

# Nous reptes del Dret de família



Materials de les Tretzenes  
Jornades de Dret Català  
a Tossa

---

23 i 24 de setembre de 2004



**Nous reptes del Dret de família**

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



# Nous reptes del Dret de família

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

**Coord:**  
**ÀREA DE DRET CIVIL,**  
**UNIVERSITAT DE GIRONA**

Girona 2005

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP

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

Text en català, castellà i anglès

ISBN 84-934685-2-5

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil

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

CIP 347.61/.64(063) JOR

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

© els autors

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

[www.documentauniversitaria.com](http://www.documentauniversitaria.com)

[info@documentauniversitaria.com](mailto: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](http://www.edicionsapeticio.com)

[info@edicionsapeticio.com](mailto: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> .....	77
<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> .....	95
<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> .....	123
<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
<b>VII. Determinación del regimen de relaciones personales abuelos-nietos .....</b>	<b>315</b>
1. Determinación convencional, o por pacto .....	315
2. Determinación judicial.....	318
3. Modificación y extinción de las relaciones personales abuelos/nietos .....	322
<b>VIII. Protección del derecho de visita de los abuelos .....</b>	<b>325</b>
1. Necesidad de una protección eficaz.....	325
2. Mecanismos y medios de protección.....	327
<b>IX. Aspectos procesales .....</b>	<b>329</b>
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>	<b>335</b>
--	------------

*Miquel Martí Casals*

<b>I. Introducció.....</b>	<b>335</b>
<b>II. la regulació catalana actual i els possibles models .....</b>	<b>340</b>
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
<b>Bibliografia citada .....</b>	<b>357</b>

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

*Joan Egea Fernández*

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

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>	473
<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>	511
<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>	523
<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>	537
<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



# ESTRUCTURA TRADICIONAL PER A CONTINGUTS MODERNS: ELS CAPÍTOLS AVUI

IMMACULADA BARRAL VIÑALS

*PROFESSORA TITULAR DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE BARCELONA*

## SUMARI

I. Les capitulacions: de “règim” a contracte .....	523
II. Les noves famílies i l’organització autònoma de la convivència.....	525
III. L’organització autònoma de la ruptura de la convivència.....	528
IV. Els capítols com a negoci: la llibertat contractual .....	533
V. Conclusió.....	536

## I. LES CAPITULACIONS: DE “RÈGIM” A CONTRACTE

Els capítols són un instrument de l’autonomia de la voluntat en el qual s’organitzen les relacions del matrimoni o de la família i que, fins i tot, pot arribar a desplaçar l’aplicació de les normes legals de caràcter no imperatiu. De fet, és evident que les capitulacions matrimonials han estat una de les manifestacions més clares de l’expressió de la llibertat civil en el dret català.<sup>1</sup> Però també és cert que avui la seva virtualitat pràctica és molt reduïda: la pràctica que fins al final dels cinquanta es va mantenir, almenys a les zones rurals, avui ha desaparegut. Però el que no ha desaparegut és la necessitat d’expressar la llibertat contractual en l’organització econòmica del matrimoni i de la convivència afectiva en general, i aquesta constatació suposa la necessitat de procedir a una adaptació legal, jo diria que peremptòria.

Com dèiem abans, el pactisme, o l’autonomia de la voluntat en l’organització familiar, té noves mostres:

- De manera paral·lela al que podem qualificar com l’esfondrament de l’estructura capitular, neix un costum que finalment recull la Compilació de 1960: la compravenda amb pacte de *supervivència*, com a institut de protecció del cònjuge vidu amb pocs recursos, és un veritable

---

<sup>1</sup> Aquest és el punt de partida de Garrido Melero a “Aplicaciones del principio de libertad civil: la escritura pública como valor de libertad”, *La Notaría*, 9-10, 2003, pàg. 30 i s., on analitza com a pactes típics a l’empara de la llibertat civil els de capitulacions.

benefici vidual. Recentment, la STSJC de 13 de febrer de 2002 (ponent: L. Puig i Ferriol) ha admès que es pugui fer un pacte d'aquest estil entre convivents de fet:

FJ 2n: “*Si per la via d'unes compres amb pacte de supervivència es poden corregir, en base al principi de l'autonomia privada, determinats inconvenients que pot presentar el règim econòmic matrimonial de separació de béns, en el context jurídic social i familiar que s'ha imposat després de la vigència de la Constitució, el mateix principi d'autonomia privada pot encarrilar determinats interessos patrimonials d'una unió estable de parella que s'ha perllongat durant uns vint anys per la via d'establir entre els convivents un pacte de supervivència en un contracte de compravenda, si així es creu adient per tal de protegir uns interessos familiars*”.<sup>2</sup> Certament, la idea en aquest cas és que els interessos familiars es poden atendre tant dins com fora de la institució familiar, però cal tenir present dues coses: d'una banda, que aquesta figura no mira la protecció dels fills, sinó la del cònjuge supervivent, àdhuc contra els fills; d'una altra, que la base del fonament a la protecció familiar fora del matrimoni deriva del respecte a l'autonomia privada.

