

Nous reptes del Dret de família



Materials de les Tretzenes
Jornades de Dret Català
a Tossa

23 i 24 de setembre de 2004

Nous reptes del Dret de família

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

Nous reptes del Dret de família

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

Coord:
ÀREA DE DRET CIVIL,
UNIVERSITAT DE GIRONA

Girona 2005

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP

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

Text en català, castellà i anglès

ISBN 84-934685-2-5

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil

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

CIP 347.61/.64(063) JOR

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

© els autors

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Edicions a Petició, SL

CIF B17741240

Pl Ferrater Mora, 1 Pl. Europa, 3, 2on-2a

17071 GIRONA 17005 GIRONA

tf. +34 972418992 tf. +34 630608231

fax +34 972418978 fax +34 972200049

www.edicionsapeticio.com

info@edicionsapeticio.com

Primera edició

ISBN: 84-934685-2-5

ISBN 13: 978-84-934685-2-1

D.L.: B-XXXX-2005

Imprès a PUBLIDISA

Girona, novembre de 2005

Aquestes *Tretzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona

Generalitat de Catalunya. Departament d'Universitats,

Recerca i Societat de la Informació

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Figueres

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi de Notaris de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Diputació de Girona

ÍNDEX

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA

L'“EUROPEÏTZACIÓ” DEL DRET DE FAMÍLIA

<i>Family Law - A Challenge for Europe?</i>	21
---	----

Walter Pintens

I. Two Cases as an Introduction	21
1. The Garcia Avello Case.....	21
2. The Pla and Puncernau Case.....	24
II. The Increasing Influence of European Law on Family Law	27
1. Case Law	27
2. Legislation	31
III. Harmonisation: A Challenge for Europe !	36

<i>La Comisión de Derecho de Familia Europeo: La redacción de los Principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges</i>	39
---	----

Katharina Boele-Woelki

I. El reto actual para el derecho privado	39
II. La dimensión europea del derecho de familia	40
III. Unificación del Dpr sobre las relaciones de familia	41
IV. Divorcio entre nacionales (súbditos) suecos con residencia habitual en Irlanda	42
V. A vista de pájaro: el derecho de divorcio en Europa	43
VI. La armonización del Derecho de Familia en Europa en perspectiva histórica y cultural.....	45
VII. La Comisión de Derecho de Familia Europeo	46
VIII. Objetivos de la CEFL	46
IX. Metodología	47
X. Resultados obtenidos	49
XI. Campos de acción e idioma	50
XII. El primer juego de Principios: el divorcio y los alimentos entre esposos divorciados.....	50
XIII. La interrelación entre los Principios, los informes comparados y los comentarios.....	51
XIV. ¿“Núcleo común” y/o “mejor derecho”?	52
XV. Mirada retrospectiva y mirada al futuro	55
Anexo. Principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados	56

SEGONA PONÈNCIA

LES RELACIONS ECONÒMIQUES EN LA CRISI FAMILIAR

<i>The American Law Institute Principles and the Economics of Family Dissolution</i>	63
--	----

Marygold S. Melli

I. Property Division	67
----------------------------	----

II. Compensatory Spousal Payments.....	70
1. Compensation for the loss of the marital standard of living.....	71
2. Compensation for residual loss in earning capacity.....	72
III. Child Support	73
IV. The Impact of the Principles of Family Dissolution on American Law	75
1. Property Division	75
2. Compensatory Payments	75
3. Child Support.....	76
4. Conclusion.....	76
<i>Separació de béns i compensacions en la crisi familiar</i>	77
<i>Josep Ferrer i Riba</i>	
I. Introducció: les conseqüències patrimonials de la separació o el divorci	77
II. La compensació per raó de treball: retribució de tasques domèstiques, participació en guanys o compensació de perjudicis?	80
1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana.....	80
2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya	83
III. Sistemes de compensació en els règims legals de separació de béns: les aportacions del dret comparat.....	86
1. <i>Financial relief</i> en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial.....	86
2. <i>Equitable distribution</i> en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels <i>ALI Principles</i>	88
IV. Ensenyaments del dret comparat i opcions de regulació per al dret català	89
Bibliografia	93
<i>Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia</i>	95
<i>María Paz García Rubio</i>	
I. Introducción al tema.....	95
II. Aspectos funcionales de los acuerdos prematrimoniales.....	100
III. Aspectos estructurales. El problema de su validez.....	101
IV. La fase de formación del acuerdo	102
V. El contenido de los acuerdos. Algunos ejemplos	105
1. Acuerdos para el caso de muerte de uno de los cónyuges	105
2. Acuerdos para el caso de separación o divorcio.....	106
3. Acuerdos en relación con los hijos	115
VI. Sanción en caso de violación de los límites a la autonomía de la voluntad	116
VII. La exigibilidad de los pactos.....	116
VIII. Reflexión final	120
<i>Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo</i>	123
<i>Carlos Gortázar Lorente</i>	
I. La Empresa Familiar y su problemática	123
II. Aproximación del Derecho a la Empresa Familiar: dificultad de definición jurídica	126
1. Inexistencia de un concepto jurídico de Empresa Familiar	126
2. La Empresa Familiar en el ordenamiento jurídico	129

III. El Protocolo Familiar y sus instrumentos jurídicos de desarrollo.....	132
1. El Protocolo Familiar.....	132
2. Instrumentos jurídicos de desarrollo.....	136
IV. Conclusión.....	146
<i>Pensió compensatòria i aliments entre cònjuges: propostes i criteris d'estandardització.....</i>	<i>149</i>
<i>Avel·lina Rucosa Escudé</i>	
I. Introducció. Problemàtica que planteja avui la pensió compensatòria.....	149
II. Catalunya i Espanya.....	151
1. La pensió compensatòria.....	151
2. Aliments entre cònjuges.....	159
3. La compensació patrimonial de l'article 41 del Codi de família.....	161
4. Anàlisi de jurisprudència recent.....	164
5. Experiència personal (com a advocada que exerceix en família).....	170
III. Fora d'Espanya.....	172
1. Dret comparat entre les diferents legislacions europees en matèria de pensió compensatòria.....	172
2. Estudi del dret alemany i la seva <i>Düsseldorfer Tabelle, Berliner Tabelle, i les Richtlinien o Leitlinien</i>	176
IV. Situació social i actual en el nostre país. Propostes respecte a la legislació catalana i espanyola.....	182
V. Resum.....	183
VI. Epíleg.....	186
VII. Bibliografia i legislació.....	187
VIII. Annex. Estadístiques.....	189
1. Pensió compensatòria.....	189
2. Compensació econòmica.....	207

TERCERA PONÈNCIA

RELACIONS PERSONALS I PATRIMONIALS EN LA RECOMPOSICIÓ FAMILIAR

<i>La regulació de les famílies recompostes o constituïdes.....</i>	<i>213</i>
<i>Encarna Roca</i>	
I. Introducció. Plantejament i antecedents.....	213
II. Què és una família recomposta?.....	218
III. Situacions que donen lloc més freqüentment a les famílies recompostes.....	222
IV. S'ocupa el dret d'aquestes famílies?.....	224
V. Propostes per a una solució dels problemes.....	232
VI. A manera de conclusions.....	236
VII. Bibliografia.....	238
<i>Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial.....</i>	<i>241</i>
<i>Antoni Bosch i Carrera</i>	
I. Las familias reconstituidas.....	241
1. Las reformas en el Derecho de familia.....	241
2. Efectos sociales de las reformas en el Derecho de Familia.....	243
3. Constitucionalidad y algunos problemas que plantea la existencia de segundas familias.....	244

II. Aplicación de los principios generales del derecho de familia a las familias reconstituidas	248
1. El principio de actuación en interés de la familia	248
2. El principio rector del Derecho de Familia de protección del interés del hijo menor o incapaz	250
III. Los gastos familiares y su contribución	251
1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares.....	251
2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares.....	252
IV. El patrimonio del hijo en las familias reconstituidas	260
1. Composición del patrimonio	261
2. Clases de administración del patrimonio	262
3. Naturaleza del patrimonio del menor o incapaz sujeto a potestad.....	263
4. Constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de personas sujetas a potestad.....	264
V. La administración del patrimonio de los hijos sometidos a potestad.....	265
1. La administración ordinaria de los progenitores en caso de separación	265
2. La administración judicial del patrimonio de hijos sujetos a potestad. El administrador especial.....	268
3. La administración especial del patrimonio de los menores y los incapaces: los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS).....	269
<i>Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas</i>	275
<i>Francisco Rivero Hernández</i>	
I. Introducción	275
1. Actualidad social y jurídica de las relaciones personales de los abuelos con sus nietos	275
2. De institución pretoriana a una amplia atención legislativa.....	276
3. Derecho español: de un modesto origen jurisprudencial a la Ley 42/2003	280
4. Derecho catalán. Régimen legal propio. No aplicación de la Ley 42/2003 en el orden sustantivo	282
II. <i>Fattispecie</i> . Datos prejurídicos	283
1. Las relaciones de los abuelos con sus nietos en las familias reconstituidas.....	283
2. Papel de los abuelos en la familia y en relación con sus nietos	284
3. Formas de presentación jurídica y procesal de las relaciones abuelos-nietos	285
III. Diferencia del derecho de visita de los abuelos respecto del de los padres. Fundamento y finalidad de aquél.....	286
1. Visión del problema por los tribunales y la doctrina.....	286
2. (Diferente) fundamento del derecho de visita de los abuelos con sus nietos	288
3. Finalidad de esas relaciones	289
IV. Naturaleza del derecho de visita de los abuelos	290
1. El derecho de visita, verdadero derecho subjetivo	290
2. Si derecho, ¿de qué clase?.....	292
3. ¿Basta la calificación de derecho subjetivo, aun específico, para explicar los problemas del derecho de visita y justificar su régimen jurídico?.....	294
V. Sujetos de la relación jurídica de visita.....	296
1. Los abuelos.....	296
2. Nietos	296
4. Personas gravadas. Su posición jurídica	305
5. Legitimación para el ejercicio del derecho de visita abuelos-nietos.....	307
VI. Contenido del derecho de visita abuelos-nietos	310

1. En general, y especificidad en este caso y derecho.....	310
2. Responsabilidad civil por hecho ilícito del nieto en régimen de visita.....	312
3. Ejercicio y cumplimiento del régimen de relaciones personales.....	314
4. Duración institucional de estas relaciones.....	314
VII. Determinación del regimen de relaciones personales abuelos-nietos	315
1. Determinación convencional, o por pacto	315
2. Determinación judicial.....	318
3. Modificación y extinción de las relaciones personales abuelos/nietos	322
VIII. Protección del derecho de visita de los abuelos	325
1. Necesidad de una protección eficaz.....	325
2. Mecanismos y medios de protección.....	327
IX. Aspectos procesales	329
1. Reclamación de las relaciones personales en procedimiento ordinario.....	329
2. Determinación de las relaciones personales abuelos/nietos en proceso matrimonial	330
3. Medidas cautelares	331
4. Determinación de oficio de las relaciones personales.....	331
5. Otras cuestiones procesales de interés.....	331

QUARTA PONÈNCIA

PARELLES DE FET: BALANÇ I PERSPECTIVES

<i>La regulació de la parella de fet: lleis i models</i>	335
--	------------

Miquel Martín Casals

I. Introducció.....	335
II. la regulació catalana actual i els possibles models	340
1. El problema de les parelles heterosexuales excloses	342
2. Les dues modalitats de constitució: constitució formal i constitució factual	348
3. Labast i els límits d'una regulació factual de la parella de fet	351
Bibliografia citada	357

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

Joan Egea Fernández

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

1. Drets de predetracció i dret a ocupar l'habitatge familiar durant l'any següent a la mort del company convivent (art. 18 i 33)	396
2. Els drets de naturalesa successòria (art. 34 i 35)	397
3. El pacte de supervivència (arts. 44 a 47 CF)	399
XIV. Bibliografia	402
<i>Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho</i>	405
<i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	
I. Introducción	405
II. Textos y normativa internacional y comunitaria	409
III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las parejas de hecho y su impacto sobre la regulación jurídica laboral y de Seguridad Social	416
IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias	418
V. Normativa autonómica de parejas de hecho. Su impacto e incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y de los funcionarios	420
VI. Modificaciones legislativas y propuestas de modificación con impacto en la regulación de los derechos laborales y de la Seguridad Social en las parejas de hecho	422
VII. Negociación colectiva y diálogo social	427
VIII. Doctrina judicial. Interpretación de los preceptos legales y convencionales por los jueces y tribunales laborales	432
IX. Recapitulación final	434
<i>Las uniones de hecho ante el Derecho Tributario</i>	437
<i>Luisa Esteve Pardo</i>	
I. Introducción	437
III. Tratamiento del matrimonio y de la familia en Derecho Tributario	439
1. El tradicional planteamiento antielusivo de las normas tributarias	439
2. Normas tributarias protectoras de la familia	442
3. Características de los impuestos relevantes en la tributación del matrimonio y de la pareja de hecho: impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas	449
IV. Especificidades del Derecho Tributario respecto del tratamiento de las parejas de hecho	449
1. Los principios rectores en materia tributaria	449
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar	452
V. La legislación tributaria estatal	457
VI. La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a efectos tributarios por algunas Comunidades Autónomas	457
1. Los diferentes sistemas de financiación autonómica: el sistema general y los sistemas forales	459
2. La equiparación realizada por las Comunidades Autónomas de régimen general	464
3. La equiparación realizada en las Haciendas Forales	466
VII. Conclusiones	466

