

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

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



Materials de les Dissetenes
Jornades de Dret català a Tossa

Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012

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

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

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

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



Girona 2013

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

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

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

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

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

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

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

© dels textos: els autors

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

© de l'edició: Documenta Universitaria®
www.documentauniversitaria.com
info@documentauniversitaria.com

ISBN: 978-84-9984-195-3
D.L.: GI-811-2013

Imprès a Catalunya
Girona, juny de 2013

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

Universitat de Girona

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

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



Sumari

PONÈNCIA INAUGURAL

El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família.....	21
--	----

M^a EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

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

PRIMERA PONÈNCIA

INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

L'assistència: abast i limitacions de la nova institució	49
--	----

JORDI RIBOT IGUALADA

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

**L'assistència com a mesura de protecció:
perspectiva pràctica.....105**

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial107

SÍLVIA VENTURA MAS

I. Introducció.....	107
II. Anàlisi de la situació jurídica actual.....	108
III. La convenció dels drets de les persones amb discapacitat	108
IV. L'Assistent	110
V. Conclusió.....	111

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de l'advocacia113

MIQUEL PUIGGALÍ I TORRENTÓ

I. Actuacions dins de l'àmbit personal	115
II. Actuacions d'àmbit patrimonial.....	117
III. Procediment.....	117

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia119

REMEI SORIANO

I. Introducció.....	119
II. Aplicació pràctica de la figura de l'assistent	119

El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat.....125

JOSEP M. VALLS XUFRE

I. Introducció.....	125
II. Antecedents històrics.....	127
III. La llei 25/2010, Art. 222-2 CCCat	131
IV. Dret transitori: 1732 CC vs 222-2 CCCat.....	133
V. Naturalesa i règim jurídic del poder en previsió de pèrdua de capacitat a Catalunya	135
VI. Dret interregional i internacional privat	137
1. Plantejament.....	137
2. Normes de conflicte aplicables.....	138
3. Dret internacional privat	140
4. Dret interregional	141
VII. Començament de la vigència del poder preventiu.....	143
VIII. El poderdant	144
IX. L'apoderat	146
X. Objecte.....	147
XI. Forma: escriptura pública i inscripció.....	148
XII. Extinció	151
XIII. Rendició de comptes	152
XIV. Coexistència del poder preventiu amb altres institucions de protecció de la persona	153
1. La tutela.....	153
2. La curatela.....	155

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

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

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

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

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

ANTONI GINER GARGALLO

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

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

SEGONA PONÈNCIA

ELS FILLS MENORS DAVANT LA RUPTURA DELS PROGENITORS

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

SUSANA NAVAS NAVARRO

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

El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial: mutu acord i contenció; problemes d'execució	305
---	------------

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

ELENA LAUROBA

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

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

TERCERA PONÈNCIA

ASPECTES ECONÒMICS DE LA RUPTURA CONJUGAL

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

JOAQUIM BAYO DELGADO

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

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

La configuració de la compensació econòmica per raó de treball en el llibre segon del Codi Civil de Catalunya.....375

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

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

Compensació per raó de treball en cas d'extinció del règim per mort: aspectes familiars i successoris..... 403

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

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

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

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

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS

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

Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal481

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

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

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

PONÈNCIA DE CLOENDA

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

ENCARNA ROCA I TRIAS

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

COMUNICACIONS

La guarda compartida en la jurisprudencia catalana: concepto y terminología527

REYES BARRADA ORELLANA

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

L'execució de mesures personals relatives als fills menors en els procediments de família i el Llibre segon del Codi Civil de Catalunya537

JOSÉ ANTONIO GARCÍA GONZÁLEZ

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

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

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

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

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

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

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

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

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

JORGE CASTIÑEIRA JEREZ

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

NÚRIA GINÉS CASTELLET

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

El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial

MARIA ANTONIA GOMEZ MAESTRE
Advocada

I. PLA DE RESPONSABILITAT PARENTAL. 1. Qüestions processals en relació al pla de parentalitat. 2. Com recull les resolucions judicials el pla de parentalitat en el procés contenciós?. 3. Els aliments als fills i el pla de parentalitat. 4. Els aliments ordinaris i extraordinaris. 5. El naixement del dret de la pensió d'aliments: efectes retroactius. 6. L'execució de les sentències matrimonials. Dificultats pràctiques de la seva execució. REFERÈNCIES.

