida de la familia reconstituida. La combinación de los dos criterios de la norma es de gran utilidad y a la vez de gran flexibilidad. Todo gasto necesario para el mantenimiento de la familia es admisible, pero con el límite de ser acorde al podríamos llamarle *tren de vida familiar*. El nivel de vida es un concepto jurídico indeterminado. No es sinónimo al de *calidad de vida* muy utilizado por las ciencias médicas. El nivel del vida tiene un componente económico o de cuantía del gasto. Otro concepto indeterminado que el legislador emplea junto al nivel de vida es el *uso familiar*. El gasto no sólo debe de ser acorde a un nivel de vida económico, sino debe de estar dentro del uso familiar. La referencia al uso es una remisión a las costumbres de la familia. Los usos familiares sobre vacaciones, estudios de los hijos, o salidas los fines de semana admitirían el gasto. Si el gasto es inusual, o desacostumbrado, aunque acorde con el nivel de vida de la familia y no es necesario no será un gasto de familia.³¹

C) Elemento cuantitativo o determinación de los gastos familiares

El art. 4.1 del CF y el art. 4.1 de la LUEP no coinciden en la enumeración de gastos (familiares o comunes). De los dos preceptos se deduce que hay una serie

²⁹ Prácticamente igual el art. 4 de la LUEP.

³⁰ Distinción entre nivel de vida y calidad de vida. <http://www3.usal.es/~inico/investigacion/invesinico/calidad.htm>

³¹ Ejemplos de gastos inusuales o desacostumbrados: estudios en el extranjero, operaciones quirúrgicas en el extranjero cuándo no resulta estrictamente necesario.

de gastos necesarios para el mantenimiento de la familia y, por lo tanto, gastos a cargo de la familia reconstituida.

A) ENUNCIADO GENERAL

Son a cargo del que podremos denominar *presupuesto de la familia reconstituida* necesariamente una serie de gastos. Entiendo que estos gastos son considerados como básicos, y en este sentido me pregunto si están limitados por el nivel de vida de la familia.³²

B) LOS GASTOS POR ALIMENTOS

El primero apartado de gasto es el ocasionado por alimentos, que se definen en el sentido más amplio y de acuerdo con la definición del propio CF (art. 4.1, a) y c) en relación con el art. 258 CF). El propio CF se remite al artículo 258 que enumera que entiende por alimentos: vivienda, vestido, asistencia médica y formación. Otros gastos no comprendidos en la enumeración pueden ser considerados como también necesarios con arreglo al apartado 1 del art. 4 del CF. Entiendo que esto es aplicable también a las segundas familias con base matrimonial o no.

C) LOS GASTOS RELACIONADOS CON LA VIVIENDA FAMILIAR Y OTROS BIENES DE USO DE LA FAMILIA

El segundo capítulo especial de gasto son los relacionados con la vivienda y los bienes de uso familiar. En este apartado existen diferencias importantes entre el CF y la LUEP.

aa) Carácter del gasto en conservación, mantenimiento y mejora de las viviendas y otros bienes de uso familiar

No hay dudas interpretativas sobre el carácter de gasto familiar del originado por la conservación, mantenimiento y mejora de las viviendas y otros bienes de uso familiares.

bb) Carácter del gasto para la adquisición de la vivienda habitual, y las viviendas habituales de la familia.

Existe una divergencia legislativa entre la familia reconstituida con base matrimonial, o la formada en torno a una unión estable en los gastos de adquisición de las viviendas de uso de la familia. La diferencia radica en conocer si los gastos de adquisición de la vivienda familiar y las otras viviendas son gastos familiares para la familia reconstituida, y por lo tanto, también a cargo de los hijos no comunes. La duda surge pues la LUEP no menciona como gastos de la pareja este tipo de gastos.

³² Un ejemplo, familia modesta que ante la enfermedad de un hijo decide acudir a la medicina privada; o decide hacer un esfuerzo y enviar a su hijo a un colegio o a una Universidad privada. Creo que estos gastos son a cargo de la familia, y los acreedores están protegidos aunque no sean adecuados al nivel de vida.

Singularmente, la pregunta es sobre el tratamiento de los préstamos para la adquisición o mejora de las viviendas de uso de la familia. Según el art. 4.1 b) del CF estos gastos tienen un doble tratamiento.

- Si la titularidad de los bienes –singularmente la vivienda familiar- es conjunta, el préstamo destinado a la adquisición o la mejora es gasto familiar.
- Si la titularidad de los citados bienes es de un cónyuge, el préstamo es gasto familiar en la parte que corresponda al uso del bien por parte del otro cónyuge.

Entiendo que el art. 4. 1 b) es aplicable a las familias reconstituidas tanto de tipo matrimonial como no matrimonial cuando la titularidad es conjunta.³³

El problema se plantea en los casos en que la titularidad de la vivienda sea de uno de los miembros de la pareja. Situación frecuente en un régimen de separación de bienes, y más en los casos de segundas familias. En este caso, el gasto familiar tanto de la adquisición, como en el pago de las cuotas de préstamos destinados a la adquisición o mejora de la vivienda son gasto familiar *en la part que correspongui al valor del seu ús*. No veo inconveniente en trasladar este precepto por analogía a las familias reconstituidas con base en una unión estable.

La jurisprudencia en esta materia no es uniforme. Mientras unas sentencias entienden que el pago de las cuotas de amortización no son gastos familiares,³⁴ otras entienden que la amortización del préstamo hipotecario es un gasto familiar contraído por la adquisición conjunta de la vivienda habitual.³⁵ A mi juicio, el artículo 4, 1 b) hace las siguientes distinciones:

- 1.- Pago de cuotas de amortización de préstamos por adquisición o mejora de la vivienda familiar **perteneciente a ambos convivientes**: es un gasto familiar, y en consecuencia ante el impago responden ambos cónyuges.
- 2.- Pago de cuotas de amortización de préstamos por adquisición o mejora de la vivienda familiar perteneciente a uno sólo de los convivientes: no son un gasto familiar, y en consecuencia ante el impago responde sólo el conviviente titular de la vivienda. El titular de la vivienda tiene derecho a un reembolso por el valor del uso, que sí es un gasto familiar.³⁶

³³ Mucho más discutible es que los hijos comunes o no deban de contribuir a los gastos de adquisición de la vivienda.