COMUNICACIONS**COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA**

<i>La armonización del Derecho de familia en Europa. En especial, la armonización de los regímenes económicos matrimoniales.....</i>	473
<i>Francisca Llodrà Grimalt</i>	
I. Preliminar	473
II. Actual marco del proceso de europeización del Derecho de familia	474
1. La proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia	474
2. La llamada “armonización espontánea” del Derecho de familia	479
III. La armonización y unificación del Derecho de familia en Europa como pretensión doctrinal.....	486
1. Propuestas de armonización en general. Técnicas o métodos.....	487
2. Obstáculos	491
3. La Comisión de Derecho de Familia Europeo	494
IV. Hacia la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa.....	497
1. Punto de partida “normativo”	497
2. Necesidad de armonización, métodos y obstáculos	498
3. Notas sobre algunos regímenes económicos matrimoniales en Europa. Los dos grandes bloques.....	500

<i>La protecció de la vida familiar i la protecció jurídica de l’infant en l’àmbit del Consell d’Europa.....</i>	511
<i>Isaac Ravetllat Ballesté</i>	

I. El Consell d’Europa. Introducció.....	511
II. La protecció de la vida familiar en el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950.....	513
III. La protecció de la vida familiar en la jurisprudència emanada del Tribunal Europeu de Drets Humans.....	515
IV. La protecció de la vida familiar en el cas dels estrangers	517

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

<i>Estructura tradicional per a continguts moderns: els capítols avui.....</i>	523
<i>Immaculada Barral Viñals</i>	
I. Les capitulacions: de “règim” a contracte	523
II. Les noves famílies i l’organització autònoma de la convivència.....	525
1. El contingut necessàriament capitular: els capítols tradicionals.....	526
2. El contingut possible: la llibertat dels contraents en l’organització familiar	527
III. L’organització autònoma de la ruptura de la convivència.....	528
1. La “contemplació de la ruptura del matrimoni”	529
2. Capítols, autonomia de la voluntat i final de la convivència afectiva	530
3. Els pactes en previsió de la ruptura: límits a l’autonomia de la voluntat.....	532
IV. Els capítols com a negoci: la llibertat contractual	533
V. Conclusió	536
<i>La mediació en l’empresa familiar, una eina per a la seva pervivència</i>	537
<i>Isabel Viola Demestre</i>	
I. Introducció.....	537

II. Els conflictes a l'empresa familiar	538
III. Instruments i òrgans reglamentadors dels conflictes a l'empresa familiar	541
1. El protocol familiar.....	541
2. L'assemblea familiar i el consell de família.....	542
IV. La mediació com a eina idònia per a l'obtenció del protocol familiar i en l'assemblea i el consell de família.....	543
3. Avantatges en l'empresa familiar dels principis de la mediació.....	544
4. Els caràcters de la mediació en l'empresa familiar.....	545
5. La mediació en l'elaboració del protocol familiar i en les reunions de l'assemblea familiar i el consell de família.....	546
6. El mediador, membre d'un equip multidisciplinari.....	551
V. Conclusió	552

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

<i>Parelles de fet i designació tutelar</i>	555
<i>Miriam Anderson</i>	
I. Introducció.....	555
II. Les classes de tutela en funció de l'origen de la designació.....	557
1. Al Codi de família de Catalunya.....	558
2. Al Codi civil espanyol.....	560
III. Les relacions entre els diferents tipus de designació: autonomia privada i criteri judicial	562
IV. Les parelles de fet en la designació de tutor	565
V. Parelles de fet, designació tutelar i reforma del Codi civil espanyol en matèria de dret a contraure matrimoni.....	568
<i>Parelles de fet i declaració d'insolvència</i>	571
<i>Lidia Arnau i Raventós</i>	
I. Les parelles de fet a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal. Delimitació de qüestions.....	571
II. La parella com a "persona especialment relacionada amb el concursat".....	572
1. El crèdit de la parella com a "crèdit subordinat"	578
2. El caràcter presumptament perjudicial dels actes dispositius onerosos: la seva rescindibilitat	586
III. Referència a les adquisicions amb pacte de supervivència: el seu règim concursal i les parelles de fet	590
<i>La cuestión de la constitución de la unión estable de pareja: Reflexiones sobre la reforma de la Ley 10/1998, de 15 de julio</i>	595
<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>	
I. Las nuevas perspectivas legislativas en la actual legislatura.....	595
II. Reflexiones sobre el problema de la constitución de la pareja estable: dificultades que presenta la regulación de la materia	596
1. Debate ideológico subyacente.....	596
2. Matrimonio como sinónimo de familia	597
3. Prejuicios que distorsionan el análisis netamente jurídico	597
4. Test de matrimonialidad de las relaciones de pareja objeto de regulación	598
5. Definición y heterogeneidad de supuestos de facto.....	599
6. Conclusión	600

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA
L'“EUROPEÏTZACIÓ” DEL DRET DE FAMÍLIA

FAMILY LAW - A CHALLENGE FOR EUROPE?

WALTER PINTENS

PROFESSOR AT THE UNIVERSITY OF LEUVEN (BELGIUM)

SUMMARY

I. Two Cases as an Introduction.....	21
1. The Garcia Avello Case	21
2. The Pla and Puncernau Case	24
II. The Increasing Influence of European Law on Family Law	27
1. Case Law	27
2. Legislation	31
III. Harmonisation: A Challenge for Europe !	36

I. TWO CASES AS AN INTRODUCTION

As an introduction two cases are presented, one of the European Court of Justice and one of the European Court for Human Rights. Both cases are good examples to show how European law is infiltrating family law.

1. The Garcia Avello Case¹

1.1 *The facts*

Carlos Garcia Avello, a Spanish national, and his Belgian wife, Isabelle Weber, reside in Belgium and have two children, both born in Belgium. The children have dual nationality. Belgian law requires children to take the surname of their father. On their birth certificates, therefore, the children were registered under the name Garcia Avello. In line with Spanish custom, the parents requested the Belgian King to change the surname of their children from Garcia Avello to Garcia Weber. They argued that the current name of the children could lead Spanish people to believe that the children are in fact the siblings of the father and that there is no

¹ ECJ 2 October 2003, FamRZ 2004, 173, note Henrich, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 2004, 380, *Rev. int. DIP* 2004, 184, note LAGARDE, *StAZ* 2004, 40. Hereto De Groot, "Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personenrecht", *WPNR* 2004, 360 ff. and "Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personen- en familierecht", *NjPR* 2004, 273 ff.; Pintens, "Entwicklungen im belgischen Familien- und Erbrecht", *FamRZ* 2004, 1421 ff.; Quiñones Escamez, "Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: Autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos estados miembros», *Revista Jurídica de Catalunya* 2004, 203 ff.; Quiñones Escamez, "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos : ¿un orden público europeo armonizador?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2004, 507 ff.

connection with the mother of the children. Practical difficulties could arise from the children effectively having differing surnames in Belgium and Spain.

The application was denied as being contrary to Belgian practice. Mr. Garcia Avello challenged that refusal before the Belgian *Conseil d'Etat*, the highest administrative court. That court referred a question to the Court of Justice of the EC as to whether the refusal was contrary to Community law, in particular to the principles relating to the citizenship of the European Union and the freedom of movement.

1.2 *The preliminary ruling*

Contrary to the governments of Belgium, Denmark and the Netherlands, the ECJ had the opinion that the matter fell in the ambit of the Treaty, particularly under Art. 17 (Citizenship of the Union).² According to this provision, all citizens of the Member States enjoy the privileges conferred to them by the Treaty and have a right to be treated equal unless otherwise mentioned.

The ECJ stressed that the law of names principally rests with the Member States, but pointed out that while enforcing their competence the Member States of course had to comply with Community Law, particularly with the freedom of movement provided for by Art. 18 of the Treaty. The Citizenship of the Union is not meant to influence purely national issues that do not touch Community matters. However, constellations comparable to the case of the Avello family may well become a Community concern in that Mr. Garcia Avello's children are citizens of one Member State and have permanent residence in another Member State where they have actually lived all their lives. This is not changed by the fact that the children also have citizenship of the Member State of permanent residence and that this Member State and its authorities regard this citizenship as the only effective one. According to the ECJ, it is not within the sphere of competence of the Member States to limit the legal effects of the citizenship of another Member State by creating additional requirements for the recognition of that citizenship regarding the freedoms conferred upon the citizens. The provisions of Art. 3 of the Hague Convention on nationality of 1930 invoked by the Belgian government as being the decisive factor for determining Belgian citizenship do not create an obligation to give preference to this citizenship, but create only an option (para. 20-28).

Under these circumstances the ECJ concluded that the children of the plaintiff could rely on their right according to Art. 12 of the Treaty that prohibits discrimination based on nationality. Non-discrimination in terms of the

² On the citizenship of the Union, see Díez-Picazo, "Sobre la ciudadanía europea", *Anuario de derecho civil* 2001, 1355 ff.

established jurisprudence of the ECJ basically means that cases of a factually and legally comparable nature have to be treated equally and that cases of a factually and legally divergent nature do not have to be treated equally. Unequal treatment in this case could only be justified if it was based on objective criteria other than nationality and if the aim pursued by the national legislation was legitimate in relation to the means applied. The ECJ did not follow Belgium's reasoning. It barely touched the main argument that the legislation in question is designed to further the integration of foreigners; the ECJ simply stated that the Belgian law was neither necessary nor conducive to a furthering of integration, seeing that there are differing systems concerning the right to the use of a name in the Member States (para. 29-37).

In conclusion the ECJ stated that the Articles 12 and 17 have to be interpreted in a way to prohibit Member States from dismissing applications regarding name-changes in cases comparable to that of Garcia Avello, where children are living in one Member State with double citizenship (of the Member State of residence and another Member State), if it is the aim of the application to allow the children to be named as provided for by law and tradition of the latter Member State.

1.3 *A Critical Analysis*

This decision has vast consequences. The children of Mr. Garcia Avello are given protection under the Treaty despite the fact that they never have made use of the freedoms provided by the Treaty. They were born in Belgium and had lived in Belgium all their lives, regarded as Belgians by the Belgian State and not as foreigners. The ECJ fails to say clearly why the Treaty is deemed applicable.³ Is it the double citizenship as such or is it the fact that a parent of the children has made use of the freedoms provided for by the Treaty? If the double citizenship is the decisive factor, then the ECJ (indirectly) infringes upon matters for which the Treaty is not applicable. Furthermore the ECJ did not consider the argument of integration of foreigners properly and does not seem to value the increasing importance of the element of integration in private international law, which is why the place of permanent residence rather than nationality is used in modern legislation to determine the applicable law.⁴

However, the direct consequences of the decision appear to be limited. The national authorities will have to respect the ECJ's interpretation of the Art. 12 and 17 in cases similar to that of Garcia Avello. In principle, the registrars of

³ Kohler, "Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalen Privatrecht", in *Festschrift Jayme*, Berlin 2002, 646 ff.

⁴ Pintens, *FamRZ* 2004, 1422.

civil status are not bound by this interpretation when they receive a declaration of birth and have to register the name of the child as the decisive provisions of the judgement in closer consideration do not make this conclusion. In second consideration the decision is also here of not only small importance. The ECJ has secured that persons with dual citizenship (one of them that of the forum state) and citizens solely of the forum state cannot systematically be treated alike. The same is true for a systematic application of the law of the foreign state in situations of dual citizenship. A possible solution would seem to be the determination of the applicable law in neutral terms, e.g. by territorial or by closest connection, or - perhaps best of all - by allowing an option.⁵ Legal systems making no provision for the rule of closest connection or alternative solutions will be called upon to consider precautions of some kind because parents who at the declaration of birth did not obtain the composition of the child's name in accordance with their national law, will be able to successfully pursue their interests before the European Court of Justice.⁶

2. The Pla and Puncernau Case⁷

2.1 *The Facts*

In the decision *Pla and Puncernau vs. Andorra* the European Court of Human Rights had to examine for the first time a case of testamentary succession. Former cases did always concern intestate succession law.

Carolina Pujol Oller died leaving behind three children: Francesc-Xavier, Carolina and Sara. She had made a will before a notary in 1939 with a *fideïcomís* under Catalan law, which settled her estate on her son as first beneficiary and as tenant for life. Should he be unable to inherit, the estate was to pass on to his sister, Carolina, and if she was also unable to inherit, it was to pass on to Sara's son, Josep Antoni Serra Pla. The testatrix indicated that Francesc-Xavier, the beneficiary and life tenant under her will, was on his death to transfer the estate to a son or grandson of a lawful and canonical marriage. Should those conditions not be met, the testatrix had stipulated that the children and grandchildren of Carolina and Sara would be entitled to the estate of the *fideïcomís*.

The marriage between Francesc-Xavier and Roser Puncernau Pedro remained without children, but the spouses adopted a child in Spain in 1969, Antoni, in accordance with the procedure for full adoption. In a codicil of 3 July 1995 Francesc-Xavier left the usufruct of the assets he had inherited under his mother's will to his wife and the bare ownership to his adopted son, Antoni. Francesc-Xavier died in 1996.

⁵ Comp. Henrich, *FamRZ* 2004, 173.

⁶ Pintens, *FamRZ* 2004, 1422.