Aquest treball només pretén fer una reflexió pràctica de com s'ha anat desenvolupant el llibre segon en relació amb la matèria de la ponència.

I. PLA DE RESPONSABILITAT PARENTAL

De la primera lectura del llibre segon quedava palès que tot l'enrenou mediàtic en relació amb l'automatisme generalitzat de la guarda i custòdia compartida no es deduïa del seu contingut de forma clara i concreta que aquesta era la preferència normativa en relació a la guarda dels fills, ans al contrari l'article 233-11 regula els criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, deixant a l'òrgan judicial en definitiva ponderar com a qüestió cabdal «El benefici del menor» com a fonament per atorgar una guarda monoparental o compartida.

La Sentència del TSJC, sec. 1^a, S 26-7-2012, n^o 48/2012, rec. 206/2011, Pte: Alegret Burgués, M^a Eugenia, fa una exposició molt clarificadora de la interpretació de la nova regulació en relació al CCcat.

Malgrat l'escepticisme amb què va ser acollit el pla de parentalitat a la publicació del llibre segon i la dificultat que, en principi, semblava representar la concreció del seu contingut i les crítiques a una trava afegida per arribar a acords entre els progenitors, penso que, després de dos anys de vigència, el pla de parentalitat ha estat una eina útil, no només per l'objectiu principal com és l'assumpció de responsabilitats per ambdós progenitors, sinó especialment també per arribar a acords entre les parts, pels següents motius:

a) Qüestió semàntica: La semàntica juga un paper molt important a l'hora de fixar la guarda individual o compartida, que no és altra cosa que la obligació de distribuir la responsabilitat envers els fills. Tots som conscients de les discussions i plets que ha comportat els vocables «Guarda i Custòdia» i «Règim de visites». És a dir, qui es queda amb els fills i qui es converteix en simple visitador. Moltes vegades la discussió no era el temps que els fills estaven amb

un o altre progenitor, sinó l'exigència que li fos «atribuïda la «guarda i custòdia», ja que aquesta atribució semblava que donava al progenitor CUSTODI, carta blanca per prendre les decisions que li semblaven en relació amb el fill, convertint al progenitor no custodi en simple comparsa.

L'article 233-8 del CCCat. disposa que la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial, no altera les responsabilitats que els progenitors tenen envers els fills, i que en conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen el caràcter de compartit. L'apartat 2 deixa llibertat als progenitors sobre com han d'exercir les responsabilitat parentals, ratificant l'article 233-9-2a. l'obligació de concretar quin progenitor correspon la guarda en cada moment, però, no exigeix cap declaració de guarda individual o compartida.

La no obligació de fixar un determinat model de guarda, sinó que aquesta exigència ho és exclusivament en relació amb la concreció de les regles que permetin determinar a quin progenitor correspon la guarda en cada moment, permet no establir quin és el progenitor guardador i qui el visitador, amb el simple canvi de redacció:

«Pla de responsabilitat parental: La responsabilitat parental serà compartida per ambdós progenitors, per la qual cosa, qualsevol decisió que afecti al menor, especialment canvis d'escola i de domicili, serà consensuada, i en cas de desacord, prèvia autorització judicial.

Distribució del període de guarda, o millor encara Règim d'Estades amb els progenitors: Amb el pare..... Amb la mare.....»

El fet de concretar només la distribució i alternança elimina el binomi guardador –visitador, i per tant guanyador–perdedor.

