

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

PRIMERA PONÈNCIA

INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

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

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

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

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

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

La regulació catalana dels patrimonis protegits, en particular la seva 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 contenciós; problemes d'execució	305
--	------------

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

ELENA LAUROBA

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

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

TERCERA PONÈNCIA

ASPECTES ECONÒMICS DE LA RUPTURA CONJUGAL

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.....

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

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

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

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

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

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

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

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS

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

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

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

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 jurisprudència catalana: concepto y terminología

REYES BARRADA ORELLANA

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

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

Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Notario de Barcelona

Profesor asociado de la UAB

I. PRELIMINAR. II. ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA: ENTRE EL ART. 1255 CC Y SU EXPRESA ADMISIÓN EN EL CCCAT. 1. Relación de estos pactos, en su unicidad o multiplicidad, con los capítulos matrimoniales y el convenio regulador. 2. La escritura pública como medio de información en los pactos prematrimoniales. 3. Plazo hábil para su autorización prenupcial: Su incidencia en la validez y en la revocabilidad. III. LÍMITES GENÉRICOS Y ESPECÍFICOS APLICABLES A LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA MATRIMONIAL. 1. Aplicaciones prácticas de los límites genéricos a la autonomía de la voluntad en estos pactos en previsión de la ruptura. 2. El posible límite específico del contenido propio de estos pactos frente a lo que es contenido imperativo del convenio regulador. IV. LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA EN SU RELACIÓN CON LOS PACTOS CAPITULARES MATRIMONIALES O SUCESORIOS. 1. Unidad instrumental vs. Autonomía causal entre capítulos matrimoniales, pactos prematrimoniales y pactos sucesorios. 2. Incidencia de la ruptura matrimonial en los pactos prematrimoniales y en los pactos sucesorios. V. PRINCIPALES PACTOS EN RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DEL REM, SINGULARMENTE, CUANDO ES EL DE SEPARACIÓN DE BIENES. 1. Algunos pactos posibles sobre atribución preferente de bienes al extinguirse el proindiviso derivado del REM de separación de bienes. 2. Adjudicación de participaciones sociales o de bienes aportados a una sociedad: Acuerdos sobre su valoración. 3. Vivienda habitual: Posible pacto sobre su atribución futura e incluso sobre pago de la cuota hipotecaria. 4. Vivienda habitual con protección pública: límites a la libertad de pacto, incluso prematrimonial. VI. POSIBLES ACUERDOS SOBRE RECLAMACIÓN DE GASTOS EXCEPCIONALES, O DEL DAÑO MORAL, DE LOS HIJOS CUYA PATERNIDAD SE IMPUGNA. VII. CONCLUSIONES.

I. PRELIMINAR

Las cuestiones que se van a tratar en el presente estudio no son las habituales, y, por otra parte, contempladas en la regulación positiva del CCCat, es decir, los pactos sobre compensación por el trabajo realizado para el hogar, art. 231-6.1 *in fine*, o por razón del trabajo en el negocio del otro cónyuge, art. 232-7; ni la prestación compensatoria, art. 233-16, ni tampoco la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, art. 233-21-3,¹ sino que lo que pretendo es exponer

1 Estas y otras materias, más o menos ampliamente reguladas o previstas por el CCCat, las he tratado ya, y si se me permite a dichos estudios me remito para un mayor desarrollo, cuando todavía era Proyecto de Ley, en «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, n° 36, julio-diciembre (2010), pp. 69-99; ya publicado el Libro II, en «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en R. BARREDA, M. GARRIDO y S. NASARRE (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona,

otras cuestiones y materias que pueden ser de interés al momento de la ruptura matrimonial y, por consiguiente, de tener que liquidar el régimen económico matrimonial (en adelante REM), que, tratándose de Catalunya, es habitualmente el de separación de bienes, unido a que son materias en que el ámbito de estos pactos, en previsión de la ruptura, pueden tener una eficacia directa, tanto por el ámbito que les otorga, respecto de su inclusión en el convenio regulador, el art. 233-2.3.a) CCCat, como por la eficacia directa que, a los pactos fuera del convenio regulador, les otorga el art. 233-5.1 CCCat.

La procedencia norteamericana y la novedad europea que, en su regulación positiva, presenta el CCCat ha sido ya destacada,² y, desde luego, responde a la evidente *contractualización del matrimonio*,³ e incluso del Derecho de familia en general,⁴ atrás queda ya, un siglo prácticamente, la pretensión de incluirlo dentro del Derecho público.

Por su origen norteamericano (es relevante, para su admisión, la ideología californiana, de los 70, del «*clean break*»),⁵ y, en consecuencia, del *Common Law*, el encaje de estos pactos prematrimoniales en el *Civil Law* tiene dificultades; presentan, *prima facie*, la para nada irrelevante cuestión de la muy distinta eficacia de los mismos; así, allí —singularmente en el sistema jurídico inglés—⁶

Bosch, 2011, pp. 327-399; de forma compendiada en «Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial», en V. PÉREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 21-51; como capítulo en «Capítulo 13 – Els pactes en previsió de la ruptura matrimonial», en A. LUCAS ESTEVE (dir.), *Dret Civil Català*, vol. II – *Persona i família*, Barcelona, Librería Bosch, 2012; y, finalmente, en forma más práctica, en «Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia», en C. VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 479-540.

- 2 *Vid.*, recientemente, por todos, María Dolores CERVILLA GARZÓN, «Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano», *Diario La Ley*, nº 8011, 29 Ene. 2013, pp. 1-24, en concreto, pp. 1-2; y, con anterioridad, Miriam ANDERSON, «Sentencia de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 88, enero-abril 2012, pp. 381-405, en concreto, p. 391, donde destaca la influencia de los principios de la *American Law Institute*.
- 3 Es generalizada la consideración de la ruptura matrimonial desde la óptica de la contractualización del matrimonio y la familia, así, en Francia, no puede ser más explícito el título de la obra colectiva dirigida por Dominique FENOUILLET y Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001.
- 4 Fuera de lo que es la ruptura matrimonial está el ejemplo de María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, «Hacia una 'contractualización' de la protección de los menores en el nuevo modelo jurídico francés: El contrato de responsabilidad parental», en Ramón HERRERA CAMPOS-Miguel Ángel BARRIENTOS RUÍZ (eds.), *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. II, Almería, Editorial Universidad de Almería, 2011, pp. 885-893.
- 5 Al efecto, y desde la óptica del *Civil Law*, Florence LAROCHE GISSEROT, «Organiser son divorce en se mariant: l'exemple des pays de *Common Law*», en Frédéric BICHERON *et al.* (coord.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 485-497, para también destacar, p. 487, frente a los «*prenup*» la ideología contraria representada por los «*convenant marriage*».
- 6 Inicialmente refractario a estos pactos prematrimoniales, al efecto, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, «Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho Internacional Privado», *ADIPriv*, t. X, 2010, pp. 441-469, en concreto, p. 444. Se produce un cambio favorable a partir de la célebre sentencia *Granatino v. Radmacher (formerly Granatino)* [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, estudiada, entre otros, por Stephen GILMORE-Lisa GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 222-229; y, Jens M. SCHERPE, «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*»,

se reconoce un amplio poder (no una mera homologación) al juez que conoce del divorcio para un reparto de los bienes en equidad (*equity*),⁷ pues no existe propiamente el REM,⁸ ni, por tanto, separación de bienes (aunque pueda asimilarse a este REM como más próximo en su funcionalidad); no obstante, la protección del cónyuge débil se puede lograr por la amplia discrecionalidad, que en equidad, se concede al Juez del divorcio, actuación judicial que, incluso con pactos prematrimoniales, puede modificar substancialmente la posición, tras la ruptura matrimonial, de cada cónyuge.

Por ello, y desde el *Civil Law*, se trata de tomar las cuestiones que allí ya se han suscitado pero viendo la posibilidad de aplicarlas en el marco del Derecho catalán, yendo por las vías adecuadas para conseguir los efectos más cercanos o equivalentes, pues resulta prácticamente imposible un traslado automático. No puede olvidarse que una cosa es que estos pactos no sean sino un contrato y otra que sea imperativos⁹ en su eficacia y ejecución, ni siquiera entre los propios cónyuges. No puede desconocerse que lo esencial en la ruptura, en el CCCat, sigue vinculado al convenio regulador y este debe ser homologado judicialmente. Se trataría de lograr con estos pactos en previsión de la ruptura, dado que el divorcio o ruptura matrimonial, sin ser la regla general, tampoco es ya un accidente excepcional, de decidir «en frío», cuando la animosidad todavía no existe, lo que sería una mejor solución de futuro si la situación llega a producirse.¹⁰

InDret, nº 2, abril 2012, pp. 1-24. Es previo, pero de interés para mejor conocer la situación inglesa, Nigel LOWE, «Prenuptial agreements: the English position», *InDret*, nº 1, enero 2008, pp. 1-12.

