

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

Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el Dret català



Materials de les Dinovenes
Jornades de Dret català a Tossa

Tossa de Mar, 22 i 23 de setembre de 2016

Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya
i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el Dret català
(Materials de les *Dinovenes Jornades de Dret Català a Tossa*)

**Les modificacions recents
del Codi civil de Catalunya
i la incidència de la Llei
de la jurisdicció voluntària
en el Dret català**

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

INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT
UNIVERSITAT DE GIRONA
(COORD.)



GIRONA 2017

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(467.1) MOD

Les Modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el dret català : materials de les Dinovenes jornades de Dret català a Tossa / Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, Universitat de Girona (coord.). -- Girona : Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona : Documenta Universitaria, novembre 2017. -- 666 pàgines ; 23 cm
Ponències de les Dinovenes jornades de Dret català a Tossa, celebrades els dies 22 i 23 de setembre de 2016.

ISBN 978-84-9984-418-3

I. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, editor literari
II. Jornades de Dret Català a Tossa (19es : 2016 : Tossa de Mar, Catalunya)
1. Catalunya. Codi civil – Congressos 2. Espanya. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria – Congressos 3. Dret de propietat -- Catalunya – Congressos
4. Unions estables de parella -- Catalunya – Congressos 5. Jurisdicció voluntària – Catalunya – Congressos 6. Dret català -- Congressos

CIP 347(467.1) MOD

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: 978-84-9984-418-3
Dipòsit Legal: GI-1.749-2017

Imprès a Catalunya
Girona, desembre 2017

Les Dinovenes 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 de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Diputació de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi d'Advocats de Tortosa

SUMARI

PRIMERA PONÈNCIA LES MODIFICACIONS AL LLIBRE V DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

La incorporació de la propietat temporal al Codi civil de Catalunya..... 17

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

1. Introducció.....17
2. La propietat temporal.....19
3. La propietat temporal a la llei 19/2015..... 30
4. Avantatges i inconvenients de la institució..... 58

La incorporació de la propietat compartida al Codi civil de Catalunya..... 61

CARLES ENRIC FLORENSA I TOMÀS

1. Introducció.....61
2. Antecedents legislatius..... 64
3. Marc socioeconòmic de partida..... 72
4. Gènesi i desenvolupament dels treballs legislatius preparatoris.
La comissió de codificació de catalunya..... 75
5. Alguns apunts de tècnica legislativa..... 90
6. La propietat compartida..... 96
7. Reflexió final.....121

Acotacions del món pràctic a la propietat temporal i a la propietat compartida (I) 125

CARLES SALA ROCA

1. La necessitat objectiva de la implementació de noves fórmules d'accés a
l'habitatge.....125
2. Elements pràctics de l'aplicació de la propietat temporal i la propietat
compartida.....126
3. L'anul·lació parcial de la Llei 19/2015 per part del Tribunal Constitucional
a petició del Govern del Regne d'Espanya.....129

Acotacions del món pràctic a la propietat temporal i a la propietat compartida (II).....131

ANDRÉS LABELLA IGLESIAS

1. Introducció..... 131
2. “Innovar és dialogar amb la tradició”132
3. Les tres àrees d’aplicació.....133

La propiedad temporal y la propiedad compartida. Especial atención a los aspectos registrales.....141

JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ

1. El problema de la vivienda en España como motor de los trabajos preparatorios de la normativa sobre propiedad temporal y compartida 141
2. La propiedad privada plena puede resultar antieconómica153
3. Situación en Derecho comparado158
4. Función social que pueden prestar las tenencias (adquisición accesible, segunda oportunidad, subvenir necesidades económicas).....163
5. Las figuras tipifican posibilidades ya existentes168
6. Constitución del Derecho170
7. Contenido imperativo177
8. La inscripción en el Registro de la Propiedad..... 186

La modificación de la propiedad horizontal: estructura, constitución y régimen orgánico (arts. 553-1 a 553-33) (Llei 5/2015) 199

M^A DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

1. El régimen de propiedad horizontal199
2. El objeto 208
3. Constitución 223
4. Organización de la comunidad 240
5. Bibliografía citada 264

Las modificaciones en materia de propiedad horizontal introducidas por la Ley 5/2015, de 13 de mayo..... 267

FRANCISCO M. ECHEVERRÍA SUMMERS

1. Introducción 267
2. Derechos y obligaciones en el régimen de la propiedad horizontal..... 268
3. Régimen de responsabilidades en la propiedad horizontal289
4. Régimen de garantías en la propiedad horizontal..... 292
5. La propiedad horizontal compleja y la propiedad horizontal por parcelas 298

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (I)..... 307

JORDI SEGUÍ PUNTAS

1. Valoració de la reforma de la propietat horitzontal del maig de 2015.
Introducció..... 307
2. Organització de la comunitat 308
3. Règim per a l'adopció i impugnació d'acords 310
4. Propietat horitzontal simple.....313
5. Reforçament del crèdit de la comunitat.....315
6. La quota de participació en la propietat i en les despeses..... 317

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (II) 321

ENRIQUE VENDRELL SANTIVERI

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (III)..... 333

RAMÓN GARCÍA-TORRENT CARBALLO

**SEGONA PONÈNCIA
HARMONITZACIÓ I ALTRES MODIFICACIONS
DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA**

La Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi civil de Catalunya.

La qüestió de l'emfiteusi..... 351

ORIOI SAVALL LÓPEZ-REYNALS

1. Introducció.....351
2. L'inici del període de prescripció..... 360
3. La interrupció de la prescripció 363
4. Conclusions 366
5. Bibliografia 366

Les modificacions del Llibre tercer del CCCat i la Llei 21/2014, de 29 de desembre, del Protectorat de fundacions i de verificació de l'activitat de les associacions declarades d'utilitat pública 369

MARC-ROGER LLOVERAS I FERRER

1. Les modificacions sobre el llibre tercer del CCCat de 2008..... 369
2. Desenvolupament i ampliació de l'abast del protectorat (Llei 21/2014).....376

El registre de parelles estables i el dret a percebre la pensió de viudetat ... 401

ANNA GINÈS I FABRELLAS

1. Introducció.....	401
2. Breu menció al concepte de parella estable del Llibre II del Codi Civil de Catalunya	402
3. Parelles de fet i pensió de viudetat.....	404
4. El Registre de parelles estables de Catalunya per garantir la igualtat d'accés de les parelles estables a la pensió de viudetat	426
5. Conclusions	428
6. Bibliografia	431

TERCERA PONÈNCIA LA INCIDÈNCIA DE LA LLEI DE LA JURISDICCIO VOLUNTÀRIA EN EL DRET CATALÀ

Significat i abast de l'impacte de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret català: qüestions generals 435

LLUÍS CABALLOL ANGELATS

1. Introducció.....	435
2. Aproximació a la jurisdicció voluntària: notes característiques.....	437
3. La Llei de jurisdicció voluntària 15/2015. Síntesi general.....	439
4. L'atomització i la desjudicialització de la competència per conèixer de la jurisdicció voluntària	441
5. L'impacte de la LJV en el Dret Civil Català.....	445

La repercusión de la reforma de la Ley del Notariado en el Derecho catalán 459

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

1. Preliminar.....	459
2. Reforma articulada entre la nueva jurisdicción voluntaria y la desjudicialización notarial.....	463
3. Bloques normativos de la ley de jurisdicción voluntaria y aplicación de la ley del notariado.....	466
4. Modificación del procedimiento o expediente y consiguiente modificación del CCCat	468

5. Desjudicialización y atribución de concretos procedimientos exclusivamente al notariado	470
6. Modificación de leyes especiales que requerirían contemplar si procede revisar el CCCat.....	473
7. Atribuciones concretas al notariado que incidirán en la legislación notarial	474

La incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret civil català de la persona 479

JAUME TARABAL BOSCH

1. Qüestions generals.....	479
2. L'expedient d'autorització o aprovació judicial del reconeixement de la filiació no matrimonial.....	483
3. L'expedient d'habilitació per a comparèixer en judici i del nomenament de defensor judicial.....	485
4. Els expedients sobre adopció.....	490
5. Els expedients relatius a la tutela, a la curatela i a la guarda de fet	493
6. La concessió judicial de l'emancipació i del benefici de la majoria d'edat	500
7. La protecció del patrimoni de les persones amb discapacitat.....	501
8. L'autorització o aprovació judicial per a la realització d'actes de disposició, gravamen o altres que es refereixin als béns i drets de menors i persones amb capacitat modificada judicialment	502

La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de Família..... 505

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

1. Introducció.....	505
2. Expedients de jurisdicció voluntària en matèria de Dret de Família previstos a la LJV	506
3. La Incidència de la LJV en matèria Matrimonial	537

La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de successions 559

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

1. Introducció: qüestions generals	559
2. Els expedients de dret successori previstos en la llei de jurisdicció voluntària i en la llei del notariat i el dret civil català.....	563
3. Altres actes en matèria successòria que contempla el dret català.....	609

COMUNICACIONS

És la creació del Registre de parelles estables la solució als problemes per a l'aplicació del Dret de la UE?..... 629

DIANA MARÍN CONSARNAU

1. Introducció..... 629
2. El Registre de parelles estables631
3. Aspectes de Dret d'estrangeria: els drets de residència de la unió registrada634
4. Aspectes de Dret internacional privat: els efectes patrimonials de la unió registrada.....639
5. Noves perspectives a partir del desenvolupament reglamentari del Registre de parelles estables..... 645
6. Reflexió final 646

El Dret civil balear, exemple de mera conservació del Dret civil “especial”. Entre l'ocàs del Dret civil balear i l'oportunitat de la seva resiliència 649

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

1. Justificació del treball 649
2. Temàtiques presents al projecte de 17 de juny de 2016 i regulació final a la llei 7/2017 650
3. Reformes no projectades al projecte que han permès la resiliència de la compilació 658
4. Reformes inajornables per incidir en la resiliència de la Compilació 662

La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de Família

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

*Professora Agregada de Dret civil
Universitat de Barcelona¹*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. EXPEDIENTS DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA EN MATÈRIA DE DRET DE FAMÍLIA PREVISTOS A LA LJV. 2.1. *L'expedient de dispensa d'impediments matrimonials*. 2.2. *De la intervenció judicial en relació a la potestat parental*. 2.3. *La intervenció judicial en casos de desacord conjugal i en l'administració dels guanys*. 3. LA INCIDÈNCIA DE LA LJV EN MATÈRIA MATRIMONIAL. 3.1. *La "celebració" del matrimoni*. 3.2. *La separació, el divorci i llurs efectes arran de la LJV*

1. INTRODUCCIÓ

La Llei 15/2015, de 2 de juliol, de Jurisdicció Voluntària² incideix per una doble via a l'àmbit del Dret de Família. La primera, més immediata i de caire procedimental, s'identifica amb els expedients de jurisdicció voluntària que la mateixa LJV sistematitza per raó de la seva pertinença a aquell àmbit. La relació amb el Dret civil català seria, en general, d'acompanyament. Les normes substantives de Dret català tenen ara, com les estatals, uns referents procedimentals que en faciliten l'aplicació pràctica. Es podria ben dir que la finalitat i l'efecte de la DA 1^a, apart. 3, LJV és justament aquest. Materialment, però, el Dret català no s'ha vist afectat; només se l'encarrila procedimentalment³. La

1 Aquest estudi forma part dels treballs desenvolupats pels Grups d'Investigació 22 SGR i DER 2014-54267-P.

2 En endavant, LJV.

3 Conscientment deixem de banda d'aquest treball la qüestió relativa a si aquesta regulació de tipus procedimental caldria encabir-la dins de l'àmbit de la legislació processal, la legislació administrativa o, fins i tot, la legislació civil. Al darrera, és clar, pugna per esclatar un altre debat: el de la competència del Parlament de Catalunya per a elaborar una Llei de jurisdicció catalana.

segona via, de tipus material, s'executa via modificació del Codi civil espanyol⁴. La reforma més vistent en aquest sentit és, sens dubte, la que afecta a la separació i al divorci, però n'hi ha d'altres. En qualsevol cas, i sigui per la raó que sigui (així, perquè es tracta de matèria reservada a l'Estat; perquè, sense ser-ho, el legislador català opta per anar a remolc de la legislació estatal...), a hores d'ara ben bé podria semblar que és des d'aquesta segona perspectiva que el Dret civil català s'ha vist més intensament alterat, òbviament no de manera directa, però sí indirectament. El motiu és la tramitació de distintes esmenes que tenen com a finalitat, precisament, tenir cura d'aquest reajustament del Dret català amb el Dret estatal⁵.

2. EXPEDIENTS DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA EN MATÈRIA DE DRET DE FAMÍLIA PREVISTOS A LA LJV

Són els que es presenten com a tals a la LJV, integrant el Títol III. Per tant, es tracta d'aquells expedients que es tramiten davant d'un òrgan jurisdiccional (art. 1.1 LJV). Això no exclou que n'hi hagi d'altres que s'hagin o puguin tramitar davant d'altres professionals (EM, VI, 2on par.) o operadors jurídics (EM, X, pár. 1er). Tampoc exclou, des d'una perspectiva catalana, identificar dins del Títol III del Llibre II CCCat expedients a tramitar davant d'un òrgan jurisdiccional, que no es corresponguin amb cap dels previstos a la LJV (p.e en relació a l'assistència). Qüestió menor és el fet que a la LJV es contemplin sistemàticament com a expedients en matèria de persona alguns dels que, a ulls del Dret català, ho són de família (per exemple, l'adopció –arts. 235-30 i ss CCCat).

4 En endavant, CCesp.

5 Vegeu la modificació del Llibre II CCCat que inclou la DF 2ª de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes (DOGC, núm. 7332, de 20 de març de 2017).

L'ordre legal (dispensa matrimonial, intervenció en relació a la potestat parental, intervenció en relació a descords conjugals i règim de guanys), marca també l'ordre de l'exposició.

2.1. L'expedient de dispensa d'impediments matrimonials

Com ja passa a altres ocasions (vid. Títol II Capítol VIII “*De l'autorización o aprobación judicial...*”), la rúbrica del Capítol I descriu, des d'una perspectiva material, el contingut de la intervenció: dispensar d'un impediment matrimonial. D'entrada, l'àmbit —també material— en el que s'insereix l'actuació és el de la capacitat per a contreure matrimoni. La dispensa permetrà atorgar vàlidament un consentiment que, altrament, seria nul (per bé que convalidable [art. 48 *in fine* CCCat]). Tal vegada que el Dret català no ha regulat, fins ara, la qüestió de la capacitat per a contreure matrimoni, s'aplica supletoriament allò que preveuen els arts. 46, 47 i 48 CCesp⁶.

2.1.1. Impediments dispensables

L'art. 81 LJV, rubricat (“*Competència, legitimació i postulació*”), sembla allunyar-se encertadament de totes aquelles altres disposicions que, a l'hora d'encetar un Capítol, ho fan delimitant materialment el seu àmbit d'aplicació. A grans trets, aquesta delimitació s'assoleix, o bé reproduint literalment la norma material civil corresponent, o bé reproduint-la però sense acabar de coincidir-hi. En el primer cas, aquella descripció esdevé innecessària i n'hi hauria prou amb una remissió a la disposició civil corresponent (vid, per exemple, art. 53 LJV [remetent-se a l'art. 320 CCesp] o art. 87 LJV [citant els arts. 158, 164, 165, 167 i 216 CC]) o al supòsit genèric que s'hi descriu (vid. per exemple, art. 23.1 LJV “*...en todos los casos en que, conforme a la ley, el*

6 Vegeu, pel que fa a l'àmbit de la matèria reservada relativa a les “relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio”, DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p.15. Es fa referència a la STC (93/2013), de 23 d'abril, a propòsit de la Llei Foral de Navarra, 6/2000, de 3 de juliol, *para la igualdad jurídica de las parejas estables*. El TC fa una lectura conjunta dels arts. 149.1.8 i 32 CCE a fi i efecte d'interpretar el primer d'acord amb el segon i fer arribar la competència exclusiva a qüestions com ara la capacitat per a contreure matrimoni i a la separació i el divorci (vegeu FJ 5è, 3er par).

reconocimiento...necesite autorización o aprobación judicial”). En el segon cas, la manca d'equivalència pot, eventualment, comportar derogació tàcita de la norma anterior contradictòria. L'art. 81 LJV no s'acaba de desempellagar d'aquest vici: tot i que n'hi hauria prou amb la crida a l'art. 48 CCesp. (així: “...para conocer de la solicitud de dispensa de los impedimentos previstos en el art. 48 del Código civil”), no se'n pot estar de reproduir-lo parcialment⁷. En aquest cas, aquesta transcripció és sobrera.

Els impediments per a contreure matrimoni es preveuen a l'art. 47 CCesp., mentre que el 48 s'ocupa, només, dels dispensables. Un i altre han estat modificats (D. F.1^a, 1 LJV). El 47 per a reformular l'impediment de crim. El 48 no només per coordinar-se amb l'anterior.

A) Més enllà de la reformulació de l'impediment de crim (art 47-3 CCesp.): té sentit mantenir-lo?

La modificació més visible és l'equiparació, a l'art. 47.3 CCesp. entre la mort del cònjuge i la de “*la persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*”. Des d'una òptica més propera al Dret català, la qüestió més immediata a plantejar seria si aquesta expressió cal entendre-la, a Catalunya, com la mort d'un dels membres de la parella estable (art. 234-1 CCCat). És a dir, si l'impediment només regeix quan, més enllà de la convivència en una comunitat de vida anàloga a la conjugal, s'havia produït alguna de les circumstàncies de l'art. 234-1 CCCat o si, pel contrari, l'expressió s'ha d'interpretar prescindint de la regulació catalana de la parella estable⁸. L'entrada a la primera de les opcions la dona, no tant la DA 1.3 LJV (que sí que ho fa, però sense ser determinant en aquest sentit), sinó el caràcter de dret comú del CCCat (art. 111-4 CCCat). El cas seria de norma externa (en aquest cas, estatal i de naturalesa civil)⁹, en relació a la que s'aplicaria supletòriament el CCCat a fi d'integrar d'una situació, plenament tipificada al

7 L'afegitó “*para contraer matrimonio*”, en relació a l'impediment de parentiu, és sobrer i a fora de lloc.

8 Regulació catalana que, per cert, també reconeix en determinats casos convivències maritals sense necessitat de ser parella estable (així, per exemple, a l'art. 233-19.b CCCat).