⁷ ECJ 13 July 2004, *FamRZ* 2004, 1467, note Pintens.

On 17 July 1997 Carolina and Immaculada Serra Areny, great-grandchildren of the testatrix, brought proceedings in the *Tribunal des Batlles* (court of first instance) of Andorra to have the codicil of 3 July 1995 declared null and void due to the fact that Antoni was not born in a lawful and canonical marriage.

Both parties agree that it is the contents of the will that determine the testatrix's intention at the time of the making it (para. 17).

The Civil Court of first instance dismissed the action. The testatrix's intention in the light of the words used is to secure and preserve the estate by keeping it in the settlor's family. The adopted child leaves his family of origin and terminates all legal ties with its family and it acquires inheritance rights in its new family. Full adoption is based on the idea that adoption must replace or imitate biological filiation. Therefore it cannot be said that the testatrix intended to prevent adopted or non-biological children from inheriting her estate. If that had been her intention she would have made express provision for it.

The Court of Appeal revoked the lower court's judgment. It stressed the fact that adoption was practically unknown in Andorra in 1939. Since the nineteenth century it could be regarded as an obsolete institution and, to a certain extent, unnecessary given the institution of *heretament* (agreement, specific to Catalan law, on the succession of a living person) (para. 18 III). According to Spanish law applicable at the time, adoption created a tie between the adoptive parent, the adopted child and his legitimate descendants, but not with the adoptive parent's family (Under Article 174-VII of the Spanish Civil Code). The deed of adoption referred to Catalan legislation with respect to the inheritance rights. This legislation does not permit adoptive children to inherit from their adoptive parents' family. The adopted children of persons on whom an estate was settled by their father or mother were unconnected with the family circle with regard to the beneficiary's ascendants. The purpose of a *fideïcomís* under Catalan law was to keep the family estate in the legitimate family and Catalan legal tradition had always favoured the exclusion of adopted children from such family settlements. Thus, in order to include adopted children in this type of settlement, the testatrix had to express her intention clearly. The expression "*offspring of a lawful and canonical marriage*", which appears in the 1939 will, does not suffice. The law nowadays in force allows adopted children to inherit from their adoptive parents on an intestate succession. This rule cannot be extended to a testate succession, where the main factor is the testator's intention.

Other appeals were denied. Finally the Constitutional Court declared the empara appeal inadmissible because the High Court of Justice did not discriminate, but confined itself to interpreting a testamentary disposition. The discrimination of the adopted child is not a consequence of the judgement, but of the testatrix's intention and the principle of freedom to make testamentary dispositions (para. 58 and 59).

2.2 *The Judgement*

Consequently the adopted child and its mother launched an appeal before the European Court of Human Rights concerning a violation of Article 14 in conjunction with Article 8 ECHR. The ECtHR decided that there was a violation. The Court is of the opinion that the testamentary succession law falls within the scope of Article 8 ECHR. The testatrix's intention and the principle of freedom to make testamentary dispositions are not submitted to any discussion, only the interpretation of the will is (para. 44-57). The Court examines the will and concludes that an exclusion of the adopted child cannot be derived from the testamentary disposition (para. 58).

The ECtHR admits that it is in theory not competent to settle disputes of purely private nature but that it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act is blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination (para. 59). In the present case there is such a blatant inconsistency: the will does not make a distinction between biological and adopted children, an interpretation was not necessary. The interpretation lead to an exclusion of the adopted child for which there was no reasonable justification (para. 60-61). Finally the Court reiterates that the Convention, which is a dynamic text and entails positive obligations for Member States, is to be interpreted in the light of present-day conditions. Thus, as a long period of time elapsed between the writing of the will and the opening of the succession, the judge can not ignore the new social, economic and legal conditions. He must interpret the will in a manner that closely corresponds to domestic law but also to the Convention (para. 62).

2.3 *A Critical Analysis*

This judgement, that is not yet final and conclusive - an appeal has been filed to the great chamber of the court - is remarkable and peculiar. It is acceptable that the testamentary succession falls within the scope of article 8 ECHR, as also the testamentary freedom is a part of this article and of article 1 of the First Protocol with the convention. Less acceptable is that the Court takes the position of the internal courts and decides along a primitive method of interpretation that the last will does not make a distinction between biological and adopted children and that therefore no interpretation is necessary. The judgement denies the interpretation problems and the available interpretation methods. It is a surpassed point of view that a clear last will does not require interpretation.⁸ The course through the different Courts already reveals that the last will was not so clear. In a peculiar way, the Court distinguished the intention of the testator from the interpretation of the last will, while this interpretation needs to appoint a central role to the intention of the testator and needs to search for this intention.

⁸ Pintens, *FamRZ* 2004, 1471.

In his dissenting opinion, judge Bratza justly points out that the ECHR cannot prevent a testator to discriminate between his children, regardless of their descent, nor can the effect of the fundamental rights on family relations prevent or limit the testamentary freedom. The intention of the testator and his testamentary freedom holds a key position in the testamentary succession. Only the statutory portion of the estate can limit this testamentary freedom.

Obviously, the fundamental rights of the ECHR cannot be denied when drafting and interpreting of a last will. A last will in which e.g. a legacy is linked to a condition that limits the freedom to get married or divorced, opposes the fundamental rights from the ECHR. These rare cases however will rather scarcely appear before the Court. They will be suppressed by the internal judicial process.

In the Pla and Puncernau case, no breach of fundamental rights was at hand. The Andorran courts have interpreted a last will and have hereby sought attachment to the presumable intention of the testator. If the testator had explicitly provided in the same result, nobody would have called upon the ECtHR. The testator is free to show favor to one child above the other. The Andorran Court has indirectly reached a decision that the testator could have reached directly.⁹

Finally, the interpretation of a last will cannot be compared with the interpretation of a law or treaty. There is only the intention of the testator to research and it is perfectly defendable that this intention, other than in the case of a law or treaty, is not explained evolutionary but as a product of its age. The last will must be explained given its context. The ECHR does not need to play a part in discovering the meaning of the testator. In extreme cases such as in the above mentioned example of the legacy that restricts the freedom of the legatee, the Treaty can at the very most prevent or limit the execution of the will.¹⁰

II. THE INCREASING INFLUENCE OF EUROPEAN LAW ON FAMILY LAW

1. Case Law

1.1 *Court of Justice*

In many cases, the European Court of Justice has served as an impetus to harmonisation of law by attributing certain aspects of family law to the freedom of movement.¹¹ In the Konstantinidis case, the Court ruled that national legislation

⁹ Pintens, *FamRZ* 2004, 1471.

¹⁰ Pintens, *FamRZ* 2004, 1471.

¹¹ See Fallon, "Droit familial et droit des Communautés européennes", *Revue trimestrielle du droit familial* 1998, 375 ff.; Pintens, «Von Konstantinidis bis Grant. Europa und das Familienrecht», *ZEuP* 1998, 843 ff.; Pintens, Familienrecht und Personenstand – Perspektiven einer Europäisierung, *StAZ* 2004, 353 ff.; Zeyringer, „Der Einfluß europäischen Rechts auf das österreichische Personenstandsrecht“, *Östa* 1999, 10 ff.

obliging a Greek national to use, in his profession, a written form of his name resulting from its transliteration is incompatible with the right of establishment guaranteed by Art. 52 (now 43) of the EC Treaty if that written form distorts the pronunciation and if such distortion creates a risk of confusion as to the person's identity among his potential clientele.¹² Another example is provided by the Dafeki case where the freedom of movement for workers requires that the authorities and courts of a Member State must accept certificates concerning personal status issued by the competent authorities of another Member State unless their accuracy is seriously undermined by concrete evidence relating to the individual case in question.¹³ In the P. case, the Court criticised the discharge of a transsexual employee, who underwent a gender reassignment, as a contravention to the European Directive No. 76/207 of 9 February 1976¹⁴ on the equal treatment of men and women in working conditions. The Court declared itself in favour of an expansive interpretation of this directive, whereby sexual discrimination is not limited to that between men and women but, rather, includes all discrimination on grounds of sex.

These decisions of the Court are very important, as they contribute to the reduction of discrimination and administrative impediments. However, the Court cannot be expected to greatly contribute to a real breakthrough in the field of harmonisation of law. This is exemplified by the Grant case,¹⁵ where the Court decided that a railway company is not obliged to provide the same travel concessions to homosexual partners as to heterosexual partners of its staff members. The Court stated that, given the present state of the law within the EU member states, stable relationships between two persons of the same sex are not regarded as equivalent to marriages or stable relationships outside marriage between two persons of opposite sex. Further, the Court asserted that the principle of equality prohibits discrimination based on the sex of a person but not on a person's sexual orientation. The Court left it to the Council, which, in the light of the Treaty of Amsterdam, is allowed by Art. 13 of the EC Treaty to take appropriate action to eliminate such discrimination. In the case of D. and the

¹² ECJ 3 March 1993 (Konstantinidis/Stadt Altensteig), *ECR* 1993, I-1991, *CMLR* 1994, 395, note Lawson, *ERPL* 1995, 483, note Gaurier, Schockweiler, Loiseau, *Rev.trim.D.H.* 1994, note Flauss, *ZEuP* 1995, 89, note Pintens. See also Basedow, „Konstantinidis v. Bangemann – oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht“, *ZEuP* 1994, 197 ff.; De Groot, „Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen waagt zich op het gebied van het namenrecht“, *WPNR* 1994, 855 ff.

¹³ ECJ 2 December 1997 (Dafeki/Landesversicherungsanstalt Württemberg), *ECR* 1997, I-6761, *R.C.D.I.P.* 1998, 239, note Droz.

¹⁴ ECJ 4 April 1996 (P./S. and Cornwall County Council), *ECR* 1996, I-2143.

¹⁵ ECJ 17 December 1998 (Grant/South-West Trains Ltd.), *ECR* 1998, I-636, *EuZW* 1998, 212, note Szczekalla.

Kingdom of Sweden v. Council of the European Union, the Court has for the first time dealt with a registered partnership.¹⁶ The Council rejected an application by a staff member who lived in a registered partnership with a partner of the same sex, in order to obtain the household allowance provided for married couples in the Staff Regulations of Officials of the European Communities. The Court stated that statutory arrangements for registered partnership are very diverse and are regarded in the Member States as being distinct from marriage, so that the Community judiciary cannot interpret Staff Regulations in such a way that registered partnerships are treated the same way as marriage. The Court placed its hope on Art. 13 of the EC Treaty and left the initiative to the Community legislator.¹⁷

Although the negative decisions do not constitute a breakthrough, they do have practical consequences. The Grant decision created such a stir in Britain that the concerned railway company, in spite of a favourable decision, abolished its discriminatory provisions. The D. decision has also had practical effects. The Commission accepted in the line of the decision that Dutch gay-marriage falls under the concept of marriage as mentioned in the Staff Regulations.¹⁸ This in turn, however, leads to another discrimination. If the national legislature has adopted a far-reaching regulation for the rights of same-sex couples, hereby calling this regulation “marriage”, then one can enjoy the privileges of the Staff Regulations. If, however, the national legislator designates the same regulation a “registered partnership”, then those privileges are not applicable. The proposal for the new staff regulations provide the same treatment of all registered partnerships. All partners will enjoy the same privileges. There is a major condition: the privileges are only granted when the law does not allow the partners to marry!¹⁹

These decisions and their consequences show that there is a need for developing a family concept on the basis of equality between the sexes. In addition the Garcia Avello case shows that important concepts such as the European citizenship and their implications cannot be left to the courts but

¹⁶ ECJ 31 May 2001 (D. and the Kingdom of Sweden/Council of Ministers), *ECR* 2002, I-4319 *FamRZ* 2001, 1053. Hereto Jakob, “Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Europarecht”, *FamRZ* 2002, 505 ff. with further references.

¹⁷ Comp. Mcglynn, “The Europeanisation of family law”, *C.F.L.Q.* 2001, 48.

¹⁸ Answer Kinnock of 15 October 2001 in the European Parliament on Question P-2438/01, OJ C 93E of 18 April 2002. See hereto Jessurun d’Oliveira, “De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk. Nederlands relatierecht en de Europese Unie”, *NJB* 2001, 2035 ff. The administration department of the European Parliament had another opinion. See D’Oliveira, “Het homohuwelijk en de Europese Unie”, *NJB* 2002, 973.

¹⁹ Proposal for a new Council Regulation (No. 2002/0100 CNS).

need at first sight the intervention of the legislation. If we want to avoid this intervention, it will be the task of the legal doctrine to develop this concept.

1.2 *European Court of Human Rights*

The European Court of Human Rights has served as a catalyst for harmonisation through its decisions and judgements, which have given a rough sketch of European family law.²⁰ The right to respect for private and family life as laid down in Art. 8 of the ECHR has been of great importance in this regard. The Marckx case²¹ has had a controlling influence on affiliation law, especially on the establishment of affiliation *ex parte materna* and the abolition of hereditary discriminations. Several decisions protect the relationship between father and child, even when paternity has not been established. In the Keegan case, the Court ruled that a mother cannot give her child up for adoption without informing the biological father and involving him in the proceedings.²² In the case of placement of children in foster homes, several decisions have restricted interferences by public authorities and emphasised that any measures implementing a public care decision should always be consistent with the ultimate aim of possibly reuniting the family. Such measures are to be terminated as soon as circumstances permit²³. With regard to the hereditary rights of children born out of wedlock, the Marckx, Inze²⁴ and Mazurek²⁵ cases have eliminated nearly all discrimination²⁶.