- 7 Al efecto, Nigel LOWE, «Prenuptial agreements. The Developing English Position», en Alain-Laurent VERBEKE et al. (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession Law. Liber Amicorum Walter Pintors*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 867-885, en concreto, pp. 870-871. Remedio que aunque no existente en el sistema judicial español, podría alcanzarse, en algunos casos, mediante la cláusula *rebus sic stantibus*, contemplada en el art. 231-20.5 CCCat, aunque, desde luego, no puede ocultarse que allí es una solución judicial y aquí sería sustantiva o civil.
- 8 Cfr. RDGRN de 26 de agosto de 2008.
- 9 Lo destaca Gérard CHAMPENOIS, «Introduction», en Hugues LETELLIER (dir.), *Les contrats nuptiaux. Accords financiers pour la vie commune et la séparation. Formules d'actes d'avocats*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 1-6, singularmente, p. 1, cuando dice, lo mismo que sucede en el Derecho catalán, que el divorcio «est nécessairement judiciaire» (con cursiva en el original), y su organización fuertemente marcada por un orden público destinado a proteger a la familia, esto último allí, con las grandes reformas del divorcio de 11 de julio de 1975 y, singularmente, con la de 26 de mayo de 2004, como en el Derecho catalán tiende a disminuirse, no la protección, sino el orden público o quizás más precisamente las reglas imperativas, dejándose a la amigable composición de los cónyuges, eso sí sometiéndolo a la homologación judicial, valga como ejemplo el art. 233-3.1 CCCat cuando al referirse a la aprobación judicial de los pactos adoptados en el convenio regulador señala que deben ser aprobados, salvo los puntos que no sean conformes al interés de los hijos menores, confiéndose incluso, en el art. 233-3.2, una segunda oportunidad a los cónyuges para que los adapten y únicamente si no formulan una nueva propuesta o si de hacerlo tampoco es aprobada es entonces cuando la autoridad judicial ha de adoptar la resolución pertinente.
- 10 Destaca Gérard CHAMPENOIS, «Introduction», *cit.*, pp. 3-4, como los Ordenamientos jurídicos que los admiten se cuidan de exigir una información precisa, una negociación equilibrada y, por ello, la necesaria intervención de un jurista, si bien, refiriéndolo al *Common Law* (donde por otra parte, dicho sea de paso, no existen los notarios con las funciones propias de los de stirpe germánico-latina, como aquí) literalmente dice: «l'idée qu'un juriste unique —un notaire, par exemple— assure l'équilibre du contrat dans l'intérêt des deux parties est difficilement admise».

En última instancia, siempre quedará la posible revisión judicial para proteger a la parte débil, art. 231-20.5 CCCat, función esencial dada la larga duración que pueden tener los mismos, los múltiples cambios que pueden sufrir las fortunas o patrimonios de cada cónyuge y, desde luego, las circunstancias personales y patrimoniales en que puede encontrarse cada uno al momento de producirse la separación matrimonial o el divorcio. Esta función es la que más acerca al Juez español al anglosajón, aunque sus actuaciones no sean equiparables, ni en su fundamento, ni en las posibles decisiones que adopte.

II. ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA: ENTRE EL ART. 1255 CC Y SU EXPRESA ADMISIÓN EN EL CCCAT

Es cada vez más frecuente la admisibilidad en el Derecho comparado de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial, aunque no estén, unas veces, admitidos y, otras, tan explícitamente regulados, al menos en el *Civil Law*, como lo están en el CCCat.¹¹

En concreto, para el CC son de destacar las SSTS de 31 de marzo de 2011 (Roj: 2158/2011) y de 4 de noviembre de 2011 (Roj: STS 6998/2011—Ponente: Roca i Trias),¹² que funda su admisión en el art. 1255 CC. Además, cabe añadir que favorecería también su admisión el último inciso del art. 1325 CC, cuando habla de «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo [es decir, del matrimonio]», aunque aquí sería con ocasión de su fin, pero, sin duda, el matrimonio seguiría siendo su fundamento; además, no parece que sea límite insalvable la dicción del art. 1328 CC. No es este tan próximo Ordenamiento jurídico el que ahora interesa, ni son las soluciones adaptadas por el TS, ni por la doctrina española, cada vez menos renuentes a su admisión en el sentido más amplio, siempre trasladables al Derecho civil catalán, menos ahora al

11 *Vid.*, para el CC y los demás Derecho civiles españoles, singularmente el art. 25, de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 86-87; y, además, para el Derecho comparado, Hugues LETELLIER (dir.), *Les contrats nuptiaux, cit., passim*, donde por diversos autores se trata de estos pactos en Francia, Alemania, Inglaterra y País de Gales, España y New York; para Italia, entre la ya múltiple doctrina, cabe acudir a Giacomo OBERTO, «Prenuptial agreements in contemplation of divorce' e disponibilità in via preventive dei diritto connessi alla crisi coniugale», en Francesco RUSCELLO (coord.), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, Cedam, 2006, pp. 105-180.

12 Dice que la autonomía de la voluntad entre los cónyuges fue ya «reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.». Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales (STS 1053/2007, de 17 octubre), ya sea en documentos complementarios (STS 217/2011, de 31 marzo)».

tener expresa regulación y requisitos imperativos no previstos en el CC, sean los días de anticipación a la celebración del matrimonio, su forma o la misma consideración o no como capítulos matrimoniales.

La regulación positiva marca pautas y camino a seguir, así como limitaciones, pero, aun con ello, su misma ubicación sistemática y conexión con otras instituciones previas o incluso, también, posteriores a la celebración del matrimonio, como los capítulos matrimoniales, o relacionadas con la ruptura matrimonial, como el convenio regulador, presenta algunas cuestiones prácticas problemáticas, que trato seguidamente.

1. RELACIÓN DE ESTOS PACTOS, EN SU UNICIDAD O MULTIPLICIDAD, CON LOS CAPÍTULO MATRIMONIALES Y EL CONVENIO REGULADOR

Antes de entrar en otras cuestiones, y por afectar directamente a las que trataré seguidamente, conviene discernir si estos pactos prematrimoniales (así los denominaré, aunque, como se sabe, pueden ser post-matrimoniales, *cfr.* art. 231-20.1, e incluso post-ruptura matrimonial, art. 233-5.1, por lo que inexacto sería también llamarles pre-ruptura para resaltar que pueden ser posteriores a la celebración del matrimonio, pues lo habitual y cuando encierran pleno sentido es antes del matrimonio, dado que pueden incidir directamente en su celebración) son o no capítulos matrimoniales, o son un contrato preparatorio del convenio regulador o, como creo que son, un contrato autónomo con contenido propio y tipificado. Por otra parte, ya, antes del CCCat, lo eran social y doctrinalmente, por tomarse como referente la doctrina y práctica norteamericana e incluso anglosajona.

No son un contrato preparatorio del convenio regulador, pues este tiene su propio contenido, art. 233-2, cierto que coincidente en diversos aspectos con estos pactos, pero incluso en el contenido coincidente, y pactado, no cabe la *mutación del título*, sino que requerirá del nuevo, y específico, consentimiento.¹³ A ello se une que el convenio regulador está sujeto a homologación judicial, art. 233-3, mientras que el contenido propio de estos pactos, ajeno al contenido necesario del convenio regulador, puede exigirse su cumplimiento, conforme al art. 233-5.1, con las demandas de nulidad, separación o divorcio e incluso puede demandarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales, art. 233-1; aunque, como prueba de que no son directamente ejecutables en todo su contenido, el propio art. 233-5.1 *in fine* precisa que dicha incorporación es a los efectos de que, *si procede*, sean recogidos por la resolución judicial.

No son los capítulos matrimoniales,¹⁴ ni necesariamente una parte de los mismos, no obstante que la Sección tercera, en que se encuentran los arts.

13 Así, también, Miriam ANDERSON, «Sentencia de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137)», *cit.*, p. 389.

14 *Vid.*, para una visión amplia del concepto de capítulos matrimoniales, singularmente en su posible nueva función de contratación «d'enderrocament», Juan-José LÓPEZ BURNIOL, *La «resurrecció» dels capítols matrimonials (L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en el contractes reguladors de la convivència)*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 30 de noviembre de 1999, pp. 1-66, particularmente, para contemplar los posibles pactos con ocasión de la ruptura matrimonial, que sería causa propia y el pacto en previsión de la ruptura un contrato típico, pp. 41-48.

231-19 a 231-26 (que regulan estos pactos y los capítulos matrimoniales en sentido propio), se denomina: «Els capítols matrimoniales», lo que podría hacer pensar que son una manifestación, parte o forma de los mismos; pero, lo cierto es que la regulación positiva se encarga de desmentirlo. Así, el art. 231-19.1 *in fine* precisa que en los capítulos matrimoniales se puede pactar o estipular «fins i tot en previsió d'una ruptura matrimonial», es decir, no son los capítulos pues sería innecesario precisar que pueden contenerlos, pero de forma más clara —pues aquí, también, cabría considerar que se trata de una mera redundancia o aclaración dada su novedosa regulación— está el art. 231-20 que regula su propio contenido, forma y tiempo, aunque no la capacidad (no puede ser otra que la del art. 231-21, como para su modificación la del art. 231-23); para, posteriormente, el art. 231-22, referido a los capítulos matrimoniales *stricto sensu*, reiterar su forma, y, quizás, aún más precisamente, el art. 231-26.b) admite la subsistencia y eficacia de estos pactos aunque no la tengan los capítulos matrimoniales, es decir, estos no son sino una de los posibles medios o vías, por ser necesariamente en escritura pública, en que pueden contenerse.

Los pactos prematrimoniales son un contrato tipificado autónomo, en su forma, plazo de otorgamiento y contenido. Ciertamente que el legislador parece concebirlos como integrantes de los capítulos matrimoniales si estos se pactan antes del matrimonio, pero que nada impide que puedan ser dos escrituras públicas distintas, y seguidas en orden de protocolo, en que se contengan los capítulos matrimoniales y los pactos en previsión de la ruptura, independencia que puede ser útil por el múltiple contenido de los capítulos matrimoniales, basta pensar que pueden contener pactos sucesorios. Aunque, en todo caso, *la unidad instrumental no implica unidad causal*.