Atès que la guarda i custòdia compartida no exigeix que els fills convisquin amb cada progenitor períodes d'igual durada ni que el temps d'estades amb un altre progenitor sigui exactament igual, no veig, almenys en els convenis de comú acord, la necessitat d'establir una guarda i custòdia individual sinó fer exclusivament esment a la responsabilitat parental compartida, amb l'única concreció de la distribució del règim d'estades. En aquest sentit és molt interessant la lectura de la Sentència 252/2011 de la APG.

Òbviament aquesta possibilitat és exclusivament pel pla de parentalitat en els processos de comú acord, ja que, en el supòsit contenciós de guarda compartida o individual, el jutge no tindrà més remei que determinar en la resolució (per imperatiu de l'article 233-10) l'atribució de la guarda compartida o monoparental i un règim d'estades amb l'altre progenitor. Penso que és positiu erradicar també en les resolucions judicials els vocables «règim de visites», el que moltes AAPP ja fan, entre elles, l'Audiència de Girona.

b) També penso que és una bona eina per evitar litigis posteriors i tensions entre els progenitors després de la redacció del conveni, establir de forma clara no només els apartats que l'article 233-9 ja recull, sinó també la forma de resoldre les diferents etapes en la vida dels fills. Igualment, és una bona eina per evitar conflictes dels propis menors a l'hora de comunicar qüestions entre els progenitors, com la prohibició de no fer servir per les comunicacions als propis fills, etc. I, especialment, considero també positiu pactar que qualsevol

discrepància de futur s'intenti resoldre prèviament a través de la mediació, perquè qualsevol controvèrsia entre les parts es resoldrà més satisfactòriament a través d'aquesta via mediatora que a través d'un procés judicial.

En aquest sentit, els advocats hem de perdre la por a enviar als clients a la mediació si no podem concloure acords amb l'altra part, perquè això no significa perdre el client, sinó intentar resoldre el seu problema de la millor forma. Penso que no és millor advocat el que porta més temes via contenciosa, sinó aquell que intenta per tots els mitjans donar una solució a la problemàtica del seu client.

L'article 233.9-3 ja preveu aquesta fórmula per resoldre els conflictes, hom pensa molt més efectiva i eficaç que el sotmetre el desacord a la resolució judicial.

1. QÜESTIONS PROCESSALS EN RELACIÓ AL PLA DE PARENTALITAT

1.1. Obligació d'aportació a la demanda

L'aportació del pla de parentalitat és obligatòria tant en el procediment de comú acord com en el procediment contenciós. En el procediment de comú acord és imperatiu la seva aportació conforme a l'article 232-2 a). En els procediments contenciosos l'article 233-3-2 obliga a presentar la proposta de pla de parentalitat amb el contingut que estableix l'article 233-9.

1.2. És possible inadmetre una demanda en la que no s'aporti el pla de parentalitat?

Penso que pot ser inadmesa la demanda si no s'aporta el pla de parentalitat, perquè la seva proposta en via contenciosa té caràcter obligatori, i encara que s'argumenti que la seva aportació és una norma de caràcter processal que no recull la LEC, sí que és una norma de dret substantiu del CC de Catalunya (CCCat) que no contradiu la legislació processal comú, ja que l'article 770 de la LEC, en la regla primera, ja disposa l'obligació processal d'aportar els documents en que els cònjuges fonamenten el seu dret. El pla de parentalitat està concebut en el CCCat precisament com una obligació imperativa, tant en els processos de comú acord com en els contenciosos. El pla de parentalitat, en tot cas, ha de tenir el contingut mínim que recull l'article 233-9. Ara bé, la manca d'aportació del document de pla de parentalitat és un defecte que es pot esmenar conforme a l'article 231 de la LEC, que ha de permetre l'esmena dels actes processals de les parts. En aquest sentit, penso que és molt clarificadora la AP Barcelona, Sec. 12ª, Sentència de data 7-02-2012, Rollo nº 1193/2011— AUTO Nº 31/2012.