²⁰ See Hohnerlein, "Konturen eines einheitlichen europäischen Familien- und Kindschaftsrechts. Die Rolle der Europäischen Menschenrechtskonvention", *Eur. Legal Forum* 2000, 252 ff.; Kuchinke, "Über die Notwendigkeit, ein gemeineuropäisches Familien- un Erbrecht zu schaffen", in Festschrift Söllner, Munich 2000, 592 ff.; Senaev, "Van Marckx tot Vermeire. 12 ½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof", *FJR* 1991, 195 ff., 224 ff. and 244 ff.; Verschraegen, Council of Europe, in Pintens (ed.), "Family and Succession Law", in Blanpain (ed.), *Encyclopaedia of Laws*, Deventer/Boston (loose-leaf edition), 23 ff.

²¹ ECtHR 13 June 1979 (Marckx/Belgium), Series A, No. 31, FamRZ 1979, 903, *EuGRZ* 1979, 454, *NJW* 1979, 2449. Hereto Jayme, "Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichteheichenrecht", *NJW* 1979, 2425 ff.; Pintens, "Menschenrechtskonvention und Privatrecht – Auswirkungen in Belgien", *RabelsZ* 1999, 702 ff.; Rigaux, "La loi condamnée", *Journal des Tribunaux* 1979, 5113 ff.; Sturm, "Das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichteheichen Kindes und seine Folgen", *FamRZ* 1982, 1150 ff.; VOSS, "Belgien: Kindschaft praeter und contra legem", *IPRax* 1986, 120 ff.

²² ECtHR 25 May 1994 (Keegan/Ireland), Series A, No. 290. Hereto Rudolf, "Zur Rechtstellung des Vaters eines nichteheichen Kindes nach der EMRK", *EuGRZ* 1995, 110 ff.; O'Donnel, "The unmarried father and the right to family life: Keegan v. Ireland", *MJ* 1995, 72 ff.

²³ E.g. ECtHR 24 March 1988 (Olsson/Sweden – No. 1), Series A, No. 130, § 81.

²⁴ ECtHR 29 October 1987 (Inze/Austria), Series A, No. 126, *ÖJZ* 1988, 177.

²⁵ ECtHR 1 February 2000 (Mazurek/France) Reports 2000-II 23, Dr.fam. 2000, 20, note De Lamy, *FamRZ* 2000, note Vanwinckelen. The Court has rejected to examine a violation of Art. 8 ECHR. See the dissenting opinion of the judges Loucaide and

Despite all these developments, the European Court of Human Rights will likely have less influence on the approximation of the legal systems in the future due to the fact that the major discriminations in the fields of family and, especially, succession law have been eliminated. Thus, it is debatable whether the Court will maintain its pioneering role. In view of the increasing number of Member States and their different opinions regarding human rights, the Court, in general, will probably limit itself to maintaining minimum standards.

Moreover, during last years there is no consistence between the judgements of the Court. In quite a lot of cases the Court is not maintaining his pioneering role and allows the Member States a large margin of appreciation as in the *Fretté* case²⁷. Here the Court stated that the Convention was not violated by the refusal of an adoption on the grounds of the adoptant's homosexuality. The appreciation of the interest of the child is left to the Member State. In other cases the Court is severe and leaves no margin at all as in the *Pla and Puncernau* case (supra I.2).

2. Legislation

2.1 *European Union*

Basically, the European Union has no competence regarding the unification of family and succession law.²⁸ The Treaty of Amsterdam has not altered this fact. The Council may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation, as set out in Art. 13 of the EC Treaty. The approximation of the laws of Member States is only a task for the European Community when it is required for the functioning of the common market. The provisions laid down in Art. 94 and 95 of the EC Treaty on the approximation of laws are not applicable. Even when using a broad interpretation of the goals of the European Community, there are only

Tulkens. Hereto Gouttenoire-Cornut/Sudre, "L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH", *J.C.P.* 2000 II, No. 10286, 647-648.

²⁶ Hereto Pintens, „Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts“, *FamRZ* 2003, 331 ff.

²⁷ ECtHR 26 February 2002, EHRC 2002, 259 note Janssen/Gerards, *FamRZ* 2003, 149, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 2002, 752, note Martens.

²⁸ See Fallon, "Droit familial et droit des Communautés européennes", *Revue trimestrielle du droit familial* 1998, 361 ff.; Hamilton/Perry (ed.), *Family Law in Europe*, 2nd edition, London 2002; Mcglynn, "A Family Law for the European Union?", in Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford 2000, 223 ff. and "The Europeanisation of family law", *C.F.L.Q.* 2001, 36; Pintens "Europeanisation of family law" in Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law*, Antwerp 2003, 22; Verbeke/Leleu, "Harmonisation of the Law of Succession in Europe", in Hartkamp et al. (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2nd edition, Nijmegen/The Hague 1998, 181 ff.

a few rules of family and succession law, which directly affect the functioning of the common market, despite the fact that succession law has some economic relevance.²⁹ The transfer of judicial co-operation in civil matters from the so-called third pillar (co-operation in judicial and legal matters) to the first pillar (community law)³⁰ does not push the unification of substantive family law much further. Even though Art. 65 of the EC Treaty does not contain a comprehensive enumeration, one could deduce from the measures enumerated in this article as well as from the caption of Title IV of the EC Treaty that its application is restricted to international family law only.³¹ Based on the example of the Brussels II Regulation,³² which is already replaced by the Brussels IIa regulation,³³ covering parental authority and visiting rights in all cases,³⁴ one can, pursuant

²⁹ E.g. one could link up with company law and corporate law. Hereto Leipold, "Europa und das Erbrecht", in *Festschrift Söllner*, Munich 2000, 650; Tillmann, "Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts", in *Festschrift Oppenhoff*, Munich 1985, 503.

³⁰ Hereto Besse, "Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ", *ZEuP* 1999, 106 ff.; Jayme/Kohler, "Europäisches Kollisionsrecht 1997 – Vergemeinschaftung durch "Säulenwechsel"?", *IPRax* 1997, 385 ff.

³¹ Comp. Basedow, "Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung", *AcP* 2000, 477.

³² OJ L 160, 30 June 2000, 19. This regulation has come into force on 1 March 2001, thus replacing the so-called Brussels II Convention of 28 May 1998 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (OJ C 221, 7 June 1998).

³³ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003, OJ L 338, 23 December 2003. The regulation entered into force on 1 August 2004 and shall apply from 1 March 2005 (Art. 72 Brussels IIa).

³⁴ Hereto Beaumont/Moir, "Brussels Convention II: A new instrument in family matters for the European Union or the European Community?", *Eur.L.R.* 1995, 268 ff.; Boele-Woelki, "Brüssel II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen", *ZfRV* 2001, 121 ff.; Everall/Nicholls, "Brussels I and II – The Impact on Family Law", *Fam Law* 2002, 674 ff.; Helms, "Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europäischen Eheverfahrensrecht", *FamRZ* 2001, 257 ff. and "Internationales Verfahrensrecht für Familiensachen in der Europäischen Union", *FamRZ* 2002, 1593 ff.; Jänterä-Jareborg, "Marriage Dissolution in an integrated Europe: The 1998 European Union Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention)", in Šarčević/Volken, *Yearbook of Private International Law 1999*, 1 ff.; Kohler, "Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der europäischen Union: Die Verordnung „Brüssel II“, *NJW* 2001, 10 ff. and "Status als Ware: Bemerkungen zur europäischen Verordnung über das internationale Verfahrensrecht für Ehesachen", in Mansel (ed.), *Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrecht*, Cologne 2001, 41 ff. and "Libre circulation du divorce? Observations sur le règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale", in *Estudos Magalhães Collaço*, I, Coimbra 2002, 232 ff.; Pirrung, "Europäische justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – insbesondere das neue Scheidungsübereinkommen", *ZEuP* 1999, 834 ff.; Solomon, "Brüssel IIa" – Die neuen europäischen Regeln zum

to the Vienna Action Plan,³⁵ the Programme of Measures of the Council³⁶ and the last communication,³⁷ expect further regulations.³⁸ Regulations on recognition and enforcement and on the applicable law in divorce cases, marital property law and succession law are planned.³⁹

Recently the European Union has abandoned its previous restraint. With the adoption of the Charter of Fundamental Rights of 7 December 2000,⁴⁰ which is of a mainly programmed aimed nature⁴¹ and reaffirms the rights as they result from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and from constitutional traditions, with some enlargement, the Union has acknowledged the importance of the family.

internationalen Verfahrensrecht in Fragen der elterlichen Verantwortung“, *FamRZ* 2004, 1409 ff.; Spellenberg, „Der Anwendungsbereich der EheVGÖ („Brüssel II“) in Statussachen“, in Festschrift Schumann, Tübingen 2001, 423 ff. and „Anerkennung eherechtlicher Entscheidungen nach der EheGVO“, *ZZPInt* 2001, 109 ff. and „Die Zuständigkeit für Eheklagen nach der EheGVO“, in Festschrift Geimer, Munich 2002, 1257 ff.

³⁵ Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice of 3 December 1998, OJ C 19, 23 January 1999 (also published in *IPRax* 1999, 288 ff.)

³⁶ Draft programme of the Council of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters of 15 January 2001, OJ C 12.

³⁷ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, 2 June 2004, COM(2004) 401 final.

³⁸ Hereto Boele-Woelki, “De toekomst van het IPR na het Verdrag van Amsterdam”, in *Privaatrecht en gros*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. F. Willem Grosheide, Antwerp/Groningen 2000, 355 ff., especially 368-369; De Boer, “Brussel II: een eerste stap naar een communautair IPR”, *FJR* 1999, 244 ff.; HESS, “Die “Europäisierung” des internationalen Privatrechts durch den Amsterdamer Vertrag. Chancen und Gefahren”, *NJW* 2000, 23 ff.; Jayme/Kohler, “Europäisches Kollisionsrecht 1999. Die Abendstunde der Staatsverträge”, *IPRax* 1999, 401 ff.; Jayme, “Zum Jahrtausendwechsel. Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus”, *IPRax* 2000, 165 ff.; Kohler, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *R.C.D.I.P.* 1999, 1 ff. and “Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum für das Familien- und Erbrecht”, *FamRZ* 2002, 709 ff.

³⁹ Clarkson, “Brussels III – Matrimonial Property European Style”, *Fam Law* 2002, 683 ff.; Trezza, “Il progetto “Roma III”: Verso uno strumento comunitario in materia di divorzio”, *Famila* 2001, 221ff.

⁴⁰ OJ C 364, 18 December 2000, I. Hereto in general Di Fabio, “Eine europäische Charta. Auf dem Weg zur Unionsverfassung”, *JZ* 2000, 737 ff.; Carlier/De Schutter (ed.), *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’homme en Europe. Hommage à Silvio Marcus Helmons*, Brussels 2002; Ruscello „La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria“, *Famila*, 2001, 697 ff.; Schröder, «Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung», *JZ* 2002, 849 ff.

⁴¹ But obligatory for the institutions and bodies of the Union and to the member states only when they are implementing Union law (Art. 51).

Whereas the actions of the Union first of all concerned family policy as a part of social policy, fundamental rights related to family law are inserted in the Charter, e.g. the right to respect for private and family life (Art. 7), the rights of the child (Art. 24) and the rights of the elderly (Art. 25). Article 21 prohibits discrimination, expressly including discrimination on the ground of sexual orientation.⁴² The citizens of the European Union are no longer being seen as consumers, but as persons with their own rights. This does not imply that the Union now disposes of a legal basis related to family law, but that existing rules can be interpreted in a broader sense.⁴³

The presidency conclusions of the Laeken European Council of 14-15 December 2001 point out that efforts to resolve the problems arising from differences between legal systems should continue,⁴⁴ and the harmonisation of family law is expressly mentioned as an example.⁴⁵

An important legislative achievement is the European Constitution, of which the draft was adopted by the Convention on 13 June 2003 and reached by the European Council in Thessaloniki on 20 June 2003. With the agreement on the European Constitution at the Government conference on 18 June 2004 in Brussels, the path to ratification by the member states has been opened. In the area of material family law, the Constitution will initially not be very meaningful. As in the Charter, the fundamental rights named in the Constitution will merely be declaratory. They will only be binding for EU-Institutions and for the member states at the execution of the law of the Union (Art. II-51-52). In court the citizen can only call upon the fundamental rights for the interpretation and legality control of EU-law, in order to answer to English but also to Dutch objections against a “*le gouvernement des juges*” (Art. II-52 No. 5). However, this will not prevent both the Court of Justice and the national courts to orient themselves more broadly towards the Constitution.

Moreover, the Constitution is not without importance for international family law. Article 65 of the EU Treaty has tied the measures within the reach of the judicial cooperation in civil matters to the condition that they can only be taken

⁴² Hereto Sumner, “The Charter of Fundamental Rights of the EU and Sexual Orientation”, *IFL* 2002, 156, esp. 161-162.

⁴³ McGlynn, “Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?”, *E.L.Rev.* 2001, 586; Stalford, “Concepts of family under EU law - Lessons from the ECHR”, *IJLPF* 2002, 411 ff.

⁴⁴ Comp. the Tampere European Council of 15-16 October 1999, which already stressed that “in a genuine European Area of Justice individuals and businesses should not be prevented or discouraged from exercising their rights by the incompatibility or complexity of legal and administrative systems in the Member States” (Nr. 28 of the presidency conclusions).