- El CF — com ja recollia el seu precedent immediat, la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació de relacions patrimonials entre cònjuges— s'ha vist obligat a regular dues formes de donacions per raó de matrimoni: les que són capitulars, a les quals aplica el seu règim, i que en la pràctica no sovintegen, i les de fora de capitols, per a les quals ha creat un règim basat en la noció de donació amb motiu causalitzat, i que en la pràctica són molt més utilitzades. La dualitat de règims ve marcada per una regulació socialment obsoleta del negoci capitular, mentre que la figura manté la seva virtualitat pràctica. De fet, és un cas clar en què la consideració del matrimoni es manté, malgrat que el negoci no és capitular.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Encara que cal tenir present que és la CDC la que limita la pràctica d'aquest tipus de pactes als matrimonis, de manera que en la pràctica notarial s'admetia àdhuc entre estranys, com ja vam tenir ocasió d'analitzar en treballar aquest tema (*La compra-venda amb pacte de supervivència*, Barcelona, 1992). De fet, és més un pacte de previsió que un pacte matrimonial, en el seu origen, i així s'hauria hagut de mantenir. Sobre aquestes resolucions, vegeu Farnós Amorós, E.: “Compres amb pacte de supervivència i unions estables de parella”, *Indret, Working Paper de Dret Català*, núm. 10, gener de 2004 ([www.indret.org](http://www.indret.org), consultat per última vegada el novembre de 2004).

<sup>3</sup> La relació entre les capitulacions i la contemplació del matrimoni s'analitzarà a l'epígraf 3, quan ens referim a la possibilitat que constin en capitulacions matrimonials els pactes en previsió de la ruptura matrimonial.

Per altra banda, la idea de pactes sobre organització familiar s'estén més enllà del matrimoni. En efecte, en els articles 3.1 i 22 la LUEP regula el que podem qualificar com a “capitulacions de les parelles de fet”, tant de les parelles heterosexuales com de les homosexuals, sota l'eufemisme de “*l'autoregulació de la convivència*”. A més, no els aplica el seu règim jurídic, ni tan sols pel que fa al requisit de forma: no cal escriptura pública, ni tan sols que constin per escrit. Això perjudica els membres de la parella de fet.

Aquesta sèrie de reflexions ens permeten avançar en la idea que possiblement el que és obsolet no és l'instrument (les capitulacions matrimonials), sinó la seva regulació concreta en el dret civil català, que les fa massa dependents del model familiar tradicional. És possible que avui els capítols no es puguin considerar un règim, tal com deia DURAN Y BAS,<sup>4</sup> sinó un acord contractual amb prou rellevància per la matèria sobre la qual operen. En definitiva, les capitulacions són, per sobre de tot, un contracte entre els contraents que regula l'organització familiar com una mostra de l'autonomia de la voluntat.<sup>5</sup> És aquest l'aspecte que ara es vol emfatitzar, des del convenciment que la regulació actual de les capitulacions no l'afavoreix en el que la realitat social demana.

## II. LES NOVES FAMÍLIES I L'ORGANITZACIÓ AUTÒNOMA DE LA CONVIVÈNCIA

En efecte, el CF regula dos aspectes diversos dels capítols: el seu contingut i la seva estructura negocial, però en totes dues regulacions s'imposen serioses reflexions, perquè el seu tractament legal no atén el que l'organització de les noves famílies demana.<sup>6</sup> En primer lloc, ens centrariem en la regulació del contingut dels capítols. En aquest punt, el CF distingeix el que podríem anomenar contingut

---

<sup>4</sup> La idea de l'organització familiar era molt important, perquè només unes capitulacions implicaven la destinació del patrimoni de fins a tres generacions: contraents, pares dels contraents i fills que esperaven de la unió. Per això Duran y Bas deia que no eren un negoci, sinó un règim, ja que regulaven molts interessos familiars (*Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, pàg. 48).

<sup>5</sup> Lacruz Berdejo (“Capítulos y estipulación capitular”, *Estudios jurídicos varios. Centenario de la Ley del Notariado*, secció III, vol II, pàg. 139) assenyala que les notes que caracteritzen els capítols són el fet de ser un negoci complex d'organització familiar, que els cònjuges en siguin part —i que eventualment puguin intervenir-hi tercers— i que es fan en consideració del matrimoni.

<sup>6</sup> La qüestió seria ampliable també a les parelles de fet i al document regulador de la seva convivència i àdhuc de la seva ruptura, però aquesta anàlisi ha de quedar necessàriament fora d'aquest treball. De fet, no es veu inconvenient per traslladar aquest negoci a àmbits diferents del matrimoni: només falta tenir elements prou evidents sobre els quals actuar: la prova de la convivència o la descendència comuna, com explicita l'art. 1 LUEP.

necessari de les capitulacions —que regula de manera detallada—, del que, per l'amplitud de l'art. 15.1 CF, pot considerar-se un contingut possible dels capítols.<sup>7</sup> I és precisament a partir d'aquesta distinció que es pot analitzar la vigència actual dels capítols com una eina d'autonomia de la voluntat, menys dependent d'un contingut necessari.

### 1. El contingut necessàriament capitular: els capítols tradicionals

El contingut necessari respon, en general, al que podem anomenar contingut tradicional dels capítols, és a dir, fa referència a figures històriques que entronquen amb una estructura familiar que avui ha caigut absolutament en desús, basada en la transmissió íntegra del patrimoni mitjançant la designació d'hereu contractual i el règim dotal que acompanya la separació de béns entre els cònjuges.<sup>8</sup> A aquesta lògica responen la institució contractual d'hereu mitjançant la figura dels heretaments (art. 15 CF, art. 67 CS i art. 340 CDC) i el pacte de supervivència vinculat al sistema de successió troncal del causant impúber —menor de 14 anys— (art. 377.1 CS). Ambdós pactes tenen en els capítols un requisit de forma *ad solemnitatem*: només són vàlids en capítols.