La unicidad o multiplicidad de estos pactos, es decir, los capitulares, prematrimoniales e incluso sucesorios, singularmente en su otorgamiento prenupcial, no es una cuestión expresamente contemplada, aunque nada excluye la posibilidad de más de una escritura pública que los contenga, sean complementarias entre sí, revocatorias o simplemente modificativas; en todo caso, de la o las anteriores a la celebración del matrimonio, lo importante para el plazo antenupcial será la última, incluso aunque sea solo revocatoria, como se verá.

Dentro de esta posible multiplicidad de pactos, sean ante o post nupciales, nada impedirá —y aunque no parezca que es el pensamiento del legislador, quizás demasiado sujeto a lo que son las cuestiones habituales, y prematrimoniales en el mundo norteamericano—¹⁵ el que puedan otorgarse modificaciones con ocasión de la adquisición de algún bien o la realización de una inversión, ahora bien, en el momento de tenerse que ejecutar o exigir su cumplimiento no dejarán de ser un todo, por tanto, necesariamente interpretables en su conjunto.

15 A la *Uniform Premarital Agreement Act* [UPAA], de 1983, puede accederse a través del siguiente link: [http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital Agreement Act](http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital%20Agreement%20Act) y a su texto en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20agreement/upaa_final_83.pdf

2. LA ESCRITURA PÚBLICA COMO MEDIO DE INFORMACIÓN EN LOS PACTOS PREMATRIMONIALES

Ya he señalado que estos pactos en previsión de la ruptura no son capítulos matrimoniales, por lo que cabe plantearse, lo ha hecho la doctrina,¹⁶ si cuando el art. 231-20 (pactos prematrimoniales) y el art. 231-22 (capítulos matrimoniales) hablan de escritura pública lo hacen o no en el mismo sentido, es decir, en el clásico, e indiscutido para los capítulos matrimoniales, de forma constitutiva.¹⁷ Entiendo que ambos deben constar necesariamente en escritura pública (como forma *ad solemnitatem*), es decir, no cabe que consten o se formalicen exclusivamente en documento privado, pues de hacerlo serán ineficaces.

Ahora bien, dicho esto, sí cabe matizar los efectos y sentido de la escritura pública en uno y otro caso, en los capítulos matrimoniales es uno de los escasos supuestos en que la forma es constitutiva, por tanto, antes no existe nada — entiendo que ni siquiera posibles responsabilidades por su otorgamiento o no, si es que existía algún compromiso de otorgarlos— y, desde luego, no cabe de haberse pactado en documento privado solicitar, *ex art.* 1279 CC, su elevación a público. Además, la escritura pública debe ser específica de capítulos matrimoniales, aunque pueda contener otros pactos; son los capítulos los que contienen, o pueden contener, otros pactos, pero no al revés.

La escritura pública de los pactos en previsión de la ruptura requiere de algún matiz, sobre su naturaleza *ad solemnitatem*, pues aquí su función no es constituir una nueva situación, dado que sus efectos quedan siempre diferidos (lo que no siempre sucede con los capítulos matrimoniales), sino que cumple la función de ir más allá de la información que necesariamente, y en todo

16 Al efecto, y entre la última doctrina, con posturas coincidentes con la que aquí se sostiene, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, «Los pactos prematrimoniales...», *cit.*, pp. 448-449; Núria GINÉS CASTELLET, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña», *RCDI*, nº 727, 2011, pp. 2577-2620, y para la forma del pacto, pp. 2592-2597, destacando, acertadamente, en nota 36 que las «convenciones a que pueden llegar los cónyuges una vez desencadenada la crisis requieren de forma escrita, pero pudiendo ser en documento privado», pues, como dice, para esto no hay una previsión como la del art. 231-20.1 CCCat; Miriam ANDERSON, «Marital agreements Spanish Case-Law v. The 2010 Catalan Reform», en Alain-Laurent VERBEKE *et al.* (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintors*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 23-40, en concreto, p.29; María Dolores CERVILLA GARZÓN, «Los acuerdos...», *cit.*, pp. 8-9; Laura ALLUEVA AZNAR, «Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial. Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1ª), de 12.7.2012, *InDret*, nº 1, gener 2013, pp. 1-20, en concreto, pp. 6-7; y, frente a estas posturas, con reconocimiento a la posible eficacia del documento privado, al menos *inter partes*, Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán», *RJC*, nº 2, 2011, pp. 41-65, en concreto, pp. 47-51; o admitiendo que hay posibles pactos prematrimoniales que ni siquiera sean en escritura pública, Francesc VEGA SALA, «*sub art.* 231-20», en Pascual ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011, p. 645.

17 Basta recordar que en los capítulos matrimoniales, para la STC 39/2002, de 14 de febrero, es ineludible que sean escritura pública específica de capítulos matrimoniales, y no cualquier manifestación, sobre el REM, en otro negocio jurídico contenido en escritura pública, *vgr.* compraventa o testamento, para considerar o no modificado el REM.

negocio, presta el notario, *cfr.* art. 147 último párrafo RN, para, en estos pactos, garantizar una información individual, especificada y por jurista, además de funcionario público, art. 1 RN.¹⁸ Su función es eminentemente informativa, y de control *ex ante* de la regularidad del negocio, que, con solo posibles o virtuales efectos futuros, se formaliza. Por ello, aquí la escritura pública no tiene el sentido tradicional de constitutiva, sino que parece más coherente, con su función, encuadrarla en la línea del *neoformalismo* imperante en el nuevo Derecho contractual europeo,¹⁹ en donde destaca la llamada forma *ad regularitatem*, y es la forma que mejor se acomoda a la función que están llamados a cumplir estos pactos, pues no son sino virtuales, dado que pueden no llegar a tener que aplicarse. Aquí la forma no es una forma estructural, sino funcional, pues de lo que se trata es de prestar un consentimiento informado y habiéndose controlado su regularidad.

La escritura pública aparece, en estos pactos, como forma obligatoria que conlleva que su ausencia, por la finalidad que se pretende alcanzar y no en sí por el incumplimiento de sus formalidades de otorgamiento, implica su ineficacia. Las formalidades diferenciales, en su otorgamiento y autorización, en lo que a la información individualizada hace, debe cumplirse aunque sea una escritura de capítulos matrimoniales la que los contenga. Pues incluso en esta forma de otorgamiento único siguen conservando los pactos prematrimoniales su propia autonomía funcional.

No cabe tampoco para estos pactos si previamente se redactan y firman en documento privado²⁰ (lo que puede suceder en no pocos casos por su previo asesoramiento fiscal, mercantil, etc.), pretender por una de las partes su elevación a público *judicial*, *ex art.* 1279 CC. Cuestión distinta, y sí admisible, es que ambos otorgantes, previo e individualizado nuevo asesoramiento notarial, conforme al art. 231-20.2, eleven a público lo que previamente habían firmado, con sus abogados y otros posibles asesores fiscales.

Esto es así, al exigir el art. 231-20.1, para el Derecho civil catalán, la escritura pública expresamente, por lo que en otros Ordenamientos jurídicos, en donde no se exige, nada debe obstar a que, en efecto, se puedan solemnizar en documento privado, en tanto en cuanto no se consideren una modalidad de los capítulos matrimoniales.

Finalmente decir que, en los pactos en previsión de la ruptura, dada la hipotética multiplicidad de negocios jurídicos que, solemnizados en escritura pública, los podrían contener, como un clausulado más, debe plantearse si

18 *Vid.* Miriam ANDERSON, «Sentencia de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137)», p. 392, para destacar como la información del notario no se circunscribe única, ni principalmente, al REM, lo que parece, frente a quien pueda sostener lo contrario, evidente dado que no únicamente tiene que ser este su contenido.

19 *Vid.*, por todos entre las últimas publicaciones al efecto, Stefano PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, Edizioni ETS, 2009, pp. 28-33.

20 De haber sido redactados estos pactos prematrimoniales por los asesores, abogados, economistas, etc., de uno de los cónyuges, limitándose el otro, aunque esté también debidamente asesorado, a prácticamente adherirse, deberá, conforme al art. 147.3 RN, consignarse por el notario que estos pactos prematrimoniales han sido redactados conforme a minuta y, en lo que le conste, «de quien procede ésta», pues puede ser elemento relevante al momento de su interpretación y ejecución.

deben contenerse en una escritura específica al efecto (salvo el caso de los capítulos matrimoniales que en sí también los pueden contener, art. 231-19.1 *in fine*) o si pueden contenerse como tales específicos pactos en previsión de la ruptura en otras escrituras que contengan negocios con ocasión del matrimonio, *vgr.* donación de los progenitores de uno o ambos.

La solución dada la redacción del art. 231-20.1, y el sentido finalista, al menos en la información y lapso temporal prematrimonial, que parece percibirse en el legislador, está en considerar que todo el trámite y requisitos del CCCat están referidos a la escritura específica de pactos en previsión de la ruptura matrimonial, frente al supuesto del negocio, de transmisión de bienes muebles o inmuebles, constitución de sociedad, etc., que puede contener, como ya se contenían hasta ahora, sin mayor problema, y sin que les afecte el art. 231-20 CCCat, una cláusula o previsión para el caso de ruptura matrimonial, esto no sería una escritura de pactos en previsión de la ruptura, sino simplemente una escritura de donación, constitución de sociedad, etc., que contiene —como una cláusula más— los efectos o consecuencias en el devenir de lo aportado, transmitido o gravado, para el caso de ruptura matrimonial. Junto a no ser supuestos que entren dentro del presupuesto que contempla el art. 231-20.2 CCCat.²¹

3. PLAZO HÁBIL PARA SU AUTORIZACIÓN PRENUPIAL: SU INCIDENCIA EN LA VALIDEZ Y EN LA REVOCABILIDAD

Al igual que la forma, el plazo es una exigencia del CCCat, art. 231-20.1, cuya justificación puede ser discutible, incluso el que sea tan breve o pudiera ser más amplio; en todo caso, en el CCCat es una exigencia ineludible y determinante de su validez y consiguiente eficacia. El posterior matrimonio y no impugnación no los sana, dado que son pactos radicalmente nulos e inexigibles, es decir, están incursos en causa de invalidez y, por ello, de ineficacia. Y, por otra parte, no puede desconocerse que, siendo nulos, los que puedan pactarse tras la celebración del matrimonio, aunque tengan idéntico contenido, requieren de un nuevo consentimiento, y del nuevo cumplimiento de las formalidades notariales, unido a que la posible presión sobre que no llegue a celebrarse el matrimonio, incluso aunque sea infundada para una de las partes, habrá desaparecido.