9 BADOSA COLL, FERRAN “El caràcter de Dret comú del CCCat”, RCDP, vol 8 (2007), p. 19-46.

dret català, i només espurnejada a l'estatal. De cara a la viabilitat d'aquesta interpretació no hauria de ser un obstacle, per aquells que així ho entenguin, la circumstància de tractar-se d'un aspecte afectat per una matèria reservada. L'exclusivitat de la competència no arribaria, en cap cas, a tota institució o categoria emprada en la descripció de l'impediment¹⁰.

L'impediment afecta a qui ha estat condemnat. Cal sentència ferma. I la condemna pot ser-ho per qualsevol tipus de participació (no només per autoria o complicitat) en la mort dolosa, no negligent, del cònjuge o parella. Però cònjuge o parella *de qui?* Una lectura aïllada de l'art. 48.3 CCesp. podria fer pensar, per un moment, en una (injustificada) conversió d'un impediment relatiu en un d'absolut, que afectaria a qui hagués mort al seu propi cònjuge o parella. La desaparició del "(...) *de cualquiera de ellos (...)*" (art. 47.3 *in fine*, abans de la reforma) hi ajudaria. Però seria una lectura a descartar atenent: primer, a l'encapçalament de l'art. 47 CCesp ("*entre sí (...)*"), que confirmaria el caràcter relatiu de l'impediment; segon, als antecedents, immediats i remots, que permetrien entendre que la mort pot ser del propi cònjuge (o parella) o del d'aquell amb qui es vol casar¹¹; tercer, a la conveniència d'interpretar d'una manera restrictiva un impediment que, si ja va néixer plagat de crítiques, ara és, a més, obsolet i, quant a la parella, injustificat¹².

Certament, per què aquella equiparació entre la mort del cònjuge i la de la parella? O, millor, per què mantenir l'impediment de crim?

10 En el mateix sentit, per bé que és impediment el fet de ser menor no emancipat, els fets o circumstàncies que determinen l'emancipació es regeixen per la norma (estatal o autonòmica) que escaigui.

11 Es tractaria de l'art. 47.3 CCesp, introduït per la reforma de 1981 (Llei 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulació del matrimoni en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio*). Al Codi de Dret canònic, l'impediment afecta a qui provoca la mort del seu propi cònjuge i als que cooperen per provocar la del cònjuge de qualsevol d'ells (C.1090). Literalment, no s'hi preveu la mort provocada sense col·laboració de la persona amb la que es vol casar l'assassí.

12 En aquesta mateixa línia, ens decantaríem per exigir que el propòsit de contreure futur matrimoni fos present al temps de provocar la mort (en contra, CARRION VIDAL, Almudena, "Comentarios a "vuela pluma" en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio tras la modificación del Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n°3, 2015, p. 379).

L'impediment arriba al CCesp al mateix temps que arriba el divorci causal, el 1981. Neix, per tant, amb un fonament mig esquinçat. La possibilitat d'obtenir el divorci arracona l'opció, més dràstica, de provocar la mort del cònjuge. Aquest arraconament s'intensifica, el 2005, amb el divorci lliure o sense necessitat de fonamentar-se en causa legal. Si això és així, encara té menys sentit a propòsit de la convivència estable en parella, que de cap de les maneres impedeix l'ulterior matrimoni d'un dels convivents amb un tercer. Al Dret català, no només és possible, sinó que es preveu expressament com a causa d'extinció de parella (art. 234-4.1, a CCCat)^{13 14}. A fi de reconèixer a la norma un camp propi d'aplicació, cal reduir-la als supòsits en què la parella *no* s'ha extingit prèviament per cessament de la convivència amb trencament de la comunitat de vida (art. 234-4.1, a CCCat). Per tant, aquella operativitat exigeix que durant la tramitació de l'expedient (per tant, al temps d'acreditar la capacitat per a contreure matrimoni) hi ha convivència estable amb un tercer que, d'aquesta manera, en cap cas obsta a la capacitat per a contreure matrimoni d'un dels convivents. El matrimoni ulterior, prescindint de amb qui es visqui, extingirà la relació convivencial prèvia¹⁵. Pel contrari, el fet d'estar convivint en parella impedeix constituir una parella estable amb un tercer (art. 234-2.d CCCat)¹⁶. D'admetre's el cas, quasi de ficció, de convivències simultànies amb distintes persones, preval sempre la primera convivència estable en parella de cara a impedir-ne la constitució d'una segona. Hi actuaria, doncs, com una mena d'impediment.

En qualsevol cas, vist que l'equiparació entre el matrimoni i la convivència anàloga no té cap fonament tècnic, la raó per la que es

13 A l'altra cara de la moneda hi ha l'art. 234-2.c CCCat, que permet constituir una parella estable a la persona casada i separada de fet.

14 Vegeu AGUDO GUTIERREZ, Carlos, "La inclusión de la pareja de hecho en las reformas del Derecho de familia de julio de 2015", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 3, 2015, p. 144. L'autor proposa modificar l'impediment de parentiu a fi d'incloure-hi als qui "mantengan una relación de pareja debidamente acreditada".

15 I, això, amb independència de que, arran del matrimoni, no hi hagi convivència entre els casats. Aquesta no convivència permetrà retornar a l'art. 234-2.c CCCat a fi de constituir-se, de nou, una nova parella estable amb qui, de fet, no s'hauria deixat de conviure.

16 Quant a si la "convivència en parella" cal que sigui o no "en parella estable", es decanta pel no TARABAL BOSCH, JAUME, Comentari a l'art. 234-2, a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP (dirs.), *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 550.

justificaria el manteniment (i extensió subjectiva) de l'impediment seria la no estrictament jurídica de la reprovació social del crim comès. Seria, de fet, la mateixa idea des de la que sempre s'ha recriminat per alguns, no tant l'impediment (que s'aplaudeix), sinó el seu caràcter dispensable¹⁷.

B) La dispensa (art. 48 CCesp.)

La LJV modifica l'art. 48 CCCesp. La reforma va més enllà d'incloure, a propòsit de l'impediment de mort dolosa del cònjuge, a la parella¹⁸. Hi ha dos canvis més, que determinen una uniformitat de règim, sigui un o altre l'impediment de que es tracti. La dispensa l'atorga, en tot cas, el Jutge, prèvia al·legació i prova de justa causa. De fet, un i altre aspecte alteren allò que regia, fins a la LJV, quant a l'anomenat impediment de crim, dispensable pel Ministre de Justícia i sense necessitat de justa causa (art. art. 48, 1er par. CCesp)¹⁹ ²⁰. Pel que fa a que sigui "justa causa" en aquest àmbit, es fa difícil concretar-ho²¹. No sembla que n'hi hagi prou amb el compliment de la condemna. Tampoc, per obvi, l'especial afecte que es tenen els interessats i la voluntat comuna d'unir-se en matrimoni. En aquest àmbit, però, la novetat més significativa és la concentració de la competència per a dispensar. És significativa, simbòlicament, en la mesura en que aniria contracorrent: si la tendència és atribuir a altres professionals o funcionaris funcions encomanades fins ara als Jutges (EM. IV, *in fine*), succeeix aquí que s'atribueix al Jutge allò que abans no era competència seva.

17 LASARTE, Carlos, *Derecho de Familia, Principios de Derecho civil*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p.48.

18 L'impediment de parentiu (en línia colateral per consanguinitat fins el tercer grau) no pateix cap modificació. Tampoc la dispensa en cas de parents en tercer grau. Vegeu art. 235-47.3 CCCat, que preveu el manteniment dels vincles entre la família d'origen i d'adoptat a efectes de l'art. 47 CCesp. D'aquí, doncs, que mentre l'adoptat no es podria casar ni amb els germans ni els tiets o nebots consanguinis, sí que ho podria fer amb els de la família adoptiva.

19 A proposta de la Direcció General, deia l'art. 74 de la Llei del Registre civil del 1957. Per la seva banda, l'art. 260 RRC fa dependre la sol·licitud de dispensa de l'existència de "*justa causa suficientemente comprobada*".

20 El Ministre de Justícia encara apareix a l'art 54 CCesp. a propòsit del matrimoni secret.

21 Així, s'esmenta la possible violència domèstica practicada pel mort, a DEL POZO CARRASCOSA, P. *et al.*, cit, p. 54. Però això implicar traslladar la justificació, de la dispensa al crim comès.

2.1.2. *L'impediment no dispensable d'edat*

De l'art. 48 CCesp. ha desaparegut la dispensa d'edat (possible, fins a la data, a partir dels 14 anys). D'aquí que l'art. 46.1 CCesp. no admeti esclertes i calgui, a fi d'atorgar vàlidament consentiment matrimonial, estar emancipat o ser major d'edat²² ²³. La conseqüència ulterior és que, al CCesp., el matrimoni ja no és causa d'emancipació (en aquest sentit, la DD Única LJV n'ha derogat l'art. 316 i s'ha modificat l'art. 314)²⁴. Des d'una perspectiva catalana, s'equiparen la capacitat per a contreure matrimoni i la capacitat per a constituir una parella estable (art. 234.2, a CCCat), en el sentit que un menor no emancipat no podrà fer ni una cosa ni una altra; ara, sense excepcions.

A) *El "rastre" de l'emancipació per matrimoni al Dret català*

En aquest particular, la qüestió a plantejar des del Dret català, és què dir o què fer a propòsit de les distintes manifestacions de l'emancipació per matrimoni. La més visible és l'art.211-8.1,a CCCat, que contempla expressament el matrimoni com a causa

22 La nul·litat, en cas de matrimoni per menor no emancipat (art. 73.2 CCesp.), no és del tipus absoluta. Com a mínim, perquè admet la convalidació per convivència (art. 75 CCesp.).

23 No n'hi ha prou, doncs, amb tenir 16 anys (com erròniament podria donar a entendre el Preàmbul, X, par. 10è LJV). Cal, a més, estar emancipat. De fet, això és el decisiu i no pas els 16 anys. (en aquest sentit, vegeu, per exemple art. 30 del Código de Derecho Foral de Aragón [DL 1/2011, de 22 de març], que preveu l'emancipació pels majors de 14 anys).

24 Quant a si l'emancipació o la majoria d'edat s'han de tenir al temps d'iniciar l'expedient matrimonial o al de la celebració, per molt que a l'expedient o acta previs calgui acreditar la capacitat per a contreure matrimoni (art. 56 CCesp.; art. 58.2 i 5 LRC i art. 51.1 LN), el cert és que el negoci no s'atorga fins el moment de la celebració, de manera que n'hi hauria prou amb que, en general, aquella capacitat estigués en aquest moment (PUIG FERRIOL, LL.; ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, II-2, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p.75). La conseqüència seria que la minoria d'edat no seria obstacle per a tramitar aquelles actuacions prèvies. Per precaució, es podria entendre només així quan, per proximitat de la data, a aquella majoria s'hi arribés durant la tramitació de l'expedient o, en qualsevol cas, abans de la celebració.

d'emancipació. Pressuposa, per tant, l'accés al matrimoni pel no emancipat. Però no és l'única²⁵.

- L'art. 211-7.2 CCCat, directament relacionat amb el 211-8 CCCat, atribueix al cònjuge major d'edat el paper de complementador de la capacitat del qui s'ha emancipat per matrimoni. Ara el supòsit no es donarà (tret que el legislador català s'atreveixi a regular la capacitat per a contreure matrimoni, donant-li cabuda). Però el que sí que es podria plantejar, en cas de matrimoni de menor emancipat, és si aquella funció correspon a progenitors o curador, o també al cònjuge major. L'art. 211-7.2 CCCat, literalment, no planteja dubtes. Amb tot, si és la idea de proximitat la que explicava l'atribució al cònjuge major, i no als progenitors, d'aquella funció en cas d'emancipació per matrimoni²⁶, es podria igualment concloure que la proximitat hi és igualment en cas de matrimoni un cop emancipat. La proposta, en aquest particular, passaria per suprimir el “*en cas d'emancipació per matrimoni*” de l'art. 211-7.2 CCCat^{27 28}.
- L'art. 223-1, a CCCat lligaria amb l'anterior. S'hi relacionen les persones que cal posar en curatela. S'excepciona “*el menor emancipat per matrimoni amb una persona plenament capaç*”. Caldria reformular la salvetat. Lògicament, el cònjuge major

25 Vegeu Esmena núm. 29 (Grup Junts pel Sí) (BOPC, núm. 239, p. 35). Es proposa suprimir el supòsit previst a la lletra a de l'art. 211-8.1 CCCat. Així es recull després de la modificació per Llei 3/2017 (vegeu DF 2^a).

26 ARROYO AMAYUELAS, E. “L'edat de la persona i els seus efectes jurídics”, a VAQUER ALOY, A. (coord.), *Dret civil. Part general i Dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 177.

27 La norma s'acostaria, així, a l'art. 324 CCesp. (no modificat per la LJV) que al tractar de la capacitat del “*casado menor de edad*”, és plenament aplicable al menor emancipat. El complement, aleshores, s'atribueix al cònjuge major. Aquesta atribució, però, es limita als actes de disposició dels béns comuns.

28 L'esmena 29 citada (vid *supra*) proposava modificar l'art. 211-7.2 CCCat tot establint que la capacitat del menor emancipat “*es complementa amb l'assistència del cònjuge o del convivent major d'edat en cas de matrimoni o de convivència estable en parella de l'emancipat*”. Quant a aquest darrer supòsit, cal tenir en compte que l'accés a aquesta situació convivencial la donarà un fill en comú o la formalització en escriptura pública, no pas la convivència ininterrompuda durant dos anys. La raó seria que si el requisit de l'emancipació s'ha de complir al temps d'iniciar-se la convivència (TARABAL BOSCH, J., Comentari a l'art. 234-2, cit, p. 548), el transcurs dels 2 anys aboca necessàriament a la majoria d'edat. Aquella esmena arriba al text modificat (vegeu DF 2^a Llei 3/2017).

mai podrà esdevenir complementador *ab initio* (precisament, perquè el matrimoni ja no emancipa). D'aquí que el cas que ens ocupa serà un supòsit de canvi d'assistent: la funció neix amb l'emancipació (art. 211-71 CCCat) i pertocarà a progenitors o, en defecte, al curador; arran el matrimoni, es proposa que s'atribueixi al cònjuge major²⁹. Avalaria aquesta interpretació l'art. 223.9b CCCat, que preveu el matrimoni del menor emancipat amb una persona plenament capaç com a causa extintiva de la curatela. Tal vegada que el mateix nomenament de curador ja pressuposa que els pares han mort o estan impeditos per exercir l'assistència, només resta el cònjuge del menor³⁰.

- L'art. 236-16.2 b CCCat, excepciona l'assistència dels progenitors (és a dir, dels avis) si el "*pare o la mare menor està emancipat i té almenys setze anys*". Tret que es modifiqués la regulació catalana en matèria d'emancipació, reduint l'edat per accedir-hi, el menor emancipat tindrà sempre, com a mínim, setze anys. La norma s'explicava pensant en l'emancipació per matrimoni a partir dels 14. De retruc, l'art. 236-16.2,a CCCat també perd el sentit. La raó és que per tal que el pare o mare menor estigui casat cal que, prèviament, s'hagi emancipat, que seria el cas de la lletra b. La reformulació de l'art. 236-16 CCCat hauria de passar, es proposa, per suprimir l'apartat segon, tot aclarint, al primer, que la norma regeix en cas de pare o mare menors "*no emancipats*"³¹.

29 L'expressió "*persona plenament capaç*" de l'art. 223-1,a *in fine* CCCat s'ha d'entendre com a cònjuge major no incapacitat. A la norma té sentit. No vol dir, ni abans ni ara, que en cas de matrimoni d'un menor l'altre cònjuge cal que sigui necessàriament major d'edat. Vol dir que només quan es doni aquest cas no cal designar curador o, com es proposa, no cal que continuï la curatela.

30 Una i altra disposició s'han modificat (vegeu DF 2^a Llei 3/2017). Quant al primer s'ha reformulat la salvetat ("*llevat del menor emancipat casat o convivent en parella estable amb una persona plenament capaç*"). De fet, aquell matrimoni o convivència estable ja haurà determinat l'extinció de la curatela (art. 223-9.b CCCat).

31 Dues altres conseqüències indirectes: la primera, a propòsit de l'art. 211-12.3 CCCat. Si com és raonable pensar, la legitimació dels que haurien d'haver assistit a l'emancipat s'acaba amb l'arribada d'aquest a la majoria d'edat, ara resultarà que aquella legitimació es tindrà, *en tot cas i com a màxim*, durant 2 anys (dels 16 als 18 anys). La possibilitat d'obtenir la dispensa a partir dels 14 i de casar-se amb aquesta edat, feia viable que la legitimació del complementador fos de quasi quatre anys. La segona es faria a propòsit de l'art. 231-21 CCCat. El menor de 14 anys amb dispensa per a contreure matrimoni podia atorgar vàlidament capítols matrimonials,

B) La capacitat per a contraure matrimoni del menor de vida independent

La vida econòmicament independent del menor no és causa d'emancipació (art. 211-8 *a contrario* CCCat). El menor només se'l "considera" emancipat (art. 211-11.1 CCCat). Aquesta "consideració" té el seu origen i justificació en la "vida independent del menor". No hi ha cap acte formal. Té com a efecte que pugui actuar com a menor emancipat (i, d'aquí, necessitar el complement de capacitat per als mateixos actes que aquest; art. 211-11.2 CCCat). El caràcter revocable del consentiment de pares o tutor avala que no hi ha una plena equiparació entre el menor emancipat i el menor de l'art. 211-11 CCCat.