A més, el CF preveu institucions per a les quals el fet de constar en les capitulacions no és un requisit de validesa, sinó d'aplicació d'una normativa especial, és a dir, els capítols són un requisit de tipicitat: així, les donacions capitulars per raó de matrimoni (art. 21 i seg.) i l'úsdefruit universal capitular (art. 24 i seg. CF), per als quals designa un estatut específic si estan continguts en les capitulacions matrimonials. Aquesta última figura també remet al contingut tradicional dels capítols, i avui està en franca decadència, ja que el cònjuge té per llei l'úsdefruit vidual abintestat (art. 331 CS), encara que el contingut i les atribucions no siguin les mateixes. Pel que fa a les donacions per raó de matrimoni, el CF presenta una estructura difícil, com ja hem comentat, i planteja per exemple el problema de fins a quin punt cal mantenir avui dia la prohibició de retrodonacions de l'art. 23 CF, que respon d'una manera clara a l'entramat d'atribucions patrimonials interdependents dels capítols tradicionals.

<sup>7</sup> Aquesta qüestió la vam analitzar en un treball anterior: "Las relaciones patrimoniales entre cónyuges", a *Derecho de familia*, Maluquer de Motes, C. (coord.), Barcelona, Bosch, 2a ed., 2005, pàg. 119 i s.

<sup>8</sup> La idea que els capítols tenien un contingut fix i quasi determinat en funció del tipus de família es pot veure molt clarament a Faus Condomines, Josep: "Els capítols a la comarca de Guissona (Catalunya segriana)", *RJC*, 1907, pàg. 201, 287, 313, 379 i 601 i s.: els capítols tendien a reproduir els mateixos pactes en funció de si el matrimoni era entre l'hereu del patrimoni familiar —hereu o pubilla— i qui ingressava a la casa sense ser-ho —cabaler o cabalera—, o entre dos hereus o dos que no ho eren. Per això es podia afirmar que eren un règim.

En tot cas, avui aquesta estructura capitular està en desús,<sup>9</sup> fins al punt que el règim dotal, que n'és la base, no està directament regulat al CF, i la disposició transitòria segona del CF determina que els seran aplicables, excepcionalment, les normes que conté la CDC: art. 25 a 48, i article 57, que de fet han estat “substituïts” pel CF —*ex DF 1a CF*.<sup>10</sup> Els heretaments es regulen al CS, però la seva incidència pràctica és molt limitada.

De fet, l'únic contingut necessàriament capitular que podem considerar modern és la determinació del règim econòmic matrimonial (art. 15, 48.2, 61, 64, 65, i 66.2 CF), que pot tenir un cert ressò social, però que ens porta a una altra qüestió que no podem abordar: el coneixement efectiu que els particulars tenen de les eines al seu abast per expressar la seva llibertat civil.

Sembla inevitable, doncs, concloure que el redescobriment dels capítols passa per la liberalització del contingut capitular, si acceptem que avui no està institucionalitzat i que depèn de les necessitats de cada família.

## 2. El contingut possible: la llibertat dels contraents en l'organització familiar

En canvi, el contingut possible dels capítols és el que pot donar una nova manera de veure les capitulacions matrimonials que substitueixin el model tradicional. Així, l'art. 15.2 CF conté una fórmula oberta sobre el contingut dels capítols, quan afirma que s'hi poden pactar les estipulacions i pactes lícits que es considerin convenients. S'entén, doncs, que el contingut de les capitulacions pot ser molt variat. El límit a les estipulacions que contingui és el respecte a la llei imperativa —és a dir, que es tracti de pactes lícits—, que avui és reforçat per la idea de llibertat civil que l'art. 111.6 CCC manifesta en tota la seva amplitud.<sup>11</sup>

Així, hi caben els pactes sobre l'organització econòmica de la família, fins i tot sense variar el règim legal supletori de separació de béns: mòduls

---

<sup>9</sup> Aquesta idea hem tingut ocasió de desenvolupar-la a Barral Viñals, I.: “Conseqüències del desús de les capitulacions matrimonials”, *Revista de Catalunya*, núm. 91, gener-març de 1992, pàg. 61 i s.

<sup>10</sup> La disposició transitòria segona del CF permet l'aplicació de les normes sobre el sistema dotal quan es pacti, que contenia la CDC, malgrat que la disposició transitòria primera del CF determini que les disposicions del CF relatives al règim econòmic conjugal s'apliquen a tots els matrimonis sotmesos al dret català, independentment de la data de celebració. La disposició transitòria segona també es dirigeix a permetre que en el futur es pacti aquest sistema, en el marc de l'autonomia de la voluntat, donant la mateixa norma de regulació.