Parece adecuada la exigencia, art. 231-20.1 *in fine*, de que «s'atorguen abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni», dado que permiten no solo preparar, más tranquilamente, la celebración matrimonial, incluso aunque se puedan dar circunstancias personales conflictivas (no ya con el otro futuro cónyuge, sino con los padres), sino que, además, permite su revocación, total o parcial.

En efecto, nada impide otorgarlos, modificarlos e incluso revocarlos antes de celebrarse el matrimonio, pero, en todo caso, siempre dejando el plazo que se indica, entre sus otorgamiento y la celebración del matrimonio, incluso para la revocación, sea total o parcial, pues aunque podría considerarse, en

21 *Vid.*, al efecto, Francesc VEGA SALA, «*sub art. 231-20*», *cit.*, p. 644.

una interpretación literalista, que el art. 231-20.1 *in fine* habla de otorgarlos, lo cierto es que su función es garantizar la absoluta libertad, y el no estar influenciados por la proximidad de la celebración, y no se oculta que puede consentirse la revocación para lograr la celebración matrimonial, cuando ningún problema hay en no admitirse la revocación dentro de dicho plazo pues tranquilamente puede hacerse una vez ya celebrado el matrimonio.

El plazo es únicamente para los pactos prematrimoniales, no hay ninguno para cuando son previos, e incluso inmediatos, a la demanda judicial de separación o divorcio.

III. LÍMITES GENÉRICOS Y ESPECÍFICOS APLICABLES A LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA MATRIMONIAL

Dentro estos pactos prematrimoniales, que no pueden pretender configurar un *status* post-matrimonial, ni poner precio a la libre voluntad (sea la fidelidad o lealtad, el tener o no hijos, etc.), hay que distinguir *unos límites genéricos*, que son los propios de todo contrato, y, además, los genéricos o propios de los negocios de Derecho de familia, aunque en estos cada vez aparezcan más desdibujados los límites, o, quizás mejor, adaptados a la nueva realidad familiar, singularmente la de las familias recompuestas, la de la desconexión entre las causas del divorcio y sus efectos, así como la superación de la sacralización del Juez en los procesos de divorcio, para ir hacia su contractualización²² Dentro de estas nuevas coordenadas del Derecho de familia, que son las que los posibilitan, e inicialmente, fuera del ámbito del *Civil Law*, aparecen los pactos prematrimoniales, como una forma de ruptura limpia y, en la medida de lo posible no traumática, sin que tengan que circunscribirse, aunque sean en ellos más frecuentes, a los segundos o ulteriores matrimonios, singularmente cuando alguno de ellos tiene una considerable fortuna.

Centrándonos en los que son nuevos principios o reglas que configuran la actual situación familiar, derivada en gran medida del art. 14 CE'78, incluso más que del propio art. 39 CE'78, hay que señalar que estos pactos deben respetar la absoluta *igualdad entre los cónyuges*, así, singularmente, cuando se pretendan introducir alteraciones en el REM supletorio. No cabe ya *una familia jerarquizada*, marido-mujer-hijos, sino *una familia democrática*, todos, incluso los menores, tienen sus propios derechos individuales y fundamentales, así, entre otros el derecho a conocer su paternidad, por lo que no cabría pacto, que por otra parte no les afectaría a los hijos, de exclusión de la acción de impugnación de la paternidad, o de relacionarse con ciertos parientes, etc.

El hablar de una familia democrática no excluye, sino que reconfigura, *el interés familiar superior* (que tampoco es exactamente el mínimo común denominador, pues por determinadas circunstancias, temporal o indefinidamente, puede prevalecer el interés de alguno de los integrantes de la familia), *los intereses de*

²² *Vid.*, al efecto, Guillaume SERRA, «De la question du divorce sans faute et sans juge», en Michel DUPUIS (ed.), *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien, 2012, pp. 357-377.

los menores, así como la *protección del llamado cónyuge débil*; en suma, todos estos diversos intereses que pueden incluso confluír en un momento determinado, muy concretamente, al momento de la ruptura matrimonial, deben observarse y resolverse desde la óptica de la *solidaridad familiar*.

1. APLICACIONES PRÁCTICAS DE LOS LÍMITES GENÉRICOS A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN ESTOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA

Como aplicaciones prácticas de estos límites genéricos, que deben estar presididos —tal como nacen en EEUU— por la idea de *equidad en sus efectos e igualdad de los otorgantes al celebrarse*, no igualdad ante la ley, ni siquiera una igualdad absoluta que es imposible, sino de ausencia de sometimiento emocional u otras circunstancias personales (incluso excesivamente relevantes para el cónyuge aunque objetivamente pudieran no serlo) que sin ser estrictamente invalidantes del consentimiento, sin embargo, justificadamente pueda presumirse que de no haberse dado no se habrían consentido en los términos en que está redactado o las renunciaciones que se aceptan, esto puede conseguirse con las previsiones del art. 231-20 CCCat.

Como aplicaciones prácticas cabe destacar las siguientes cuestiones:

- 1) *No puede imponerse la renuncia al divorcio*²³ (ni a la separación judicial), por ser en el sistema matrimonial español un derecho individual, admitido imperativamente por el art. 85 CC español, que tiene toda persona cualquiera que sea la forma (religiosa, canónica o civil) en que haya celebrado su matrimonio. Tampoco cabe limitarse, la posibilidad de demandar el divorcio, por la vía de establecer unas indemnizaciones que lo hicieran imposible, al margen de la posible nulidad del pacto por ilicitud de la causa;
- 2) *No pueden exigirse unos determinados comportamientos personales del otro cónyuge*, para recibir —o no perder— determinadas prestaciones o cantidades complementarias. Así, no es admisible obligar a que el otro cónyuge observe una determinada forma de vida,²⁴ o se imponga que resida, o se excluya que pueda residir, en un determinado barrio de la población, o en una concreta ciudad o país.²⁵ La cuestión no es baladí desde el momento que un considerable porcentaje, de estos pactos prematrimoniales, son entre futuros cónyuges de distinta nacionalidad, con la consiguiente problemática cuando hay hijos menores, o que no llevan vida independiente, al momento de la ruptura matrimonial.

23 Cabe destacar el *arrêt Cass. 1re. civ, 14 mars 2012*, en que no se admite la validez de una cláusula de no-divorcio incluida dentro de una donación de bienes presentes entre los cónyuges.

24 *Vid.* Luis ZARRALUQUI, «Espagne», en Hugues LETELLIER (dir.), *Les contrats nuptiaux*, cit., pp. 66-67, para los pactos sobre futuro matrimonio, lugar de residencia, ocupación de la vivienda con personas de determinada raza o condición, etc.

25 Gérard CHAMPENOIS, «Introduction», cit., p. 4.

- 3) *No es admisible el pacto de promesa de donación futura*, ni con ocasión de la ruptura, ni por no producirse la ruptura durante un determinado número de años; singularmente, por la propia naturaleza de la donación. Es, no obstante, pacto pretendido en algunas ocasiones que, caso de tener el domicilio familiar, y vivienda habitual, en finca propiedad de uno de los cónyuges, el otro pueda elegir —y le sea pagada íntegramente— la finca o inmueble que será su nuevo domicilio. El problema no es solo la mayor o menor determinación, incluso la casi absoluta indeterminación por dejarse al más libre albedrío del que tiene que elegir, sino que viene dado por tratarse de una promesa de donación.

En el Derecho civil catalán tampoco cabría —al igual que en el CC— la *promesa de donación*,²⁶ pues en el CCCat, por su ubicación sistemática, en el Libro Quinto, se trata a la donación como un modo de adquirir, así, el art. 531-7 habla claramente de acto por el que se dispone, de presente, sin perjuicio de que pueda admitirse o configurarse una donación obligatoria, pero no promesa de donación, y, además, caben también las donaciones condicionales y a término,²⁷ art. 531-16, de la misma forma que se indica, exactamente en el art. 531-19.1 último párrafo, que en la donación con cláusula de reversión cuando dicha reversión depende de la simple voluntad del donante se entiende que es condicional.

26 La STS de 31 marzo 2011 (Roj: 2158/2011) es relevante, también, a los efectos de la *promesa de donación*, que no donación obligatoria, cuando afirma: «Mayores dificultades plantea la admisión de la validez de la promesa del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan. La presente donación choca con dos obstáculos: a) se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que, por tanto, vulnera la prohibición del Art. 635 CC, que establece que «la donación no podrá comprender los bienes futuros», que según el propio artículo, serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros; b) la validez de este tipo de donaciones ha sido ya estudiada por esta Sala en sentencias 24 y 25 enero 2008. Esta última dice lo siguiente: «1º Respecto de la promesa de donación (no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTS de 27 junio 1914, 25 abril 1924, 22 enero 1930, 21 noviembre 1935, que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999). La de 25 noviembre 2004 afirma que «ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles». En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales».