³⁴ Sentencias de APB 31/07/1998; 15/10/1998; y 25/10/1998, citadas por Egea. *Vide op. Cit.* Pág. 95.

³⁵ Sentencias de APB de 5/11/1998, y 8/01/1999, citadas por Egea. *Vide op. Cit.* Pág. 95.

³⁶ No creo que sea admisible la distinción de que el pago del capital nunca es gasto familiar, pero los intereses del capital sí. El uso no es asimilable a los intereses. En todo caso el uso puede ser valorado como un arrendamiento, que es lo que pretende la norma.

¿Deberán los hijos no comunes contribuir equitativamente al pago de estos gastos? Así es según el artículo 4 y 146 del CF. No hay duda que la valoración del uso puede ser un elemento difícil de cuantificar.

D) LOS GASTOS EN ATENCIONES SANITARIAS

El último capítulo de gastos son los originados por atenciones de previsión, médicas y sanitarias. Se trata de los seguros médicos y sanitarios que no están incluidos en el art. 4.1. a).

2.4. *La contribución de los hijos no comunes al pago de los gastos familiares*³⁷

A) *Enunciado general*

La contribución de los hijos no comunes al pago de los gastos familiares viene determinada por remisión del artículo 5.2 del CF al artículo 146 del CF. Los hijos comunes o no tienen obligación de contribuir (pago) a los gastos. No están obligados por los gastos frente a terceros.

El artículo 146 regula la obligación de contribución en dos párrafos que atienden supuestos distintos. El primer párrafo, la contribución de los hijos cuando sus padres son los administradores; el segundo párrafo, la contribución cuando los bienes son administrados por un tercero.

*“Els fills tenen el deure de contribuir equitativament a les despeses familiars, mentres convisquin amb la família, amb els ingressos que obtinguit de la seva activitat, amb el rendiment dels seus béns i drets i amb el seu treball en interès de la família” (Art. 146. 1 CF).*³⁸

B) *La contribución al pago de los gastos familiares de los hijos no comunes en las familias reconstituidas*

El artículo 146,1 no contempla expresamente el supuesto de familias reconstituidas con hijos no comunes. El artículo está pensando en familias con hijos comunes, con lo cuál se plantea su aplicación a aquellas familias, ¿deben contribuir estos hijos no comunes de las segundas familias al pago de los gastos familiares? La respuesta es forzosamente afirmativa, pues aunque no se mencionan están incluidos dentro del concepto de hijos. Sin embargo, hay que matizar que el hijo no común acreditará una pensión alimenticia que

³⁷ La contribución de los hijos a los gastos familiares tiene en el Derecho Civil Catalán una regulación singular y muy distinta del CC. El CC que establece un régimen de afectación de los frutos y rendimientos al sostenimiento proporcional de los gastos familiares. El CF establece la obligación de que los hijos contribuyan *equitativamente* al sostenimiento de los gastos familiares.

³⁸ El art. 5. 2 del CF regula la contribución a los gastos de mantenimiento familiar. En el caso de los hijos se remite al artículo 146 CF.

gestiona el padre a cuya guarda está el hijo. Esta pensión por alimentos a cargo de sus progenitores cubrirá habitualmente toda su obligación de contribuir a los gastos familiares. El problema está cuando no haya –de hecho o de derecho– pensión por alimentos, o ésta sea insuficiente. Nótese que la insuficiencia puede ser objetiva y demostrable, o subjetiva en atención al distinto nivel de vida de la segunda familia.

La cuestión es ¿quién podrá exigir en las familias reconstituidas que se destinen fondos del patrimonio de los hijos no comunes al mantenimiento de los gastos familiares en la parte equitativa? El artículo 146. 1 de CF no tiene una respuesta directa para esta pregunta. La respuesta no es sencilla porque se requiere para la fijación de la contribución una estimación equitativa, que siempre podrá ser tenida como subjetiva. Además, los gastos familiares hay que ponerlos en relación con el nivel de vida de la familia reconstituida. Así las cosas, parece que serán los padres de la segunda familia los que deben determinar la contribución del hijo no común, pero el obligado a aportar los bienes ha de ser él o los padres que ostenten la potestad.

No queda más solución, si no existe un acuerdo entre los padres que tienen la potestad sobre el hijo de la familia reconstituida, que la resolución judicial. Entiendo que por aplicación del art. 139.4 del CF la decisión deberá de ser conjunta de los progenitores, aunque uno sólo tenga las facultades de administración, salvo acuerdo al respecto, o decisión judicial. El acuerdo deberá tener en cuenta la pensión de alimentos del propio hijo.

C) Gastos familiares en los que existe obligación legal de de contribución por parte de los hijos no comunes

A) ENUNCIADO GENERAL

Los hijos no comunes convivientes deben de contribuir al mantenimiento (art. 5. 2 CF) de los gastos familiares (art. 4. 1 en relación al art. 5.2 y 146.1 del CF) con adecuación a los usos y al nivel de la familia.

B) GASTOS FAMILIARES OBJETO DE CONTRIBUCIÓN

aa) Los gastos en relación a las viviendas y otros bienes de uso familiar

Como se ha puesto de relieve anteriormente es discutible la obligación de contribución de los hijos no comunes a los gastos de adquisición de las viviendas y otros bienes de uso familiar que no sean de su titularidad. A mi entender la referencia del artículo 146 del CF a gastos familiares es excesivamente genérica. Los gastos familiares a los que se circunscribe la contribución de los hijos no comunes son los de alimentos en sentido amplio, y los conservación y mejora de las viviendas y bienes de uso de la familia.

bb) Los gastos no adecuados al uso y nivel de vida familiar

La cuestión es que pueden haber dos niveles de vida: el de la primera familia, y la segunda. La contribución será en consonancia del patrimonio del hijo no común y el nivel de vida de la familia constituida.

cc) ¿Qué se entiende por equitativamente?