<sup>11</sup> El respecte a la llei imperativa cal entendre'l en els casos en què, a més de l'interès de la persona, n'hi ha un altre de prevalent que impedeix que aquella en disposi lliurement, alterant-ne el contingut o bé renunciant a les seves prescripcions; cfr. Maluquer de Motes, C.J.: “Les disposicions generals del llibre primer del Codi civil de Catalunya”, *La Notaria*, núm. 9-10, 2003, pàg. 22.

sobre la computació de la pensió indemnitzatòria per raó de treball de l'art. 41 CF, determinació de la titularitat dels béns que cada cònjuge té a l'inici del matrimoni,<sup>12</sup> pacte d'adquirir els béns per meitat i amb pacte de supervivència... Encara més, el contingut possible arriba àdhuc als pactes en previsió de la ruptura matrimonial: avui és possible utilitzar els capítols per preveure efectes que es produiran precisament després de l'extinció del matrimoni. I aquest problema mereix dedicar-hi una atenció especial, com farem a continuació.

Només una última precisió. Deixem de banda de manera conscient un aspecte molt concret del possible contingut dels capítols, que són aquells pactes que afecten els fills, especialment els menors d'edat. És clar que l'amplitud amb què l'art. 15 CF vincula el contingut dels capítols inclou també pactes de contingut personal, com acords sobre els fills. D'una banda, la raó de no tractar-lo ara és que aquest tema està presidit per la defensa de l'interès del fill, que determina una intervenció pública en aquesta qüestió molt més intensa.<sup>13</sup> De l'altra, existeix una altra consideració de tipus més dogmàtic: actualment, la protecció dels fills prescindeix tant de l'entorn familiar com de la mateixa convivència afectiva entre els pares. En efecte, els deures de la potestat deriven directament de la filiació (art. 132 CF), i la ruptura amb la convivència afectiva dels pares té el seu element més vistent en l'art. 139 CF, que fa menció de l'exercici de la potestat dels pares quan aquests tenen vides separades, on inclou els supòsits en què mai no hi ha hagut vida en comú. Entenem que aquests elements fan que la problemàtica dels acords sobre els fills no estigui en les coordenades que avui concretem: expressió de l'autonomia de la voluntat en l'organització de la convivència afectiva.<sup>14</sup>

### III. L'ORGANITZACIÓ AUTÒNOMA DE LA RUPTURA DE LA CONVIVÈNCIA

Tal com hem posat en relleu, els capítols poden continuar essent útils si explorem aquest aspecte del que hem anomenat "contingut possible" en un àmbit molt concret però de gran importància pràctica: l'organització autònoma de la ruptura de la convivència. En efecte, l'any 1998 el CF va introduir una gran novetat

---

<sup>12</sup> Sobre aquests dos pactes, cfr. López Burniol, "Comentari a l'art. 15 CF", a Egea Fernández-Ferrer Riba (coord.): *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, 2000, pàg. 160.

<sup>13</sup> Sobre aquest tema cfr. Roca Trias, E.: *Família y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, 1999, pàg. 220 i s.

<sup>14</sup> Sobre l'expressió de l'autonomia de la voluntat en els acords sobre els fills cfr. Marsal, S. I Lauroba, E.: "The agreement between parents about their parental powers and duties in case of annulment, divorce or judicial separation", en *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europe*, ISFL, Tossa de Mar, 2003.

en la determinació del contingut possible dels capítols, pel fet de permetre que les capitulacions matrimonials continguessin pactes “*en previsió de la ruptura del matrimoni*”. Aquest contingut de les capitulacions ha estat reconegut per la llei davant del dubte que suscitaven les capitulacions que els contenien i que havien anat en augment en els darrers anys. La voluntat de la llei és donar cobertura a aquest tipus de pactes mitjançant el recurs a una figura tradicional: els capítols. Però la regulació del CF i la mateixa inclusió dels pactes de ruptura plantegen interrogants al voltant del possible contingut d'aquests pactes i de la seva eficàcia.

### 1. La “contemplació de la ruptura del matrimoni”

En contra dels anomenats pactes en previsió de ruptura, se sol argumentar que, òbviament, aquest tipus de pacte no té en compte la contemplació del matrimoni, que es considera un element cabdal de les capitulacions.<sup>15</sup> Però, de fet, aquesta mateixa característica del pactes tampoc no es podria predicar en previsió de la situació del cònjuge vidu, en què la seva eficàcia va dirigida al moment en què no hi ha matrimoni. Avui no es pot considerar l'organització del matrimoni sense fer-se ressò del moment en què s'acabi: l'estructura matrimonial ni és única ni és permanent, de manera que avui els pactes amb vista a la regulació de la seva ruptura s'han de veure de la mateixa manera que aquells que preveuen l'extinció del matrimoni per mort d'un dels cònjuges, és a dir, els pactes que regulen els drets viduals.

Per aquest motiu, la Comissió de Dret de Família de l'Observatori de Dret Privat havia suggerit una nova redacció de l'art. 18 CF, dedicat a la modificació dels capítols. El canvi proposat determinava explícitament que, malgrat la ineficàcia dels capítols en cas de divorci o nul·litat, mantenien l'eficàcia “*aquells pactes establerts en previsió de la ruptura*”.<sup>16</sup> Aquesta modificació dona entrada a la idea que s'ha suggerit abans: els capítols poden preveure pactes l'eficàcia dels quals és determinada en un moment en què ja no existeix el matrimoni, però només poden tenir sentit si hi ha hagut un matrimoni previ. En aquest sentit, és possible que actualment no s'entengui la consideració del matrimoni sense la contemplació de la ruptura del matrimoni. Continuant amb aquest raonament, la mateixa Comissió regulava la possibilitat de pactes en previsió de la situació de nul·litat.