Aquesta "consideració" només es té respecte d'actes patrimonials? El cert és que no s'exclouen enlloc els personals. La proposta que en aquest particular es faria seria la de reconèixer la capacitat per a contraure matrimoni al menor de vida independent. El fonament: donar sentit o contingut a una equiparació que, literalment, no avala distincions en funció de la naturalesa de l'acte. La conseqüència: el matrimoni implicaria emancipació formal; efecte que, indirectament, equivaldria a la irreversibilitat de la situació: ni els pares podrien ja revocar el consentiment, ni el menor deixar d'estar emancipat, per exemple, en cas de pèrdua de la seva independència econòmica. De retruc, aquesta possibilitat donaria sentit, ni que fos provisionalment, a la lletra de l'art. 211-8. 1, a CCCat. La possibilitat de fer constar al RC l'anomenada, a l'art. 70.4 LRC "*emancipación tácita o por vida independiente*", seria una manera còmode d'acreditar la capacitat matrimonial a l'hora d'iniciar l'acta o expedient previs³².

tot i no estar emancipat encara. Malgrat això últim, es preveia l'actuació amb els "complements de capacitat corresponents" pensant, probablement, en actes de transcendència patrimonial (art. 211-12.1 CCCat) que, pel fet de ser menor no emancipat, haurien de fer els seus representants legals. Ara això es limitarà als actes que l'emancipat no pot fer per si sol.

32 L'art. 70.4 LRC (en situació de *vacatio legis*, de moment, fins el 30 de juny de 2018 [Article Únic, apr. 4 Llei 4/2017, de 28 de juny, de modificació de la LJV]) preveu que l'emancipació per vida independent es pugui inscriure "*mediante la acreditación documental de la situación de independencia y el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad*". Pel que fa al primer aspecte, es podria acreditar per mitjà d'un acta notarial de notorietat (així, a RIVERO SÁNCHEZ, FERNANDO JOSÉ, "La intervención del Notario en la configuración del estado civil de las personas", *El Notario del Siglo XXI*,

2.1.3. L'expedient

Sens perjudici que la dispensa ulterior convalidi el matrimoni (art. 48 *in fine* CCesp.), l'habitual és que es sol·liciti abans d'iniciar l'acta o expedient previs a fi d'acreditar-hi la capacitat per a contreure matrimoni.

El promotor de l'expedient ha de ser el cònjuge “*en quien concurra el impedimento para el matrimonio*” (81.2 LJV). A la pràctica, això implica reconèixer legitimació als dos contraents: és evident en el cas del parentiu i també serà així si els dos han estat condemnats per la mort dolosa del cònjuge o parella de qualsevol d'ells, encara que la intervenció en el crim hagi estat distinta. A la pràctica, vol dir també que qualsevol d'ells pot presentar la sol·licitud al Jutjat corresponent al seu domicili o residència o al del domicili o residència de la parella (art. 81.1 LJV). No cal l'assistència ni de Lletrat ni de procurador (art. 81.3 LJV); en el cas de l'impediment de crim, es preveu la intervenció del Ministeri Fiscal, que caldrà que sigui citat a l'audiència prevista a l'art. 83, juntament amb els contraents i “*aquellos que pudieran estar interesados*”³³. Atenent a tot allò que s'hagi aportat amb la sol·licitud (art. 82) i a la proves practicades (art. 83.1), el Jutge resoldrà atorgant o no la dispensa (art. 83.2). La decisió serà recurrible en els termes de l'art. 20 LJV.

2.2. De la intervenció judicial en relació a la potestat parental

El Cap. II s'intitula “*De la intervenció judicial en relación con la patria potestad*”. Es tracta d'una expressió suficientment genèrica i neutra, del tot encertada tractant-se d'una norma de caire procedimental. És la norma civil o material la que ha de concretar el tipus o naturalesa d'aquella actuació. Aquella neutralitat es reitera a la Secció II (“*...en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial...*”). Tot i que “autoritzar” ja fixa una manera d'intervenir, l'alternativitat preserva el protagonisme de la norma civil que serà

julio-agosto, 2016, nº68). Pel que fa al consentiment dels pares, la qüestió que es planteja seria aleshores la de determinar la diferència entre aquest supòsit i l'emancipació (formal) per concessió dels pares. Probablement, a efectes pràctics, interessaria afegir, en el primer cas, la naturalesa revocable de la declaració.

33 A l'art. 83, la LJV s'oblida de la parella i només esmenta al cònjuge. Cal entendre-la inclosa, lògicament.

l'encarregada de descriure el contingut de la resolució (així, autoritzant una o altra actuació dels progenitors o disposant en un altre sentit). La neutralitat de la Secció III (“...para adoptar medidas en relación...”; art. 87.1) queda esquinçada arran dels supòsits que “en concreto” s’hi relacionen, en els que la descripció de la naturalesa de l’actuació ja és molt més precisa. Això es fa molt evident a les lletres b i c (“... nombramiento de un administrador judicial...”; “...para atribuir a los progenitores...”); sembla que menys als apartats a i d, en els que aquella descripció és molt genèrica (“...adopción de las medidas de protección”; “...adopción de las medidas necesarias”). En qualsevol cas, el referent és la norma civil aplicable (estal o autonòmica; DA1^a, 3^a LJV), inalterable per la norma *només* procedimental. D’aquí que, quan la LJV concreta el tipus d’actuació o intervenció, o bé es reitera redundantment la norma civil (així, quan coincideixen una i altra), o bé, quan no es dona aquella concordança, cal decantar-se igualment per aquella.

La primera Secció (*Disposición común*) s’integra per un únic article (el 85) relatiu a la compareixença, pràctica de proves i postulació. La segona i la tercera comparteixen una estructura semblant: supòsits en els que esdevé aplicable (arts. 86.1 i 87.1); competència (art. 86.2 i 87.2) i legitimació (87.3 i 87.3). La tercera incorpora una disposició relativa a la resolució (art. 88) i una altra d’específica pel cas que el menor o persona amb capacitat modificada judicialment estiguessin sotmesos a tutela (art. 89). Pel que fa als respectius àmbits d’aplicació, l’element comú és que van més enllà del que s’anuncia a una i altra rúbrica.

2.2.1. Desacord en l’exercici de la potestat parental

L’apartat 1 de l’art. 1 visibilitza dos dels aspectes ja apuntats: per una banda, la dependència de la norma civil, que ha de legitimar la intervenció judicial (“*Se aplicarán las disposiciones...cuando el Juez deba intervenir...*”; “*También serán de aplicación en los casos en los que esté legalmente prevista...*”). Per l’altra, la incompletesa de la rúbrica de la Secció. Fa referència, en primer terme, als desacords en l’exercici de la potestat parental. L’art. 86.1 afegeix, sobrerament, que ha de tractar-se de la potestat parental “*ejercida conjuntamente por los progenitores*”³⁴. En segon terme, però, s’estableix que també caldrà recórrer a la dita

34 Diem “sobrerament” perquè en altra cas es farà difícil que hi hagin “desacords”.

Secció en cas que el progenitor sigui un menor d'edat no emancipat “y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor”. En aquest darrer cas, juntament amb els supòsits de desacord (que no se sap si és entre el progenitor i els avis o tutor; o entre els avis...), hi ha el cas d'impossibilitat d'aquests últims. Sigui com sigui, això últim palesa que l'àmbit d'aplicació va més enllà dels “desacords” en l'exercici de la “potestat parental”.

Més enllà del concepte mateix de desacord (opinions distintes que no permeten la formació d'una voluntat comuna) o d'impossibilitat (física o jurídica [per modificació judicial de la capacitat]; puntual o permanent), la disposició es situa, en qualsevol cas, a l'avantsala de la decisió. D'aquí que, més enllà del que acabi conformant l'àmbit d'aplicació de la Secció, en quedaran al marge els supòsits de decisions ja preses (així, per exemple, a propòsit de l'adoptada per un sol dels progenitors al·legant la necessitat urgent de l'art. 236.8, c CCCat o 156 (1er par) *in fine* CCesp., que l'altre discuteix). En qualsevol cas, l'àmbit material en el que s'insereix l'actuació judicial és el de la legitimació per a actuar com a representant o administrador de béns aliens. Aquesta legitimació cal per a eficàcia jurídica de l'acte a realitzar³⁵.

La norma, portada al Dret català, convida a tractar dels arts. 236.8 (acabat de citar), 236-13 i 236-16.3 CCCat³⁶. El primer perquè recull la regla general de l'exercici conjunt, pressupòsit de la idea i existència

35 Amb tot, a voltes la llei acostuma a reconduir supòsits de manca de legitimació cap al règim de l'anul·labilitat.

36 A l'àmbit del Dret estatal, les disposicions de referència són els arts. 156 i 157 CCesp. Convé destacar, quant a l'art. 156: primer, que ha estat modificat per la LJV en el sentit de suprimir el caràcter irrecorrible de la decisió judicial (ha desaparegut el “*sin ulterior recurso*”; DF1^a, 29); segon, que s'explicita que la intervenció judicial es concreta en una atribució de la facultat decisòria al pare o mare. Formalment, la decisió la continuarà prenent un dels titulars de la potestat parental. Tercer, que el mateix art. 156 inclou dos supòsits més: per una banda, el dels desacords reiterats. La diferència amb el supòsit dels desacords puntuals és doble: primer perquè hi queda equiparat el cas de sobrevenença de “*cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad*”; segon, perquè aleshores la decisió judicial pot anar des de “*atribuirla total o parcialmente a uno de los padres*” fins a “*distribuir entre ellos sus funciones*”. Pel que fa a l'art. 157 CCesp, aclara que en cas de progenitor no emancipat, la potestat parental s'exerceix amb l'assistència de pares o tutor o, en cas de desacord o impossibilitat, del Jutge. Per tant, el desacord és entre el progenitor i els assistents. L'activitat judicial consisteix, quan cal, en l'assistència del menor.

del desacord. És una constant al Dret català (art. 6 LPPM³⁷; art. 137 CF). El segon, rubricat precisament “Desacords”, perquè sembla el naturalment interpel·lat per la crida de l'art. 86.1 CCCat (“*cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo...*”). El mateix passa amb l'art. 236-16 CCCat a propòsit dels progenitors menors.

A) Progenitors menors

Pel cas de progenitor no emancipat³⁸, l'art. 236-16.1 CCCat demana de l' “assistència” dels avis o del tutor “*per a exercir la potestat*” (art. 12.2 LPPM; art. 137 CF)³⁹. La intervenció judicial es preveu a l'apartat 3. S'hi contempla pel cas de desacord entre les persones que han de donar l'assistència o entre aquestes i el progenitor menor i pel d'impossibilitat de prestació de l'assistència. En qualsevol cas, aquella intervenció és del tipus “autorització”.

a) *Els desacords i la impossibilitat d'assistir*. S'encara el desacord amb una tècnica diferent a la de l'art. 236-13 CCCat. Allà s'atribueix la facultat decisòria a un dels negociadors. No semblaria encertat que, aplicant això mateix als desacords entre els avis i el progenitor menor, el jutge pogués atribuir la facultat de decidir als avis, és a dir, als qui no són titulars de la potestat parental. Però en cas de

37 Llei 12/1996, de 29 de juliol, de la potestat del pare i la mare.

38 Vegeu la reforma proposada a l'apart. 1.2.1 d'aquest mateix comentari.

39 Vegeu DEL POZO; BOSCH CAPDEVILA; VAQUER...p. 440. L'assistència caldrà per aquells actes que els progenitors menors no puguin fer en relació a si mateixos; el més lògic és que tampoc respecte dels seus fills. Tot i així, vegeu PUIG FERRIOL, LL., La potestat parental, a PUIG FERRIOL, L; ROCA TRIAS, E, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, II-2, Dret de Família, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p. 580. S'hi presumeix que el titular de la potestat parental menor d'edat actua amb l'assistència del seu progenitor o progenitors pels actes d'administració ordinària realitzats amb tercers de bona fe. Pot consultar-se també LAUROBA LACASA, M^aElena, Comentari a l'art. 235-16, a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP (dirs.), *Comentari al Llibre II...*, cit, p. 867. L'autora matisa que la idea d'assistència sembla vinculada a la de “capacitat complementable”. Però “*resulta xocant que al progenitor menor se li reconeix una capacitat complementable respecte dels seus fills menors, en relació a una sèrie d'actes que no pot fer respecte de la seva esfera patrimonial ni tant sols assistit, és a dir, actes respecte dels que no té la mateixa capacitat complementable (...). Aquestes consideracions porten a identificar aquí la complementació amb l'accepció vulgar d'auxili (o suport), i no amb la tècnica de complementació de la capacitat*”. El comentari seria si, en qualsevol cas, el règim de l'acte dut a terme sense aquella assistència és o no el de l'acte fet sense complement (anul·labilitat, d'entrada). De fet, com es veurà, la semblança entre el 211-13 i 236-16.3 CCCat així ho fan pensar.

desacord *entre* els avis, aquella aplicació seria la solució natural; de fet, la funció d'assistència que els atribueix l'art. 236-16.1 CCCat no deixa de ser una manifestació més de la seva potestat parental en relació al seu fill menor; per tant, no deixa de ser un desacord en l'exercici d'aquesta potestat. Pel contrari, l'art. 236-16.3 prescindeix, en ambdós casos, dels assistents. Restarà el menor progenitor i la seva actuació, que ja no caldrà que es faci amb assistència, si no que sigui autoritzada judicialment. Aquest desplaçament o marginació dels assistents passaria per davant, també, de l'art. 222-28 CCCat relatiu al desacord entre tutors. Així, no caldria recórrer a l'art. 43.2 LJV⁴⁰ a fi de resoldre'l, sinó al 85 LJV a fi de sol·licitar autorització judicial.

El mateix passa en cas d'impossibilitat de prestació de l'assistència. No es fa distinció entre la puntual o permanent. Si la impossibilitat només afecta a un dels avis, per aplicació de l'art. 236-10 CCCat, sembla que n'hi hauria prou amb l'assistència de l'altre, no sent necessària l'autorització judicial⁴¹. També en els casos d'absència o incapacitat d'un d'ells. Tot i que l'art. 236-10 CCCat distingeix entre els tres supòsits, no hi hauria major dificultat en senyalar que en tots tres hi ha una impossibilitat real d'exercir la potestat parental. En qualsevol cas, la impossibilitat sembla demanar alguna cosa més que una greu dificultat per a prestar l'assistència (arg. art. 236-13.2 CCCat). Si és aquest el cas, els progenitors poden recórrer a l'art. 236-13.2 CCCat a fi que, atenent a la distribució de funcions o a l'atribució total o parcial de l'exercici de la potestat que s'acabi fent, la funció d'assistència s'encomani a qui raonablement la pugui desenvolupar.

b) *L'autorització judicial*. El progenitor menor, degudament autoritzat, podrà realitzar per si sol l'acte de que es tracti. Hi ha un paral·lelisme notable amb l'art. 211-12 CCCat⁴². A diferència de la tècnica de l'art. 236-13 CCCat la facultat decisòria no es reconeix,

40 Les incidències a propòsit de la tutela les coneix el mateix Jutjat del nomenament

41 De fet, l'art. 236-16.1 CCCat encomana la funció d'assistència als "progenitors respectius o d'aquells dels dos que tingui l'exercici de la potestat parental"; exercici que al casos de l'art. 236-10 CCCat es preveu "exclusiu" d'un d'ells.

42 Cosa que porta a pensar en la possibilitat d'aplicar també el 211-12.2 CCCat pel que fa a la possibilitat d'atorgar el complement per a actes de la mateixa naturalesa, encara que siguin futurs.

sense més, al progenitor menor; s'autoritza un acte o decisió concreta, respecte dels que el menor té un marge de maniobra molt limitat: tindrà autonomia per acabar atorgant-lo o no, però no pas de fer-ho en termes distints als autoritzats⁴³. Estrictament, l'autorització judicial també és distinta a l'assistència (art. 157 *in fine* CCesp). Visualment dona la sensació que l'assistent participa a l'acte, assistint a un dels atorgants (assistència com a declaració de voluntat); en cas d'autorització, l'autoritzant queda fora de l'acte; només dota d'una característica objectiva a l'acte a realitzar (així, el seu caràcter d'acte autoritzat).

Pel cas de realització de l'acte sense la corresponent autorització (o, fins i tot, sense la corresponent assistència), cal decantar-se per un règim d'anul·labilitat (art. 211-12.3 CCCat i 236-31 CCCat). Si de cas, la qüestió a plantejar afectaria al *dies al quem*: 4 anys a comptar des de la majoria o emancipació del progenitor o des de la majoria o emancipació del fill? Atès que es tracta d'actes realitzats en exercici de la potestat parental, es creu més idònia la darrera opció.

B) Desacords en l'exercici de la potestat parental

Els desacords de l'art. 236-13 CCCat són els que poden sorgir entre els progenitors en l'exercici de la potestat parental. Això ajuda a delimitar subjectivament i objectivament l'àmbit d'aplicació de la norma.

a) *Desacords entre progenitors i en l'exercici de la potestat*. Des d'una perspectiva subjectiva, en queden al marge els desacords entre el progenitor i la seva parella o cònjuge, que l'art. 236-14.2 CCCat resol declarant la prevalença del criteri del progenitor. També els desacords entre els assistents o entre el progenitor menor i els assistents, dels que, com s'ha vist, s'ocupa l'art. 236-16.3 CCCat. Òbviament s'aplica al desacord entre progenitors menors o entre el progenitor menor i el major d'edat. Des d'una perspectiva objectiva, literalment hom pot distingir entre els desacords *en* l'exercici (art. 236-13.1 CCCat) i els desacords *sobre* l'exercici. Els primers es produïrien quan, a propòsit d'una decisió a prendre *per ambdós*, no s'arriba a l'acord perquè es tenen opinions distintes

43 Llevat que, de nou, demani l'assistència o l'autorització judicial per allò distint que vol fer ara.

(p.e l'un vol que vagi de colònies i l'altre no; l'un vol gestionar d'una manera el patrimoni del fill i l'altre discrepa...). Els segons pressuposen una distribució o delegació de funcions, de manera que la discrepància no rau en la decisió a prendre sinó *en qui la pot prendre*. Quant a aquests últims, literalment apareixen a l'art. 236-11.4 CCCat, a propòsit de l'exercici de la potestat en cas de vida separada dels cònjuges⁴⁴, però poden sorgir també en cas de viure junts (així, perquè hi ha algun acord o decisió judicial en aquell sentit [arts. 236-9.1 i 236-13.2 CCCat]).

b) *La legitimació per a decidir*. Pel que fa a la naturalesa de la intervenció judicial, és en funció del tipus de desacord que es pot sol·licitar i resoldre una cosa o altra. L'art. 236-13 CCCat distingeix, com ja feien els precedents (arts. 7 i 11 LPPM; 138 CF⁴⁵) entre el desacord ocasional i els desacords reiterats. Com que l'art. 86.1 LJV no distingeix, hi tenen cabuda ambdós supòsits. En el primer cas *“ha d'atribuir la facultat de decidir a un d'ells”*; en el segon *“pot atribuir totalment o parcialment l'exercici de la potestat als progenitors o distribuir-ne entre ells les funcions de manera temporal, per un termini màxim de dos anys”*. Sembla una distinció pertorbadora: primer, perquè cal delimitar allò que és ocasional i allò que ja esdevé reiteració; segon, perquè per molt reiterats o habituals que siguin els desacords (sobre un mateix o distint àmbit decisor) i que d'això en tinguin evidències el Jutge⁴⁶, si un dels progenitors se li adreça demanant-li que intervingui davant el desacord que existeix en aquell moment, sembla que ha de procedir talment fos ocasional⁴⁷.