En el caso de hijos no comunes la contribución equitativa al sostenimiento de los gastos puede ser de difícil determinación. En última instancia decidirá el Juez.

dd) El progenitor que vive separado de su hijo, ¿qué medios tiene para oponerse a una contribución que considera exagerada o abusiva? Salvo acuerdo, entiendo que la decisión sólo será judicial.

ee) Exigencias legales para que se de la obligación de contribuir al pago de los gastos familiares

- La primera que está sujeta a la convivencia del hijo no común con la familia reconstituida.
- La segunda que tenga patrimonio, y existan ingresos de la actividad del hijo menor, o frutos y rentas de su patrimonio.
- La tercera, que es potestativo de los padres el destinar estos ingresos o rentas de una manera equitativa al mantenimiento de los gastos familiares (Art. 146, 1 CF).

Cuando el patrimonio no es administrado por los que ostentan la potestad sino por un tercero –un administrador especial- sigue pesando la obligación legal. El administrador deberá entregar al padre y la madre los frutos o rendimientos que correspondan. La única excepción es la de los frutos procedentes de bienes y derechos atribuidos especialmente a la educación o formación del hijo que se han de entregar sólo si queda remanente (Art. 146. 2 CF). Más adelante estudiamos esta cuestión.

IV. EL PATRIMONIO DEL HIJO EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

El patrimonio es nuestra protección económica, como el nombre o nuestros derechos civiles, o la nacionalidad protegen nuestra personalidad, o nuestra ciudadanía. El patrimonio del menor, y del incapacitado sujeto a potestad marcan su espacio de autonomía patrimonial. En la medida en que el menor o incapaz sujeto a potestad tenga un patrimonio identificado, y bien administrado se protege a su persona. Las leyes civiles protegen a los hijos bajo potestad con el principio general de actuación en “interés del menor”. En materia patrimonial este interés se centra en la administración –en términos generales- del patrimonio del

sujeto a potestad. El régimen ordinario de protección patrimonial corresponde a los padres. El régimen extraordinario corresponde a los Jueces y Tribunales, y –en virtud del principio de libertad civil- a los administradores designados por personas que disponen de bienes a título gratuito a favor de menores e incapaces.

La protección ordinaria –de los padres-, así como la extraordinaria –de los Jueces y Tribunales, y de los disponentes a título gratuito, ¿qué régimen tienen en las familias reconstituidas?

La existencia de un patrimonio³⁹ del menor es un elemento de protección patrimonial evidente. Los padres como administradores ordinarios del patrimonio encarnan la protección patrimonial del menor o incapaz. Pero en circunstancias especiales –muchas de ellas relacionadas con familias reconstituidas- el menor sujeto a potestad puede necesitar una especial protección patrimonial. Junto con el patrimonio propiedad del menor o incapaz, la regulación de un patrimonio autónomo, y en beneficio del menor o incapaz, puede contribuir a aumentar su protección jurídica y económica. Es en definitiva, una concreción patrimonial del principio de actuar en interés del menor o incapaz.

1. Composición del patrimonio

Los hijos menores de edad y los incapaces sujetos a potestad en una familia reconstituida pueden tener patrimonio proveniente de diversos títulos.

- Bienes y derechos recibidos por título gratuito.
- Bienes y derechos obtenidos por su trabajo una vez tengan más de 16 años.
- Bienes y derechos derivados de su actividad artística, deportiva, o por propiedad intelectual o industrial (sueldos, derechos de imagen, derechos sobre creaciones intelectuales como libros, programas informáticos etc.).
- Por último, también pueden tener –en especial los hijos incapacitados- bienes y derechos provenientes de pensiones, salarios legales o indemnizaciones.⁴⁰

³⁹ Dice García García, “El patrimonio es un conjunto coherente de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico o pecuniario, atribuido o atribuible a un titular o con destino a unos beneficiarios titulares finales y con tratamiento unitario a efectos de responsabilidad, gestión y administración”. García García, José Manuel, *Estudios homenaje al profesor Diez Picazo. Teoría general del patrimonio*. 2003. Civitas. Tomo I *Derecho Civil. Parte General*. Página, 586

⁴⁰ STS de 6 de Mayo de 1998 (RJ 1998\2934) que reconoce a un menor una indemnización por los daños sufridos al nacer de 60 Millones de pesetas.

Los bienes y derechos que integran el capital del hijo son de su propiedad, son su patrimonio. También integran el patrimonio del hijo los frutos y rendimientos de sus bienes, y el dinero que ganan por su propia actividad (Art. 145. 2 CF).

La masa de bienes que integra el patrimonio del hijo tiene una entidad propia. Aunque el CF no utiliza la expresión patrimonio se ha de calificar de tal. Los bienes y derechos del hijo (art. 145 CF) son su patrimonio, que como tal tiene un activo y un pasivo. La singularidad de este patrimonio es que su gestor no es su titular. Los gestores son los padres conjuntamente, y por imperativo de la representación legal.

2. Clases de administración del patrimonio ⁴¹

El patrimonio de estos menores de edad o incapacitados puede tener en síntesis un triple consideración según quién sea el administrador.

2.1. *Situación ordinaria: el representante legal padres administran el patrimonio*

El administrador ordinario de los bienes de los hijos menores de edad son los progenitores que ostenten la potestad (art. 145 CF), y de los incapaces el tutor o el administrador (Art. 167. 2 y 198 del CF).⁴²

2.2. *Situación extraordinaria: un administrador gerencia el patrimonio*

El CF admite la figura de un administrador especial. En el caso de los menores de edad, el artículo 149 del CF establece que puede gestionar en ciertos casos, y bajo ciertas circunstancias, un administrador extraordinario. El artículo 169 del CF en sede de tutela admite que quedan excluidos de la función tutelar ciertos bienes confiados a una administración especial en beneficio del menor o incapaz.