---

<sup>15</sup> Sobre aquesta noció de consideració del matrimoni, cfr. Lacruz Berdejo: *op. cit.*, pàg. 139. Sobre la inherència de la consideració del matrimoni en el negoci capitular, cfr. Egea Fernández, J.: “Comentari a l'art. 12 CDC”, a diversos autors: *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, pàg. 84 i 87.

<sup>16</sup> “Codi de família”, revisat per la Secció de Dret de Família de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, Barcelona, 26 de juny de 2001, pàg. 12. La raó del canvi es justifica al·legant que d'aquesta manera es fa que l'art. 18 concordi amb el 15 CF, que reconeix els pactes en previsió de la ruptura.

## 2. Capítols, autonomia de la voluntat i final de la convivència afectiva

La qüestió que hem tractat a l'epígraf anterior ens porta a distingir entre dos tipus possibles de pactes en previsió d'una ruptura: els que es fan abans de la situació de crisi, àdhuc abans del matrimoni, i els que es vinculen directament amb la crisi matrimonial.<sup>17</sup>

Pel que fa als primers, la seva admissió sembla que no admet dubtes, si ens cenyim a l'art. 15 CF. En efecte, aquest article dóna validesa a aquells pactes que preveuen una eventual ruptura, però dins l'àmbit d'un negoci d'organització familiar i la consideració del matrimoni, és a dir, aquells capítols que, a més d'organitzar l'economia del matrimoni, contenen previsions, per exemple, sobre el càlcul de la pensió compensatòria en cas de divorci. En aquest cas, la consideració del matrimoni i la contemplació de la ruptura del matrimoni apareixen de manera conjunta.

Pel que fa als segons, la qüestió és diferent. S'ha dit que en les capitulacions que únicament preveïessin la situació de ruptura seria dubtós predicar la consideració del matrimoni.<sup>18</sup> Segurament, mirant el tenor literal de l'article 15 del CF, la resposta ha de ser aquesta; però hi ha dues dades que cal analitzar.

La primera dada és una dada estadística i es refereix al fet que en els darrers anys ha augmentat de manera significativa l'atorgament de capitulacions matrimonials centrades únicament en la regulació de la situació de crisi, i és una realitat que no es pot oblidar. I d'aquesta dada se'n pot extreure una conseqüència: els matrimonis catalans tenen menys interès per preveure l'organització del matrimoni que pels efectes de la seva ruptura.<sup>19</sup>

La segona dada és jurídica: a les lleis catalanes s'observa una contínua evolució cap al reconeixement de la previsió autònoma en les situacions de ruptura. Efectivament, aquest sembla que és el principal interès a tutelar amb l'autoregulació en el cas d'unions estables, que permeten pactar les conseqüències

---

<sup>17</sup> García Rubio, MP ("Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil", *ADC*, 2003-IV, pàg. 1655) fa la distinció entre els pactes que es fan en previsió de la ruptura i aquells que es fan un cop ja ha esclatat la crisi, amb la idea que només es poden anomenar pactes preventius els primers. Efectivament, en els primers cal analitzar el contingut del pacte, decidir quines estipulacions són possibles en el seu àmbit i analitzar l'adequació a la situació fàctica de la ruptura, cosa que no cal en els segons. Però, en tot cas, tots són expressions de la mateixa autonomia en l'organització familiar. Respecte als problemes sobre el contingut, cfr. l'epígraf 3.2 d'aquesta comunicació.

<sup>18</sup> En el mateix sentit, Puig Salellas, "Contestació al discurs d'ingrés de l'acadèmic de número... Il·lm. Sr. Juan-José López Burniol", Barcelona, 1999, pàg. 57.

<sup>19</sup> López Burniol J. J. — "La «resurrecció» dels capítols matrimonials (L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència)", discurs d'ingrés de l'acadèmic de número..., Barcelona, 1999, pàg. 15 — els qualifica de "capítols d'enderrocament".



de la ruptura sempre amb respecte a les normes imperatives (art. 3.1 i 22). De fet, com ja posava en relleu LÓPEZ-BURNIOL, és indiscutible que el seu contingut és típica i tòpicament capitular.<sup>20</sup> Assistim a l'extensió dels capítols —no formals, com després tindrem ocasió de puntualitzar— en l'àmbit genèric de la convivència afectiva. I encara que sigui avançar en l'argumentació que després exposarem, l'únic límit és el control del contingut.

D'altra banda, l'entrada de l'autonomia de la voluntat en les situacions de crisi també és evident. Així, l'art. 77 CF, en la línia de l'art. 90 CC, dóna entrada al pacte entre les parts en el moment de la ruptura mitjançant la presentació conjunta d'un conveni regulador: ¿per què no admetre que consti a les capitulacions? Un altre cas el trobem en la Llei 1/2002, de mediació familiar, que dóna a l'acord dels esposos —reflectit en l'acta final de la mediació— assolit durant la mediació familiar el valor de conveni regulador, que pot ser presentat al procés (art. 22.1). Àdhuc la mediació es pot iniciar a instàncies de l'autoritat judicial (art. 79 CF), quan es consideri que, malgrat no haver iniciat el procediment de mutu acord, encara és possible buscar el consens.