27 Cabría buscar a la donación entre cónyuges no capitular, que incluso podría ser por razón de matrimonio, sea de la plena propiedad, de la nuda o del usufructo, sujeta a condición, no de no divorciarse (que sería inadmisibles), sino para sí se produce el divorcio o separación (incluso antes de un determinado plazo), una virtualidad, dentro de estos pactos prematrimoniales (y fuera de los capítulos), similar a la que para la planificación sucesoria le han encontrado a la donación a término, en el Derecho francés, Bernard JADAUD, «La donation à terme», *La Semaine Juridique-Édition notariale et immobilière*, nº 3, 20 janvier 2006, pp. 142-146, y, con anterioridad había considerado la institución, Michel GRIMALDI, «Les donations à terme», en *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 421-436.

Ya he señalado que estos pactos en previsión de la ruptura matrimonial no son capitulares, pero sí debe tenerse precaución incluso en su otorgamiento instrumental, pues, en materia de donación, no puede desconocerse que conforme al art. 231-25 CCCat las donaciones otorgadas en capítulos matrimoniales únicamente son revocables por incumplimiento de las cargas. Frente a ello, para las donaciones por razón del matrimonio fuera de capítulos matrimoniales cabe la condición y el modo, art. 231-28 CCCat, sin perjuicio de que entre los cónyuges además cabe la donación simple, es decir, que no sea ni capitular, ni por razón de matrimonio.

Lo dicho será así en cuanto sea, en sentido propio, una auténtica promesa de donación; no en vano, de ordinario, no suele haber ánimo de liberalidad, ni tal promesa (incluso aunque así se denomine), sino que dicha entrega suele integrarse dentro de un proceso liquidatorio, y, por tanto, sin causa propia, sino dentro de la causa única (causa *familiae*) del negocio único extintivo.²⁸

- 4) *No son admisibles los pactos que supediten, en su totalidad (existencia y cuantía), las prestaciones o compensaciones a las expectativas sucesorias, propias o del otro cónyuge y receptor.* Al efecto, resulta especialmente relevante para poder determinar el importe a satisfacer como prestación compensatoria, el arrêt Cass. 1re. civ., 6 octubre 2010 n° 09-10.989, en que se rechaza que se tenga en cuenta para fijar la pensión compensatoria la previsible adquisición sucesoria (en concreto, 804.930 euros), tal como había admitido la CA Aix-en-Provence, 30 janv. 2008, pues precisa que «*la vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible au sens des articles 270 et 271 du Code civil*»; y, el arrêt Cass. 1re civ., 6 oct. 2010, n° 09-15.346, incide en la misma línea, al indicar que «*la tour d'appel n'avait pas à tenir compte des perspectives de versement d'une pension de réversion en cas de prédécès du Mari*». Para el CCCat habría que distinguir los pactos en previsión de la ruptura de lo que es el convenio regulador, no se pueden identificar dado el muy diferente juego de la voluntad en unos y otro, y, además, por justo impedir —la adquisición hereditaria— que se produzca una situación de necesidad que sería el límite al pacto, en el momento de tenerse que ejecutar. Aunque, en todo caso, las expectativas hereditarias no pueden incluirse dentro de las que el art. 231-20.4 CCCat denomina «expectativas económicas», fruto —según entiendo— de su propia actividad o explotación de sus bienes.
- 5) *Sí debe considerarse admisible una prestación o cantidad fija relacionada con los años de duración del matrimonio.* Se trataría de poder fijar una determinada compensación o retribución de una sola vez o periódica, incluso vitalicia de mayor o menor cuantía según haya durado el matrimonio, y según la misma edad de los cónyuges al divorciarse. En todo caso, no necesariamente excluyente de la prestación compensatoria,

28 La causa de estos acuerdos y sus consecuencias está ampliamente considerada en la doctrina italiana, por todos, Domenico Giovanni RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 166-187.

o incluso al margen de la dedicación al hogar o al negocio o empresa del otro cónyuge, que seguirían teniendo su propio régimen y posibilidad de pactos. Aunque no sea exactamente el mismo pacto, cabe acudir, como referencia, a la ya citada STS de 31 marzo 2011 (Roj: 2158/2011).

- 6) *Sí son admisibles la fijación de reglas concretas sobre distribución de plusvalías;*²⁹ así cuando el propietario de un inmueble, en separación de bienes, es uno solo de los cónyuges y, sin embargo, las mejoras —no infrecuentemente financiadas con préstamos hipotecarios de las que ambos cónyuges son deudores hipotecarios— están satisfechas con dinero de ambos o han sido, dichas mejoras, obra o aportación del otro cónyuge.
- 7) *Sí debe admitirse un pago a forfait, y de una sola vez,*³⁰ con el que satisfacer y poner fin a cuantos pagos, por cualquier concepto que sea, se tengan que satisfacer entre sí —aunque de ordinario uno respecto del otro cónyuge— por razón de la ruptura matrimonial e incluso por gastos no necesarios, derivados de los estudios u otras atenciones respecto de los hijos ya no menores, pero tampoco independizados. Exige delimitar claramente entre *los alimentos legales y los alimentos familiares*, *cfr.* art. 231-5.1.a) CCCat; y, desde luego, el alcance del art. 1814 CC, aunque como límite al pacto, o acuerdo transaccional, debería interpretarse restrictivamente, sin olvidar tampoco que es un acuerdo previo al surgimiento de cualquier obligación alimenticia y sin que medie pleito o disputa todavía, por lo que no es tampoco una transacción. Su bondad es evidente pues no es infrecuente que el enconamiento de las relaciones venga provocado por «el recordatorio mensual» de lo que ya ha dejado de ser, dada la ruptura matrimonial.

29 Resulta de especial interés la aportación de Philippe SIMLER, «L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une 'valeur empruntée' à la communauté?», en Frédéric BICHERON *et al.* (coord.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 785-794, para poner de relieve la iniquidad, e injusticia, que podría producirse de no retribuir al otro cónyuge, cuando, puede precisarse, la mejora, o incluso nueva construcción, puede ser de gran valor. O como también se ha dicho en el mismo *Liber Amicorum*, en concreto, Didier R, MARTIN, «Des règlements liquidatifs entre époux», *cit.*, pp. 601-615, el trabajo o aportación de uno de los cónyuges no puede ser a fondo perdido o con criterios de puro nominalismo, sino que deben recompensarse las plusvalías.

30 Como precisa Ernesto CAPOBIANCO, «I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare», Francesco RUSCELLO (coord.), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, Cedam, 2006, pp. 194-202 (nota 468 para la reseña jurisprudencial italiana), en el Derecho italiano es jurisprudencia consolidada la que admite la entrega de bienes, incluso de un inmueble, propiedad de uno de los cónyuges al otro, como forma *una tantum* de satisfacer cuantas obligaciones haya entre los mismos, sobre todo la alimenticia, consecuencia de la ruptura matrimonial. Se reconoce como un negocio atípico al que no se le pueden aplicar las reglas de la donación; no hay *animus donandi* sino *causa familiae*, con reglas y principios más cercanos a los negocios onerosos que a los de pura liberalidad, dado que en modo alguno la hay, y, además, igual que sucedería en el Derecho catalán, en verdad lo que hay es un negocio atípico con una función y finalidad distinta de la de los actos de liberalidad ya que lo que cumple es una función *solutoria* de la obligación de mantenimiento.

2. EL POSIBLE LÍMITE ESPECÍFICO DEL CONTENIDO PROPIO DE ESTOS PACTOS FRENTE A LO QUE ES CONTENIDO IMPERATIVO DEL CONVENIO REGULADOR

Precisados los límites genéricos de estos pactos, vinculados a la dignidad personal y derechos individuales de cada uno de los integrantes del matrimonio y de la familia, no tanto que al *status* que ocupan, procede también considerar lo que puede ser contenido específico de estos pactos prematrimoniales frente al que es contenido imperativo del convenio regulador, sobre todo, al no caber *la mutación del título*, es decir, que los pactos prematrimoniales, en caso de ruptura matrimonial, pasen a ser automáticamente convenio regulador, sin necesidad de nuevo consentimiento específico, no caben por no ser estos pactos un pre-convenio regulador.

No cabe hablar de un contenido propio o específico de estos pactos prematrimoniales, pues pueden contener alteraciones o modificaciones del REM supletorio, art. 231-20.2, y, además, como se verá, conforme al art. 232-12, reglas sobre la división, o adjudicación preferente a uno de los cónyuges, de los bienes en comunidad ordinaria, tan frecuente en el REM supletorio de separación de bienes); como, también, contener renunciaciones, exclusiones o limitaciones de la más diversa índole; así, en los arts. 232-7 (compensación por razón del trabajo); 233-5 (acuerdos fuera del convenio regulador); 233-16 (prestación compensatoria); y, 233-21.3 (atribución del uso de la vivienda familiar); aunque, en todo caso, como carácter de reciprocidad.

Puede haber, igualmente, pactos de marcado carácter personal, singularmente, sobre la manera de ejercer la guardia, art. 233-11.1.f).