1.3. La Disposició Transitòria Tercera (Possibilitat de modificació pel canvi legislatiu)

De la primera lectura de l'apartat 3 de la disposició transitòria tercera, semblava deduir-se que era possible procedir pel sol fet del canvi legislatiu de forma automàtica a la modificació de les sentències de guarda exclusiva a guarda compartida, tant si el procés anterior s'hagués resolt de comú acord o per resolució judicial. La qüestió no era pacífica si tenim em compte el text literal de la dita disposició en contraposició a l'article 233-7.

El jutjat de família de Girona, en les sentències 619/2011 de 15 de novembre de 2011, i 94/12 de 10 de febrer de 2012, recull la possibilitat de «revisió» del procés sempre i quan es donin les demés circumstàncies favor fili necessàries per a procedir a la modificació de la guarda, però que en cap cas pot operar a priori la modificació de forma automàtica pel sol canvi legislatiu.

1.4. Els dictàmens Pericials relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental. Disposició adicional sisena

La disposició adicional i la desaparició dels equips tècnics adscrits als Jutjat que només actuen en processos de família en els supòsits de justícia gratuïta, ha motivat l'encariment dels procediments, ja que si la part actora aporta un informe, òbviament de part, es pot trobar en la situació que l'altre part demani un perit judicial per aplicació de l'article 339 de la LEC que serà a càrrec del que el demani. La problemàtica està en relació a l'eficàcia de les pericials, malgrat que la llei no distingeix entre pèrits de part o els que són designats judicialment, sempre existeix el dubte de que el jutge malgrat no estar vinculat per cap dels informes, a la pràctica considerarà més neutral el que s'ha fet per nomenament judicial tot i que no deixa de ser un peritatge de part, ja que en definitiva qui el paga és la part que el demana.

Davant del dubte, en molt judicis cada part aporta un o varis informes, el que comporta que al final el jutge acaba resolent que amb tants informe no sap per quin decidir-se, i acaba fent servir el sentit comú encara que sigui el menor comú dels sentits, per la qual cosa, penso que caldrà que en les demandes anunciem l'aportació dels informes pericials conforme a l'article 337 de la LEC, sempre i quan el Jutjat no tingui un llistat de professionals al que es fa esment la disposició adicional sisena per poder lliurament escollir el que considerem d'aquest llistat, amb la finalitat de que almenys l'informe sigui vàlid conforme a la dita disposició.

2. COM RECALL LES RESOLUCIONS JUDICIALS EL PLA DE PARENTALITAT EN EL PROCÉS CONTENCIÓS?

Depèn de cada Jutjat, pel que fa al Jutjat de família de Girona, malgrat que no recull expressament el vocable «pla de responsabilitat parental», sí que resol de forma més o menys amplia el contingut de l'article 233-9 com es pot comprovar en el fragment de la Sentència n. 272/2012 del Jutjat de Primera Instància 6 de Girona.

3. ELS ALIMENTS ALS FILLS I EL PLA DE PARENTALITAT

Malgrat ser el pla de parentalitat l'instrument que concreta la manera com ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals i en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte de la guarda, la cura i l'educació dels fills, l'article 233-9 no recull les normes lligades a la prestació alimentària dels fills, que estan regulades en l'article 237-1 fins al 237.13, que regula el contingut, les persones obligades, naixement del dret, quantia, extinció etc.

La determinació de la quantia de la pensió d'aliments continua sent un motiu habitual de conflictes via contenciosa, malgrat les propostes que s'han realitzat, per tenir un criteri més o menys homogeni, que han resultat d'escassa utilitat.

Des de la publicació del llibre segon, les resolucions judicials han vingut considerant com a part de la pensió d'aliments en espècie, l'atribució de l'ús del domicili familiar d'acord amb el que preveu l'article 233-20 apartat 7. Malgrat la literalitat clara de l'article 237-1 del CCCat encara resulta complicat per les diferents resolucions judicials el determinar la quantia i establir la proporcionalitat entre els progenitors, el binomi necessitats-possibilitats, especialment quan la guarda és compartida, ja que s'ha estès la creença que guarda compartida és equivalent a no passar pensió d'aliments a l'altre progenitor.