Si en aquestes situacions extremes és possible donar rellevància jurídica a la voluntat de les parts expressada davant de tercers, per què no és possible donar-ne a un acord dels interessats formulat en escriptura pública abans del matrimoni, durant el matrimoni o en el moment de la ruptura? I, per tant, els pactes continguts en capítols sobre la ruptura han d'utilitzar-se com a conveni regulador i substitueixen la mediació, atès que ja s'ha obtingut un acord, àdhuc previ, de les parts en relació amb les conseqüències de la ruptura. Aquest raonament donaria validesa tant als capítols que continguin només la previsió de la ruptura que encara no s'ha produït com als capítols que es firmen un cop oberta la crisi matrimonial, perquè, com hem dit a l'epígraf anterior, estan vinculats a l'existència prèvia d'una situació de matrimoni.

Aquest contingut, que cada cop es té més present en el mateix moment del matrimoni o de l'inici de la convivència, pot ser el que pot donar la visió correcta dels capítols com a negoci que representa la llibertat civil, tant pel que fa a l'organització de la convivència com a l'organització del final d'aquesta convivència.<sup>21</sup> No es veu cap inconvenient, doncs, a acceptar la possibilitat d'utilitzar els capítols com una eina de regulació de la ruptura matrimonial —o àdhuc convivencial, en un sentit ampli, com ara hem posat de manifest. De fet, el control s'ha de fer sempre i únicament sobre el contingut, com veurem a l'epígraf següent.

---

<sup>20</sup> López Burniol, *ibídem*.

<sup>21</sup> Garrido Melero (*op. cit.*, pàg. 35) planteja la mateixa qüestió, però a partir de la dualitat d'instruments de canalització de l'autonomia de la voluntat en el cas de les crisis matrimonials entre conveni regulador i capítols.

### 3. Els pactes en previsió de la ruptura: límits a l'autonomia de la voluntat

Efectivament, el tema del control del contingut és el que genera problemes en relació amb els pactes en previsió de la ruptura, i el que sovint s'acaba ocultant quan es nega que aquests tipus de pactes puguin ser veritables capítols. De fet, el límit genèric al contingut dels capítols, i per tant als pactes capitulars en previsió d'una ruptura, és la disponibilitat de la norma: només és possible variar l'eficàcia d'una norma si és dispositiva (art. 111.6 CCC). No entrarem aquí en l'anàlisi de quin és el límit al possible contingut que poden pactar les parts, ja que depèn d'una norma imperativa, perquè no és la finalitat d'aquest treball. Només apuntarem dues idees que comencen a mencionar-se en les lleis i que, encara que no estiguin específicament pensant en el cas de les capitulacions, poden ser vàlides com a límits genèrics.

D'una banda, sembla clar que en aquest àmbit la disponibilitat de la norma possiblement no pot establir-se de manera apriorística, sinó cas per cas i només quan la previsió lesioni els interessos de la part que pugui ser qualificada de dèbil.<sup>22</sup> De fet, sembla que la línia la marca amb claredat l'art. 6.3 de la Llei 1/2001, de mediació familiar, que, a més d'excloure els acords en contra dels interessos dels fills, indica que “*s'ha de donar prioritat als interessos del cònjuge [...] més necessitat*”.<sup>23</sup> Donar contingut a aquesta idea no és fàcil, perquè cal analitzar primerament quin és el cònjuge dèbil, i segon perquè, si es manté la reciprocitat, no sembla que es pugui parlar de perjudici per a un cònjuge.<sup>24</sup>

De l'altra, els art. 3.2 i 22 LUEP, que disposen la possibilitat d'establir pactes en relació amb la ruptura d'una unió estable, indiquen la irrenunciabilitat de les normes sobre compensacions econòmiques que la Llei atorga en el cas de ruptura. Aquesta línia de la irrenunciabilitat als drets futurs sembla també consolidada com un límit a l'autonomia de la voluntat, que s'ha expressat, sobretot, en relació amb les renunciacions avançades a la compensació econòmica per raó del treball fet a casa de l'art. 41 CF.<sup>25</sup> Però, en canvi, si els capítols es fan un cop oberta la crisi, no estarem parlant d'un dret futur.

<sup>22</sup> Bayo Delgado (“Comentari a l'art. 77”, a *Comentaris al Codi de família...*, op. cit., pàg. 386) sosté que, a diferència del CC, el CF no menciona que el greu perjudici a un dels cònjuges sigui causa de no aprovació judicial del conveni regulador, i limita la nul·litat del contingut al respecte a la llei imperativa, encara que en el fons sigui el mateix criteri.

<sup>23</sup> En el mateix sentit, López Burniol, “Comentari...”, pàg. 156; i Egea Fernández, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, a *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Luís Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003, pàg. 4560.

<sup>24</sup> En aquest sentit, García Rubio (op. cit., pàg. 1668 i s.) raona que si les renunciacions recíproques, a més, són de drets exclusivament patrimonials, no necessàriament han de ser il·lícites.

<sup>25</sup> Igualment, en una anàlisi de dret comparat, vegeu Egea Fernández, *ibídem*.