44 Vegeu LAUROBA LACASA, Elena, Comentari..a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP, *Comentari...*, cit, p. 840.

45 Que, estrictament, no establia el tipus d'intervenció judicial en cas de desacord ocasional.

46 Així, perquè es manifesta d'aquesta manera a la compareixença. No cal que s'hagin instat necessàriament diferents expedients per aquesta causa.

47 LAUROBA LACASA, M^a Elena, Comentari.., EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP; *Comentari...*, cit, p.851. Que el jutge “pugui” reordenar l'exercici de la potestat permet que opti per altres opcions: així, atribuir la facultat de decidir a un dels progenitors. Que fins i tot es puguin prendre altre tipus de mesures a l'empara de l'art. 236.3.1 CCCat, es defensa a PUIG FERRIOL, LL., *La potestat parental*, cit, p. 577.

Pel demés, ben pensat, la intervenció judicial no és pas tant diferent en un cas i altre. Mai s'acaba decidint sobre el fons⁴⁸. Es tria entre els progenitors, legitimant a un d'ells per a prendre, finalment, la decisió que escaigui⁴⁹. En cas de desacords reiterats, la tècnica és la mateixa per bé que intensificada, temporalment i materialment. Això últim, perquè la facultat decisòria no es limitarà a una qüestió puntual (així, sobre la que recau el desacord) sinó que abastarà àmbits més extensos (així, tot o part de l'exercici de la potestat o alguna o algunes de les funcions que l'integren); temporalment, perquè les noves regles de joc es perllongaran en el temps, fins un màxim de dos anys. Aquesta atribució, més o menys intensa i àmplia, de la facultat decisòria a un dels progenitors comporta, és obvi (però cal fer-ho notar), una pèrdua (per força temporal) de legitimació per part del progenitor no afavorit. Els actes realitzats sense legitimació seran ineficaços.

Manquen dos darrers apunts. El primer seria si cal tenir present sempre un desacord per a recórrer a l'art. 236-13 CCCat i, de retruc, a l'art. 86 LJV. La qüestió, que només s'apunta, es planteja a propòsit de l'art. 236-13.2 CCCat que, literalment, no descarta que, amb l'antecedent de desacords passats, els progenitors sol·licitin aquella atribució o distribució a fi d'encarar més àgilment i eficaçment decisions futures. Des d'una altra perspectiva, seria tant com plantejar-se si el desacord imminent o més o menys proper permet ja iniciar l'expedient.

El segon es planteja a propòsit de l'art. 236-13.2 CCCat. Allà, reordenar l'exercici de la potestat parental és una mesura judicial vinculada, també, a la sobrevenença de "*qualsevol causa que dificulti greument l'exercici* (cal entendre, conjunt) *de la potestat parental*". De fet, els desacords reiterats en serien un exponent

48 Formalment tampoc s' "autoritza" la decisió que acabi prenent el legitimat per a decidir (arg. art. 236-16.3 *in fine*), que tampoc queda vinculat per l'opció inicialment defensada per ell mateix.

49 En cas de progenitor menor, el desacord pot ser doble: així, amb l'altre progenitor i amb els seus assistents (essent dos [pare i mare], perquè entre ells ja no hi ha acord o perquè hi ha discrepància entre ells i el que vol el seu fill). En aquests casos, per raó del tipus d'intervenció judicial prevista, caldria que el Jutge decidís primer, per la via de l'art. 236-13 CCCat, a qui donarà la facultat decisòria. Si l'atribueix al progenitor major, sobra el recurs a l'art. 236-16.3 CCCat. Si opta pel menor, caldrà aleshores, a més, autoritzar-lo.

i, d'aquí, l'eixamplament del supòsit. Amb tot, aquella reiteració i la naturalesa de les mesures que es poden adoptar demanen que aquella dificultat es prevegi mínimament duradora. L'equiparació a la norma civil (també succeeix el mateix a l'art. 156, 2on par. CCesp.) justifica que el supòsit tingui cabuda a l'art. 86 LJV. Conceptualment, es distingeix entre dificultat greu i impossibilitat (arts. 236-16.3 CCCat). L'impossibilitat d'exercir la potestat parental de manera conjunta (per absència o incapacitat d'un dels progenitors, o per qualsevol altre motiu) es reconduïxen, a l'art. 236-10 CCCat, cap a un exercici en exclusiva. La legitimació per actuar tot sol es rep, en aquests casos, legalment. No cal instar cap expedient^{50 51}.

C) Desacords sobre l'exercici de la potestat parental

Encara que la diferència sigui subtil, ja s'ha proposat distingir entre aquests desacords i els que poden sorgir *en* l'exercici de la potestat parental. Teòricament, també pot presentar-se més enllà de l'art. 236-11.4 CCCat⁵². El pressupòsit és l'existència d'un acord o resolució judicial que reordeni l'exercici de la potestat parental. Tot i així, no hi ha acord o consens quan a qui pertoca prendre una decisió concreta. Només s'apunten algunes qüestions:

- Pel que fa a l'art. 236-11.4 CCCat, no diu res quant a la naturalesa de la intervenció judicial (més enllà de que, lògicament, *“ha de*

50 Podria semblar xocant que per casos menys greus (“només” greu dificultat) calgui recórrer al Jutge, i pels més greus, que això no calgui. La perspectiva correcta no seria la de la més o menys gravetat o intensitat de l'impediment, sinó de com obsta a l'exercici conjunt. Si un dels progenitors està en coma, està incapacitat o absent, seria quasi sobrer exigir a l'altre instar un expedient per demanar al Jutge que li atribueix l'exercici en exclusiva de la potestat parental.

51 La norma clou amb una referència genèrica als casos d'exercici en exclusiva quan *“l'autoritat judicial ho disposi en interès dels fills”*.

52 Fa una interpretació dels desacords de l'art. 236-11.4 CCCat, diferent de la ressenyada *supra*, PUIG FERRIOL, Ll, La potestat parental.. cit, p. 575. Reconduïx el supòsit al cas de manca d'acords de delegació o distribució. Aleshores serien, al nostre entendre, desacords *en* l'exercici conjunt de la potestat parental. No es veuria raó per no aplicar l'art. 236-13 CCCat. De fet, el que estableix l'art. 236-11.4 CCCat s'hi adiu força. Només preveu la legitimació indistinta dels progenitors per recórrer a l'autoritat judicial i la necessitat de resoldre havent escoltat a un i altre i als fills majors de 12 anys i als menors que tinguin prou maduresa. Per la via de l'art. 85 LJV, això últim també regeix pel 236-13 CCCat.

decidir”). Els aspectes que hi apareixen són procedimentals: la legitimació de qualsevol dels progenitors i la necessitat d'escoltar els fills majors de 12 anys i els menors que tinguin suficient coneixement. De fet, això últim és una aplicació contextualitzada d'allò que ja preveu l'art. 211-6.2 CCCat, aplicable també al cas de l'art. 236-13 CCCat. Per tant, si hom compara els arts. 236-13 i 236-11.4 CCCat, tenim que a aquest darrer no hi ha res que no regeixi també pel cas del 236-13 CCCat. En aquest cas, però, s'identifica els tipus d'actuació judicial.

- Seria correcte aplicar la solució de l'art. 236-13.1 CCCat als desacords *sobre* l'exercici? Recordem que, pel cas dels ocasionals, el jutge atribueix la facultat de decidir a un dels progenitors. De fet, no sembla que jurídicament hi pugui haver, pel cas de l'art. 236.11.4 CCCat, opció més acurada (sempre, òbviament, tenint en compte l'interès del fill). Si hi ha discrepància a l'hora d'interpretar l'acord i saber a qui pertoca prendre una decisió, sembla que la resolució judicial no pugui ser altra que la d'identificar al legitimitat. La diferència amb el cas de l'art. 236.13.1 CCCat seria que en aquest no hi ha cap acord a interpretar perquè es parteix de l'exercici conjunt, diguem-ne, pur.

L'art. 236-11.6 CCCat demana que, a propòsit de determinades matèries (canvi de domicili, d'ensenyament, realització d'actes d'administració ordinària...), hi hagi acord entre els progenitors. El pressupòsit és, doncs, la vigència d'algun dels pactes de que parla l'apartat 2, en virtut del qual aquestes decisions pertoquein a un sol d'ells. El consentiment a atorgar per qui no exerceix la potestat parental pot ser exprés o tàcit. El precepte identifica com a consentiment tàcit el silenci durant els trenta dies següents a la notificació feta sol·licitant-lo sense que, a més, s'hagi *“plantejat el desacord segons el que estableix l'art. 236-13”*. Es fa, doncs, una lectura procedimental de l'art. 236-13 CCCat (i, d'aquí, que es parli no tant de “manifestar” el desacord sinó de “plantejar-lo”). Sembla, d'entrada, que no n'hi hagi prou en fer arribar, d'alguna (i de qualsevol) manera, aquella disconformitat sinó que cal, a més, plantejar el desacord judicialment.

2.2.2. *Exercici inadequat de la guarda o de l'administració dels béns del menor o de la persona amb capacitat modificada judicialment*

El contingut de la Secció III també excedeix de la potestat parental (Capítol II). Això fa matisable la seva ubicació sistemàtica com a expedient “*en materia de familia*” (Cap. III). La seva rúbrica anticipa dos àmbits materials: per una banda, l'exercici inadequat de la funció (identificada com a “*potestad*”) de guarda del menor o de la persona amb capacitat modificada judicialment; per altra, l'administració dels béns d'un i altre. Aquells àmbits es presenten doblement concretats a l'art. 87.1 LJV. No es preveu per a tota intervenció judicial que s'hi refereixi sino: primer, “*en los casos a que se refieren los arts. 158, 164, 165, 167 i 216 Código civil*”; segon, “*Y en concreto*”, a propòsit de les actuacions que s'hi relacionen, per bé que no totes elles són, estrictament, “*meduras de protecció*” personal o patrimonial (vegeu, en especial, lletra c). La darrera expressió (“*Y en concreto*”) és sobrera, ni afegeix, ni aclareix res. La prèvia remissió a articles del CCesp. ja delimita un àmbit material concret de manera que la reproducció, després, dels supòsits que s'hi contemplen, quan no és inútil, és pertorbadora⁵³. Si de cas, el que aquesta delimitació planteja és si les disposicions previstes a la Secció III es podrien arribar a aplicar en casos no previstos als articles que s'hi relacionen⁵⁴.

A) *Exercici inadequat de la guarda*

A la protecció personal, davant de l'exercici inadequat de la guarda, es reservaria l'art. 158 (art. 87.1, a LJV). La referència, a la LJV, a l'art. 216 CCesp recorda que l'àmbit subjectiu d'aquestes mesures excedeix dels fills menors: les mesures de l'art. 158 CCesp es poden adoptar “*en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos*”. L'àmbit subjectiu arriba, doncs, a la persona incapaç però, encara, sense capacitat

53 Així, perquè planteja la qüestió dels supòsits inclosos a aquells articles però després no reproduïts “en concret” (p.e el cas de béns donats, exclosos de l'administració dels pares, però sense indicar qui ha d'administrar-los).

54 Així, per exemple, quant mesures de protecció patrimonial, passa que l'art. 167 CCesp. només en preveu respecte dels béns dels fills sotmesos a potestat parental però no respecte dels béns de la persona amb capacitat modificada judicialment. Per bé que l'art. 216 CCesp. fa extensiu allò previst a l'art. 158 CCesp. a les persones incapacitades, cal fer només que el precepte fa referència notar a les de caire personal.

modificada judicialment⁵⁵. Pel que fa al contingut de les mesures (i, per tant, a la naturalesa de la intervenció judicial) les expressions són volgudament genèriques (“*medidas convenientes*”, “*disposiciones apropiadas*”, “*las demás disposiciones que considere convenientes*”).

Al Dret català, les disposicions de referència serien els arts. 236-3 CCCat (rubricat, curiosament, “*Intervenció judicial*”) i l’art. 221-5 CCCat, relatiu a les mesures de control de la institució de protecció. Aquestes arriben també a la persona incapacitable (art. 225-1 CCCat) i a la que, tot i no patir una malaltia o deficiència incapacitant, necessita d’algú altre per tenir cura d’ella mateixa (art. art. 226-1 CCCat).

B) Administració dels béns del menor o persona en guarda

Les mesures que enllacen, més o menys directament, amb l’administració dels béns del fill són les previstes a les lletres b, c i d de l’art. 87.1 LJV. Cal insistir que es tracta de l’administració per part dels progenitors.

- El supòsit previst a la lletra d) és, amb reordenació gramatical inclosa, una reproducció de l’art. 167 CCesp⁵⁶. És el més genèric, tant pel supòsit de fet (“...*cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo...*”) com per les mesures que s’hi preveuen. El nomenament d’administrador implicarà alterar el contingut de la potestat, tal vegada que la funció/deure de gestió quedarà exclòs. No hi ha norma, en aquesta seu, a propòsit d’aquest nomenament (així, entre qui es designa; cómo s’accepta el càrrec; prestació de garanties...).
- A la lletra b) de l’art. 87. 1 LJV s’esmenta només un dels supòsits previstos a l’art. 164 CCesp. Quedaria per veure què succeeix en cas de béns adquirits gratuïtament, quan el donant s’ha limitat a excloure als pares de la seva administració però sense designar un gestor (art. 164.1 CCesp). Cal designar també un administrador judicial (art. 164.2 CCesp)? O permetre que l’administració

55 El mateix passa a propòsit dels arts 43 i 52 LJV. La disposició comú parla del menor o persona amb capacitat modificada judicialment i no és fins l’art. 52 que tot plegat s’aplica també al guardador de la persona “*que hubiera de estarlo*”.

56 Lleugerament modificat per la LJV, que canvia “padres” per “progenitores” i “providencias” por “medidas” (DF1^a, 31^o).

se n'encarregui el propi fill (almenys si ja és major de 16 anys) (art. 164.3 CCesp.)? *Quid*, també, quan els progenitors han estat exclosos pel causant com a administradors dels béns del fill, per bé que a la successió corresponent ni han estat desheretats ni declarats indignes per a succeir?⁵⁷

- L'art. 87.1,c LJV és un pèl recargolat. S'imposa una lectura a l'empara de l'art. 165 CCesp. La norma general seria que, en relació als béns no administrats pels pares, cal fer-los lliurament de la part dels fruits que pertoqui per contribuir a l'aixecament de les despeses familiars. L'excepció són els fruits dels béns dels arts. 164.1 i 2 CCesp.; altrament, aquell deure de contribució i lliurament només regeix quan es tracta de béns obtinguts pel fill amb el seu treball (art. 164.3 CCesp.) o quan l'administració per part de tercers no té el seu origen en la voluntat del donant o causant (així, per decisió judicial [art. 167 CCesp.]). Però l'art. 165 esmenta una segona excepció: *"aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera"*. Si el punt de partida de la norma és que es tracta de béns no administrats pels progenitors, vol dir que aquests béns ja foren exclosos d'aquesta administració pel donant o causant. Amb això ja n'hi hauria prou per quedar al marge del deure de contribució. L'afegit de la finalitat no hi aportaria res. Una possibilitat passaria per entendre que aquella contribució tampoc regeix encara que siguin administrats pels pares, per bé que això no enllaçaria ni amb el supòsit de fet del que parteix l'art. 165 (3er par), ni amb la conseqüència pel cas de manca de medis (*"...podrán pedir al Juez que se les entregue la parte que en equidad proceda"*). Aquesta excepció també regeix pel cas dels béns dels arts. 164.1 i 2 CCesp. A l'àmbit del Dret català, les disposicions de referència serien els arts. 236-3 CCCat; 221-5; 236-22 i 236-26 CCCat.
- Els dos primers serien disposicions genèriques que, més enllà de mesures de protecció de caire personal, també inclouen les patrimonials i no només pel que fa a l'administració per part dels pares dels béns dels fills (art. 236-3 CCCat *"L'autoritat judicial (...) pot adoptar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol*

⁵⁷ El supòsit no encaixaria a l'art. 164.1 CCesp. per raó de la naturalesa lucrativa i no gratuïta del títol successori.

perjudici (...) patrimonial als fills en potestat”), sinó que arriben també a la gestió que pugui arribar a desenvolupar qui exerceix una institució de protecció (art. 221-5.2 “...amb relació a mesures de control de la gestió patrimonial ...”).