Los patrimonios bajo administración especial tienen una gran flexibilidad pues su regulación la establece el disponente, generalmente en su testamento, o en la donación. Por ello el régimen se extiende habitualmente más allá de la menor edad.⁴³

⁴¹ Administrar el patrimonio es regir y gobernar el patrimonio con arreglo al estatuto legal.

⁴² Dentro de la administración ordinaria puede encuadrarse el administrador judicial del artículo 134. 1 del CF.

⁴³ La utilización de la figura del administrador patrimonial al amparo del artículo 150 y 169 del CF es muy frecuentes. Los notarios hacemos una gran utilización de la misma, de acuerdo con las oportunidades que brinda la legislación. No hay duda que por su utilización, su interés, y su futuro las administraciones especiales de bienes de menores o incapaz son instrumentos jurídicos de enorme utilidad.

2.3. *Situación extraordinaria: el patrimonio es administrado judicialmente*

Por último el CF (art. 134.1) admite que *l'autoritat judicial, d'ofici i en qualsevol procediment*, pueda nombrar un administrador judicial si *la gestió del pare i de la mare resulta perjudicial per al seu patrimoni o interès*.

Las tres administraciones, ordinaria, especial y judicial tienen para el legislador un común denominador: gestionar los bienes y derechos que integran el patrimonio por y para la protección del menor (art. 133.1; 145.1 CF) o incapacitado (art. 167.1 CF).

3. Naturaleza del patrimonio del menor o incapaz sujeto a potestad

El patrimonio del sujeto a potestad queda afecto a una finalidad legal: guardar y proteger a una persona dependiente durante el tiempo que dure su situación. En este sentido es un patrimonio afecto a una finalidad de interés particular o un patrimonio de destino como dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003. Esta ley tiene por objeto la regulación civil de un patrimonio de afectación o de destino que se aísla del resto del patrimonio de la persona de su titular-beneficiario. Entiendo que el patrimonio del sujeto a potestad presenta las características de un patrimonio de destino o afectación. Es patrimonio propiedad del menor o incapaz, administrado por terceros, y afecto a una finalidad de protección.

Esta finalidad es la que modaliza, instruye y causaliza la administración. En las personas que están incapacitadas además la afectación patrimonial es legalmente más intensa pues el tutor debe hacer todo lo posible y con cargo al patrimonio para la *recuperació de la seva capacitat i per a la seva millor reinserció en la societat* (art. 207.1 CF).

El patrimonio del menor o del incapaz tiene la consideración de patrimonio de destino, separado del patrimonio del gestor, y gestionado por sus representantes legales. En ambos casos, el patrimonio tiene como titular al menor o al incapaz, y otra persona –su representante legal- ejerce la función de administrar.⁴⁴

⁴⁴ García García entiende que el patrimonio del menor es su patrimonio personal. “Interesa también el patrimonio personal porque se relaciona con el estado civil de la persona en varios aspectos, que demuestran que el estado civil repercute sobre el patrimonio: - Los menores e incapacitados tienen su patrimonio administrado por los padres o por el tutor (pagina 596)”. Es cierto, si observamos el patrimonio del menor desde el punto de vista del propio menor, pero si lo observamos desde el punto de vista del representante legal el patrimonio es un patrimonio separado como puede serlo la herencia yacente. Como dice el mismo autor más adelante: “Los PATRIMONIOS SEPARADOS, que tiene la persona como independientes de su patrimonio personal. Una sola persona tiene varios patrimonios: el patrimonio personal o normal, y el patrimonio separado, cada uno con su régimen de gestión y responsabilidad diferentes (página 597)”. García García, José Manuel, *Estudios homenaje al profesor Diez Picazo. Teoría general del patrimonio*. 2003. Civitas. Tomo I *Derecho Civil. Parte General*.

El hecho de que se trate de un patrimonio de destino queda en el CF muy claro desde el punto de vista formal y contable en la regulación de la tutela. Al exigir la Ley la obligación de inventariar (Art. 190 a 192) el patrimonio queda perfectamente determinado, y en consecuencia separado de los bienes del tutor, o del administrador. De esta manera los acreedores del gestor no podrán agredir este patrimonio por deudas del gestor.

Sin embargo, cuando la representación corresponde a los padres la delimitación del patrimonio del menor no queda tan nítidamente reflejada en la Ley. Esta es una de las cuestiones que en las familias reconstituidas debería reformarse pues la identificación del patrimonio del menor es conveniente como lo demuestran las dificultades de prueba acerca de la titularidad de ciertos bienes y derechos del patrimonio que a veces existen.

4. Constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de personas sujetas a potestad

Tiene interés conocer si es posible en nuestro Derecho la constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de terceros. La constitución de un patrimonio de estas características puede ser de interés para los hijos menores de edad o incapaces que forman parte de una familia reconstituida. Tal constitución tendría por objeto que el sujeto a potestad sea beneficiario, estando el patrimonio afecto en las condiciones que fije el disponente acerca de la satisfacción de las necesidades del hijo en su menor edad, incapacidad o –incluso– en situación de dependencia.⁴⁵ Estos patrimonios autónomos serían gestionados por el propio disponente, o un tercero –administrador–, y su finalidad condicionaría el régimen jurídico del patrimonio, así como de su administración.

La constitución de un patrimonio autónomo y afecto a una finalidad es una figura muy utilizada en los países del *common law*. En nuestro Derecho la ley 41/2003 permite constituir patrimonios para una finalidad parecida a la que proponemos. La ley 41/2003 no regula un patrimonio autónomo y sin titular pues la persona dependiente debe de ser siempre el titular. La cuestión está en si es posible constituir según nuestra legislación patrimonios autónomos, sin personalidad jurídica, sin titular, pero que puedan crear relaciones jurídicas.