Y, además, puede pactarse sobre las materias siguientes:

- a) Art. 233-1.1, g), posibilidad de pactar, «por capítulos matrimoniales o escritura pública», sobre el régimen de tenencia y administración o sobre la afectación a los gastos familiares,³¹ o incluso, cabría añadir, a su mismo uso tras la ruptura matrimonial.
- b) Art. 233-2.3.d), fijación de reglas para la liquidación, incluso por lotes, *cfr.* art. 233-12.2, de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.
- c) Art. 233-5.3, pactos en materia de guarda y relaciones con los hijos menores, incluso sobre alimentos, en el bien entendido que, por su materia y afectar a menores, su eficacia queda supeditada a que sean conformes con el interés de los menores en el momento en que deban cumplirse.
- d) Art. 233-8.2, prefiguración del plan de parentalidad para el caso de ruptura matrimonial.

31 Cabe la posibilidad, art. 231-6.1. último inciso, de que los cónyuges afecten unos bienes a los gastos familiares, que incluso tras la ruptura matrimonial pueden –y es lo frecuente– seguir existiendo, en este caso sus frutos y rentas se han de aplicar preferentemente a pagarlas. Al efecto, pueden ser tanto fincas, como dineros, pero lo relevante es que no se trata ni de una garantía real, por lo que no puede acceder como tal garantía atípica al RP salvo que se garantice con hipoteca (*cfr.*, por identidad de razón, RDGRN de 28 de septiembre de 2010); ni, por otra parte, constituye un patrimonio separado (dado que no es de libre creación por los particulares), por lo que los terceros pueden embargarlos indistintamente con los demás bienes.

- e) Art. 233-9.2, que pueden ser pactos de presente e incluso para que así continúen en caso de ruptura matrimonial. Completado incluso con las previsiones que admite el art. 236-9.
- f) Art. 233-17.1, sobre futura forma de pago de la prestación compensatoria, en el bien entendido, que estos pactos no son en sí el convenio regulador, por lo que su eficacia no será plena, al efecto, art. 233-16.2.
- g) Art. 233-21.3, sobre uso y distribución del uso de la vivienda familiar, con sus consiguientes limitaciones derivadas del art. 233-5.1; si bien, distinto sería el pacto sobre uso de segundas residencias para vacaciones o similares.

IV. LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA EN SU RELACIÓN CON LOS PACTOS CAPITULARES MATRIMONIALES O SUCESORIOS

La necesidad de que en el CCCat los pactos prematrimoniales, art. 231-20.1; los capítulos matrimoniales, art. 231-22.1, y, los pactos sucesorios, art. 431-7.1, requieran de escritura pública, unido a que ésta pueda ser o no de capítulos matrimoniales -no es requisito necesario— permite que la misma escritura pública los contenga todos y se otorguen, además, en unidad de acto; pudiendo incluso incluir, caben también como contenido de los pactos sucesorios, un protocolo familiar, art. 431-8.4 CCCat, e incluso la misma escritura pública podría contener otros diversos pactos parasociales, por ser cada vez más frecuente, en ciertos matrimonios, tener organizada la economía y titularidad de las propiedades a través de sociedades, sean o no patrimoniales.

Corresponde, por tanto, contemplar cómo debe incidir la ruptura matrimonial en dichos diversos negocios, que pueden aparecer coaligados jurídica y económicamente, sin necesidad de que la ruptura tenga que producir su ineficacia, aunque sí posiblemente mutaciones, por tanto, debe poderse contemplar esta posibilidad cuando todavía no es problemática.

Se trata, en el actual CCCat, de poder seguir —sin necesidad de que sea en capítulos matrimoniales— ordenando *ab initio* los pactos «de la familia» y no solo matrimoniales o entre cónyuges; pues, conviene no olvidar que incluso sin perder su propia autonomía —conceptual y causal— cada uno de ellos facilita, de forma actualizada, la revitalización de lo que, ya al Medievo, fue la función ordenadora típica de los capítulos matrimoniales catalanes.³²

32 Es especialmente interesante, incluso desde una perspectiva histórica, el estudio de Lidia DONAT PÉREZ, Xavier MARCÓ MASFERRER y Pere ORTÍ GOST, «Els contractes matrimoniales a la Catalunya medieval», en Rosa ROS MASSANA (ed.), *Els capítols matrimoniales. Una Font per a la Història social*, Girona, Associació d'Història Rural de les Comarques Gironines, Centre de Recerca d'Història Rural. Documenta Universitaria, 2010, pp. 19-46, singularmente, pp. 23-41, donde tratan de las que eran cláusulas o pactos más frecuentes, al 1300-1350, así la reserva de usufructo, las cláusulas de reserva de bienes, las cláusulas de discordia —para el no infrecuente caso de difícil convivencia entre la nueva pareja y los progenitores del «hereu»—, e incluso la reserva de una pequeña cantidad para poder testar, *cf.* art. 431-22 CCCat; también, había otros pactos como donaciones *propter*

1. UNIDAD INSTRUMENTAL VS. AUTONOMÍA CAUSAL ENTRE CAPÍTULOS MATRIMONIALES, PACTOS PREMATRIMONIALES Y PACTOS SUCESORIOS

La *autonomía causal*, de los distintos pactos, no se pierde aunque haya *unidad instrumental*, esta se dará mediante el otorgamiento, en unidad de acto, de una única escritura pública para los pactos prematrimoniales, capitulares y sucesorios (aunque sí será preciso dejar claro si hay donaciones que no son capitulares o por razón del matrimonio, si es que, en efecto, no se quiere que sean tales, sino simples aunque sean entre cónyuges o futuros cónyuges). Esta unidad, de otorgamiento, no implica confusión de causas, ni pérdida de la propia autonomía, incluso revocatoria, para los capítulos matrimoniales, art. 231-23.1, y, para los pactos sucesorios, art. 431-12 CCCat.

Además, el nuevo art. 431-14.1 CCCat, al admitir la revocación de los pactos sucesorios por voluntad unilateral, permite vincular la revocación de los unos a los otros, siempre que no incida en la cláusula captatoria, art. 423-19; así, mediante *pacto expreso*, cabe que cualquier otorgante pueda reservarse la facultad de revocar lo dispuesto en pacto sucesorio (y, por consiguiente, en el protocolo familiar u otro pacto parasocial) de modificarse alguno de los otros pactos o su clausulado, podría ser incluso el caso de los progenitores, o cualquier otro otorgante, si hay modificación de cualquiera los pactos aunque no sean la causa del suyo, sino simple motivo, por tanto, tenga o no vinculación causal entre sí. Tampoco puede desconocerse, al momento de tener que surtir efectos, unos y otros pactos, la cuasi coincidente redacción de los arts. 231-20.5 y 431-14.1.d) CCCat, al contemplar ambos expresamente la *cláusula rebus sic stantibus*.

La *revocación de estos diferentes pactos* —incluso aunque haya unidad instrumental— no siempre exigirá que tengan que volver a comparecer ante el notario las mismas personas que los otorgaron. Así, aparece claro que los pactos prematrimoniales son exclusivamente entre los cónyuges, como en los capítulos matrimoniales en lo que afecta al régimen económico matrimonial, art. 231-23.1; ahora bien, en los capítulos y en los pactos sucesorios pueden comparecer e intervenir otras personas, así, de ordinario los progenitores. La multiplicidad de pactos y de otorgantes no implica que cada uno de los otorgantes, o los cónyuges, no puedan modificar lo que a ellos les afecte, sin que los demás tengan que necesariamente consentir, incluso pudiendo acudirse a la autoridad judicial, *cf.* art. 431-15.3 CCCat.

El límite a la revocación o modificación —pues los pactos prematrimoniales, como he dicho, solo pueden hacerlo los cónyuges, al igual que el REM— sin que tengan que volver a comparecer todos los iniciales otorgantes, lo establece el art. 231-23.1 *in fine* al precisar que no se podrán modificar, los capítulos matrimoniales, si la modificación *afecta a derechos conferidos por los otros otorgantes*, de la misma manera que la posible revocación unilateral de los pactos sucesorios, sean heredamientos o atribuciones a título particular, se contempla

nuptias, y, además, ya al siglo XIX, ahora es quien escribe, en las misma obra colectiva, Llorenç FERRER ALÓS, «Les clàusules dels capítols matrimonials», pp. 71-88, para destacar, p. 86, como: El notari advertia de l'obligació d'inscriure al registre de la propietat, ja que això generava drets sobre béns que calia fer constar a les fitxes», en el actual CCCat art. 431-8.2.

en el art. 431-14.1 CCCat, si bien, con *un plazo de caducidad*, para la facultad de revocación o configuración mediante la modificación de lo otorgado, que es de *cuatro años*, art. 431-14.2, desde que se produjo el hecho determinante.

Lo que no parece admisible es que pretenda acordarse *la inmutabilidad de los mismos*, que en la práctica será posible si uno no consiente pues la posible actuación judicial se da al pretenderse ejecutar, pero que, en cualquier caso, son susceptibles, como derecho imperativo, de modificarse en cualquier momento.

2. INCIDENCIA DE LA RUPTURA MATRIMONIAL EN LOS PACTOS PREMATRIMONIALES Y EN LOS PACTOS SUCESORIOS

La incidencia de la ruptura matrimonial exige distinguir los siguientes supuestos, así:

- 1) *En los propios pactos prematrimoniales* es un presupuesto de eficacia de los mismos, aunque su otorgamiento no exige que tengan que surtir efecto, pues se trata de una mera previsión de futuro.
- 2) *En los pactos sucesorios*, la crisis o ruptura matrimonial, como *regla general*, no implica la ineficacia, *cfr.* art. 431-17.1, salvo que otra cosa se pacte. Frente a ello, como *excepción*, art. 431-17.2, sí implica la ineficacia, cuando se trata de *disposición a favor del cónyuge o sus parientes*, en este caso se presume *la ineficacia* de los heredamientos o atribuciones particulares, art. 431-17.2, al igual que sucede cuando se trata de la institución de heredero, legatario o reciba otra disposición, al efecto art. 422-13.1 y, además, por la remisión que a este art. hace el art. 431-17.2, no obstante, cabe la presunción en contrario si así resulta del contexto, o, desde luego, en los pactos sucesorios de que así se pacte expresamente a favor de la subsistencia. No obstante la aparente asimilación, entre disposiciones de última voluntad unilaterales y pactos sucesorios, hay una diferencia esencia cual es que en el testamento, codicilo o memoria testamentaria es una mera presunción a favor de la eficacia, mientras que en los pactos sucesorios cabe expresamente que se pacte la eficacia incluso aun en caso de ruptura matrimonial, supuesto en que no cabría la revocación unilateral por uno de los ya ex cónyuges.