- Els arts 236-25 i 236-26 CCCat delimiten els supòsits en que caldrà designar un administrador judicial (més enllà del cas previst a l'art. 236-3); així, quan el donant o causant hagin exclòs als progenitors de l'administració dels béns sense designar a algú altre a aquests efectes i quan, tot i no haver-se formular aquella exclusió, els progenitors han estat desheretats justament o declarats indignes per a succeir. La distinta formulació dels arts. 236-25 CCCat i 164 CCesp. explica la discordança de l'art. 87.1, b LJV amb el Dret català.
- El mateix passa en relació al supòsit descrit a l'art. 87.1 c LJV. No encaixa amb l'art. 236-22.3 CCCat perquè aquest últim tampoc coincideix amb l'art. 165 (3er par.) CCesp. La regla inicial és la mateixa: el deure de contribució dels fills a l'aixecament de les despeses familiars fins i tot en relació als béns que queden exclosos de l'administració dels progenitors. També, com succeeix al dret estatal, hi ha una doble excepció. La primera serien els fruits dels béns i drets atribuïts especialment per a destinar-se a l'educació o la formació del fill. Queden exclosos de la contribució. No passa el mateix (com contràriament succeeix al dret estatal) amb altres béns rebuts a títol lucratiu exclosos de l'administració dels progenitors. El destí o afectació d'uns i altres determina un règim diferent. L'excepció a l'excepció admet dues variables. A ambdós casos, els fruits d'aquests béns amb destinació qualificada “s’han de lliurar” als progenitors. La primera seria l'existència d'un sobrant (“...en la part sobrera...”), és a dir, en aquella part en que els béns i els seus fruits no són necessaris per a encarar les necessitats de formació. La segona seria la manca de mitjans per part dels progenitors per encarar les despeses familiars. Aleshores s’hauran de lliurar fruits “en la part que, segons equitat, l'autoritat judicial determini”. La intervenció judicial s’acaba concretant, en aquest particular, en la determinació de la prestació deguda. El paràmetre de determinació seria l'equitat; el seu pressupòsit: la verificació prèvia de l'existència del crèdit (així, deure de contribució [que només existeix en la mesura que no resulti, també, contrari a equitat; art. 236-22.1 CCCat];

manca de mitjans...). L'art. 236-22 CCCat no diu res quant als béns afectes a la formació del fills administrats pels progenitors. No sembla que, en funció de qui administri, s'hagin d'alterar les regles de la contribució⁵⁸. Per tant, tot i que els progenitors, com a administradors, podran aplicar els fruits a l'aixecament de despeses, quan es tracti dels procedents de béns atribuïts per a despeses de formació, cal entendre que només ho podran fer o bé en la part sobrera o bé en la part que resulti equitatiu.

L'equiparació, en diferents aspectes, entre el tutor i l'administrador patrimonial (art. 222-13, 15, 17, 21, 23...) permet plantejar l'aplicació d'algunes de les normes previstes pel nomenament del tutor al de l'administrador.

2.2.3. L'expedient

Amb caràcter previ, cal senyalar que les mesures previstes a l'art. 87.1,a LJV no demanen necessàriament d'un expedient de jurisdicció voluntària (art. 158 CCesp. *“dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”*; *“en qualsevol procediment”*; art. 236.3 CCCat).

a) *La legitimació*. A l'art. 86.2 LV correspon a *“ambos progenitores, individual o conjuntament”*. S'adiu amb l'art. 236-13 CCCat (*“a instància de qualsevol dels progenitors”*). Pel cas de progenitor menor, l'art. 86.3 legitima també als progenitors o tutors. No hi ha regla semblant a l'art. 236-16 CCCat. El *“también”* indica que és una legitimació pròpia, diferenciada de la legitimació del propi menor. El supòsit serà un pèl estrany tal vegada que, havent-hi un desacord amb el menor, l'interessat a obtenir (i, per tant, a promoure) l'assistència o autorització judicial hauria de ser el mateix menor.

A l'art. 87.3 LJV, la legitimació activa es reconeix *“al propio afectado”*, a *“cualquier pariente”*, i al Ministeri fiscal. Es tracta de mesures que també es poden adoptar d'ofici o, en cas de persona

58 I si, administrin els progenitors o algú altre, els béns s'hagin afectat a altres finalitats³ (vegeu, no descartant altres vinculacions, LLACER MATA CAS, M^a ROSA, Comentari, a EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep, *Comentari...*, cit, p. 902). El problema no és si la donació o l'atribució successòria pot quedar vinculada a una finalitat o destí sinó en quina mesura els seus fruits poden quedar afectes a la contribució a les despeses familiars.

amb capacitat modificada judicialment, a instància de qualsevol interessat. La norma no fa distinció entre els distints supòsits i sembla que caldria fer-ho. Com a mínim, a propòsit de la lletra c, sembla que els únics legitimats serien els progenitors⁵⁹. Aquella regla de legitimació permet, atenent al Dret català, afegir dos comentaris: el primer, el contrast amb la regla de l'art. 236-3.2 CCCat que, a propòsit de la intervenció judicial en protecció dels fills en potestat, preveu l'actuació d'ofici "*o a instància dels mateixos fills, dels progenitors, encara que no tinguin l'exercici de la potestat, dels altres parents dels fills fins al quart grau per consanguinitat o segon per afinitat i del ministeri fiscal*". No queda legitimat, per tant, qualsevol parent. El segon seria per plantejar l'aplicació de l'expedient a fi d'adoptar les mesures de control de l'art. 221-15 CCCat relatiu, insistim, no només a menors i a persones amb capacitat modificada judicialment⁶⁰ni, tractant-se de menors o persones amb capacitat modificada judicialment, a tutors i curadors.

b) La *competència*, a l'art. 86.2 LJV, correspon al Jutjat del domicili o residència del fill. La regla afegida té sentit a l'empara de l'art. 156 *in fine* CCCat. Preveu el cas de vida separada dels progenitors, entenent que, aleshores, la potestat s'exerceix per aquell amb qui conviu el fill. En aquest cas, però, l'àmbit dels desacords es neutralitza per manca d'exercici comú. D'aquí que el no-convivent pugui sol·licitar, i el Jutge atorgar, l'exercici conjunt. És en aquest cas, doncs, que els desacords derivats d'aquest exercici s'hauran de conèixer per aquest mateix Jutjat. En cas de vida separada dels progenitors, el Dret català no altera la regla general de l'exercici conjunt de manera que és la que legalment es conservarà, si no es reordena pels mateixos progenitors via acord o per l'autoritat judicial (art. 236-11.1; 233-10.2 CCCat). Per tant, el supòsit no encaixa al Dret català en el que, si escau, la resolució judicial en

59 Es podria pensar també, en tant que "afectats", en els administradors, als que interessa saber quina part dels fruits han de lliurar.

60 La legitimació aleshores arriba, si no es prenen d'ofici, al Ministeri fiscal, als titulars de les funcions de protecció, a la persona assistida i a les persones cridades a l'exercici de la tutela (art. 222-10 CCCat).

cap cas establirà de bell nou l'exercici conjunt: o el mantindrà, o el reordenarà, o l'excepcionarà⁶¹.

L'art. 87.2 LJV és també una regla competencial. Coincideix amb la de l'art. 86.2 per bé que incorporant el domicili o residència de la persona amb capacitat modificada judicialment. Es preveu una excepció, amb una redacció defectuosa (“*del inicial????*”), que abasta tres supòsits: exercici conjunt de la potestat parental establerta per resolució judicial; “*atribución de la guarda y custodia de los hijos (...) establecido por resolución judicial*”; subjecció dels fills a tutela. Aquest darrer supòsit cal contrastar-lo amb l'art.89 LJV i amb l'art. 43 LJV. Aquest darrer, aplicable a tot cas de tutela (i no només de menors com al 87.2), estableix que l'òrgan que hagués tramitat l'expedient de tutela serà el competent per a conèixer de tota incidència posterior sempre que el tutelat visqui a la mateixa circumscripció. En altre cas, el que hagi de conèixer haurà de sol·licitar l'expedient complet a aquell òrgan judicial. Primer problema: l'art. 87.2 LJV excepciona aquella regla perquè no fa jugar la salvetat de manera que en cas de tutela de menor sempre haurà de conèixer el que va resoldre el nomenament? Si la resposta és afirmativa aleshores serà impossible aplicar l'art. 89 LJV . Segon problema: el cas del tutor de persona amb capacitat modificada judicialment. No hi ha regla especial a l'art. 87.2 LJV. Aplicant l'art. 43 LJV, és possible que l'òrgan que va conèixer del nomenament no sigui competent per prendre, per exemple, alguna de les mesures de l'art. 87.1.a LJV. Aleshores, atenent a l'art. 43 LJV, el jutge que va conèixer inicialment de la tutela, ha remetre tot l'expedient a jutge del 87.2 LJV. Per què remetre després al primer un testimoni si ara l'expedient ja no el té?

c) *Tramitació*. Se n'ocupa l'art. 85, rubricat així mateix. El Secretari judicial citarà a una compareixença. La disposició distingeix entre les persones que cal citar i les que es poden citar. Les primeres: el sol·licitant i, en la mesura que no ho sigui, el progenitor o progenitors, Ministeri Fiscal, guardadors o tutors quan escaigui (és a dir, quan n'hi hagi), la persona amb capacitat modificada

61 La conseqüència és que, dels desacords, haurà de conèixer el jutge del domicili del nen, no el que va conèixer del procés matrimonial (si és que els pares estan o estaven casats).

judicialment i el menor major de 12 anys o, si no arribés a aquesta edat, sempre que tingui prou maduresa⁶². Si el titular de potestat parental és un menor no emancipat, també caldrà citar als seus progenitors o tutor. Les segones: qualsevol interessat. Pel Dret català, la intervenció del menor ja ve exigida per l'art. 211-6.2 CCCat. Qualsevol dels compareixents poden proposar la pràctica de les diligències que vulguin. El Jutge també en podrà acordar d'ofici. No cal ni advocat ni procurador per a promoure i actuar a l'expedient.

d) *La resolució*. L'art. 88 LJV pensa exclusivament en l'art. 87.1,a i b LJV. Es preveu, expressament, el nomenament d'un defensor judicial o d'un administrador (això és, precisament, el que demana l'art. 87.1, b LJV i preveu com a opció l'art. 87.1, d LJV) (art. 167 CCesp.; art. 236-3 CCCat). Pel que fa al defensor judicial, el nomena el Jutge, a diferència d'allò que preveu l'art. 27 i ss LJV, que atribueix la competència al Secretari Judicial⁶³.

2.3. La intervenció judicial en casos de desacord conjugal i en l'administració dels guanys

L'art. 90.1 LJV, a diferència dels art. 86 i 87 LJV, no es limita a reproduir allò que ja anticipa i presenta la rúbrica precedent. De la mà dels legitimats activament ("*...cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten...*"), es dona pas als llistat de supòsits pels que es demana la intervenció judicial. A propòsit d'aquesta relació, no hi ha cita a les normes civils corresponents, tot i que caldrà identificar-les atesa la manca d'autonomia de la norma procedimental. Aquest llistat desenvolupa el títol del Capítol, de tal manera que en els supòsits que s'hi descriuen o bé hi ha un desacord o fan referència a l'administració dels béns comuns. La qüestió que cueja, aleshores, és si les disposicions que s'hi preveuen esdevindran aplicables a altres possibles desacords o a altres qüestions relatives a aquella administració.

Aquell llistat acaba concretant, també, la naturalesa de la intervenció judicial en els casos en que no es tracta d'una autorització

62 A efectes de jutjar aquesta maduresa, possiblement cal citar-lo abans.

63 Pot designar-se al Dret català? A l'art. 134.1 CF s'hi preveia expressament el nomenament d'un defensor judicial. Avui la referència ha desaparegut.

(això últim es el que es demana a les lletres a [*“disponer de la vivienda habitual...”*], c i e). L'actuació judicial consisteix en *“fijar”* el domicili o la contribució a les despeses familiars (lletres a i b) o, a la lletra d, *“conferir”* l'administració dels béns a un dels cònjuges.

Tal vegada que el Dret català no regula el règim de guanys, no hi ha un enllaç directe entre la norma catalana i l'art. 90.1, c, d, e LJV.

2.3.1. Àmbit d'aplicació

Als desacords implícits dels primers apartats, segueixen els aspectes relacionats amb la gestió dels guanys.

A) Desacords

- Si es demana la intervenció del Jutge per a determinar el domicili conjugal o la contribució a les despeses familiars, o per a autoritzar la disposició sobre l'habitatge familiar és, d'entrada, perquè no hi ha acord en fer-ho⁶⁴. És sobrer, per sobreentès, que s'afegeixi *“si hubiere desacuerdo entre los cónyuges”* a l'art. 90.1, a *in fine* LJV. Una decisió compartida és el que imposen els arts. 70 (*“fijarán de común acuerdo”*) i 1320 CCesp. (*“se requerirá el consentimiento de ambos”*), i 231-3 CCCat (*“determinen de común acord”*) i art. 231-9 CCCat (*“el cónyuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot disposar...”*). Ni a un ni a altre text hi ha precepte que encomani a l'autoritat judicial la fixació de la contribució a les despeses familiars quan no hi ha acord al respecte. L'art. 1318 CCesp, que no explicita com s'ha de contribuir⁶⁵, pressuposa que un dels cònjuge incompleix el seu deure de contribució i permet que l'altre sol·liciti judicialment mesures cautelars per a garantir-ne el compliment. És aquest *“deber”* el previst a l'art. 90.1 b LJV? Certament, no acaba d'encaixar. La norma catalana, l'art. 231-6 CCCat, no preveu cap intervenció judicial en aquest particular.

A manca d'acord, la fixació del domicili familiar s'ha de fer *“en interès de la família”* (arts. 70 CCesp.; art. 231-3 CCCat, que

64 D'entrada, perquè podria ser que no es pogués donar el consentiment.

65 Ho fa l'art. 1438 CCesp. en seu de separació (*“proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”*). L'art. 1362 CCesp. preveu que les despeses familiars siguin a càrrec de la societat de guanys.

afegeix “a efectos legals”)⁶⁶. Quant a l'autorització per a disposar de l'habitatge familiar, mentre l'art. 1320 CCesp. no explicita cap paràmetre o directriu d'actuació, l'art. 231-9 CCCat afegeix que el Jutge ha d'autoritzar l'acte “en interès de la família i també si es dona una altra causa”. L'autorització judicial completa el poder de disposició del cònjuge que, malgrat ser titular, no pot disposar eficaçment per si sol; és la llei la que limita aquell poder.

B) Administració dels bens comuns

Les lletres c, d i e de l'art. 90.1 LJV preveuen la intervenció judicial ja recollida als arts. 1376, 1377, 1388 i 1389 CCesp.

- La lletra c parteix de la regla general en matèria d'administració i disposició dels béns comuns: la necessitat d'acord a manca de pacte establint el contrari (art. 1375 CCesp). L'art. 1376 CCesp. preveu que l'autoritat judicial supleixi, autoritzant l'acte d'administració, el consentiment del cònjuge que “*se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello*”. Aquella autorització només pertocarà “*si encontrara fundada la petición*”. Les circumstàncies que donen entrada a la intervenció judicial a l'art. 1377 CCesp., a propòsit d'actes dispositius, són les mateixes (impossibilitat de prestació i negativa). La decisió queda supeditada a l'interès de la família (“*...cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime conveniente*”).
- La lletra d parteix també d'aquella mateixa regla general i cerca, precisament, alterar-la atribuint, en exclusiva, l'administració a un sol dels cònjuges. L'art. 1388 CCesp. relaciona les circumstàncies que permeten sol·licitar aquesta atribució. L'art. 90.1,c LJV les reproduïx: impossibilitat, abandonament de la família i separació de fet.
- La lletra e pressuposa una prèvia alteració de la regla general (així, que l'administració i disposició corresponguin legalment a un sol dels cònjuges [art. 1387 CCesp] o que les facultats administratives s'hagin atribuït judicialment a un d'ells [art.

⁶⁶ Això últim ha estat interpretat com a independència respecte del lloc de la convivència real (vegeu, PUIG FERRIOL, Lluís, Els efectes del matrimoni, cit, p. 91).

1388 CCesp.]). L'art.1389 (2on par) CCesp. demana aleshores autorització judicial per a realitzar determinats actes dispositius. És la prevista a aquella lletra e.

La qüestió a plantejar, en clau catalana, és l'aplicabilitat de l'expedient a propòsit de la comunitat de béns prevista al CCCat⁶⁷. Per analogia, si de cas. Certament, la remissió als tràmits generals, de l'art. 90.1 LJV, pot acabar deslluïnt en bona mesura aquesta proposta si no fos per les particularitats contingudes al apartats següents (com, per exemple, la que preveu la necessària intervenció d'advocat i procurador quan s'hi vegi implicada la realització d'un acte patrimonial per valor superior als 6000 euros). Les possibles alteracions a la regla general en matèria d'administració i disposició (així, l'exercici conjunt [232-33.1 CCCat]) es preveuen a l'art. 232.33.4 CCCat: atribució de l'administració i disposició a un sol dels cònjuges en cas de manca de capacitat d'un d'ells o d'impossibilitat; o autorització d'actes dispositius per un dels cònjuges, si l'altre s'hi nega, i si ho justifica l'interès de la família o qualsevol altra justa causa.

2.3.2. *L'expedient*

Més enllà de la crida a les normes comunes (art. 90.1 LJV) i de la valoració econòmica de l'acte patrimonial compromès a fi de determinar la necessitat o no d'intervenció de lletrat i procurador (art. 90.3 LJV), l'art. 90 LJV atribueix la competència d'aquests expedients al Jutge corresponent al domicili o al darrer domicili dels cònjuges. També preveu l'audiència del MF si hi són presents els interessos de menors o persones amb capacitat modificada judicialment.

⁶⁷ O, si escau, a propòsit de qualsevol altre règim de comunitat.

3. LA INCIDÈNCIA DE LA LJV EN MATÈRIA MATRIMONIAL

Ja s'ha anticipat que abasta dos àmbits. Essencialment: per una banda, l'autorització i celebració del matrimoni; per l'altra, la separació i el divorci.