⁴⁵ Nr. 45 of the presidency conclusions.

in so far as they are beneficial to the smooth functioning of the internal market. In the practice of Council and Commission, this condition did not carry too much weight. Regulations on international marital and divorce law are without question very useful in the European Union, whether they are really beneficial to the smooth functioning of the internal market is disputable though. In the new Article III-170 of the Constitution, that replaces Article 65 of the EU Treaty, this condition has been deleted with no replacement. Therefore it is conceivable, that private international law – and along with it the international family law – will appear even more in the centre of activities of the Council and Commission and that a true unified conflict law will be developed.

In all these developments, two stages are to be recognized. The first stage with Brussels II consists of an expansion of Brussels I to marital and child affairs and remains limited to the unification of competence, recognition and enforcement. Brussels III will follow the same purpose and will expand Brussels I to marital property law and succession law. The second stage is already more ambitious and exceeds by far the international judicial law with among others an international divorce law, it wants to interfere in the core of private international law and works out a European conflict law. When one is of the opinion that a unified international judicial law is not sufficient and that a unified conflict law is necessary, in order to fight forum shopping, then there will possibly come a third stage. Here one recognizes also that a unified conflict law does not suffice in order to prevent forum shopping and the call for a harmonized and even unified material family law will become louder. Nowadays however, the European Union is not competent in this matter.

2.2 *Council of Europe*

The Council has met an important goal with its European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as certain other conventions,⁴⁶ but other major initiatives should not be expected. Rather than promoting unification of law by international conventions, the Council is seeking to stimulate harmonisation through recommendations of the Consultative Assembly and resolutions of the European Ministers of Justice as well as through scientific meetings.⁴⁷

⁴⁶ E.g. the Luxemburg European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children of 20 May 1980, *ETS* No. 105.

⁴⁷ See Killerby, “*Family Law in Europe. Standards set by the member States of the Council of Europe*”, in Liber Amicorum Meulders-Klein, Brussels 1998, 351 ff.; Schrama, “De Raad van Europa en het familierecht”, *FJR* 1998, 54 ff.; Verschraegen, “Council of Europe”, in Pintens (ed.), *Family and Succession Law*, Deventer/Boston 1997, 11 ff.

III. HARMONISATION: A CHALLENGE FOR EUROPE !

The Council of Europe and even the Court of Human Rights will play a minor role in the further development of European family law. It is clear that the European Union will have a more important role.

The Court of Justice uses the freedom of the Treaty to enter into the field of family law. This will lead to casual and fragmentary reforms of international family law and perhaps also of material family law.

Family law has progressively gained in importance in Community law. The elimination of obstacles to the freedom of movement within the European internal market as well as the warranty of this freedom of movement, which has become more important because of the increasing number of changes of domicile, inevitably lead to interactions between family law and the Community's fields of activity.

Should this development be welcomed? The fact that the European Union engages into family law, cannot simply be rejected. The probable unavailability of an ideal rule of competence is the smaller problem, as rules can be made. Instead, one has first to ask whether the European Community is an organisation with the ideal prerequisites and premises to promote harmonisation and unification of family law. Economic views, free movement, realisation of an internal market... this are perhaps not the best starting points. To put it in *Kohler's* words: "*Status als Ware*"⁴⁸ or family law as product of an economic market.⁴⁹ In this case, there is a risk that family law will be downgraded to an auxiliary science of economic law, only serving to realise the economic goals of the Community. Second, the Council makes it a little too easy for itself, as it sees the convergence of substantive law as a possibility to gain confidence in the proper functioning of institutions of the Member States. This requires a lot more. Unification of law, which has been established in back rooms without sufficient participation of the European Parliament and perhaps even of the national parliaments, lacks democratic legitimation.⁵⁰ Unification of law, which has been established without sufficient scientific cooperation, leads to a reduction of quality. A great deal still

⁴⁸ Kohler, "Status als Ware: Bemerkungen zur europäischen Verordnung über das internationale Verfahrensrecht für Ehesachen", in Mansel (ed.), *Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrecht*, Cologne 2001, 41 ff.

⁴⁹ Pintens, "Europeanisation of family law" in Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law*, Antwerp 2003, 28.

⁵⁰ Pintens, "Europeanisation of family law" in Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law*, Antwerp 2003, 28.

has to be realised in the judiciary. A real uniform area of law can only function if the education and training of judges reaches a similar level in each Member State. As long as this is not the case, confidence in the proper functioning of the institutions of the Member States is not likely to occur. Thus, there is still a lot of work to be done.

The conclusion can be reached that (i) an institutional unification of substantive family law still has a long journey to go and that unification is currently not advisable, (ii) at first a long phase of spontaneous approximation of laws is necessary and (iii) this harmonisation of family law will in a first stage be a task for research and education. An intense scientific discussion is necessary.⁵¹ Harmonisation of law will only be successful once there is emphasis on what is common to the European legal systems and when the differences are placed in perspective rather than denied, thus creating a European consciousness. This can only be reached through education and the evolution of legal science.

(This contribution has been closed in September 2004.)

⁵¹ Kohler, *FamRZ* 2002, 713.

LA COMISIÓN DE DERECHO DE FAMILIA EUROPEO: LA REDACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL ÁMBITO DEL DIVORCIO Y LOS ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES

KATHARINA BOELE-WOELKI*

CATEDRÁTICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO Y DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE UTRECHT

PRESIDENTA DE LA COMISIÓN DE DERECHO DE FAMILIA EUROPEO

SUMARIO

I. El reto actual para el derecho privado	39
II. La dimensión europea del derecho de familia	40
III. Unificación del Dopr sobre las relaciones de familia.....	41
IV. Divorcio entre nacionales (súbditos) suecos con residencia habitual en Irlanda	42
V. A vista de pájaro: el derecho de divorcio en Europa.....	43
VI. La armonización del Derecho de Familia en Europa en perspectiva histórica y cultural	45
VII. La Comisión de Derecho de Familia Europeo.....	46
VIII. Objetivos de la CEFL	46
IX. Metodología	47
X. Resultados obtenidos.....	49
XI. Campos de acción e idioma	50
XII. El primer juego de Principios: el divorcio y los alimentos entre esposos divorciados ...	50
XIII. La interrelación entre los Principios, los informes comparados y los comentarios.....	51
XIV. ¿“Núcleo común” y/o “mejor derecho”?	52
XV. Mirada retrospectiva y mirada al futuro.....	55
Anexo. Principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados	56

I. EL RETO ACTUAL PARA EL DERECHO PRIVADO

En línea con el avance hacia la integración europea, el Parlamento Europeo ha mencionado, sugerido y anunciado varias veces la posible realización de un Código Civil Europeo. En realidad nadie sabe exactamente qué opina Bruselas sobre un Código Civil Europeo. Las opiniones difieren de país en país. En Alemania, por ejemplo, se encuentran muchos protagonistas, en Francia en cambio, donde hace poco se celebró el 200º cumpleaños del *Code Civil*, la reserva es grande. Lo mismo vale en general para los juristas ingleses. Al final será una decisión política. A parte de eso no puede ser negado que desde hace más de veinte años una nueva

* La autora desea agradecer a Nienke de Boer, estudiante asistente del Instituto Molengraaff de Derecho Privado de la Universidad de Utrecht, por la traducción de este artículo al español.

actividad de Derecho comparado ha surgido: a saber el formular principios comunes de derecho privado europeo a base de investigaciones comparadas.

Tradicionalmente la armonización y la unificación se producen en ámbitos como el derecho comercial y ámbitos relacionados del derecho civil. El derecho de familia ha sido excluido hasta hace poco, a causa de objeciones culturales, casi totalmente de las muchas actividades comparadas. Esta comprobación no es accidental. Especialistas del derecho de familia en Europa han mostrado muchas veces reservas fundamentales contra toda forma de armonización o incluso unificación. Algunos están convencidos de que el derecho de familia en Europa no puede ser armonizado de ninguna manera, o más intensamente unificado, a causa de las grandes diferencias entre los regímenes nacionales en las diferentes jurisdicciones europeas y los antecedentes culturales en que se basa este ámbito del derecho privado.

II. LA DIMENSIÓN EUROPEA DEL DERECHO DE FAMILIA

En los últimos años, no obstante, se ha producido un cambio.¹ Bajo la influencia de la integración económica trascendente y la libre circulación de personas el derecho de familia ha adquirido una dimensión europea cada vez más fuerte.² Hay que diferenciar entre por un lado el derecho de familia internacional - mejor dicho el derecho internacional privado respecto a las relaciones de familia transfronterizas - y por otro lado el derecho de familia material. La influencia de Europa es fuerte de manera diferente en los dos ámbitos. Eso produce tensiones en el ámbito del derecho internacional de familia, pero como es conocido aquí se tomaron decisiones políticas que tienen consecuencias de gran alcance. El Derecho de familia europeo para relaciones transfronterizas se ha hecho realidad desde el año 2001. Su base legal se encuentra en una modificación del tratado EC. La Unión Europea tiene competencia para la unificación del derecho internacional privado sobre casos civiles y comerciales transfronterizos. En eso se incluye también el derecho internacional de familia. Frente a esta competencia trascendente se encuentra la opinión generalmente sentida que la Unión Europea no tiene competencia respecto al derecho material de familia. Es el legislador nacional de los estados-miembros que determina el contenido del derecho de

¹ Véase sobre eso detallado: W. Pintens, *Europeanisation of family law*, en: K. Boele-Woelki (red), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, European Family Law Series Nr. 5, Intersentia 2003, p. 1-34.

² Véase: M. Roth, *Impulse für ein europäisches Familienrecht*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 2003 pp. 92-98 y D. Martiny, *Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?* En: A. Hartkamp et al (eds), *Towards a European Civil Code*, 3rd edition Ars Aequi Libri – Nijmegen 2004, p. 307-333.

familia. Aquí se siente la gran importancia de los principios de igualdad y de no discriminación, como aprobados por el Consejo de la Unión europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La dimensión europea es por eso otra en el ámbito del derecho material de familia. Se centra más en la armonización de los sistemas de derecho de familia y no se guía desde Bruselas. Es lógico que sobre la conveniencia, factibilidad y métodos de un derecho de familia armonizado en Europa no exista consenso.

III. UNIFICACIÓN DEL DIPR SOBRE LAS RELACIONES DE FAMILIA

El instrumento más importante hasta este momento en el ámbito del derecho internacional de familia es el Reglamento Bruselas II EG No. 1347/2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de la responsabilidad parental para hijos comunes,³ que entró en vigor el día 1 de marzo de 2001. Ahora se ha aprobado el Reglamento Bruselas IIbis No. 2201/2003⁴ que sustituirá el Reglamento Bruselas II el 1 de marzo de 2005. La velocidad con que se sustituirá el Reglamento Bruselas II, que sólo lleva cuatro años, por un nuevo instrumento, hace posible que se adapte la ley ejecutiva que en Holanda todavía no está aprobada a la nueva versión. Se teme que las causas alternativas para la competencia en casos de divorcio, como usadas en el Reglamento Bruselas II, estimulen a los cónyuges tanto a *forum shopping* como a *forum racing*. ¿Cuál es el foro más conveniente para el solicitante? Bajo el Reglamento Bruselas II el foro que ha sido solicitado primero tiene competencia exclusiva. Por eso se complementará el Reglamento Bruselas IIbis con un Reglamento respecto al derecho aplicable en casos de disolución del matrimonio. Las preparaciones para este instrumento nuevo están en marcha. Independientemente del estado-miembro en que se comienza el procedimiento, las mismas reglas de conflicto serán aplicadas. Surge la pregunta si la unificación de reglas de conflicto de verdad soluciona todos los problemas.

Por otro lado, surge también la pregunta ¿por qué es Bruselas tan activa en el ámbito de la unificación del derecho internacional privado? La respuesta es bastante sencilla. El aumento de la libre circulación de personas resulta en un aumento casi proporcional de las relaciones de familia transfronterizas. La manera clásica de resolver los problemas que surgen de eso es el uso de las reglas de derecho internacional privado. En mi opinión el derecho internacional privado ya no es el único medio para llegar a soluciones adecuadas para la migración regular e intensiva dentro de la Europa actual. Ni siquiera el derecho de conflictos

³ Diario oficial de la Unión europea L 160/19.

⁴ Diario oficial de la Unión europea L 338/1.

unificado puede tender un puente sobre las diferencias entre las leyes nacionales materiales. El derecho internacional privado sigue siendo una solución temporal o como los especialistas del DIPr admiten francamente una solución de emergencia. Se alcanza cierto grado de uniformidad, pero las diferencias entre las leyes materiales de las jurisdicciones interesadas siguen existiendo.

IV. DIVORCIO ENTRE NACIONALES (SÚBDITOS) SUECOS CON RESIDENCIA HABITUAL EN IRLANDA

A título ilustrativo de lo anterior la siguiente situación.⁵ Supóngase que ciudadanos suecos que tienen su residencia habitual en Irlanda quieren disolver su matrimonio. Si la mujer quiere divorciarse sin retraso, pero el hombre no está de acuerdo, en este caso le interesará especialmente a la mujer proceder judicialmente en Suecia. El artículo 2 del Reglamento Bruselas II otorga competencia a los jueces suecos (en base de a la nacionalidad común). Según las normas conflictivas suecas respecto al divorcio es aplicable el derecho sueco como derecho del foro. En el derecho sueco cada cónyuge puede terminar el matrimonio en cualquier momento. Si alguno de ambos cónyuges se opone al divorcio, el divorcio será declarado a base de una solicitud repetida después de un período de reflexión de seis meses. Las consecuencias del divorcio pueden ser aplazadas hasta después de la sentencia de divorcio.