La jurisprudència ja havia resolt que la fixació de la pensió d'aliments no és exclusivament una qüestió aritmètica en el sentit de que s'ha de tenir en compte l'estatus social familiar, el que comporta la disparitat de criteris, per la qual cosa, penso que caldria en primer lloc quantificar la pensió conforme a un paràmetre d'ingressos dels progenitors, però sense oblidar les necessitats reals dels menors, ja que les necessitats mínimes de supervivència conforme a les resolucions dictades fins ara, no clarifiquen la qüestió.

4. ELS ALIMENTS ORDINARIS I EXTRAORDINARIS

Aquest es un altre dels cavalls de batalla quotidiana a l'hora de determinar que inclou els aliments ordinaris i que cal considerar extraordinaris, les resolucions són també molt diferents, per la qual cosa, penso que en el pla de parentalitat si és de comú acord cal que concreti molt bé les activitats i despeses que inclouen els aliments ordinaris i extraordinaris, el que ens evitarà no només la discussió posterior, sinó i especialment perquè en cas d'incompliment ens podem estalviar tor el procés de l'article 776-4 de la LEC.

5. EL NAIXEMENT DEL DRET DE LA PENSIÓ D'ALIMENTS: EFECTES RETROACTIUS

La jurisprudència ja ha deixat clar la retroactivitat de la pensió d'aliments des de la data de la demanda en la que es sol·licita la pensió per primera vegada, i l'efectivitat dels efectes de posteriors modificacions a partir de la Sentència que la dicta, aplicant l'article 774.4 de la LEC com a execució definitiva.

No obstant això, als efectes de possibles modificacions, cal tenir en compte l'article 233-7 introdueix la possibilitat de retrotreure els efectes a la data d'inici del procés de mediació, el que en aquest supòsit considero que cal que sigui a petició de part.

6. L'EXECUCIÓ DE LES SENTÈNCIES MATRIMONIALS. DIFICULTATS PRÀCTIQUES DE LA SEVA EXECUCIÓ

Cal distingir l'execució patrimonials (dineràries) i les personals.

Malgrat que l'execució de les sentències matrimonials, pel que respecta a la pensió d'aliments des del punt de vista normatiu i processal no representa cap dificultat, no podem dir que, a la pràctica, la tutela judicial efectiva sigui real, ja que massa sovint, les parts executants es veuen abocades al fracàs en no aconseguir la tutela que es demana que, en definitiva, és rebre la quantitat de les pensions d'aliments. Aquesta és una situació que passa massa sovint en un estat de dret, en el que resolució judicial es paper mullat, que només serveis per dissoldre el matrimoni i poca cosa més.

Els incompliments del pagament de la pensió d'aliments que sempre han estat a l'ordre del dia, han augmentat de forma considerable degut a la crisi, i també els procediments d'execució. Malgrat l'article 227 del CP, moltes denúncies acaben amb l'absolució del denunciado, ja que per parlar de delictes d'abandonament de família no n'hi ha prou que es produeixi d'impagament, sinó que aquest ha de ser injustificat. Ningú amb dificultats econòmiques reals pot ser condemnat.

La creació d'un fons d'avançament de les pensions ha estat un fracàs, i en l'actual situació financera resulta una utopia que es pugui desenvolupar.

Com a professionals estem assistint a un increment considerable d'execucions, durant l'actual situació de crisi, però la voluntat de no pagar es més forta que la que es deriva de la pròpia situació ja sigui d'atur o de rebaixa de sou.