3.1. La “celebració” del matrimoni

El Preàmbul de la LJV presenta, com a mostra afegida de desjudicialització de determinades actuacions, els canvis introduïts al Ccesp. en matèria de competència per a autoritzar o celebrar i, abans, per constatar la capacitat dels futurs cònjuges i la manca d'impediments (Preàmbul XI, par. 2on i 4art)⁶⁸. En aquest particular, però, la novetat és, abstractament considerada, molt menor. La raó és que, d'ençà la reforma introduïda amb la Llei 35/1994, de 23 de desembre, la competència per autoritzar matrimoni en forma civil es reconeix també als Alcaldes i Regidors a qui es delegui, és a dir, a representants polítics o òrgans públics que no són operadors jurídics⁶⁹. D'aquí que l'accés del Notari o del Lletrat de l'Administració de Justícia⁷⁰ a aquesta funció (i, també, a la d'acreditar els requisits de capacitat per a contreure matrimoni) es presenti com a novetat esmorteïda. En qualsevol cas, es tracta de funcions que conformen, diríem, el nucli dur de la forma civil de celebració del matrimoni. Això determina indubtablement l'aplicació directa, a Catalunya, de les normes que s'hi refereixen (art. 149.1.8 CE). La majoria amb una *vacatio legis*, de moment, fins el 30 de juny de 2018 (DF 21^a, 3 LJV i DT 4^a i Article únic, aprs. 4

68 “...Todo ello se emmarca igualmente en el proceso de diversificación de los elementos personales ante los que se lleva a efecto la autorización de determinados actos, que permite la concentración de la Administración de Justicia a la labor fundamental que la Constitución les atribuye de juzgar y ejecutar lo juzgado” (Preàmbul XI, par. 4art, *in fine*).

69 A la Llei del Registre civil (en endavant, LRC) (versió original de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, prèvia a la reforma per la LJV) la tramitació de l'expedient matrimonial s'encomanava al Secretari de l'Ajuntament. Es destacable que l'art. 58.2 LRC establia que el dit expedient es regiria per la LRC, el seu Reglament i, supletòriament, per la Llei 30/1992, de 26 de novembre, del *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*.

70 En endavant, Lletrat A.J.

i 5 Llei 4/2017, de 28 de juny, de modificació de la LJV). D'entre les disposicions afectades per a aquesta vigència posposada, no s'hi troba l'art. 60 Ccesp. Preveu el reconeixement d'efectes civils al matrimoni celebrat en la forma prevista pel Dret canònic, pels Acords de cooperació entre l'Estat i les confessions religioses corresponents, o per les esglésies i confessions que estiguin inscrites al Registre d'Entitats Religioses i hagin obtingut el reconeixement de “*notorio arraigo en España*” (tot plegat anticipat a Preàmbul XI, par. 5è i 6è LJV)⁷¹.

3.1.1. *L'acta o expedient previ*

La novetat és competencial. No afecta al propòsit o contingut (“... *el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio...*”). No cal pel cas de matrimoni en perill de mort (art. 52 Ccesp; vegeu, però, art. 52.3 in fine LN, pel que fa a l'acta de comprovació dels requisits de validesa del matrimoni). Es contempla com a pas previ a la celebració matrimonial a l'art. 56 Ccesp.; a l'art. 65 Cesp (i art. 58.10 LRC) com a requisit previ a la inscripció del matrimoni que, estranyament, s'hagi celebrat sense acta o expedient matrimonial.

- a) La competència s'atribueix al Lletrat A.J., Notari o Encarregat del Registre civil del lloc del domicili d'un dels contraents o, si visqués a l'estranger, al funcionari diplomàtic o consular encarregat del

⁷¹ Vegeu RD 593/2015, de 3 de juliol, *por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España*. Vegeu, també, a efectes d'allò que preveu l'art. 60.2, 2on par, lletra a i art. 63 Ccesp. l'Ordre JUS/577/2016, de 19 de abril, *sobre inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso*. Quant a l'expedient previ exigint per l'art. 60.2, 2on par. lletra a Ccesp, pertocarà tramitar-lo a l'Encarregat del Registre civil (DT 5ª, 4 LJV). No serà fins el 30 de juny de 2018 que aquesta competència arribarà al Lletrat A.J. i al Notari (art. 51.1 Ccesp i art. 58 bis.1.2 LRC i DF 21ª.3 LJV). Pel demés, les DF 5ª, 6ª i 7ª LJV modifiquen, respectament, les lleis (totes de 10 de novembre) 24/1992, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España*; 25/1992, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España* i 26/1992, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España* (vegeu DF 21ª.4 LJV, que introduxi *vacatio legis* fins el 30 de juny de 2017, ampliat fins el 30 de juny de 2018 per la Llei 4/2017).

Registre civil. Quant al procediment, és el fixat a l'art. 58 LRC (per remissió de l'art. 56 Ccesp. i art. 51.2 LN). En el cas del Notari, tramitarà i autoritzarà acta matrimonial (art. 49.2 i art. 51 LN); en els altres, s'instruirà un expedient, que caldrà resoldre.

b) S'explicita aquella finalitat als arts. 51.1 i 56 Ccesp, 58.2 LRC i 54.1 i 6 LN. L'expressió (probablement inspirada en l'art. 58.2 LRC [versió original Llei 20/2011] i 246 RRC) deixa enrere la més bàsica de l'art. 56 Ccesp (abans de la reforma; “ (...) *acreditarán previamente (...), que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código*”). Els requisits de capacitat, la inexistència d'impediments o la seva dispensa (arts. 46, 47 i 48 Ccesp) cal que es constatin al temps d'autoritzar l'acta o resoldre l'expedient. Per bé que el consentiment matrimonial hi actua com a referent (tal vegada que s'hi constata la capacitat per a emetre'l), és una valoració deslligada del moment de l'emissió, que pot produir-se temps després⁷². L'art. 58.5 (1er par.) LRC revela que la finalitat de l'acta o expedient va més enllà i no es limita a comprovar i constatar, només, la capacitat dels promotors. Un segon propòsit seria el d'efectuar una mena de control preventiu de la validesa del consentiment matrimonial per raó, lògicament, de circumstàncies o aspectes que no depenguin només de la capacitat per a contreure'l. Es pensa, bàsicament, en possibles simulacions (“...*para acreditar (...) cualquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio*”).⁷³ La conseqüència seria que, tot i

72 Cal tenir en compte que l'art. 58 LRC, quant a l'acta o expedient previ, s'aplica també als efectes d'allò previst a l'art. 60.2 Ccesp, és a dir, a propòsit del matrimoni que es vulgui celebrar d'acord amb la forma prevista per una església o confessió “de notorio arraigo” (art. 58.2 bis LRC). És en aquests casos que l'art. 58.2 bis estableix que el consentiment matrimonial “*deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha del acta o resolución que contenga el juicio de capacidad matrimonial*” (regeix també el mateix termini al règim transitori; vegeu DT 5ª, 4 (2on par) LJV). El mateix termini apareix a l'art. 7.2 *in fine* (modificat per la LJV) de la Llei 26/1996, de 10 de novembre, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España*. Pel cas de celebració de matrimoni en forma civil, l'art 58. 5 (3er par) LRC demana publicar novament els anuncis dels arts. 243 i 244 RRC si el matrimoni no s'ha celebrat abans de l'any d'ençà la primera publicació.

73 Es podria afirmar que els requisits dels arts. 46 i 47 Ccesp. són objectius en el sentit que depenen de circumstàncies del tot objectives, alienes a la voluntat dels promotors (així, la majoria d'edat, l'existència de vincle de parentiu...). Des d'aquesta perspectiva, si no fos per aquell control preventiu, no s'acabaria d'entendre del tot

tenir capacitat per a contreure matrimoni (arts. 46 i 47 Ccesp), es podria no autoritzar l'acta o resoldre desfavorablement l'expedient en cas de concórrer circumstàncies que facin pensar en un futur consentiment nul. La sospita fonamentada de nul·litat impedeix l'atorgament mateix del negoci.

Més enllà dels informes i altres diligències que l'instructor consideri convenient demanar o practicar (art. 58.5 LRC), es preveu com a contingut necessari de l'acta o expedient el poder ("*especial en forma autèntica*") de l'art. 55 Ccesp o l'informe mèdic dels arts. 56 Ccesp i 58.5 (apar. 1er *in fine*) LRC.

3.1.2. *L'atorgament del consentiment matrimonial*

La novetat també és competencial. L'art. 51.1 Ccesp. relaciona les persones autoritzades a aquests efectes ("*Será competente para celebrar el matrimonio: (...)*", però sense vincular la dita competència a l'acta o expedient previs, com fa l'art. 57 Ccesp i reitera l'art. 58.8 LRC⁷⁴. En qualsevol cas, deixa de ser competència dels Jutges Encarregats del RC. Això últim dóna raó de la tan proclamada desjudicialització a l'àmbit matrimonial. Atenent a l'art. 51 i 57 Ccesp. tenim:

- Supòsits en els que qui ha tramitat l'acta o expedient pot celebrar també el matrimoni: són els casos del Lletrat A.J., funcionari diplomàtic o consular i del Notari. Més enllà d'aquesta possibilitat, els contraents poden optar per escollir, en el primer cas, a un altre Lletrat; en el segon, a un altre funcionari i, en el tercer, a un altre Notari. En tots els casos, l'opció pot recaure també en el Jutge de Pau, Alcalde o Regidor a qui es delegui. El que no permet la norma és, doncs, triar a un Notari si l'expedient previ l'ha tramitat un Secretari judicial; tampoc a la inversa.
- Supòsit en el qui ha tramitat l'expedient no és en canvi competent per a autoritzar el matrimoni: és el cas de l'Encarregat del RC. Els promotors poden aleshores triar entre el Jutge de Pau, Alcalde o

la finalitat de l'audiència prevista a l'art. 58.5 LRC ("*...oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado...*") si el propòsit al que es vincula és, només, al de "*cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento*".

74 L'art. 57 Ccesp. també és més precís terminològicament que l'art. 51: "El matrimonio...podrá celebrarse *ante*...". Els qui celebren o atorguen el consentiment matrimonial són, només, els cònjuges.

Regidor a qui s'hagi delegat. Si a la localitat a on es vol celebrar el matrimoni no hi ha Jutjat de Pau, les opcions es redueixen a l'Alcalde o Regidor⁷⁵.

A diferència de la competència per a autoritzar l'acta o tramitar l'expedient, la tria de la persona davant qui atorgar el consentiment matrimonial no va en cap cas lligada al lloc de residència dels contraents^{76 77}. Òbviament, cal que sigui persona competent al lloc de celebració del matrimoni. (art. 51.2 Ccesp).

La DT 4^a.2 LJV (modificada per l'Article únic, apr. 1^{er} Llei 4/2017) preveu el règim transitori aplicable als expedients iniciats abans de la completa entrada en vigor de la LRC. La competència es reserva als Jutges encarregats del RC, per bé que el matrimoni es podrà celebrar: o bé, fins com ara, davant del Jutge encarregat del RC (o Jutge de Pau, per delegació) o funcionari diplomàtic o consular encarregat del RC o, a decisió dels contraents, davant de l'Alcalde o Regidor a qui es delegui, del municipi on es celebri el matrimoni; o bé, com a novetat, davant del *“Secretari Judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración”*⁷⁸.

L'art. 58 Ccesp. es modifica també als efectes: primer, d'incloure als nous autoritzants; segon, d'incloure també l'escriptura pública

75 Pel cas de matrimoni en perill de mort i, per tant, no precedit d'acta o expedient, a l'Alcalde, Regidor, Jutge de Pau, Lletrat, Notari i funcionari diplomàtic o consular, s'hi sumen *“2º El Oficial o Jefe superior inmediato respecto de los militares en campaña; 3º El Capitán o Comandante respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave”*.

76 Aquesta possibilitat ja figurava a l'art. 57 Ccesp (abans reforma LJV)

77 Pel que fa al moment de la tria, l'art. 52.2 LN concreta que ha de constar a *“la solicitud inicial”* o manifestar-se *“durante la tramitación del acta”*. D'acord amb l'art. 240 RRC, la designació del funcionari escollit per a la celebració cal que consti a la sol·licitud amb la que s'inicia l'expedient.

78 Vegeu, en aquest sentit, Circular 1/2015, del Consejo General del Notariado, *relativa a la celebración de matrimonio por notario*. Vegeu també *Instrucción por la que se resuelve consulta formulada por los Magistrados de los Registros civiles exclusivos de Madrid y Sevilla en cuanto a la intervención de los Notarios y Secretarios judiciales en la celebración de bodas al amparo de la Nueva ley de jurisdicción voluntaria*, de 3 d'agost de 2015. En aquest darrer cas, s'estableix que el Jutge encarregat del Registre civil només ha de remetre al Lletrat o Notaria escollit *“testimonio del auto firme aprobatorio del expediente de capacidad matrimonial (...) En esto se diferencia de la delegación en otro Encargado de Registro civil, en cuyo caso si se deberá dar traslado de la totalidad del expediente (cfr. Artículos 250 y siguientes del Reglamento del Registro civil)”*.

que obeeixi a la possible intervenció del Notari (art. 49.1 LN; art. 58.8, 2n par LRC); tercer, de fer desaparèixer la inscripció immediata (“...extenderá la inscripción...”) en coherència amb la manca de competència de l’Encarregat del RC per a celebrar matrimonis.

En què consisteix realment la intervenció de la persona davant de qui s’atorga el consentiment matrimonial? No es tracta només d’un testimoni qualificat⁷⁹, ni de l’encarregat només d’ordenar l’acte de celebració o de lliurar el document (acta o escriptura pública) que caldrà remetre al Registre civil. Certament, ordena l’acte d’emissió de les declaracions de voluntat (“(...) después de leídos (...)”⁸⁰, preguntará (...), declarará (...) y extenderá (...); art. 58 Ccesp.) i n’és el receptor. La declaració del vincle (“declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio”) no serà automàtica. Sens perjudici d’una eventual impugnació ulterior, l’autoritzant ha de verificar que la declaració s’ha emès amb capacitat natural i sense vicis del consentiment.

3.2. La separació, el divorci i llurs efectes arran de la LJV

El Preàmbul de la LJV anticipa que també es desjudicialitzen la separació i divorci “*de mutuo acuerdo (...)sin hijos menores de edad*” (XI, par. 2on). Amb tot, per bé que aquesta és la modificació estructural més significativa, n’arrastra d’altres. Val la pena destacar-ne alguns aspectes per encarar, després, la qüestió de la seva influència al Dret civil català⁸¹.

3.2.1. La separació i el divorci “legals”

El nou sistema s’estructura atenent, principalment, a dos paràmetres. El primer seria l’existència de fills menors no emancipats o amb la capacitat modificada judicialment que depenguin dels seus progenitors. El segon és l’existència o no d’un acord entre els cònjuges quant a la

79 Per cert, que l’exigència de dos testimonis majors d’edat (art. 57 Ccesp abans de la reforma) s’ha convertit, només, en l’exigència de dos testimonis a l’art. 58.8, 2n par. *in fine* LRC i DT4^a.2 LJV.

80 Vegeu CABALLOL ANGELATS, Ll., “La lectura del Codi de Família a l’atorgament del consentiment matrimonial en forma civil”, *RJC*, vol. 102, nº 3, 2003, p. 825-834.

81 Dret català que sempre ha caminat, en aquest punt, sobre segur; així, limitant la seva regulació als efectes de les situacions de crisi matrimonial (vegeu, Preàmbul III, par. 12 Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família).

voluntat de separar-se o divorciar-se, i a les mesures derivades de la nova situació. D'un i altre en depenen les diferents vies per les que es pot assolir el nou estat. Tal vegada que són tres funcionaris distints els que hi són presents (així, el Jutge, el Lletrat A.J. i el Notari), hom podria parlar de tres vies distintes que, en la mesura en que són les *regulades legalment*, permeten parlar de separació o divorci *legals*. De divorci no n'hi pot haver cap altre: és una situació jurídica, que determina la dissolució del matrimoni en vida d'ambdós cònjuges, i que només es pot assolir per les vies legalment previstes. La separació descriu, abans que res, una situació material: el trencament de la comunitat de vida. També és present al divorci, com a rerefons. Però el divorci li afegeix i es defineix per aquell efecte extintiu. La separació de fet no seria *alegal*, en la mesura en que, no sols no és desconeguda per la norma, sinó que, fins i tot, se li atribueixen determinats efectes jurídics. Però aquesta atribució no és sistemàtica i suficientment completa, com passa a la separació legal⁸². Des d'una altra perspectiva, es podria fer un ús moderat de les categories negocials de l'atipicitat i tipicitat, en el benentès que aquesta darrera demana, no sols d'una tipicitat de configuració, sinó també de regulació. L'inconvenient de la categoria "separació o divorci legals (o típics)" és que no discrimina entre aquelles tres vies⁸³.

A) Els criteris

L'existència de fills menors o amb capacitat modificada judicialment és un criteri determinant en aquest nou disseny. La separació o el divorci s'hauran de sol·licitar, *en qualsevol cas*, al Jutge competent

82 DÍAZ MARTÍNEZ, A., Comentario al art. 81, a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.), *Las modificaciones del Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p. 190. Destaca que arran de la DA1^a (apart. 2n; "separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, deberá entenderse como separación notarial"), "*puede generar dudas sobre la subsistencia, con autonomía, de la separación de hecho con acuerdos de las partes documentados en forma pública y la separación notarial*". La disposició legal, però, té altres implicacions. Així, per exemple, ara no serà suficient amb deixar només constància de la voluntat de separar-se sino que caldrà, a més, acompanyar conveni regulador.

83 Vegeu DF2^a Llei 3/2017. S'hi constata la voluntat de substituir l'expressió "separació judicial", per "separació legal" en un intent de distingir-la, només, de la separació de fet encara que no trasllueixi si és la formalitzada en escriptura pública, decret o Sentència (vegeu, arts. 231-30.1, 231-31.1, 232-16.1 (a), 232-36.1 (a) CCCat).