Si el procedimiento de divorcio hubiera sido empezado primero en Irlanda – Artículo 2 del Reglamento Bruselas II otorga también al juez irlandés competencia en base a la residencia habitual – la mujer tendría que esperar mucho más tiempo para llegar al divorcio. Bajo las circunstancias dadas le podría interesar al marido empezar el procedimiento primero para evitar que la mujer entre al procedimiento de un divorcio rápido. Aunque no puede evitar que al final se declare el divorcio, puede retrasarlo al dirigirse a un juez irlandés. Según el derecho irlandés, en el que no se introdujo el divorcio hasta en 1997, los cónyuges deben vivir separados de hecho por lo menos cuatro años y el juez debe ser convencido de que no habrá perspectiva razonable de reconciliación. Así que aunque hubiera DIPr unificado respecto al divorcio, los resultados basados en la aplicación del derecho de divorcio nacional siguen mostrando grandes diferencias. ¿Son las diferencias en todos los países de Europa tan grandes como en el caso sueco-irlandés?

⁵ Procedente de M. Jänterä-Jareborg, *Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective*, en: K. Boele-Woelki (red), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, European Family Law Series Nr. 5, Intersentia 2003, p. 194-216 y véase también: D. Martiny, “Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt in Europa”, *Electronic journal of Comparative Law* 2004, 8 (3) <http://www.ejcl.org>.

V. A VISTA DE PÁJARO: EL DERECHO DE DIVORCIO EN EUROPA

Contestar a esta pregunta requiere una sinopsis del derecho de divorcio vigente en este momento.⁶ Todos los países europeos admiten el divorcio, excepto Malta. El divorcio se define en general como una disolución *ex nunc* de un matrimonio válido durante la vida de los cónyuges mediante un juicio de una autoridad competente en base a condiciones fijadas por la ley y por medio de un procedimiento también fijado por la ley. ¿Cuáles son las causas por las que se disuelve un matrimonio? ¿Hay una sola causa o existen más causas? Muchas jurisdicciones persisten en una pluralidad de causas, por ejemplo Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Grecia, Noruega, Portugal, España y Suiza. En las jurisdicciones pluralistas hay diferentes formas de divorcio. En otros sistemas jurídicos, como en la República Checa, Inglaterra y Gales, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, los Países Bajos, Polonia, Rusia, Escocia, Finlandia y Suecia se conoce sólo una sola causa de divorcio (sistema monista).

Hoy en día tal vez se piensa que en Europa ya no existen leyes de divorcio que utilizan el principio de culpa. No es así. En Bélgica, Dinamarca, Francia, Austria y Noruega la culpa sí es una causa de divorcio, al lado de otras causas. Específicamente en el caso de Francia hay que mencionar que en la proposición para la reforma del derecho de divorcio que está en trámite el divorcio por culpa sigue existiendo, a causa del hecho que en el pasado esta causa de divorcio se ha utilizado frecuentemente. Otras causas de divorcio son: acuerdo sobre la disolución del matrimonio (Bélgica, Bulgaria, Francia, Grecia, Austria, Portugal, República Checa, Suiza), separación de hecho (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia, Suiza, Francia, Irlanda, España) y ruptura definitiva (Bélgica, Bulgaria, Hungría, los Países Bajos, Rusia, Alemania, Inglaterra y Gales, Grecia, Italia, Austria, Polonia, Portugal, Escocia, España).

El consentimiento mutuo al divorcio, también indicado como divorcio consensual, ya fue reconocido como causa de divorcio por el *Code Civil* francés de 1804. Aun así existe hasta hoy en día el miedo de utilización fraudulenta de esta causa de divorcio. Algunas jurisdicciones que siguen el principio de la ruptura definitiva, como Polonia, no admiten el divorcio por acuerdo. En Holanda el divorcio consensual tampoco se menciona explícitamente en la ley. En otros sistemas jurídicos sí se reconoce esta forma explícitamente, como en Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Grecia, Portugal, Suiza. Existen muchas variaciones de esta forma de divorcio. Prácticamente en muchos países se declara el divorcio

⁶ La sinopsis se encuentra en gran parte basada en la contribución de D. Martiny, *Divorce and Maintenance Between Former Spouses – Initial Results of the Commission on European Family Law*, en: K. Boele-Woelki (ed), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, European Family Law Series Nr. 5, Intersentia 2003, p. 529-550.

a causa de consentimiento mutuo. En muchos sistemas el divorcio a causa de consentimiento mutuo sólo está permitido como una forma de ruptura definitiva (Dinamarca, Alemania, Hungría, Italia, los Países Bajos, Rusia, España, Inglaterra y Gales, Irlanda y Escocia).

También existen diferencias respecto a las condiciones adicionales del divorcio a causa de consentimiento mutuo. Muchos legisladores abrigan cierta desconfianza hacia esta forma de divorcio. Consentimiento parece ser considerado obviamente como una manera “peligrosa” de disolución del matrimonio. Se intenta evitar decisiones demasiado rápidas que no se han pensado bien. Por eso se exige muchas veces una separación de hecho de cierto tiempo (Austria, República Checa, Hungría, Italia, España, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Noruega). El período de tiempo difiere de seis meses en Austria a cuatro años en Irlanda. Muchas veces se imponen condiciones a la duración del matrimonio, como es el caso en Bélgica, Bulgaria, República Checa, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Rusia, Dinamarca y Noruega. En algunas jurisdicciones se exige hasta una edad mínima de los cónyuges. En Bélgica los cónyuges deben tener por lo menos veinte años para estar permitida la utilización del divorcio por consentimiento mutuo. Divorcio por consentimiento también puede ser en contra de los intereses de los hijos. Por eso algunas jurisdicciones sólo admiten tales divorcios en caso de que la pareja no tenga hijos. Además es bastante común que las partes tengan que mostrar un acuerdo en el que se regulan las consecuencias del divorcio, como en Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, España y Suiza.

Aunque muchas jurisdicciones tienen una aversión más o menos fuerte a la disolución del matrimonio a petición de uno de los cónyuges, hay otras que permiten un divorcio unilateral. Para tal divorcio basta que uno de los cónyuges ya no se aferre al matrimonio. En Finlandia y Suecia hasta se ha abandonado la idea de ruptura definitiva. De eso surge la pregunta de si debería existir un derecho absoluto a divorciarse en el sentido que siempre puede ser impuesto en contra de la voluntad del otro cónyuge.

Con respecto a la separación de hecho debe ser mencionado que el período de la separación puede variar considerablemente. En el caso de que las partes pidan el divorcio juntos basta en Dinamarca, Austria y la República Checa un período de seis meses, mientras que en Alemania, Noruega, Portugal y España hace falta un período de un año y en Hungría e Italia se requiere hasta tres años. En el caso de que las partes no estén de acuerdo, en Dinamarca un divorcio es posible después de que los cónyuges hayan vivido separados durante dos años. En otros países el período en este caso difiere entre tres (Alemania y Portugal) y cuatro años (Suiza). En Irlanda se exige también un período de cuatro años de vivir separados como requisito general.

VI. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA Y CULTURAL

¿Significan estos detalles desconcertantes en el derecho de divorcio que no existe posibilidad (para) de armonizar el derecho de divorcio en Europa? ¿En verdad es este intento imposible por diferencias culturales o diferencias en la mentalidad jurídica de las jurisdicciones respectivas? Para contestar la pregunta cabe relativizar el argumento que se aporta frecuentemente de la incorporación cultural del derecho de familia. Eso se hizo en el dictamen innovador “Una búsqueda al derecho de familia europeo” que fue escrito en 1999 auspiciado por la Asociación Neerlandesa para el Derecho Comparado.⁷ Los autores aseguran que debe ser relativizado el argumento respecto a las restricciones culturales. Me gustaría resumir brevemente las conclusiones del dictamen:

La variación de soluciones jurídicas para determinados problemas ilustra en muchos casos sobre todo que existen vías diferentes que resultan en los mismos resultados funcionales.

El derecho de familia en los países europeos está basado, a pesar de cierto grado de restricciones culturales que deben ser respetadas, en la misma tradición jurídica. Se basa en el derecho romano y más tarde en el derecho canónico. También vale hasta cierto punto para los países de common law.

Hay una tendencia clara de convergencia entre los derechos de familia de los diferentes países europeos (todos los países se mueven en la misma dirección hacia, por ejemplo, la liberalización del divorcio).

Los valores europeos en que la UE está basada, dan lugar a una causa común creciente para el derecho de familia (como por ejemplo la igualdad de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio).

Las objeciones culturales no tienen el mismo vigor en todos los ámbitos del derecho de familia. Así las objeciones culturales desempeñan un papel considerablemente menos importante en el derecho matrimonial económico que en otros ámbitos del derecho de familia como por ejemplo en el derecho de descendencia y de adopción.

El eje de las diferencias entre los derechos de familia en Europa se sitúa, a causa de la influencia más fuerte de la religión en el sur de Europa, sur-norte y no este-oeste. El nivel de modernización del derecho de familia en países de Europa del este es comparable con el de los países escandinavos, gracias a la inserción del derecho de familia totalmente modernizado en Rusia a finales del siglo pasado.

⁷ M. Antokolskaia, W. de Hondt y G. Steenhoff, *Een zoektocht nar Europees familierecht, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Kluwer-Deventer 1999.

Eso hace viable la participación de países de Europa del este en el proceso de armonización del derecho de familia.

VII. LA COMISIÓN DE DERECHO DE FAMILIA EUROPEO

Hace tres años se fundó en Utrecht la Comisión de Derecho de Familia Europeo (Commission on European Family Law, CEFL) La CEFL se fija como objetivo fomentar la armonización del derecho de familia en Europa a base de un estudio de reconocimiento tanto en cuanto a los aspectos teóricos como a los prácticos de la aventura.

La fundación de la CEFL, que desde el principio de 2003 es una fundación según el derecho neerlandés, se basa en una iniciativa científica. Los miembros son totalmente independientes de cualquiera organización o instituto. También las actividades de la CEFL son asuntos puramente académicos.⁸ Respecto a la estructura y organización de la CEFL es importante saber que la Comisión consiste de dos grupos: el Comité Organizador de siete miembros: Boele-Woelki (Países Bajos), Ferrand (Francia), González Beilfuss (España), Jänterä-Jareborg (Suecia), Lowe (Inglaterra y Gales), Martiny (Alemania) y Pintens (Bélgica) y el Grupo de Expertos: Antokolskaia (Rusia), Dethloff (Alemania), Hausheer (Suiza), Hrušáková (República Checa), Koutsouradis (Grecia), Kurki-Suonio (Finlandia), Mączyński (Polonia), Martín Casals (España), Luna-Andersen (Dinamarca), Meston (Escocia), Mikelenas (Lituania), De Oliveira (Portugal), Patti (Italia), Roth (Austria), Savolainen (Finlandia), Schwenzer (Suiza), Shannon (Irlanda), Sverdrup (Noruega), Todorova (Bulgaria) y Weiss (Hungría). La tarea general del Comité Organizador es preparar y coordinar el trabajo del Grupo de Expertos y la Comisión en general.

VIII. OBJETIVOS DE LA CEFL

¿Cuáles son los objetivos más importantes de la CEFL? ¿Un código de familia para toda Europa, como el ministro de justicia de Baden-Württemberg propuso hace poco en una de las últimas entregas de la revista alemana del derecho de familia?⁹ Hoy en día este objetivo está absolutamente fuera de alcance. Faltan las decisiones jurídico-políticas y la competencia de la Comisión europea que depende de ellas. La CEFL sí prepara principios de derecho europeo

⁸ Toda la información sobre la CEFL, sus actividades, resultados, publicaciones y conferencias se encuentra en su página web: <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

⁹ C. Werwigg-Hertneck / F. Mauch, "Auf dem Weg zu einem Europäischen Familiengesetzbuch", *FamRZ* 2004, p. 574-580.

de familia, que visto la forma y contenido pueden ser considerados como un Replanteamiento para el derecho de familia. Principios – *Principles* – y Replanteamiento son para la situación europea conceptos casi cambiables. ¿Le gustaría acentuar la información comparada, las semejanzas y diferencias, el denominador común o más bien la mejor solución? Las perspectivas respectivas determinan al final la elección de una u otra designación.