V. PRINCIPALES PACTOS EN RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DEL REM, SINGULARMENTE, CUANDO ES EL DE SEPARACIÓN DE BIENES

1. ALGUNOS PACTOS POSIBLES SOBRE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE BIENES AL EXTINGUIRSE EL PROINDIVISO DERIVADO DEL REM DE SEPARACIÓN DE BIENES

Esta materia es especialmente relevante por la eficacia directa de estos pactos prematrimoniales, en cuanto no tiene que ser materia del convenio

regulador, ni de su consiguiente homologación judicial;³³ así, y dentro de la multiplicidad de cláusulas que pueden pactarse,³⁴ pueden fijarse reglas: a) Para que se guarde, en general o de forma particular para unos bienes, proporcionalidad en la naturaleza y clase de bienes a adjudicar a cada uno; b) para que se adjudiquen al que tenga participación mayoritaria, compensando al otro en metálico, parece que, en todo caso, sin que ello pueda dar lugar a un abuso de derecho o lo que podría denominarse un abuso «de porcentaje dominante»; c) para que determinados bienes si no hay acuerdo en la adjudicación se saquen a subasta o se acuda a tercero —ya predeterminado— para determinar su valor de tasación; d) para que aunque conservando la titularidad formal uno de los cónyuges pueda, sin embargo, el otro continuar disfrutando temporalmente o hasta su jubilación, de un derecho de goce si es que allí se tiene el despacho profesional o negocio,³⁵ etc.

Cabe destacar como ya el art. 232-12.2 admite la formación de lotes, es decir, considerar no uno a uno, sino como un patrimonio indiviso la totalidad de los que sean copropietarios ambos, eso sí, también es de advertir que no establece reglas concretas para formarlos lo que supone un claro respeto a la autonomía privada y posible autocomposición de los cónyuges.

También, para facilitar la extinción del proindiviso, en el art. 552-11.4 CCCat se faculta al cotitular que lo es de la cuatro quintas parte de las cuotas o más para exigir la adjudicación de la totalidad del bien objeto de la comunidad, o proindiviso, pagando en metálico el valor pericial de la participación de los otros cotitulares, no parece que necesariamente tenga que haber más de dos cotitulares. De la misma manera que el que sea una posible opción no impide que se exija o pacte la necesidad de la unanimidad o fijar otras reglas.

33 Como dice la STS 284/2012, de 9 de mayo de 2012, en su FD 4º, para otros bienes que no sean la vivienda habitual: «Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 CC solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. El art 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio».

34 Aunque no se refiere a pacto prematrimonial, no cabe olvidar, pues recoge no un límite patrimonial sino genérico o derivado de los derechos individuales de cada cónyuge, el contenido de la STS 262/2012, de 30 de abril de 2012, en que no admite la solución adoptada en instancia judicial inferior, consistente en la división material en dos viviendas de la familiar, por suponer un ataque a la intimidad y a la dignidad de las personas y no tener apoyo legal alguno.

35 Para situación similar resulta de interés la STS 3057/2012, de 9 de mayo de 2012, en que se atribuye a la esposa el uso de la vivienda privativa del otro cónyuge que no constituye el domicilio familiar, para dedicarla a clínica odontológica en interés de los hijos comunes.

2. ADJUDICACIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES O DE BIENES APORTADOS A UNA SOCIEDAD: ACUERDOS SOBRE SU VALORACIÓN

En la economía actual, incluso en la matrimonial, no es infrecuente que incluso la vivienda habitual, como el despacho profesional, sea de titularidad de una sociedad limitada, o incluso anónima, con igual o distinto porcentaje societario y, desde luego, cabe, y puede ser conveniente, cuando se han aportado bienes inmuebles, o, en general, *in natura*, que se pacte su restitución en caso de liquidación, lo que es posible conforme al art. 393.2 Ley de Sociedad de Capital, ciertamente que dice en los estatutos, pero nada impide que estos pactos prematrimoniales contengan también cláusulas parasociales. El límite, como señala el propio art. 393.2 LSC y resalta la doctrina que lo comenta,³⁶ será que el bien subsista en el patrimonio social y que para calcular la cuota se haga por «su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división entre los socios del activo resultante». No parece que necesariamente tenga que ser el mismo e idéntico bien, pues si era un solar y se ha realizado una obra nueva, o incluso si se ha constituido un régimen de propiedad horizontal, o incluso si se han hecho segregaciones, siempre que se permita su identificación debería admitirse la recuperación, para lo que será conveniente que así se disponga estatutariamente.

Cuestión problemática ha sido, y sigue siendo, la *valoración real* de las participaciones sociales,³⁷ dado que aunque sea en pacto prematrimonial no puede alterarse la forma de determinación,³⁸ cosa distinta es que respetándola sí puedan establecerse, considero que no infringen ningún precepto imperativo o prohibitivo, porcentajes de descuento o incremento del valor, o aplazamientos en el pago si superan determinado valor, aunque, en todo caso, lo que tampoco

36 *Vid.*, por todos, Emilio BELTRÁN, «sub art. 393. Contenido del derecho a la cuota de liquidación», en Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi-Civitas, 2011, pp. 2694-2699.

37 Al efecto, para el valor real o razonable, la STS de 29 mayo 2012 (Roj: STS 3664/2012) dice que: «los argumentos relativos tanto al importante valor interpretativo de la LSRL de 1995 por ser posterior a la LSA de 1989 como al escaso valor interpretativo de la reforma del art. 64.2 de esta última por la Ley 44/2002, han quedado desmentidos por el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, porque además de mantener, ya en un texto unificado, la diferencia entre las sociedades limitadas y las anónimas en la cuestión de que se trata (art. 109 para las primeras, subrogación, y art. 125 en relación con el 124 para las anónimas, sin subrogación), viene a despejar ya cualquier duda porque, manteniendo el criterio del «valor razonable» para el caso de transmisiones *mortis causa* en el art. 124, dedica el art. 125 a las transmisiones forzosas disponiendo que «[I] o establecido en el artículo anterior se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución», de modo que no hay remisión al «régimen» sino a todo lo establecido para el caso de transmisiones por causa de muerte, incluyendo por tanto el criterio del valor razonable como prevalente sobre el precio del remate o el valor de adjudicación». Y, también, la RDGRN de 28 de enero de 2012 al fijar los sistemas admisibles en materia de valoración de las participaciones sociales, sean transmisiones *inter vivos* o *mortis causa*. En que, en todo caso, *cfr.* art. 107.3 LSC, no podrá atribuirse al auditor de cuentas de la sociedad la fijación del valor real, y, menos, por consiguiente, que se deje a un tercero libremente elegido por una de las partes.

38 Para las *anónimas cotizadas*, como precisa la STS de 17 mayo 2012 (Roj: STS 3911/2012), Sala de lo Contencioso-Administrativo, cuando cotizan las acciones su valor no puede ser otro que el de Bolsa.

parece admisible es que por vía indirecta se esté limitando el valor real, así fijando un precio máximo o mínimo que se pagarán en cualquier caso.

3. VIVIENDA HABITUAL: POSIBLE PACTO SOBRE SU ATRIBUCIÓN FUTURA E INCLUSO SOBRE PAGO DE LA CUOTA HIPOTECARIA

La adjudicación del uso de la vivienda familiar habitual es uno de los posibles acuerdos, aunque no indispensablemente necesario, que puede contener el convenio regulador en caso de ruptura matrimonial, *cfr.* art. 23-2.3.b) CCCat. Nada impide, desde luego, que ya en los pactos prematrimoniales, al efecto, art. 233-21-3, se atribuya para cualquier supuesto, o, bien, solo para si hay hijos menores o incluso mayores no independizados (pues nada debe impedir que voluntariamente se les quiera seguir protegiendo tras la ruptura matrimonial), la vivienda familiar o incluso otra distinta (adquirida ya o en el futuro, aunque deberá ser determinable y no quedar al libre albedrío del cónyuge) que es la que lo pasaría a serlo, tras la ruptura matrimonial. Aquí debería ser un derecho de uso estable, de ordinario un derecho de usufructo temporal o incluso vitalicio, que quedaría sujeto a las reglas propias de tal derecho de uso o goce que se constituya, incluso un mero derecho de uso; por lo tanto, no se le aplicarían las reglas del derecho de uso *ex* ruptura matrimonial,³⁹ sino las propias del derecho real de goce que se constituya. Constitución que puede ser ya en el propio pacto prematrimonial aunque sujeto a la *conditio iuris*, pues actúa como presupuesto de su eficacia, de que se dé la ruptura matrimonial.