⁴⁵ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad regula la constitución de un patrimonio de destino. Su art. 1 dice que: *“El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectión de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.*

Es decir, que puedan ser un centro patrimonial que adquiera derechos y obligaciones.⁴⁶

V. LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS HIJOS SOMETIDOS A POTESTAD

La administración del patrimonio de los hijos por parte de sus padres, así como la representación legal que ostentan tiene su justificación en la falta de capacidad natural. A medida que los menores adquieren edad y capacidad van adquiriendo mayores posibilidades de ejercitar sus derechos. El interés de la familia justifica que el patrimonio de los hijos este sujeto a un régimen especial de administración, y que sus bienes deban de contribuir equitativamente a sufragar los gastos familiares (art. 146 CF).

1. La administración ordinaria de los progenitores en caso de separación

Los padres que ostentan la potestad sobre sus hijos menores de edad, o sobre sus hijos incapaces bajo potestad, tienen la administración ordinaria sobre el patrimonio de los hijos como una función integrada en la propia potestad.

1.1. *Administración de bienes cuando los padres viven separados*

La cuestión que ahora planteamos es ¿cuál es el régimen de administración de los bienes de los menores cuando los padres están separados? El CF adopta una solución distinta a la de la derogada LPPM,⁴⁷ y establece en su artículo 139 (a contrario) que el ejercicio de la potestad de los padres cuando viven separados es conjunto.⁴⁸ Pero este artículo admite acuerdos entre el padre y la madre previos a la separación judicial sobre el ejercicio de las facultades de administración. En los casos de separación judicial y divorcio, la ley exige regular la forma de ejercicio de la potestad, bien en el convenio regulador (art. 76. 1. b) o en la resolución judicial de separación (Art. 79 CF).

⁴⁶ Bosch Carrera, Antoni, “La admisión en nuestro Derecho de patrimonios sin titular”. Libro blanco con motivo del VI Congreso Notarial Español, Tomo III.

⁴⁷ El CC en el último párrafo del art. 156 establece que el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o la madre convivientes con el hijo.

⁴⁸ En este sentido Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de Noviembre de 2003 (Pte. Cayetano Blasco Ramón). Ante la pretensión de la madre que está separada y tiene la guarda del hijo de obtener autorización judicial para vender un piso del menor, y comprar otro la Audiencia acoge el recurso del padre. Se exige, si no hay acuerdo en el convenio, u otro acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad, o de su distribución, el consentimiento de ambos padres (fto. Tercero)

La doctrina se ha preguntado a qué separación se refiere el artículo 139. GARRIDO MELERO⁴⁹ entiende que se refiere a las separaciones de hecho, y aquellas judiciales en las que el convenio regulador o la propia sentencia no hayan dispuesto nada sobre el ejercicio de la potestad. Esta parece ser la postura más razonable –sin perjuicio de los matices que decimos a continuación- y la que se apoya en la interpretación sistemática de los artículos 137 a) y 139 del CF.

En consecuencia, cuando el convenio regulador de la separación o del divorcio establezca acuerdos sobre el ejercicio de la potestad habrá que estar al convenio. Así mismo, cuando sea la resolución judicial la que indique el régimen de ejercicio de la potestad se estará a la resolución. Fuera de estos supuestos son posibles los acuerdos de los padres en cuanto al ejercicio de la potestad en los supuestos de separación de hecho, así como en los supuestos que el convenio o la sentencia no digan nada sobre este extremo, o establezcan un ejercicio conjunto.

1.2. *Acuerdos sobre el ejercicio de la potestad en materia patrimonial*

Los acuerdos sobre el ejercicio de la potestad en materia patrimonial se recogen en el artículo 139, 1 y 4 CF.⁵⁰ Se contemplan dos modalidades muy amplias: los acuerdos para posibilitar el ejercicio unilateral de las facultades de administración patrimonial, y los acuerdos de distribución de todos o algunas de las facultades de administración.

Estas dos modalidades de acuerdos tienen unos límites. El primero, la afectación del patrimonio del menor o incapaz a contribuir proporcionalmente con su patrimonio a sufragar los gastos familiares (art. 146 CF). La segunda limitación legal, es que *per disposar el seu patrimoni més enllà del que calgui per atendre les necessitats ordinàries* hay que obtener el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 139, 4 CF). Esta limitación hace que –y salvo autorización judicial- la potestad de los padres en materias patrimoniales requiera en actos de importancia el consentimiento de los dos.

Si los padres viven separados⁵¹ pueden acordar el ejercicio de la potestad a favor del padre que conviva con el hijo, o bien acordar la distribución de funciones (art.

⁴⁹ Garrido Melero, Martín. *Op. Cit.* Pág. 501. La falta de concreción es también señalada por Castán Pérez-Gómez, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV. *Familia*. Volumen 1º. Consejo General del Notariado – Civitas. 2001. Madrid. Pág. 673.

⁵⁰ En caso de separación o divorcio este es uno de los extremos sobre los que ha de versar el convenio regular según el art. 76.1 b) del CF o la sentencia que acuerde la separación o el divorcio (art. 79 CF).

⁵¹ La potestad sobre los hijos en caso de separación de los padres fue objeto de controversia en el estudio y tramitación del proyecto de CF. El principio de que la potestad la ostentaba el cónyuge en cuyo cuidado quedaban los hijos que inspiraba la hoy derogada y refundida en el CF Llei de Potestad del Pares fue objeto de debate. Puede verse en Garrido Melero, Martín, *Derecho de Familia*. Marcial Pons. 1999. Barcelona. Pág. 496 ss.