Surge la pregunta ¿cómo se califican los resultados finales de las actividades de la CEFL? En primer lugar los Principios no son imperativos. Además no tienen que ser considerados como un código modelo completo que puede ser adoptado por los legisladores nacionales. Los principios fueron formulados en disposiciones, pero tienen que ser leídos en combinación con los estados comparativos y comentarios que explican las reglas con más detalle. Sin esta explicación no será posible entender el contenido y el espíritu de un Principio. La CEFL se dejó inspirar por los *Restatements* americanos que se han compilado en muchos ámbitos del derecho. Tanto los legisladores nacionales e internacionales, como los europeos pueden utilizar los Principios como marco de referencia. En todo caso pueden sacar ventaja de las conclusiones comparativas que son basadas en los informes nacionales que son muy amplios.¹⁰

¿Se podrían declarar aplicable los Principios a casos transfronterizos? Dos circunstancias justifican una respuesta negativa: En primer lugar la mayoría de las disposiciones del derecho de familia en todos los países europeos hasta ahora tienen un carácter imperativo. La ‘aplicación’ de los Principios de la CEFL por motivo de decisión explícita de las partes no es por eso posible. En segundo lugar los Principios en gran parte sólo consisten en puntos de partidas generales y directrices que necesitan ser desarrollados por los legisladores nacionales. No existe un derecho de divorcio de la CEFL. Esta sólo formula principios y los proporciona de información comparativa y también de comentarios. Pueden ser tomados en consideración a la hora de redactar o reformar una regulación legal.

IX. METODOLOGÍA

En el método de trabajo de la CEFL se pueden distinguir seis pasos. El primer paso es la selección de los ámbitos del derecho de familia que son los más apropiados para la armonización. El segundo paso es formular un cuestionario. El cuestionario tiene que ser formulado para que sea posible descubrir

¹⁰ Véase sobre eso detallado K. Boele-Woelki, *Comparative Research-Based Drafting of Principles of European Family Law*, in: *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Intersentia, 2002, p. 171-189.

semejanzas y diferencias entre las soluciones para problemas del derecho de familia en los diferentes países europeos. Al redactar un cuestionario es necesario formular las preguntas lo más independientemente posible de las jurisdicciones nacionales. No sólo se ha de prestar atención al derecho de leyes, sino también al derecho como se aplica en la práctica. Se trata del enfoque funcional. El tercer paso es la formulación de informes nacionales por los miembros del Grupo de Expertos en base al cuestionario. Los amplios informes nacionales evidencian las semejanzas y diferencias en los variados ámbitos del derecho de familia de los países europeos. El cuarto paso es la publicación del material comparativo a través de dos medios de divulgación. En primer lugar por medio de la publicación electrónica de todos los informes nacionales en la página web de la CEFL. Los informes nacionales dan una vista única sobre las leyes de divorcio. Como complemento a los informes nacionales, que en su conjunto ocupan más de 1000 páginas, hasta este momento se han impreso y publicado dos versiones integradas respecto al primer campo de acción. Así se facilita la comparación. El quinto paso es formular los principios de derecho europeo de familia en los ámbitos antes seleccionados. El último y sexto paso es la publicación de los principios. Casi todos los pasos ya se han dado una vez. La CEFL ahora se encuentra entre el quinto y el sexto paso.

Además se pueden distinguir dos enfoques importantes que pueden ser utilizados como propuestas para la armonización del derecho de familia. El punto de partida es el derecho actual. El método “*common core*” implica que, en lo que cabe, la CEFL intenta fijar el núcleo común de las soluciones jurídicas actuales para cierto problema. El método “*common core*” sin embargo tiene sus límites. En algunos casos ningún núcleo común puede ser identificado, porque hay demasiada diversidad, no sólo al nivel de las soluciones técnicas, sino también en el nivel de equivalentes funcionales. En otros casos, aunque existe un núcleo común, el denominador común se fija en un nivel más bajo que los requisitos que la CEFL exige sobre la calidad y modernidad de las propuestas que quiere hacer. Eso significa que aún si se puede identificar un núcleo común, también es necesario evaluar el núcleo común, porque el trabajo de la comisión sólo puede tener éxito en el futuro si los resultados pueden ser una fuente de inspiración para un derecho de familia moderno. Además, si no es posible deducir un núcleo común por el tamaño de las diferencias, la decisión de cuál solución se tiene que elegir sólo puede ser basada en una evaluación. La solución en ambos casos es manejar el llamado método de “*better law*”. Este enfoque significa que del depósito de soluciones se selecciona ‘la regla más convincente y mejor’. También es posible formular la mejor regla en caso de que ninguna regla satisfaga. El hecho de que la CEFL no se pueda apoyar en ninguna legitimación democrática o aprobación política no tiene importancia al respecto. Evaluar los resultados y adoptar una posición nunca se puede hacer sin alguna forma de subjetividad. Elegir

y argumentar la mejor solución es una parte esencial y necesaria de todos los procesos científicos en general y de estudios comparativos en especial. Atención al progreso histórico, tendencias del futuro y aspectos sociológicos por un lado y una discusión amplia dentro de la CEFL por otro, garantizarán la legitimación necesaria de la versión definitiva de los principios en la comunidad científica y en la sociedad.

X. RESULTADOS OBTENIDOS

Desde su fundación en 2001 la CEFL ha obtenido los siguientes resultados:¹¹

La formulación un cuestionario sobre las causas de divorcio y las obligaciones de alimentos entre ex-cónyuges (105 preguntas).

El cuestionario ha sido contestado en veintidós informes nacionales. Los informes se encuentran disponibles electrónicamente desde diciembre de 2002 y fueron publicados en forma impresa en marzo de 2003.¹²

La conferencia de apertura de la CEFL sobre las perspectivas para la unificación y armonización del derecho de familia en Europa se celebró en Utrecht del 11 al 14 de diciembre de 2002.

En marzo de 2004 se fijó el segundo cuestionario sobre la responsabilidad parental (63 preguntas).

Publicación de los Principios de derecho europeo de familia relativo al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados.¹³

Del 9 al 11 de diciembre de 2004 se celebró la segunda conferencia de la CEFL también en Utrecht.

El Comité Organizador de la CEFL decidió en una fase inicial que existe la necesidad de una serie propia para el derecho de familia en Europa. Desde marzo de 2003 se han publicado cinco libros en la Serie del Derecho de Familia Europeo. Estudios de derecho comparado, materiales y estudios sobre los efectos de la legislación internacional y europea en los sistemas jurídicos nacionales en Europa, pueden ser publicados en la serie en inglés, francés o alemán; la serie no está limitada a los informes y principios de la CEFL.

¹¹ Toda la información se puede encontrar en la página web de la CEFL.

¹² K. Boele-Woelki / B. Braat / I. Sumner (red), *European Family Law in Action*, Vol. I: *Grounds for Divorce*, Vol II: *Maintenance Between Former Spouses*, European Family Law Series, Nos. 2 y 3, Intersentia, 2003.

¹³ K. Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law Concerning Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, European Family Law Series no. 7, Intersentia, 2004.

XI. CAMPOS DE ACCIÓN E IDIOMA

Por efecto de las tendencias comunes en el derecho de divorcio en Europa y especialmente debido al Reglamento Bruselas II, la CEFL empezó sus actividades comparativas en este ámbito. Se añadió una de las consecuencias del divorcio, la obligación de alimentos entre ex-cónyuges. Después de un debate extenso la CEFL seleccionó como segundo ámbito la responsabilidad parental. En primer lugar existe una conexión natural entre el divorcio y la responsabilidad parental. En segundo lugar el Reglamento Bruselas IIbis cubre todas las preguntas que surgen en relación con la responsabilidad parental. Como tercer ámbito está planeado las nuevas formas de convivencia. Este ámbito que incluye las diferentes formas de pareja registradas y la convivencia no matrimonial, sufre permanentemente fuertes cambios, pero también es considerablemente controvertido y por eso, complicado. Por otro lado existe, en comparación con otros ámbitos jurídicos, muy poca legislación. Aquí cabe la posibilidad de elaborar nuevas soluciones.

El idioma de trabajo de la CEFL es el inglés. No obstante, se formulan los Principios en tres idiomas: el inglés, el francés y el alemán. En cuanto se ha formulado la versión inglesa se hace una traducción francesa y alemana. No siempre resulta posible dar una traducción exacta a la versión inglesa. Eso lleva a la adaptación de la versión inglesa a las necesidades específicas del francés y del alemán. Esto significa que ninguna versión es una traducción de uno de los otros dos idiomas. Las tres versiones son igualmente auténticas. Sólo los Principios, y no los informes comparativos y los comentarios, se traducirán al holandés, español y sueco.

XII. EL PRIMER JUEGO DE PRINCIPIOS: EL DIVORCIO Y LOS ALIMENTOS ENTRE ESPOSOS DIVORCIADOS

¿Qué temas se tratan en los Principios, que se publicarán en diciembre de 2004? Tanto con respecto al divorcio como a los alimentos entre esposos divorciados se pueden distinguir tres partes. Los principios de divorcio empiezan con tres principios generales con respecto a la admisibilidad del divorcio, el procedimiento legal y autoridad competente y las formas de divorcio. Luego se tomó la decisión por dos formas de divorcio: el divorcio por consentimiento mutuo y el divorcio sin el consentimiento de uno de los esposos. En la primera forma de divorcio se presta atención en cuatro principios a la noción de consentimiento mutuo, el periodo de reflexión, el contenido y forma del acuerdo y, por último, la determinación de las consecuencias. También con respecto a la segunda forma de divorcio se formularon tres principios, que tratan la separación de hecho, la cláusula de dureza y, por último, la

determinación de las consecuencias. Del breve resumen se desprende en primer lugar que la CEFL centra la atención en la responsabilidad propia de los cónyuges. Por eso el consentimiento entre los esposos desempeña un papel importante. El divorcio consensual por consiguiente debe presentarse lo más atractivo posible. Una pregunta política-jurídica importante es sin embargo, ¿qué formas de mecanismo de control son necesarias para evitar abuso de la autonomía de las partes? En segundo lugar se desprende que en el caso de que uno de los esposos se resista al divorcio, no se utilizará la ruptura definitiva como causa del divorcio. Después de discusiones largas la CEFL se ha decidido finalmente por un criterio que puede ser constatado objetivamente: la separación de hecho.

Con respecto a los alimentos entre esposos divorciados en los principios se presta atención a la relación entre alimentos y divorcio, así como al principio de autosuficiencia. Para la segunda parte se formularon cuatro Principios sobre las condiciones de atribución de la pensión de alimentos, la determinación de la pensión de alimentos, la modificación de la disposición de alimentos, así como una cláusula de dureza. La tercera parte regula cuestiones específicas, como la pluralidad de obligaciones de alimentos, la limitación en el tiempo, la extinción de la obligación de alimentos y, por último, el acuerdo sobre la pensión de alimentos.

XIII. LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS, LOS INFORMES COMPARADOS Y LOS COMENTARIOS

Los PEFL (Principios de derecho de familia europeo) consisten en tres partes: los Principios mismos en la forma de disposiciones, los informes comparados y los comentarios. Estas tres partes están relacionadas. Una parte no puede ser leída sin las otras dos partes. Tanto los informes comparados como los comentarios son parte y pieza de los Principios en conjunto.¹⁴ Este enfoque fue utilizado por muchos grupos y comisiones y se inspiró en los *Restatements Americanos*. Los informes comparados refieren extensivamente a los informes nacionales.¹⁵ Se intentan exponer las variaciones en las reglas subyacentes mismas y realizar comparaciones explícitas entre las jurisdicciones. El hecho de que las comparaciones sean expuestas hacen a los Principios atractivos para

¹⁴ Véase sobre la naturaleza de los Principios: K. Boele-Woelki et al, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, EFL series No.7, Intersentia, Amberes 2004.

¹⁵ Las dos partes de los PEFL contienen 1076 notas al pie de las páginas.

legisladores que están considerando si su derecho de familia nacional debe ser modernizado.¹⁶

Cada disposición adoptada por la CEFL en la mayoría de los casos representa una elección por una sola regla entre las opciones presentadas por los diferentes sistemas. Juntas con los comentarios revelan y explican porqué cierto Principio fue elegido y elaborado. Proporcionan una guía a las políticas detrás de las decisiones. De alguna manera son los caracteres dominantes de los redactores, sugiriendo cuál es la “mejor” regla, la más “funcional” o la más “eficiente”. En todo caso intentamos encontrar los orígenes de un Principio. Hay que reconocer, sin embargo, que parte del proceso completo de pensamiento, especialmente la evaluación de las soluciones ofrecidas, está oculta en consideraciones no publicadas y publicaciones secundarias. Intentábamos buscar la mayor transparencia posible, al tiempo que la intuición fue obviamente evitada. Tener en cuenta la interrelación entre las tres partes de los Principios implica que no hay que usar el texto de un Principio sin haber consultado el informe comparativo respectivo y comentario para entender su significado específico.

XIV. ¿“NÚCLEO COMÚN” Y/O “MEJOR DERECHO”?

Las instituciones legales, las soluciones legales y las normas de los sistemas jurídicos expresan la jerarquía de valores inherente a todos los sistemas jurídicos, aunque en grados diferentes. En la elaboración final de los Principios una evaluación de estos valores ha de tener lugar. Aparentemente, no existe una jerarquía de normas universalmente aceptada, y, por consiguiente, ningún estándar objetivo para la evaluación. Cierta grado de subjetividad en el proceso de evaluación no puede ser evitado, pero esto ¿realmente importa? En la Conferencia de apertura de la CEFL en diciembre de 2002 hubo extensas discusiones sobre el método más eficaz para armonizar el derecho de familia en Europa.¹⁷ ¿La armonización debe basarse sólo en el núcleo común, o el uso del método de mejor derecho es indispensable para conseguir resultados positivos que representen el estándar más alto de modernidad? Durante el proceso de elaboración de los PEFL

¹⁶ A los colegas españoles, por ejemplo, ya se les ha pedido un informe comparativo de las leyes de divorcio en Europa para informar al Ministerio de Justicia si el anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio estaría conforme a las tendencias europeas.