Por influir directamente en la posibilidad o no del pacto, había sido problemático, hasta la STS, nº 188/2011, de 28 de marzo de 2011 (Ponente: Roca i Trías), el posible acuerdo sobre pago de la cuota hipotecaria que grava, y con la que se adquirió o mejoró, la vivienda habitual familiar.⁴⁰ Lo era dado que la solución es diametralmente opuesta si se considera su pago como una carga del matrimonio, o si se considera, como afirma la referida sentencia,

39 *Vid.*, para el derecho de uso familiar y la distinción entre titular y beneficiarios, RDGRN de 14 mayo 2009 (BOE de 9 junio).

40 Se reitera, la misma doctrina, en la STS, nº 726/2012, de 26 de noviembre de 2012, cuando afirma que como ya dijo, sobre el concepto de carga del matrimonio: «la sentencia de 31 de mayo de 2006, debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103-3ª del Código Civil). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales». Se trata de unas afirmaciones perfectamente trasladables al CCCat, cuyo REM supletorio es el de separación de bienes, art. 231-10.2, y cuyas reglas sobre: «Despeses familiars» y «Contribució a les despeses familiars» se contienen en los arts. 231-5 y 231-6 CCCat.

una obligación personal, que no tal carga, del que resulte deudor hipotecario,⁴¹ cuyo pago debe resolverse conforme a las reglas del REM supletorio o pactado. Ello influye directamente.

Así, debiéndose considerar como una obligación sujeta a las propias reglas del contrato de préstamo hipotecario, y a las del REM (incluso aunque sea el de separación de bienes, dado que lo absolutamente frecuente es que adquieran ambos cónyuges en proindiviso), resulta perfectamente posible el que en los pactos prematrimoniales se puedan establecer reglas específicas al efecto, pues no dejará de ser una forma de liquidación de su propio REM; así, y aunque es regla que ambos cónyuges respondan *solidariamente* frente a la Entidad acreedora, nada impide, a los efectos internos entre ellos, que se pacte que pague mayor o menor porcentaje el que la goce, incluso por atribución judicial del uso de la vivienda, o que incluso aunque la Entidad acreedora no admita la subrogación de adjudicársela uno de ellos que sea éste el que pague la total cuota hipotecaria. Eso sí, en el bien entendido que no es ya una carga del matrimonio, y que, pudiendo ser copropietarios en distintos porcentajes, lo imperante, salvo que pueda considerarse que es un anticipo o préstamo entre ambos, es que cada uno pague según su titularidad dominical sobre la vivienda, aunque sigan siendo deudores solidarios frente a la Entidad acreedora.

4. VIVIENDA HABITUAL CON PROTECCIÓN PÚBLICA: LÍMITES A LA LIBERTAD DE PACTO, INCLUSO PREMATRIMONIAL

Nacidos estos pactos en previsión de la ruptura matrimonial para boyantes patrimonios, o grandes fortunas, nada impide el que se generalicen e incluso sean convenientes para las personas cuya vivienda familiar es en régimen de protección pública.⁴² Caso de estar calificada bajo algún régimen de protección pública (pues el que lo esté no quiere decir que necesariamente sea

41 En concreto su Fallo dice que: «Se formula la doctrina de acuerdo con la cual el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC».

42 Para sus diversas modalidades, promoción privada o pública, régimen general o especial, auténticas VPO o simples viviendas protegidas, de precio tasado, etc., me remito, para Catalunya, a Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la vivienda con protección pública (II). Las formas de transmisión: el precio máximo y la prohibición del sobreprecio. El visado público de actos y contratos: su régimen jurídico en la LDV Cat 2007 y control notarial de su cumplimiento», en Juli PONCE SOLÉ y Domènec SIBINA TOMÀS (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 669-678. Para el Derecho español, cabe acudir, por todos, a Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, «La adquisición y transmisión de las viviendas de protección pública (prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer)», *El Consultor Inmobiliario*, nº 56, abril 2005, pp.3 y ss; y, también, a Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Los distintos criterios utilizados para tasar una vivienda de protección oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales», *Aranzadi civil*, nº 3, 2009, pp. 1-19.

Vivienda de Protección Oficial), será trascendental saber el régimen concreto de protección pública a que está sujeta (singularmente, si es de promoción pública o de régimen especial); como también, si es o no descalificable (lo son las de promoción privada y sería motivo justificante la propia ruptura matrimonial, del mismo modo que no puede considerarse transmisión la extinción del proindiviso sobre la VPO o asimilada); y, por otra parte, hay que precisar que, por ser normas imperativas, no cabrá pactar que se la atribuya el cónyuge que no reúna los requisitos personales o patrimoniales exigidos por la legislación protectora. Así, podría reunirlos al pactarse, pero, el no reunirlos al pretendérsela adjudicar sería una causa sobrevenida a los efectos del art. 231-20.5 CCCat, como, desde luego, no podrá ser otro el precio que el máximo oficial, así resultaba ya —y había que entenderse conforme al art. 1255 CC, no tanto que el art. 6.3 CC— y creo que queda resuelto con la STS de 4 de abril de 2008 (Roj: STS 2926/2008). En consecuencia, cualquier pacto exigirá valorarse distinguiendo, así, *si es descalificable* el precio será conforme al valor de mercado, y, *de no ser descalificable* se deberá valorar conforme al precio máximo oficial, no obstante, como todos los regímenes de protección tienen una duración máxima, pues no son indefinidos, sí será posible fijar una compensación para el que no se la pueda quedar, pues podría darse el caso de que pueden faltar pocos años para la extinción del régimen protector y darse un considerable beneficio para el adjudicatario, tan pronto quede descalificada, lo que puede ser al cabo de pocos años.⁴³

VI. POSIBLES ACUERDOS SOBRE RECLAMACIÓN DE GASTOS EXCEPCIONALES, O DEL DAÑO MORAL, DE LOS HIJOS CUYA PATERNIDAD SE IMPUGNA

Cada vez es más frecuente la demanda de daños —incluso morales—⁴⁴ y perjuicios (*cf.* SSTs de 22 y 30 julio 1999 y 14 julio 2010) frente a la esposa infiel, al tiempo de la ruptura matrimonial; de ordinario se demanda, la indemnización de daños y perjuicios, por razón de los gastos ocasionados por el hijo que se creía común. Ante esta situación (y la orientación de la jurisprudencia comparada, sobre todo Alemania e Italia), unido a la creciente contractualización de la vida matrimonial no tendría que haber inconveniente

43 Conviene no pasar por alto en esta compleja materia normativa los problemas de ejecución judicial, así, Luis GARCÍA-TREVIJANO RODRÍGUEZ e Isabel María GÓMEZ GARCÍA, «La realización judicial de viviendas protegidas: ¿un portillo abierto en su régimen de protección?», *Diario La Ley*, nº 7203, 24 Jun. 2009, pp. 1-24, aunque, desde luego, no puede compartirse que la orientación jurisprudencial sea la de la libertad de precio, por haber cambiado radicalmente en la última jurisprudencia del TS, Sala 1ª.

44 Para la SAP Oviedo, secc. 5ª (Rec. 181/2012), de 18 de mayo de 2012, aunque se trata de un supuesto de mera convivencia y no de matrimonio, no obstante, ello no quita para una actuación conforme a la buena fe y recíproca lealtad (*cf.* art. 231-2.1 CCCat que no habla de fidelidad sino de lealtad) exija indemnizar el daño moral consistente en el desengaño y frustración de su rol de padre, además de su proyección externa que el acontecimiento pudo tener en su lugar de trabajo, con afectación de sus derechos personales como son su imagen y consideración social

para la admisión del pacto. Ahora bien, con el límite inalterable de que cuando menos dicho hijo extramatrimonial no podrá quedar en peor situación legal que el que ya es hijo de uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio.

En consecuencia, en lo que son cargas del matrimonio, por razón de la convivencia de todos en el hogar familiar, no puede haber distingos, entre unos y otros hijos, sean matrimoniales, extramatrimoniales, de uno u otro cónyuge. Pero sí cabría la reclamación hacia el progenitor extramatrimonial por la vía del art. 231-5-2 pues lo cierto es que frente a lo que se haya venido reputando no es hijo común.

Admitida la posibilidad de la indemnización no debería impedirse la posibilidad del pacto, aunque, en todo caso, debería tener como límite infranqueable, en tanto viva —dicho hijo extramatrimonial— en el hogar familiar, la igualdad de todos los hijos en los gastos comunes y en la educación obligatoria e incluso acomodada a las posibilidades de la familia, cuestión distinta es si a dicho hijo se le han satisfecho gastos extraordinarios, de viajes, estudios, inversiones para establecerse profesionalmente, etc., esto no parece que tenga que asumirlo quien a la postre no es el progenitor.

VII. CONCLUSIONES

Como concluir no es resumir, cabe decir que sobre lo expuesto puede extraerse, como rasgo fundamental, que, aunque admitidos en el CCCat, están, no obstante, un tanto alejados de los «prenupts» norteamericanos, pues allí sí son prácticamente un contrato, con todos sus efectos, pero, a la vez, con toda la posibilidad de modificación que se le concede a la Autoridad judicial, lo que no sucede aquí, aunque pueda aproximarse por la vía del art. 231-20.5 CCCat.

Los pactos posibles son amplísimos, tanto en lo económico como en lo personal, con sus propios límites contractuales y familiares, pero, sobre todo, destacan los derivados de que el matrimonio aunque contrato también crea un estado civil, y nace una familia, con personas con sus propios derechos individuales, y su dignidad personal, que no puede ser desconocida al pactarse.

Además, en todo caso, las renunciaciones exigen no ya la igualdad o reciprocidad, sino que debe exigirse una voluntad específicamente formada sobre lo que se renuncia, y, además, que existe una auténtica libertad e igualdad al pactar, no siempre son trasladables las categorías patrimoniales a estos contratos.