(art. 769 LEC), que resolrà mitjançant Sentència (“*Se decretará judicialmente...*”; arts. 81 i 86 Ccesp⁸⁴). Tant hi fa que sigui de mutu acord o contenciós. Cal, però, que concorrin els requisits de l’art. 81 Ccesp (així, el temporal [*“una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio*] i el documental [*“se acompañará una propuesta de convenio regulador ...” “una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”*]). Les normes de procediment es veuen, en ambdós casos, a la LEC que, d’aquesta manera, manté en una mateixa seu sistemàtica les normes a les que es sotmetrà el procés contenciós i a les que restarà sotmès també l’expedient (que, per manca de “*controversia*”, cal entendre que és de jurisdicció voluntària; art. 1 LJV) de separació o divorci de mutu acord⁸⁵. Només dos aspectes a afegir: el primer seria que pot succeir que recaigui també Sentència de separació o divorci *en altres casos*: així, com es dirà, quan tot i no haver-hi fills menors o amb capacitat modificada judicialment, el Lletrat A.J. o el Notari consideren que la proposta de conveni és greument perjudicial per un dels cònjuges o pels fills afectats, majors o menors emancipats (art. 90.2, 3er par CCCat; art. 777.10, 3 par. LEC; art.54.3 LN). El segon aspecte enllaça amb la legitimació activa per a promoure una acció de separació o divorci que, encertadament, es limita als cònjuges. Amb tot, admesa jurisprudencialment la legitimació dels representants legals de l’incapacitat per a exercitar aquelles accions, es proposaria que en aquests casos, fossin de mutu acord o contenciosos, la competència la tingués sempre el Jutge, amb independència de l’existència de fills menors o amb capacitat modificada judicialment. Si el que aquesta modificació afecti a un fill ja és raó suficient per reservar la competència al Jutge, amb més motiu s’hauria d’aplicar la mateixa regla en cas que sigui un dels cònjuges qui pateixi aquella alteració.

El segon criteri és l’existència o no d’acord quant a la voluntat de separar-se o divorciar-se i als efectes ulteriors. Els arts. 82 i 87

84 Es fa, en aquest particular, molt visible el criteri que recull el Preàmbul VII (*in fine*), com a determinant de la reserva al Jutge d’aquells expedients en els que “*estén en juego los derechos de menores o de personas con capacidad modificada judicialmente*”. No és l’únic previst (“*aquellos expedients que afecten al interés público o al estado civil de las personas, los que precisen de una tutela específica de normas sustantivas...*”), però segurament és el interès més clar i més fàcilment identificable en un expedient.

85 La conclusió és que la LJV no regula, en exclusiva, tots els expedients de jurisdicció voluntària en els que cal intervenció d’un òrgan jurisdiccional (art. 1 LJV).

Ccesp. preveuen els anomenats separació o divorci de mutu acord. Considerats els arts. 81 i 86 Ccesp., la conclusió immediata seria que els primers només regeixen pel cas de no haver-hi fills menors o amb capacitat modificada judicialment. Expressament s'exclouen aquests casos a l'art. 82.2 Ccesp. L'eficàcia de la separació matrimonial (art. 83. 2on par. Ccesp.) demana que l'acord dels cònjuges (*“Los cónyuges podrán acordar su separación...”*) es formuli/manifesti davant del Lletrat A.J. o del Notari. Aquell acord esdevindrà el contingut principal d'un conveni regulador que haurà d'incloure, també, les mesures derivades de la separació o divorci. Tot plegat cal que sigui confirmat per cadascun dels cònjuges. Aquesta confirmació es preveu que sigui personal, a realitzar davant del Lletrat A.J. o del Notari i amb l'assistència de Lletrat en exercici⁸⁶. L'art. 54 LN i l'art. 777 LEC desenvolupen allò que preveu l'art. 82 Ccesp. Permeten alguns comentaris: el primer, a propòsit del terme “mutu acord” que relatiu, d'una manera quasi absurdament redundant, a l'acord de separació o divorci als arts 82 i 86 Ccesp. i a l'art. 54 LN, es refereix a l'acte formal de presentació de les *“peticiones de separación o divorcio”* a l'art.777.1 LEC. En aquest context, hi ha acord de separació o divorci, acord en presentar la sol·licitud i el *“mutuo acuerdo”* aportaria la dada addicional, formal, de la presentació *per tots dos* del document, en el benentès que també s'hi val la feta per un amb el consentiment de l'altre. No hi ha raó per no admetre aquesta possibilitat també en cas de separació o divorci notariais. És clar que aleshores qui només ha consentit no disposa de lletrat en exercici, l'assistència del qual és preceptiva a l'acte d'atorgament. El segon es fixaria en la intervenció dels cònjuges en l'acte d'atorgament de l'escriptura que, segons l'art. 82 Ccesp. ha de ser “personal” i consentint. Es preveu essencialment el mateix a l'art. 54 LN, mentre que la LEC opta, sense més conseqüències, pel terme “ratificació”⁸⁷ i afegeix que ha de fer-se “per separat” (art. 777.3 LEC). El darrer comentari es faria a propòsit del

86 La terminologia legal no és del tot acurada: els cònjuges, estrictament, no poden formular *“en escritura pública ante Notario”* el conveni regulador (art. 81, 1er par.). És el Notari qui “atorga” (art. 54.3 LN; “autoritza”, art. 49 LN) l'escriptura. Pel demés, només en aquests casos es pot parlar d'intervenció dels cònjuges en el dit “atorgament” (art. 81.1, 2on par; art. 83), que no hi és quan es tracta de decretar la separació. Aleshores, el que hi ha és un acte de ratificació, abans de dictar-se el decret (art. 777.3 LEC).

87 Ratificar vol dir, en aquest context, confirmar allò sobre el que prèviament ja s'ha consentit.

règim jurídic a aplicar als dits expedients. La remissió al Codi civil i a la Llei del Notariat és explícita a l'art. 54.3 LN. En cas de petició que pertoqui conèixer al Lletrat A.J., subsidiàriament a allò previst a l'art. 777 LEC aplicarem la LEC o les disposicions generals de la LJV?

Al Ccesp. ha desaparegut tota referència a la separació o divorci contenciosos sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment que depenguin dels seus progenitors (previstos, abans de la LJV, a l'art. 81, 2º i 86 Ccesp). De fet, més amoïnats en dissenyar quan (així, passats 3 mesos d'ençà el matrimoni), cóm (amb acord o sense acord; amb proposta de mesures...) i davant de qui es poden sol·licitar (arran dels nous arts. 81 i 86, davant del Jutge, Lletrat A.J. o Notari...), ja des del 1981 el Ccesp ha refusat la idea de presentar la separació i el divorci, d'entrada i abans que res, com a drets, facultats o accions (així, personalíssims, incaducables...). Això no exclou que el pressupòsit sigui aquest: el dret a separar-se o a divorciar-se⁸⁸, de manera que tota controvèrsia a propòsit del seu exercici ha de trobar empara judicial. Una conseqüència ulterior d'aquest silenci sobrevingut és que l'exigència en aquests casos del termini de 3 mesos d'ençà la celebració del matrimoni s'ha de fer per via de l'aplicació per analogia dels arts. 81 i 82 Ccesp. Hi ha identitat de raó en tots els supòsits⁸⁹.

B) El control material del contingut del conveni: els acords “perjudicials”

La idea mateixa de control reconduïx la qüestió cap els supòsits en que hi ha acord dels cònjuges quant a les mesures derivades de la separació o divorci. Aquell acord és l'objecte a controlar. Si el matrimoni té fills menors o amb capacitat modificada judicialment, la competència s'atribueix al Jutge precisament per la necessitat i conveniència de vetllar pels seus interessos. D'acord amb l'art. 90.2 (1er par.) Ccesp., el Jutge aprovarà les dites mesures llevat que comportin dany pels fills (“*Los acuerdos de los cónyuges (...) serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos*”).

⁸⁸ Estrictament, serien més aviat facultats o poders de configuració jurídica.

⁸⁹ Pel que fa al dit termini, no hi té res a veure que la separació o el divorci siguin contenciosos o de mutu acord, o que hi hagi o no fills menors. L'origen de l'exigència es troba a la Llei 15/2015, de 8 de juliol, que va optar per exigir “*prudentemente*” aquests 3 mesos (vegeu Preàmbul, par. 19è).

Pel cas de separació o divorci de mutu acord sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment, l'art. 82.1 (2on par.) Ccesp. preveu que, a més dels cònjuges, els fills majors o menors emancipats també *“deberán otorgar su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”*. Es tracta d'una intervenció tant personal com la dels cònjuges, per bé que, com que no se'ns diu res, no cal que es faci amb l'assistència de Lletrat (art. 82.1 [2on par, principi] a contrario Ccesp.). Es qualifica com a “consentiment” i es preveu com a doblement condicional: només regirà aquella exigència quan hi hagi mesures que els puguin afectar i quan aquesta afectació trobi la seva raó última en el fet de conuiu al domicili familiar per no tenir ingressos propis⁹⁰.

L'art. 90.2 (par.3er) Ccesp. encomana al Lletrat A.J. o Notari un control material del contingut del conveni (vegeu, també, art. 54 LN i art. 777.10, 3er par. LEC)⁹¹. I ho fa sense gaire de marge de maniobra. Literalment: primer, el control abasta qualsevol mesura. A propòsit dels fills majors o emancipats, l'afegit *“afectados”* reconduiria el supòsit a les mesures de l'art. 82.1. En segon lloc, portant a aquesta nova seu allò que ja regia a propòsit del procés judicial de mutu acord (art. 90, 2on par.Ccesp [abans de la reforma per LJV]), aquest control permet paraitzar l'expedient si hi ha perjudici per un dels cònjuges⁹². En darrer terme, la identificació de mesures potencialment perjudicials o danyoses (*“pudiera ser dañoso...”*) autoritza, no només la paraització de l'expedient, sinó que en determina la seva fi. El sol risc o sospita de perjudici obstina a continuar per la via endegada. Això vol dir, des d'una altra perspectiva, que el criteri valoratiu del Lletrat A. J. o Notari

90 El cas més clar seria el pacte relatiu a aliments per a fills majors.

91 Més enllà d'un control de competència (que estarà en funció de l'existència o no de fills menors o incapacitats i dels criteris de competència territorial que concorrin), cal efectuar un control de legalitat (així, verificant si el matrimoni fa o no tres mesos d'ençà que es va celebrar), un control de capacitat (exigible sempre que calgui efectuar declaracions de voluntat o altres manifestacions) i un control formal de contingut (en el sentit de verificar si al conveni es fa esment de tots aquells extrems que cal que hi constin).

92 Fins a la LJV, el control del caràcter perjudicial dels pactes per un dels cònjuges no s'ha acostumat a practicar tret que, al seu torn, impliqués perjudici pels fills menors (vegeu, sobre la qüestió, RUBIO GIMENO, G., *Autorregulación de la crisis de pareja (una aproximación desde el Derecho catalán)*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 61-62).

no s'imposa. Es tanca l'expedient però sense quedar prejudicat el caràcter perjudicial o danyós de la mesura. Aleshores, i sense necessitat d'esmenar res, els cònjuges poden intentar l'aprovació judicial del mateix conveni (art. 90.2, 3er par. *in fine* CCCat). Vol dir també que per molt concret i delimitat que sigui l'acord considerat greument perjudicial el que s'acaba paralitzant és tot. Tot plegat suggereix dues qüestions, que aquí només s'apunten: la primera, a propòsit de la naturalesa, valor o eficàcia del consentiment dels fills majors o emancipats; el segon, a propòsit de com es protegeixen (si és que queden protegits) aquests mateixos interessos a altres expedients o processos.

(a) El consentiment dels fills majors o emancipats afectats per les mesures

Al marge de l'oportunitat de donar o no intervenció al procediment a aquests *altres* afectats i de com fer-ho, l'art. 82.1 (2on par) Ccesp. és molt clar a l'hora d'exigir el seu "consentiment"⁹³. Voldria dir tant com manifestar-se d'acord amb allò que proposen altres. També es demana el consentiment dels avis a l'art. 90.2 (2on par.) Ccesp i a l'art. 233-12.1 CCCat^{94 95}. Però més enllà d'aquesta elementalíssima (quasi sobrer) observació, es plantegen dues qüestions ulteriors: la primera seria la de l'efecte de l'atorgament o no d'aquest consentiment⁹⁶. Així: si s'atorga, s'exclou el control *a posteriori* de l'art. 90 Ccesp.? D'entrada es diria que no. El motiu seria que no es veuria raó per tractar de manera distinta, en aquest punt, als cònjuges que a aquests fills. I sembla que encara que aquells hagin consentit (altrament no es podria avançar en el procediment), pertocarà efectuar aquell control material. *Quid* si els que no consenteixen són aquells fills majors o emancipats? Caldrà posar fi

93 A més de clar, també és lògic exigir el consentiment dels cònjuges, que són els que proposen el conveni. Mentre ni el Ccesp. ni la LN expliciten què passa si un d'ells no consenteix, l'art. 777.3 LEC afegeix que s'arxivaran les actuacions, sens perjudici de poder presentar demanda.

94 Lògicament, al cas de l'art. 82 Ccesp. no hi ha norma semblant quant als avis perquè només regeix quan no hi ha fills menors.

95 A propòsit de com es planteja processalment la intervenció d'aquests avis al procediment, vegeu VIÑAS MAESTRE, DOLORS, Comentari a l'art. 233-12, a EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J., *Comentari al llibre segon...*, cit, p. 458.

96 Filant prim, fins i tot podríem dir que fins que no consenteixen, si és que ho fan, no són estrictament "afectats" (perquè el pacte no els pot vincular o afectar jurídicament).

també a l'expedient o caldrà efectuar igualment aquell control de manera que només si es percep risc de dany o perjudici greu s'haurà de tancar l'expedient? Si es tracta d'això últim, si aquest control cal efectuar-lo sempre, prescindint del previ atorgament o no d'aquell consentiment, no s'acaba de veure el per què de la seva exigència. Una possibilitat passaria, tractant-se d'un pacte no perjudicial, per derivar d'aquell consentiment algun altre efecte (així, per exemple, la legitimació del fill major per demanar l'execució de la mesura consentida).

(b) Procés contenciós o expedient de mutu acord amb fills menors: també cal protegir els interessos dels majors o emancipats?

Aquest control material del contingut del conveni es preveu, expressament, pel cas de separació o divorci de mutu acord sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment. S'hi preveu, però, amb alguna badada. Per bé que l'art. 777.10 (3er par.) LEC vincula la fi de l'expedient amb l'advertència, per part del Lletrat A.J., de risc de dany o perjudici greu per algun dels cònjuges o fills majors o emancipats, no hi ha norma que reculli (i, per tant, articuli procedimentalment) l'exigència prèvia del consentiment que introdueix l'art. 82 Ccesp.

La qüestió ulterior seria si aquests interessos queden igualment protegits quan la via per a assolir la separació o el divorci és una altra: així, perquè tot i no haver-hi fills menors o amb capacitat modificada judicialment, tampoc hi ha acord entre els cònjuges i cal recórrer a un procés contenciós; o perquè, sigui de mutu acord o no, hi ha també fills menors o amb capacitat modificada judicialment. L'element comú a tots aquests supòsits seria que la competència s'atribueix al Jutge. Però podem igualment distingir. Pel cas de procediment de mutu acord (per tant, amb fills menors o incapacitats), el referent seria l'art. 90.2 (par. 1er) CCesp. que mana al Jutge aprovar els acords proposats pels cònjuges llevat que siguin "*dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*"⁹⁷. Aquests fills, són només els que han determinat

97 Cal fer notar que l'expressió (que prové d'abans de la reforma del Ccesp per la LJV i que, per tant, s'aplicava a tot procés de mutu acord, hi haguessin o no fills menors) no és del tot coincident amb la del par. 3er de l'art. 82 Ccesp. reformat ("*dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores....*"). La sensació és que hi hauria, sense raó, un tracte distint però en relació a la protecció dels cònjuges: en cas de mutu acord amb fills menors, el Jutge només es pot negar a

la competència del Jutge? O, si hi ha també fills majors, hi poden quedar inclosos? El que no s'acabaria d'entendre és que l'existència de germans menors o amb capacitat modificada judicialment determinés una rebaixa del nivell de protecció atorgat en altres supòsits⁹⁸. Tampoc que aquesta protecció fos una o altra en funció de si els cònjuges actuen de mutu acord o per via contenciosa. Si és aquest el cas, l'art.93, 2on par. Ccesp. permet que el Jutge fixi aliments per als fills majors o emancipats “ (...)que carecieran de ingresos propios” i que, a més, “...convivieran en el domicilio familiar”⁹⁹. Però cal fer notar: primer, que el Jutge els fixaria sense intervenció dels alimentats¹⁰⁰; segon, que la disposició parla, només, d'aliments, mentre que a l'art. 90.2 Ccesp. el control abasta qualsevol mesura que els pugui “afectar”¹⁰¹.

3.2.2. *L'apunt teòric: separació i divorci com a declaracions de voluntat?*

Ho són. Constitueixen maneres d'exercitar una facultat o poder de configuració jurídica. Destacaria el seu formalisme i, arran d'aquest, la seva perfecció pautada o successiva. El primer deriva de la necessitat d'encarrilar d'una determinada manera aquella voluntat a fi d'assolir l'efecte buscat (així, davant d'autoritat competent; si hi ha acord, aportant conveni regulador...); la segona de la necessitat, expressada d'una manera o altra, de ratificar, confirmar o reafirmar la voluntat ja manifestada a la sol·licitud. Si de cas, això últim seria matisable en cas de formalització de la separació o divorci davant de Notari. S'intervé en l'atorgament de l'escriptura manifestant la voluntat de separació o divorci; ni s'exigeix, ni es demana una declaració prèvia (tot i que, pràcticament, hi serà) que ara calgui ratificar o confirmar; és ara que es declara. Amb tot, la voluntat

aprovar les mesures si són “greument perjudicials” per un dels cònjuges; en cas de mutu acord sense fills menors, es posa fi a l'expedient si alguna de les mesures pot arribar a ser-li “danyosa o greument perjudicial”.

98 A més, segurament serà aquest l'article a aplicar quan resulti que, davant la sospita de perjudici o dany apreciada per Notari o Lletat A. J., els cònjuge s'adreixin al Jutge presentant el mateix conveni regulador.

99 La disposició va ser introduïda per la Llei 11/1990, de 15 d'octubre, *de Reforma del Código civil en aplicació del principi de no discriminación por razón de sexo*.