La darrera reforma de l'article 776, faculta al Secretari Judicial per imposar multes coercitives conforme a l'article 711, multes que no tindran cap eficàcia si no es pot ni rebre la pensió d'aliments. En conclusió, malgrat les exposicions doctrinals de tota mena que es puguin fer en favor dels fills, la realitat quotidiana, és que l'estat de dret no fa res d'efectiu perquè els titulars d'aquests drets, que en definitiva són els fills, obtinguin el mínim benefici a ser alimentats amb càrrec al progenitor que no té la guarda, fent recaure tot el cost material i educatiu a un sol progenitor, generalment la mare.

El que resulta no menys indignant és que en considerar el règim d'estades amb el progenitor incomplidor d'un dret dels fills, aquests pares poc preocupats per la subsistència dels seus propis fills, no rebin almenys la sanció de no poder tenir-los, perquè una cosa es que paguin el que realment puguin, i una altra molt diferent que la primera obligació que no compleixen és precisament la d'aliments. Quantes vegades hem vist que es paga el lloguer, el crèdit, l'oci, etc... menys la pensió d'aliments?.

Realment penso que cal una reflexió entre tots, per donar una solució eficaç a aquests incompliments reiterats, i no que es pensi que cal establir presó per deutes, però sí una reflexió de que per part del Ministeri Fiscal que està present en els processos per fixar la pensió d'aliments, i que també sigui precisa la seva intervenció per la seva modificació, no ho estigui en els processos d'execució d'una forma molt més activa, i que d'ofici es pogués iniciar un procés penal a instància del propi Ministeri Fiscal, i no només a instància de la part prèvia denuncia via penal, per no agreujar més les relacions familiars, sinó també el cost de dos procediments. Segur que a la pràctica el fet automàtic d'obertura d'un procés penal d'ofici, comportaria que a la reclamació amb l'advertiment del procés penal, en moltes ocasions el pagament efectiu de la pensió fora molt més eficaç.

En relació a l'execució per incompliments personals: La reforma de l'article 776-3 LEC no té eficàcia perquè si el que incompleix és el progenitor que no té la guarda, tant li fa que es modifiqui el règim, tindran nous incompliments.

Si el que incompleix és el que té la guarda, l'article 776-3 per l'advertiment de canvi de guarda pot resultar més efectiu, el problema és que els tribunals no adopten la mesura sinó en situacions molt extremes, i després de que el progenitor víctima de l'incompliment hagi fet *via crucis* per acreditar la realitat de l'incompliment. Amb tot, quan els fills tenen una edat adolescent, i són ells els que es neguen a anar a les estades amb un progenitor, caldrà en primer lloc esbrinar les causes de la negativa. A la pràctica resulta més complicat infructuós i perjudicial pel menor la via judicial que intentar la recuperació de la relació paterno-materno-filiar. En aquest supòsit la mediació esdevé una mesura efectiva i pràctica ja que la intervenció de professionals pot ajudar a establir la normalitat entre els progenitors i els fills.

Ara bé, quan l'incompliment es única i exclusivament per voluntat del progenitor que no vol complir, penso que caldria reflexionar sobre la fixació d'una indemnització per danys morals, indemnització que no cal dir-ho no contemplen ni els arts. 709 ni 711 de la LEC. Imaginem per exemple un pare que té projectades determinades activitats de viatge o esbarjo amb els seus fills i que no pot gaudir per causa del progenitor incomplidor.

REFERÈNCIES

- 1.— AP Girona, sec. 1ª, Sentència de data 10-6-2011, nº 252/2011, rec. 248/2011
- 2.— AP Barcelona, Sec. 12ª, Sentència de data 7-02-2012, Rollo nº 1193/2011— A U T O N° 31/2012
- 3.— Sentència de data 19-04-2012, nº 272/2012 del Jutjat de Primera Instància 6 de Girona
- 4.— TSJ Catalunya, sec. 1ª, Sentència de data 20-2-2012, nº 16/2012, rec. 37/2011
- 5.— TSJC, sec. 1ª, S 26-7-2012, nº 48/2012, rec. 206/2011.
- 6.— APG 443/2012 DE 23 de Novembre de 2012