139.1 CF). Sin embargo, se necesita el consentimiento expreso o tácito del padre que no ejercite la potestad para disponer del patrimonio del hijo más allá de lo que suponga atender sus necesidades ordinarias (art. 139, 4 CF). El consentimiento tácito se entiende conferido

un cop transcorregut el termini de trenta dies des de la notificació que es faci amb la finalitat d'obtenir-lo sense que el pare o la mare que no exerceix la potestad no plantegi el desacord (art. 139, final).

¿Es posible que el progenitor separado que no tiene la guarda pueda tener funciones de administración patrimonial? No veo inconveniente pues el propio precepto admite que se pueden distribuir las funciones, y las de administración patrimonial son perfectamente delimitables.⁵²

¿Hasta que punto puede considerarse una medida de protección patrimonial del menor los acuerdos entre padre y madre para el ejercicio unilateral de la potestad, o los acuerdos de distribución de funciones? Ha de presumirse que los acuerdos siempre protegen al menor, pero esta presunción puede ser atacada, incluso por uno de los padres que firmó el convenio.

Si existe desacuerdo entre los padres de cómo ejercer la potestad, las funciones delegadas, es el Juez el que decide (art. 139. 2 CF).

1.3. Diligencia de los padres

Los padres han de administrar los bienes de sus hijos con la *diligencia exigible a un buen administrador* (art. 145. 1 CF).

El CF se limita a proclamar que la actuación de representante legal debe tener la diligencia exigible a un buen administrador. Pero no se concreta cuáles son las obligaciones legales que los padres tienen como *buenos administradores*. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que es necesario integrar.

Cuando la representación legal recae en el tutor o en un administrador legal también existe una obligación especial. Sin embargo, en este caso el tutor o el administrador tienen -en tanto que gestores- una serie de obligaciones legales, que para los padres la Ley no exige. Destacan, la obligación de inventario (art. 190 CF), la de prestar fianza (Art. 189 CF), y la obligación de rendición de cuentas periódica (art. 204 CF).

Llama la atención la diferencia entre el régimen jurídico de las obligaciones formales de padres y tutores. En el caso de la potestad existe una remisión a un concepto jurídico indeterminado (la diligencia de un

⁵² En contra, Garrido Melero (*Op. cit.*). Pág. 501 dice que “los límites de esta distribución de funciones no se encuentran precisados por el legislador, aunque puede afirmarse, por una parte, que no cabe atribuir el ejercicio de la potestad al progenitor que no conviva con el hijo”.

buen administración). En la institución de la tutela existe una regulación exhaustiva y determinada de las obligaciones del tutor en cuanto que administrador. Es cierto que las obligaciones de diligencia en los padres como representantes legales son parte del contenido de la potestad-función legal. Forman parte de la protección legal de los sujetos a potestad. No obstante, en los casos de familias reconstituidas la Ley no exige a los padres biológicos, ni a los de acogida mayor obligación que la de ser buenos administradores. Quizás debiera generalizarse ciertas obligaciones formales (inventario y fianza) que contribuyeran en familias reconstituidas a dar delimitación y contenido al patrimonio del menor.

2. La administración judicial del patrimonio de hijos sujetos a potestad. El administrador especial

La autoridad judicial puede adoptar todas las medidas que crea conveniente para defender, proteger y conservar el patrimonio del hijo. Estas medidas pueden adoptarse de oficio o a instancia de parte *si la gestió del pare i la mare resulta perjudicial pel seu patrimoni o interès* (art. 134 CF). La SAP de Barcelona de 31 de Octubre de 2002⁵³ indica que *“el artículo 134 posibilita que las medidas de protección del menor se adopten en cualquier procedimiento (...) y no es necesaria la previa declaración de privación o suspensión de la potestad (...) no tienen carácter sancionador, sino de evitación de un posible perjuicio”*.

La legitimación corresponde al hijo, al padre o la madre, a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad. También el Ministerio Fiscal esta legitimado.

El contenido patrimonial de las medidas protectoras que puede adoptar el Juez es muy amplio.⁵⁴ El CF enumera tres tipos de medida: la garantía de quién ejerce

⁵³ SAP de Barcelona, sección 18^a, de 31 de Octubre de 2002, Ponente Ana Garcia Esquius. En el recurso el padre pedía la revocación de la administración de bienes conferida a la madre del patrimonio del hijo con graves secuelas. Dice la sentencia que: *“es imprescindible asegurar el bienestar económico presente y futuro de Eloy, y sólo mediante una especial diligencia en la administración de la pensión y de la indemnización reconocida podrá garantizarse que en el futuro pueda seguir debidamente atendido. El patrimonio de Eloy ha de ser blindado frente a cualquier negligencia en su gestión, puesto que esta garantizando su futuro. Por ello es razonable adoptar la medida de exclusión del padre de la posibilidad de administración o gestión, porque los antecedentes de los que se tiene constancia suficiente en autos así lo aconsejan”*.

⁵⁴ La SAP de la Rioja de 25 de Febrero de 2004 (Pte. Carmen Araujo García) realiza una distribución de funciones entre el titular de la patria potestad (padre), y los abuelos a quienes se atribuye la guarda y custodia de los menores. El Juez acordó, y la Audiencia lo ratifica, que el padre entregue de la herencia de la madre una cantidad mensual a los abuelos como alimentos de los hijos. Los abuelos habrán de *“rendir cuentas de su gestión al padre, que conserva además la administración de los demás bienes de sus hijos”* (fto. Tercero)

la potestad, la limitación de las facultades dispositivas o de gestión, y por último nombrar un defensor judicial.⁵⁵

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)

Los supuestos de administración especial tienen una finalidad distinta de la administración ordinaria, y de la administración judicial.