100 Vid. art. 94, 2on par, CCesp. que reclama consentiment dels avis per a fixar un règim de comunicació i visites. Segurament perquè, en interès del menor, l'eficàcia d'allò que es resolgui demana que els avis hi estiguin d'acord.

101 Per exemple, un canvi de domicili (així, si l'habitatge familiar s'atribueix al progenitor amb qui no conviu el fill).

declarada formalment de manera idònia és insuficient per a generar l'efecte cercat: cal la intervenció de l'autoritat competent autoritzant-lo.

3.2.3. *Reformar el Dret català en matèria de separació i divorci? Cóm?*

La qüestió parteix, de nou, de l'art. 149.1.8 CE i de l'abast de l'expressió "*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio*". Però parteix, també, de l'opció seguida fins ara en aquest particular pel legislador català de limitar-se a regular els efectes de la separació, nul·litat i divorci¹⁰².

A) *Separació i divorci de mutu acord sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment*

Per l'elementalíssima raó que no s'hi veuen implicades funcions jurisdiccionals, no planteja objecció que la competència per a conèixer d'aquests expedients s'encomani als Notaris i als Lletrats A. J. Quan la petició s'adreça a aquests, caldria aclarir si pot fer-se de mutu acord o s'admet també, tal i com contempla la LEC, la formulada per un amb el consentiment de l'altra. En qualsevol cas, la necessitat de ratificar després la sol·licitud, degudament assistits per Lletrat en exercici, comportarà pràcticament que s'acabin presentant de mutu acord.

A més de l'assistència lletrada, convindria que es recollís una exigència addicional: que el consentiment a atorgar, ja sigui davant Notari o davant el Lletrat A.J., es fes "*per separat*" (777.3 LEC; 231-20.2 CCCat, relatiu a l'assessorament notarial quant als pactes en previsió de la ruptura matrimonial). Tant la necessitat de consentiment com que s'atorgui per separat són requisits íntimament lligats a l'atorgament, de manera lliure i sense pressions, d'un consentiment reflexionat¹⁰³. Esdevenen requisits procedimentals al servei de la correcta emissió del consentiment. Aquesta subordinació del *cóm*

102 Vegeu PUIG FERRIOL, LL.; ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, 2014, p. 279, quant a que la matèria reservada inclou les causes que poden produir la separació, la nul·litat i el divorci, el procediment, però no els efectes.

103 La funció d'assessorament i consell del Notari es preveu, amb caràcter imperatiu i general, a l'art. 1 (par. 3) Reglament Notarial. Regirà, per tant, també quan els cònjuges s'adrecin al Notari a fi de formalitzar la separació o el divorci (no, en canvi, quan pertoqui aquella formalització, mitjançant Decret, al Lletrat A.J.). Se sumarà a l'assistència lletrada (preceptiva aquí i no, per exemple, a l'art. 231-20 CCCat). Vegeu SERRANO DE NICOLÁS, A., "Ley de Jurisdicción voluntaria: aspectos

consentir als requisits materials del consentiment justifiquen la plena competència del Parlament de Catalunya per a modificar o, si escau, afegir noves circumstàncies relatives a aquella forma¹⁰⁴. Que al Dret català, com es veurà, no hi hagi control material dels acords perjudicials pels cònjuges no exclou sinó que, al contrari, justifica extremar preventivament aquest tipus de cauteles formals.

B) *Els acords perjudicials: controlables ex officio?*

Els aspectes abans ressenyats eren, per una banda, els acords potencialment perjudicials per un dels cònjuges; per altra, els també sospitosament perjudicials per a fills majors o emancipats. Més enllà de la decisió política d'incorporar o no aquest control (que, recordem, al Ccesp. es preveu *ex officio*), es proposa verificar si hi hauria una raó tècnica suficient que justifiqués l'opció de fer-ho. El pressupòsit seria, en qualsevol cas, la competència legislativa per a poder-ho fer. Allò a controlar (així, el caràcter no perjudicial dels acords) esdevindria una circumstància material, civil dels que es faria dependre la incorporació del pacte al conveni i, d'aquí, l'eficàcia que en resulta¹⁰⁵. Seria, talment, com un requisit del contingut. Dos apunts: el primer, relacionat amb l'anterior. Si el caràcter perjudicial o no és una circumstància material, determinar-ne la seva exigència o no és, com s'ha dit, competència del Parlament de Catalunya. Mentre no es modifiqui el CCCat, cal que regeixi el que s'hi preveu, no aplicar el Ccesp (que preveu que allò sigui un requisit i, coherentment, en fixa els paràmetres de control). Segon, pel cas que s'incorpori aquest

de mayor relevancia notarial", a *Especial la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Wolkers Kluwer, p. 70. Insisteix en la necessitat d'assistència lletrada i d'especial assessorament a la part dèbil.

104 Vegeu, segons redacció donada per la DF 2^a Llei 3/2017, l'art. 233-2.3 CCCat que pressuposa una actuació conjunta i que no exigeix una intervenció per separat ("En aquests casos, cal que els cònjuges intervinguin personalment en l'atorgament, estiguin assistits per lletrat i expressin la seva voluntat inequívoca de separar-se o divorciar-se").

105 Tal com recull el CCCat (entre altres, a l'art. 233-5 CCCat), hi poden haver pactes vàlids i eficaços no incorporats a un conveni. En cas d'acords assolits amb la finalitat d'incloure'ls a una proposta de conveni regulador, també es pot arribar a preveure expressament o a entendre implícitament, que l'expulsió del conveni descarti qualsevol altra eficàcia (així, com si la dita incorporació actués a mode de condició suspensiva d'eficàcia dels acords).

requisit i, si es vol, aquesta via de control preventiu, per què no anar més enllà? Per què no reconduir tots els mutu acords cap a Notaris i Lletrats A.J. i permetre que, en cas d'haver-hi fills menors, puguin igualment detectar el risc de dany o perjudici per a aquests?

- *Què fer amb els pactes perjudicials* (pensem, si de cas, amb els greument perjudicials) *per a un dels cònjuges incorporats a una proposta de conveni regulador*? Avui per avui, la referència immediata la proporciona l'art. 233-3.1 CCCat (que, lògicament, pensa en termes de proposta presentada al Jutge). La norma, a diferència d'allò previst a l'art. 90.2 (par. 1) CCesp., només permet i ordena la no aprovació dels punts “*que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors*”¹⁰⁶. Una lectura *a contrario*, exloent dels pactes no conformes amb l'interès dels cònjuges o de qualsevol altre, es veuria reforçada per altres disposicions que, sense ser determinants, s'inclinarien també per la negativa. Així, aïlladament considerades, serien perjudicials en la mesura que són de renúncia i comprometen les necessitats bàsiques del cònjuge renunciant, les clàusules dels arts. 233-16.2 i 233-21.3 CCCat. Tot i així, la renúncia a la prestació compensatòria o a l'ús de l'habitatge familiar són vàlides si s'incorporen a un conveni regulador. Més enllà, de l'art. 231-20.5 CCCat resulta que hi poden haver pactes en previsió de la ruptura que siguin greument perjudicials per un dels cònjuges al temps del trencament, per bé que el cònjuge perjudicat no els discuteixi a l'hora de ratificar el conveni que els incorpori o que, a manca de ratificació, no pugui oposar a l'acció de compliment cap de les circumstàncies de l'art. 231-20.5 CCCat (així, sobrevingut canvi

106 Destaca aquesta diferència amb l'art. 90 CCesp, BAYO DELGADO, J., Comentari a l'art. 233-3, a EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J., *Comentari...*, cit, p. 403. Vegeu també, EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J., *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 243 (a Nota de concordança de l'art. 233-3). Es citen les STSJC de 19 de juliol de 2004 (RJ 5534) (que insisteix en que l'art. 78 CF només permet rebutjar els pactes perjudicials pels fills; FJ 5è) i de 10 de setembre de 2010 (RJ 2458/2011) (que destaca que igualment el Jutge no pot aprovar aquells acords que siguin contraris a la llei, moral o ordre públic; FJ 1er; vegeu RUBIO GIMENO, G., “Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10 de setembre de 2010”, *Indret*, 1/2011, p. 15-16).

de circumstàncies ni previst, ni previsible)¹⁰⁷. Totes aquestes hipòtesis són possibles sense que s'articuli cap tipus de control *ex officio* adreçat a descartar l'eficàcia del pacte¹⁰⁸. Això no vol dir que tot s'hi val. Tractant-se de pactes incorporats a un conveni (i, per tant, sempre ratificats pels cònjuges): primer, hauran superat un control previ de legalitat. Caldrà barrar el pas a totes aquelles clàusules contràries a la llei, moral u ordre públic (art. 1255 Ccesp.). La no incorporació obehirà, aleshores, no al perjudici que eventualment aquell pacte pugui generar a un dels cònjuges, sinó la seva il·legalitat.^{109 110}. En segon terme, tal vegada que són, abans que res i per sobre de tot, pactes o negocis jurídics, sempre serà possible la seva impugnació atenent a les regles generals (d'acord

107 Pensem que si queden incorporats al conveni serà necessari que els cònjuges els tornin a ratificar (parla de "*renovatio contractus*", SERRANO DE NICOLAS, A., "Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial", a PÉREZ DAUDÍ, V. (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 31). Si no hi ha ratificació, es pot presentar demanda contenciosa de separació o divorci i demanar que s'acumuli a l'adreçada a obtenir el compliment dels pactes en previsió de ruptura (art. 233-5.1 CCCat).

108 L'art. 231-20 CCCat convida a una altra reflexió. A *contrario*, el Notari no pot deixar d'autoritzar una escriptura o capítols amb pactes en previsió d'una ruptura matrimonial quan, malgrat no saber-se si arribaran a ser efectius, objectivament es preveuen greument perjudicials per un dels cònjuges. En contra, situa aquest perjudici greu entre els límits d'ordre general, ALLUEVA AZNAR, L., "Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial", *InDret*, 1/2013, p. 12. Destaca que certament és un límit en el marc del dret estatal, però no pas del català GINES CASTELLET, Núria, Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código civil de Cataluña, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 727, p. 2598.

109 Vegeu, per exemple, ARNAU RAVENTÓS, L. "Pactes sobre la prestació compensatòria: *quan el nom no fa la cosa*", *RCDP*, 15-1, 2015, p. 111-112. A propòsit dels límits institucionals de la prestació compensatòria, ens preguntàvem com hauria de reaccionar el Jutge (ara, també el Notari o Lletrat de l'Adm. Just.) davant d'un pacte (objectivament perjudicial pel deutor) en virtut del qual, per exemple, la pensió no s'extingís automàticament per millora suficient de la situació econòmica del creditor (art. 233-19.a CCCat). Al treball es defensa aquest control, que seria *ex officio*, però que possiblement no seria tant de legalitat, com de qualificació (així, el pacte, en sí mateix, no seria il·legal sinó que simplement portaria l'obligació de satisfer una pensió, i els pagaments que s'arribessin a fer, més enllà de la prestació compensatòria).

110 Òbviamment, si finalment s'optés per atribuir al Lletrat de l'Adm. Jus. o al Notari aquest control, caldria imposar-lo també al Jutge (així, modificant l'art. 233-3.1 CCCat). I no només perquè no tindria sentit que el cònjuge quedés més o menys protegit en funció de si al temps de la ruptura hi ha o no fills menors, sinó perquè seria absurd paralitzar l'expedient sense que, després, el motiu que ho ha determinat (així, aquest risc de perjudici) no pogués ser considerat pel Jutge.

amb les que, certament, la sola circumstància del “perjudici” que el pacte representa per una de les parts no tindrà cap sortida jurídica)^{111 112}.

- *Fills majors o emancipats i crisis matrimonial al Dret Català*. Les disposicions de referència són els arts. 233-1.1, e; 233-2.4; 233-3.1 i 233-4.1 i 233-5.3 CCCat. El primer permet sol·licitar, com a mesura cautelar, aliments per als fills majors d'edat emancipats que no tinguin recursos econòmics propis i convisquin amb algun dels progenitors, tenint en compte el que estableix l'art. 237-1 CCCat. En el context d'un procés contenciós, l'art. 233-4.1 CCCat preveu que el Jutge els pugui igualment acordar “a instància del cònjuge amb qui els fills convisquin” i “que aquests aliments es mantinguin fins que els dits fills tinguin recursos propis o estiguin en disposició de tenir-ne”. L'art. 233-2.4 CCCat contempla només com a contingut possible del conveni l'acord relatiu als aliments per als fills majors o emancipats que no tinguin recursos econòmics propis¹¹³. L'art. 233-3.1 CCCat, ja s'ha dit, només encalla els “punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors”. Semblantment, aquest criteri de conformitat determinarà l'eficàcia dels pactes atorgats fora de conveni regulador (art. 233-5.3 CCCat).

Més enllà dels requisits que cal que concorrin a fi d'incloure al conveni un pacte sobre aliments pels fills majors o a fi de sol·licitar al Jutge que prengui una mesura al respecte¹¹⁴, interessa destacar: primer, que no es dona cap tipus d'intervenció

111 El comentari es fa pensant, especialment, en la figura de l'avantatge injust (art. 621-15.1 CCCat) i pensant en la seva possible formulació o aplicació general a tot negoci jurídic (no, només, als estrictament onerosos). L'especial situació d'angoixa en que es pot arribar a trobar un dels cònjuges pot fer minvar la seva capacitat per a preveure les circumstàncies dels seus actes, i l'altre se'n pot aprofitar.

112 La referència, a l'art. 233-3.1 CCCat modificat (vegeu DF 2^a Llei 3/2017) continua sent, només, als fills menors.

113 Arran de la modificació per la Llei 3/2017, la norma és trasllada a l'apartat 6 de l'Article 233-2 CCCat.

114 Vegeu, SAP Barcelona, 5 de novembre de 2013 (RJC, 2014, II, p. 274) (“a) que el propio hijo no haya reclamado directamente los alimentos a sus progenitores; b) que se mantenga el vínculo de convivencia con el padre o madre con quien habitualmente residían durante la minoría de edad; c) que el alimentista necesite los alimentos, según el régimen ordinario de la institución, prosiga su periodo de formación y no lo haya finalizado por causa que no le sea imputable”), SAP Barcelona, de 5 de febrer de 2015 (RJC, 2015, III, p. 267).

a l'afavorit; segon, que en cas de procediment de mutu acord no hi ha control *ex officio* del caràcter perjudicial o no de la mesura¹¹⁵. Jurídicament afectarà només als cònjuges, de tal manera que els fills majors o emancipats apareixen com a beneficiaris d'una prestació reclamable entre els progenitors. Jurídicament la mesura no afecta als fills (que no acorden ni reclamen res, ni en nom propi, ni servint-se del progenitor amb qui es conviu com a representant...). Tampoc poden reclamar el compliment o execució de la mesura. El perjudici econòmic (que hi pot ser si s'acorden uns aliments insuficients) jurídicament es pot reconduir interposant una demanda en reclamació d'aliments al marge del procés matrimonial¹¹⁶. Òbviament, a interposar pel fill major o emancipat contra els seus progenitors. Això últim, afegit a que la possibilitat d'acordar aliments a favor seu en l'expedient o procés de separació o divorci no respon a cap necessitat tècnica sinó a la voluntat d'estalviar al fill una reclamació contra els progenitors, avalen que es continuï sense controlar *ex officio* l'eventual caràcter perjudicial de la mesura.

Convé que els fills majors o emancipats *consenteixin*? La pregunta exigeix primer determinar, amb exactitud, el valor i eficàcia d'aquest consentiment: transforma l'acord entre els cònjuges en un acord a favor de tercer de manera que el consentiment equival a acceptació i, d'aquí, que el fill afavorit pugui exigir (via execució del Decret o escriptura pública) el compliment de la mesura? (arg. art. 233-12.2 CCCat que, a propòsit del règim de relacions personals amb avis i germans, es permet que aquests en puguin demanar l'execució si l'han consentit). S'exclou, aleshores, l'exigibilitat per part del progenitor amb el que conviu el fill?¹¹⁷

Destacant que els aliments per als fills grans, no són els de l'art. 231-5.1, a CCCat, sinó els de l'art. 237.1 CCCat, vegeu SAP Barcelona, de 7 de maig de 2014 (*RJC*, 2014, 4, p. 274) i SAP Barcelona, de 15 de setembre de 2015 (*RJC*, 2016, I, p. 270).

115 Destaca la diferència la SAP Barcelona, de 5 de maig de 2015 (*RJC*, 2015, 4, p. 273).

116 PUIG FERRIOL, LL.; ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, p. 291.

117 L'art. 233-2.6, es refereix al conveni a presentar al Jutge per causa de l'existència, també, de fills menors. No hi ha raó lògica, però, que exclougui aquesta possibilitat quan no hi ha fills en potestat i, per tant, els cònjuges s'adrecen a Notari o Lletrat A.J. No es preveu en cap cas la intervenció d'aquests fills majors ni cap control sobre el caràcter perjudicial d'aquests pactes. En aquest particular, l'art. 777. 10 LEC no és aplicable a Catalunya.

C) Parelles estables, extinció i conveni regulador

L'emmirallament dels arts. 234-5 i 6 CCCat amb els arts. 231-20, 233-3, 4 i 5 CCCat justifica també una revisió de les dites normes, que podria passar per atribuir la competència per aprovar/homologar el conveni regulador (inclusiu només de mesures tal vegada que no hi ha exercici de cap facultat civil adreçada a l'extinció de la parella [extingida, ja, pel "*cessament de la convivència*"]) al Notari o al Lletrat A.J. de Justícia, en cas de manca de fills menors o incapacitats^{118 119}.

118 De fet, la possibilitat de recórrer al Lletrat A.J és ja possible, sense cap tipus de reforma, per la via de la DA 5ª Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre Segon del Codi civil de Catalunya.

119 Vegeu l'art. 234-6 CCCat. Arran de la reforma per la Llei 3/2017, permet que els convivents puguin regular els efectes de l'extinció, en cas de no haver-hi fills en potestat o amb capacitat modificada judicialment, sotmetent els seus acords al Lletrat A.J o al Notari.