Se sol dir que també és un límit a la llibertat d'aquest tipus de pacte el canvi radical de les circumstàncies previstes, de manera que no tindrien eficàcia aquells pactes en què es determinés que la nova situació no justifica de cap manera el contingut del pacte. Tot i que és veritat que aquesta pot ser una causa d'ineficàcia d'una estipulació concreta, no té res a veure amb la llibertat dels contraents o dels cònjuges en fer els pactes, perquè en aquest cas no és un control sobre el contingut, ni es relaciona amb el fet que pugui ser lesiu per a una part, o contrari a una norma imperativa. Només es valora un canvi important en la situació de fet que el fa injust: seria una aplicació del principi *rebus sic stantibus*,<sup>26</sup> que permetrà a les parts intentar modificar el pacte en el moment de la crisi.

En aquest sentit, el control del contingut permetria donar eficàcia a l'autonomia de la voluntat en previsió d'una ruptura de manera ampla i clara.

#### IV. ELS CAPÍTOLS COM A NEGOCI: LA LLIBERTAT CONTRACTUAL

Seguint l'argumentació que hem desenvolupat abans, les capitulacions matrimonials admetrien qualsevol pacte en consideració del matrimoni o de la seva ruptura, sempre que no fos lesiu als interessos del cònjuge que es pugui qualificar de dèbil, o que no signifiqui una renúncia avançada als drets. La utilitat d'aquesta definició omnicomprendiva és l'oportunitat d'aplicar les normes que el CF conté, no sobre el contingut del negoci —que, com hem vist, és irrellevant— sinó dels capítols com a negoci. En efecte, és en la regulació esparsa del CF sobre els capítols matrimonials com a negoci d'on és possible extreure tota la seva força actual com a fórmula d'organització familiar.

Deixem de banda la polèmica al voltant de si els capítols es poden qualificar com un negoci o si estan formats per una suma de negocis;<sup>27</sup> de fet, aquesta polèmica està viciada novament pel que hem anomenat contingut tradicional dels capítols. Si tenim en compte que els capítols contenen pactes entre els futurs contraents o els cònjuges que són l'expressió de la llibertat civil en l'àmbit de l'organització familiar, només es pot dir impròpiament que la causa del negoci capitular és la família o la seva organització.<sup>28</sup> Precisament, el problema de fons al voltant dels pactes en previsió d'una ruptura és que la inclusió de determinats

---

<sup>26</sup> En el mateix sentit, per poder aplicar als acords dels esposos en cas de crisi les regles dels contractes i en la doctrina italiana, Cecherini, G.: "I contratti tra coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità", *Il foro italiano*, 2001, núm. 4, pàg. 1338.

<sup>27</sup> A favor de la consideració unitària, cfr. Mirambell Abancó, A. (*op. cit.*, pàg. 264) i López Burniol (*op. cit.*, pàg. 36).

<sup>28</sup> En contra, López Burniol ("Comentari a l'art. 1 CF", *op. cit.*, pàg. 154) sosté que el que dóna unitat al complex conjunt d'estipulacions que conformen les capitulacions és el fet que la causa és única i és la "contemplació de la realitat familiar".

pactes en uns capítols comporta l'aplicació d'una sèrie de normes que no han estat pensades per a aquest tipus de pactes, ja que solen respondre al contingut que hem dit tradicional de les capitulacions.

En tot cas, l'enquadrament d'aquests pactes en l'esquema de les capitulacions matrimonials no és un pur exercici teòric, sinó que té la voluntat d'aplicar-los el règim dels capítols quant a negoci. I és evident que la regulació de les capitulacions com a negoci dóna notables avantatges de publicitat i eficàcia que no tenen altres acords entre cònjuges.

En primer lloc, hauríem de destacar la seva eficàcia vinculada al matrimoni. En efecte, la contemplació del matrimoni —o de la seva ruptura, que el pressuposa— significa que en el moment de pactar les capitulacions les parts tenen present un matrimoni cert i determinat al qual volen vincular els efectes, sigui futur (capitulacions antenupcials), amb el qual aquest es converteix en un requisit d'eficàcia (art. 15.2 CF), o present, a la subsistència del qual es vincula (capitulacions postnupcials). Així, l'eficàcia del matrimoni és el que determina l'eficàcia dels pactes, i evita problemes de recognoscibilitat com els que es poden donar en el cas de les donacions per raó de matrimoni fora de capítols, que obliga a fixar un període de temps després del qual s'entén esgotada la consideració del matrimoni, i que permet al donant recuperar les coses (art. 32). Per això potser seria recomanable introduir un termini de caducitat en els capítols fets abans del matrimoni. En aquest sentit, la Secció de Dret de Família de l'Observatori de Dret Privat havia proposat la caducitat dels capítols si el matrimoni no se celebrava en el període d'un any.<sup>29</sup>

Pel que fa a l'eficàcia de les capitulacions, la unitat existeix en relació amb el matrimoni, que és un pressupòsit d'eficàcia de qualsevol estipulació capitular, ja que, en el cas que siguin capitulacions antenupcials, totes produiran efectes només si el matrimoni se celebra (art. 15.2 CF). Abans de la celebració del matrimoni, el negoci capitular existeix, ja que s'ha perfeccionat, però no produeix efectes.