La administración especial del patrimonio de los menores de edad e incapaces está contemplado en el CF y el CS.⁵⁶ Tanto en sede de potestad de los padres (art. 149 y 150 del CF) como en la regulación de la tutela (Art. 169 y 209 2, d) del CF). Estos artículos están relacionados con los artículos 65 y 66 del Codi de Sucesiones cuya promulgación fue anterior (1991) al Codi de Família (1998).⁵⁷ Existen diferencias entre ambas regulaciones a pesar de la similitud de los supuestos. A mi juicio, es necesaria la integración de ambos regímenes de administración, pues tienen notas comunes muy claras.⁵⁸

La administración especial es muy frecuente. En las familias reconstituidas es habitual encontrar supuestos de administración especial. La finalidad de las mismas es siempre la misma: dotar de protección los bienes que se han dispuesto a favor de los sujetos a potestad frente al otro progenitor.

Las administraciones especiales están previstas en tres situaciones:

⁵⁵ Sobre la designación legal de defensor judicial, administrador judicial o administrador especial puede consultarse Garrido Melero (*Op. Cit*) Pág. 505.

⁵⁶ El CC contempla el mismo supuesto de administración especial. Ya el CC de 1889 contenía el embrión de esta administración especial (*ex art.* 162 CC).

⁵⁷ Hoy no creo que tenga justificación esta regulación en sede de Sucesiones, su sede natural es Família. En este sentido puede verse Bosch Esteve, "L'administració i disposició dels béns dels menors adquirits per títol successori. Estudi especial de l'autorització parental per els actes de disposició" (1ª Part.) Revista *La Notaria*. 1996. Marzo. Barcelona. Colegio de Notarios de Catalunya. Pág. 87.

⁵⁸ La figura del administrador patrimonial plantea una cuestión de mayor calado y que vamos sólo a indicar. En nuestro Derecho privado existen muchos supuesto de administración patrimonial, entendida esta como el gestor de unos bienes o de un patrimonio de tercero, o carente de titularidad. Los ejemplos en el Derecho de Família más importante son los supuestos que estudiamos en esta ponencia, así como el administrador patrimonial dentro de la institución tutelar. En el Derecho de Sucesiones antes se han citado varios ejemplos. La carencia de un régimen general para la administración especial de bienes o patrimonios obliga a que se deba acudir a la institución del contrato del mandato, o a la tutela para llenar las lagunas.

Pienso que en la reforma proyectada del Derecho de Família habría de abordar esta cuestión al objeto de fijar el estatuto jurídico del administrador de bienes o patrimonio.

- a) Los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS)
- b) Los bienes adquiridos a título sucesorio, *si el pare, la mare o tots dos han estat desheredats justament o n'han estat exclosos per causa d'indignitat* (art. 149, b CF y 65 paraf. 2º CS).
- c) Los bienes adquiridos por la actividad del hijo de más de 16 años (art. 149, c CF).

Vamos a ocuparnos de la primera situación.

Como dice CASTAN-PEREZ⁵⁹ “aunque las razones que llevan a utilizar esta facultad pueden ser variadas, casi siempre se reconducen a una desconfianza (a veces animadversión) a la persona o personas a quienes legalmente les correspondería la administración, sea un progenitor respecto de otro, así, en matrimonios separados o divorciados, sea en disposiciones de un ascendiente a favor de los nietos, con relación al yerno o nuera o incluso su hijo”.

La primera cuestión que plantea la administración especial ha sido antes apuntada. ¿Es posible la constitución de un patrimonio separado donde el menor sea el beneficiario, y no el titular? Es difícil contestar afirmativamente en términos absolutos a la luz de los preceptos que regulan la administración especial, tanto en sede de potestad de los padres, como en sede de tutela. Sin embargo, una interpretación finalista, y con arreglo al principio “*pro filii*,” admitirían esta posibilidad, que en la administración judicial me parece clara con arreglo al artículo 134. 1 CF.

¿Es posible la constitución de un patrimonio separado en beneficio del menor afecto a su educación y/o formación? Pienso que el artículo 146. 2 del CF admite esta posibilidad. Pues exceptúa de la contribución a los gastos familiares los frutos y rendimientos del patrimonio de los hijos *atribuïts especialment a l'educació o la formació del fill o filla*. La utilización del *atribuïts especialment* supone la constitución de un negocio de atribución con afección a fin, propio de la constitución de patrimonios sin titular.

Por lo tanto pienso que sería posible la constitución de un patrimonio separado afecto a la educación del hijo.⁶⁰ En la práctica –sin embargo– tal constitución encontraría dificultades sobre todo en orden a la inscripción registral y la suscripción de contratos bancarios. Civilmente sería posible

⁵⁹ Castán Pérez-Gómez, José. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV. *Familia*. Volumen 1º. Consejo General del Notariado – Civitas. 2001. Madrid. Pág. 715.

⁶⁰ Los patrimonios separados con o sin titular son una realidad floreciente en Derecho Mercantil y en Derecho Administrativo. Dos ejemplos: los fondos de pensiones y los patrimonios municipales del suelo (artículos 1, 3 y 7 de la Ley del Parlamento Vasco 20/1998, de 29 de Junio).

constituirlo como patrimonio protegido al amparo de la Ley 41/2003.⁶¹ En cuanto a la legitimación procesal hay que tener en cuenta artículo 6.1 de la LECiv que ha extendido la “*capacidad para ser parte*” activa y pasiva (ex arts. 416.1.º; 418.1 LECiv) más allá de la personalidad jurídica civil. Los “*patrimonios sin titular*” (art. 6.1.4) y las “*entidades sin personalidad*” (art. 6.1.5) actúan procesalmente como si la tuviesen, es decir, como si fuesen personas jurídicas “*civiles*”. La Exp. Mot. VII, pár. 3 LECiv lo explica como la superación “*a efectos procesales*” del “*dualismo*” personas físicas y jurídicas. Teniendo en cuenta que “*serán considerados*” “*parte procesal legítima*” “*quienes comparezcan y actúen como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*” (art. 10) se amplía la categoría de los “*determinados sujetos jurídicos*”, cuyos “*procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos*” (Exp. Mot. VI, pár. 1).⁶²

3.1. Requisitos para la administración especial

A) *Bienes adquiridos por el menor o incapacitado sujeto a potestad*⁶³ *por título gratuito*

Las adquisiciones pueden ser provenientes de varios títulos. En primer lugar, como heredero o coheredero universal del causante. En segundo lugar como legatario; por último, el título de adquisición puede ser la donación (Art., 149 a); 169 del CS y 65 del CS). En todos estos casos el menor será titular de un patrimonio administrado por un tercero.