Per altra banda, la consideració única dels capítols com a negoci permet solucionar de manera àgil els problemes de capacitat. La regla de l'art. 16.1 segueix el principi *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, segons el qual la capacitat per realitzar capitulacions és la mateixa que la capacitat per contreure matrimoni (art. 46 i 48 CC). Tanmateix, a continuació l'art. 16 exigeix els complements de capacitat que siguin necessaris; això significa que els menors amb més de 14 anys

---

<sup>29</sup> "Codi de família", revisat per la Secció de Dret de Família de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, Barcelona, 26 de juny de 2001, pàg. 11: proposta de redacció de l'art. 15.2: *Els capítols matrimonials es poden atorgar abans o després del casament. Els que s'atorguen abans només produeixen efectes a partir de la celebració del matrimoni i caduquen si el matrimoni no s'arriba a celebrar en el termini d'un any.*

poden atorgar capitulacions matrimonials amb l'assistència dels seus pares, ja que encara estan sota la seva potestat, si es tracta de capitulacions antenupcials; els menors emancipats només necessitessin el complement en els actes de l'art. 159 CF; en relació amb les incapacitats, haurem d'acudir al que estableixi la sentència d'incapacitació.

És aquest principi el que permet adaptar el requisit de capacitat a les unions estables en funció dels seus propis requisits de capacitat en relació amb els de constitució. Caldrà entendre que només els majors d'edat poden fer "capitulacions" d'unions estables homosexuals (art. 20.1.a).

Un altre avantatge clar és el de la forma i la publicitat de l'acord capitular. Les capitulacions matrimonials exigeixen escriptura pública (art. 17.1 CF) com a requisit de forma *ad solemnitatem*, ja que el document públic justifica un control més alt sobre els elements dels pactes i una garantia de la seva publicitat.<sup>30</sup>

La llei es dirigeix també a determinar el règim d'ineficàcia dels capítols en cas de nul·litat o de divorci. La nul·litat determina la ineficàcia dels capítols, ja que representa la invalidesa del matrimoni que li havia servit de base per a la seva eficàcia. Es descobreix *a posteriori* que les capitulacions matrimonials no havien d'haver desplegat efectes, ja que mai no hi ha hagut matrimoni, encara que sempre queda sana i estalvia la protecció del cònjuge de bona fe (art. 73 CC).

El divorci és considerat per la llei una causa d'ineficàcia general de les capitulacions (art. 20 CF). Les úniques excepcions d'aquest tracte són:

- Aquells pactes que depassen aquesta noció d'organització familiar: reconeixement d'un fill que els cònjuges hagin realitzat en capitulacions matrimonials. Aquesta norma s'entén perquè el reconeixement d'un fill mai no pot fer-se amb caràcter revocable, i la mateixa norma disposa l'art. 129 CS en relació amb els reconeixements fets en testament quan es revocui.
- Les que deriven directament del que hem anomenat contingut tradicional dels capítols. Així, es mantenen els heretaments a favor dels cònjuges, i les donacions fetes a un d'ells no són ineficaces per al divorci si l'hereu continua treballant per a la casa i hi ha descendència comuna (art. 20.2.a CF). Tanmateix, no manté la seva eficàcia, encara que es mantingui la de l'heretament, l'usdefruit vidual i altres drets accessoris a favor del cònjuge de l'hereu. La raó del tracte divers és que el cònjuge de l'hereu és un tercer, en relació amb l'heretament, que pel divorci desapareix del cercle familiar. L'heretament a favor del contraent passa a ser revocable si no es donen les circumstàncies anteriors o si, tot i

---

<sup>30</sup> En aquest mateix sentit, vegeu Egea Fernández, *Pensión compensatoria...*, *op. cit.*, pàg. 4562.

donar-se, contreu un nou matrimoni, de manera que és l'heretant qui decideix sobre l'eficàcia de l'heretament.

- També els heretaments purs a favor dels fills dels contraents que esdevenen revocables, ja que són els únics que atribueixen un dret successori cert (art. 92 CS) a favor del fill que, en el moment de morir el donant, compleixi les condicions especificades en l'heretament.

Per aquest motiu, com ja hem dit abans, la Secció de Dret de Família de l'Observatori de Dret Privat havia suggerit modificar l'art. 18 CF per incloure en la llista els pactes que no perden eficàcia en cas de separació o divorci, perquè s'incloguessin els pactes que, precisament, preveuen les conseqüències d'aquesta situació.

## V. CONCLUSIÓ

Els capítols matrimonials són una eina privilegiada de la llibertat civil en l'àmbit de l'organització familiar. Per destacar aquesta funció essencial, caldria distingir entre els capítols com a règim, que suposen la visió històrica dels capítols amb un contingut fix que responen a un model familiar que abans era hegemònic però que ha caigut en desús, i els capítols com a negoci, que suposen l'aplicació de regles sobre forma, capacitat, publicitat i modificació que poden ser-nos molt útils. De fet, encara que proliferen els models de pacte entre cònjuges —conveni regulador, pactes preventius...—, sembla que no tinguin res a veure amb els capítols, mentre que en són l'essència.

Hauríem, doncs, de rescatar de la regulació dels capítols allò que ens permet dibuixar un contracte d'organització familiar, deixant de banda un contingut concret, que avui és molt difícil de determinar, perquè la realitat social pot ser molt complexa, o bé fent un esment especial del problema de la ruptura de la convivència, que possiblement és el contingut més habitual.

En aquesta tasca, caldria fixar-nos en els capítols com a negoci, entenent que el control no s'ha de fer a nivell d'estructura, sinó a nivell de contingut, i que el principi de llibertat civil ha de tendir a permetre les estipulacions que els cònjuges considerin convenients, amb respecte a la llei imperativa.