B) *Disposición de una administración especial*

El disponente debe de expresar con claridad su voluntad de constituir un conjunto de bienes en régimen de administración especial. El artículo 149, a) así los dice *ho hagi així ordenat de manera expressa*.

Tanto en los bienes legados, como los dispuesto a título de heredero los testamentos contemplan cláusulas especiales y expresas. No creo que la mera designación del menor o incapaz sujeto a potestad como causahabiente sea

⁶¹ La aplicación de la Ley 41/2003 tiene el problema de que se limita a personas dependientes, con las minusvalías que la propia Ley establece.

⁶² Badosa Coll, Ferran. *Estudios homenaje al profesor Diez Picazo*. Examen de tres “Esquemas Fiduciarios. En El Derecho Español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular)”. 2003. Civitas. Página 232.

⁶³ En este sentido, Bosch Capdevila, Esteve. “L’administració i disposició dels béns dels menors adquirits per títol successor. Estudi especial de l’autorització parental per els actes de disposició” (1ª Part.) Revista *La Notaria*. 1996. Marzo. Barcelona. Colegio de Notarios de Catalunya. Pág. 86. Entiende el citado autor que los incapaces con potestad prorrogada o rehabilitada están dentro del supuesto del artículo 65 y 66 interpretación que comparto.

suficiente para entender que se ha constituido una administración especial.⁶⁴ En el caso de que el disponente aluda en su testamento o codicilo a problemas, desavenencias o dificultades con los progenitores del menor la declaración deberá ser objeto de interpretación. En el caso de que el disponente se limite a formular un ruego, este no excluye la administración de los titulares de la potestad o tutela (argumento *ex art.* 166 y 190 CS); las recomendaciones creo que pueden dar lugar al nombramiento de un administrador judicial habida cuenta de las facultades de la Autoridad judicial en materia de potestad y tutela (art. 134 y 181 CF en contra argumento *ex art.* 166 y 190 CS)

C) *Designación de un administrador o gestor de los bienes dispuestos*⁶⁵

Si bien no cita tal requisito el artículo 149 a) del CF queda implícito en la remisión que hace a *cumplir estrictamente la voluntad del disponente*. Según el art. 150, 1 del CF, a falta de administrador especial designado, administrará el padre o madre que no haya sido excluido, y en último caso el nombrado por la autoridad judicial. Expresamente exige el nombramiento de un administrador el artículo 169, 1 del CF en sede de tutela. El artículo 65 del CS admite la posibilidad de que el disponente designe un administrador, y en defecto de designación, serán administradores el padre y la madre o los tutores.

¿Qué ocurre si el disponente no ha designado un administrador? Como hemos visto administra el padre o la madre no excluidos. Si ninguno ha sido excluido, los dos. En defecto, o por exclusión de ambos será el Juez el que nombre a un administrador. Creemos que la misma solución ha de darse en los casos de incapacidad, remoción, o excusa del administrador designado.

3.2 *La obligación de contribución de los hijos no comunes a los gastos familiares*

El artículo 146. 2 del CF ordena al administrador especial entregar a los padres, o a *aquell dels dos que tingui l'exercici de la potestat, en la part que correspongui, els fruits i els rendiments dels béns i els drets afectats*. En las familias reconstituidas

⁶⁴ En esto sentido el artículo 65 parf. 1º del CS ha de ser interpretado conjuntamente con los artículos 149 y 150 del CF. En caso contrario no tiene sentido el art. 65 parf. 1º. ¿Qué nos dice este parf 1º? Pues una obviedad: que los bienes de los menores han de ser administrados por el gestor designado, y en defecto de designación, por sus representantes legales.

⁶⁵ Esteve (*Op. Cit*) se plantea sobre las cláusulas del disponente a título gratuito que se limitan a la exclusión de los padres y no designan al administrador, ¿quién es el administrador?- Estas cuestiones se plantearon cuando apareció el CS, pues el artículo 65 parf. 1º dice con absoluta rotundidad que a falta de designación de administrador serían los titulares de la potestad o el tutor los representantes. El CF en su artículo 150.1 deja clara la cuestión de manera lógica: *si no hi ha designació, han d'ésser administrats pel pare o la mare que no hagi estat exclòs, si és el cas, o, en darrer terme, per una persona designada per l'autoritat judicial a aquest efecte*.

la entrega parece que deberá hacerse al padre que tenga atribuida la guarda o la custodia. El criterio de gasto es difícil de precisar, y es complejo que sea equitativa la contribución. El CF habla de la *part que correspongui*. Expresión que en su contexto resulta enigmática. En suma, sino existe acuerdo con el administrador, será el Juez el que decida.

La única excepción a la entrega del administrador para contribuir a los gastos familiares es la de los *fruits procedents de béns i drets atribuïts especialment a l'educació o la formació del fill o filla, que només s'han de lliurar en la part sobrera o, si el pare i la mare no disposen d'altres mitjans, en la part que, segons l'equitat, l'autoritat judicial determini* (art. 146 parf. 2º del CF). La mención a los bienes entregados para la educación y formación del menor es interesante. No sólo porque determina un régimen jurídico especial, sino porque supone un destino concreto del patrimonio muy en la línea de los que la doctrina denomina patrimonio de destino (*vide supr.*).

En todo caso parece que serán los padres de la familia reconstituida quienes deberán de exigir la obligación de contribuir al administrador (SAP de Barcelona, 20 Abril de 2001), y sin esta exigencia no hay causa de remoción de la administración especial.