¹⁷ I. Schwenzer, *Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law*, en: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, EFL series No. 4, Intersentia – Amberes 2003, p. 143-158 y M. Antokolskaia, *The ‘Better Law’ Approach and the Harmonisation of Family Law*, en: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, EFL series No. 4, Intersentia – Amberes 2003, p. 159-182.

resultó aparente que, hasta cierta medida, no es obligatorio hacer una elección entre una cosa y otra. También se aplicó una combinación de ambos métodos.

Después de comparar las soluciones nacionales, se tomaron diferentes enfoques. Si era posible elaborar un núcleo común para una mayoría significativa de los sistemas jurídicos, podríamos haber seguido esta solución. Sin embargo, ¿tendríamos que dar por supuesto que este núcleo común refleja la mejor solución?

En absoluto. Nos hubieran acusado de miopía, si no hubiéramos evaluado las soluciones comunes. De ahí que el proceso comparativo no consiste en simplemente sumar o tachar las respuestas dadas en los sistemas nacionales. En algunos casos esta evaluación nos llevó a la conclusión final que hay que seguir el núcleo común – en estos casos el núcleo común refleja la mejor solución; en otros casos, sin embargo, nos desviamos del núcleo común y decidimos en su lugar por el enfoque del mejor derecho. En las áreas en las cuales no es posible derivar soluciones generalmente aplicadas, la decisión de qué solución tendría que prevalecer (el mejor derecho) obviamente también tiene que basarse en una evaluación. Además, en ambos casos en que, por un lado, es posible indicar un núcleo común y, por otro, es imposible hacerlo, llegamos a la conclusión que ciertas preguntas no se deben tratar dentro de los Principios de la CEFL, sino que por lo tanto se deben dejar al derecho nacional. Esto es válido, por ejemplo, para todos los temas procesales y (a) para nociones tales como hijos o relaciones duraderas.¹⁸ Con respecto a los diferentes temas que se eligieron en base al material comparativo, deben diferenciarse los siguientes cinco enfoques:

1. Se encontró el núcleo común y se seleccionó como mejor solución.¹⁹
2. Se encontró el núcleo común, sin embargo, una mejor solución fue seleccionada.²⁰
3. Se encontró el núcleo común, sin embargo, se dejó la solución al derecho nacional.
4. No se encontró un núcleo común y se seleccionó la mejor solución.
5. No se encontró un núcleo común y se dejó la solución al derecho nacional.

Los cinco enfoques invocan la necesidad de justificar las decisiones tomadas. No obstante, tanto el segundo como el cuarto enfoque que reflejan el método de mejor derecho indiscutiblemente requieren más argumentos basados en

¹⁸ La calificación de ciertos temas como pertenecientes al derecho procesal, que queda fuera del alcance de los Principios, sin embargo no fue siempre una tarea fácil.

¹⁹ Así que el núcleo común y la solución seleccionada son idénticos.

²⁰ El núcleo común y la (mejor) solución seleccionada pueden ser comparados.

ciertos valores que en los casos de los tres demás enfoques. Durante todo el proceso de elaboración éramos concientes del hecho de que evaluar soluciones y tomar posiciones nunca se puede hacer sin alguna forma de subjetividad. A pesar de esta conciencia es necesario revelar el tipo de criterios que se considera decisivos para las decisiones tomadas. Por esa razón se preceden los Principios por un Preámbulo que incluye tanto consideraciones generalmente reconocidas como deseos compartidos. Además algunas consideraciones (por ejemplo, el divorcio consensual debe ser favorecido) fueron una razón para las decisiones y preferencias adoptadas. También los datos de la práctica y la sensación de que una solución era más apropiada²¹ jugaron un papel. Los criterios respectivos de evaluación se fijaron en los comentarios de cada Principio.

Al final, se debería preguntar si la CEFL ya ha prestado atención a los cambios que los Principios causarían en las leyes nacionales que tienen que sustituir. ¿Fue posible especificar cuánto había contribuido cada ley? Además, ¿hasta qué punto quedaría afectada cada ley? La ausencia general de este tipo de investigaciones y explicaciones se puede justificar por falta de tiempo. Sin embargo, se hizo una excepción respecto al periodo de separación de hecho de un año que determina el Principio 1:8 en el caso de un divorcio sin el consentimiento de uno de los esposos, por el hecho de que la ruptura definitiva fue descartada. En general, se debería mencionar que durante las discusiones un argumento en favor o en contra de cierta solución se apoyó frecuentemente en conclusiones como: “Eso nunca se aceptaría en mi jurisdicción” o “Eso está de acuerdo con la solución adoptada en mi país.” A veces, fue difícil distanciarse del propio origen jurídico y encontrar un equilibrio entre, por un lado, sentirse responsable por o representar soluciones nacionales y, por otro lado, pensar desde una perspectiva europea. Al final el último enfoque prevaleció. De ahí que al respecto del “caso de implementación” yo estaría inclinada a sugerir que obviamente no sólo los miembros de la CEFL son capaces de investigar si los Principios propuestos son aceptables en sus propios sistemas nacionales en Europa. Para obtener una estimación probablemente más objetiva, en particular, observadores externos deberían embarcarse en esta empresa. Finalmente, en una escala más global, se debería realizar una comparación entre los PEFL y los Principios de Derecho de Disolución de Familia,²² establecidos por el Instituto de Derecho Americano en 2002.²³

²¹ K. Zweigert/ H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press-Oxford 1998, p. 33 consideran estos criterios como regularmente los únicos en caso de determinar cual de varias soluciones es la mejor.

²² T. Glennon, “An American Perspective on the Debate over the Harmonisation or Unification of Family Law in Europe, Book Review of Perspectives on the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, *Family Law Quarterly* 2004, p. 209.

²³ Principios del Derecho de Disolución de Familia: Análisis y recomendaciones, Instituto Americano del Derecho, 2002.

XV. MIRADA RETROSPECTIVA Y MIRADA AL FUTURO

Se observa una europeización creciente en todos los ámbitos del derecho. Para problemas actuales se prefiere buscar una solución europea más bien que una internacional. En relación con el derecho de familia se puede distinguir diferentes enfoques con respecto a la necesidad, la viabilidad y la deseabilidad de un derecho de familia armonizado para Europa. En este contexto surgen varias preguntas a las cuales todavía no se les pueden dar respuestas claras. A pesar de ello es necesario en cierto momento que adoptemos una postura a preguntas como: ¿La libre circulación de personas sería la medida para proteger la vida familiar? ¿Quién tiene la tarea de promover la armonización: investigadores y científicos, legisladores y jueces? ¿Cómo se llegaría a la armonización o hasta unificación? ¿Con principios generales, una competición de disposiciones, directivas, regulaciones, formulando una ley modelo o hasta un código? ¿Un derecho de familia armonizado tendría que ser aplicable sólo a relaciones de familia transfronterizas? ¿Debería tener lugar desde arriba o desde abajo? ¿Qué decir de la legitimación? Está claro que si el trabajo de la CEFL sigue como actividad académica, no surge la pregunta por su legitimación, pero quizás sí acerca de su arrogancia.

Independientemente de las respuestas a estas y otras preguntas dos aspectos de las actividades de la CEFL merecen especial atención: En primer lugar la expectativa que la armonización del derecho de familia durará seguramente muchos años. Esta predicción es muy realista por la complejidad del derecho de familia y el gran número de jurisdicciones implicadas. Debido a la larga duración del trabajo es de gran importancia que investigadores jóvenes desde el principio participen en las discusiones generales sobre todo el proceso. El segundo aspecto concierne la financiación de las actividades de la CEFL. La formulación de los cuestionarios, compararlos y evaluar las diferencias y semejanzas de las soluciones nacionales y formular los Principios requiere una discusión amplia. El correo electrónico y conferencias de video no son una verdadera alternativa a reuniones de expertos cara-a-cara. Hasta ahora la CEFL ha recibido recursos de las universidades organizadores, las organizaciones de investigación holandesas y alemanas y la Comisión Europea. Pese a que el derecho de familia europeo se encuentra en la agenda de investigación europea, la financiación sigue siendo un tema que requiere mucha atención.

En conclusión, el trabajo hacia la armonización del derecho de familia europeo ha empezado. El tren de la CEFL – no es un AVE – ha salido de la estación. Algunos pasajeros bajan, otros suben, mientras que el tren zigzaguea por una ruta que ha sido ya establecida por la dirección del tren. Entretanto también se han conocido algunas paradas intermedias. Todos los pasajeros deberían pensar que el viaje común sólo puede llegar al éxito si se procura acentuar las

cosas comunes, poner las diferencias en perspectiva sin negarlas, para así crear una conciencia europea en el ámbito del derecho de familia. La invitación para las *Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa* demuestra franqueza e interés que deben ser consideradas esenciales para el trabajo de la Comisión de Derecho de Familia Europeo.

ANEXO. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE FAMILIA RELATIVOS AL DIVORCIO Y A LOS ALIMENTOS ENTRE ESPOSOS DIVORCIADOS²⁴

Preámbulo

Reconociendo que, a pesar de las divergencias de los sistemas nacionales de Derecho de familia existe, no obstante, una creciente convergencia;

Reconociendo que las diferencias que subsisten obstaculizan la libre circulación de personas en Europa;

Deseando contribuir a la armonización del Derecho de familia en Europa y facilitar aún más la libre circulación de personas en Europa;

Desando equilibrar los intereses de los esposos y de la sociedad y apoyar una igualdad de sexos real, teniendo en cuenta el interés superior del niño;

La Comisión de Derecho europeo de familia recomienda los siguientes principios:

Parte I: Divorcio

Capítulo I: Principios Generales

Principio 1:1 Admisibilidad del divorcio

- (1) La ley permite el divorcio.
- (2) No se exige que el matrimonio haya tenido una duración determinada.

Principio 1:2 Procedimiento legal y autoridad competente

- (1) La ley determina el procedimiento de divorcio.
- (2) La autoridad competente, sea judicial o administrativa, pronuncia el divorcio.

²⁴ Véase nota 14.

Principio 1:3 Formas de divorcio

La ley permite tanto el divorcio por consentimiento mutuo como el divorcio sin el consentimiento de uno de los esposos.

Capítulo II: Divorcio por Consentimiento Mutuo

Principio 1:4 Consentimiento mutuo

- (1) Se permite el divorcio en virtud del consentimiento mutuo de los esposos. No se exige ningún periodo de separación de hecho.
- (2) El consentimiento mutuo supone un acuerdo entre los esposos sobre el hecho de que su matrimonio debe disolverse.
- (3) El acuerdo se expresa bien a través de una solicitud conjunta de los esposos bien mediante la solicitud de uno de los esposos con la aceptación del otro.

Principio 1:5 Periodo de reflexión

- (1) Si en el momento de iniciarse el procedimiento de divorcio los esposos tienen hijos de menos de 16 años y existe acuerdo respecto a todas las consecuencias del divorcio, tal y como las determina el art. 1:6, se requerirá un periodo de reflexión de tres meses. Si no existe acuerdo respecto a todas las consecuencias, el periodo de reflexión será de seis meses.
- (2) Si en el momento de iniciarse el procedimiento de divorcio, los esposos no tienen hijos de menos de 16 años y existe acuerdo respecto a todas las consecuencias del divorcio tal y como las determinar el Principio 1:6 (d) y (e), no se requerirá ningún periodo de reflexión. Si no existe acuerdo respecto a todas las consecuencias del divorcio, el periodo de reflexión será de tres meses.
- (3) No será necesario ningún periodo de reflexión si al interponerse la demanda de divorcio los esposos han estado separados de hecho seis meses.

Principio 1:6 Contenido y forma del acuerdo

- (1) Las consecuencias sobre las que han de ponerse de acuerdo los esposos son:
 - (a) la responsabilidad parental, en los casos en que sea necesario, incluida la determinación de la residencia y los respectivos derechos de relación personal con los hijos,
 - (b) las pensiones de alimentos de los niños, en los casos en que sea necesario,
 - (c) la división o repartición de los bienes y
 - (d) las pensiones entre esposos.
- (2) Este acuerdo ha de formalizarse por escrito.

Principio 1:7 Determinación de las consecuencias

- (1) La autoridad competente decide en todo caso sobre las consecuencias para los niños mencionadas en el Principio 1:6(a) y (b), pero ha de tener en cuenta todo acuerdo admisible de los esposos en la medida en que sea compatible con el interés superior del niño.
- (2) La autoridad competente debe al menos controlar la validez del acuerdo sobre las materias mencionadas en el Principio 1:6(c) y (d).
- (3) Si los esposos no alcanzan ningún acuerdo o solo logran un acuerdo parcial respecto a las cuestiones mencionadas en el Principio 1:6(c) y (d), la autoridad competente podrá determinar las consecuencias.

*Capítulo III: Divorcio sin el consentimiento de uno de los esposos**Principio 1:8 Separación de hecho*

Se permite el divorcio sin el consentimiento de uno de los esposos si han estado separados de hecho un año.

Principio 1:9 Excesiva onerosidad para el demandante

En casos de excesiva onerosidad para el demandante la autoridad competente podrá pronunciar el divorcio aunque los esposos no hayan estado separados de hecho un año.

Principio 1:10 Determinación de las consecuencias

- (1) En los casos en que sea necesario, la autoridad competente determinará:
 - (a) la responsabilidad parental, incluida la determinación de la residencia y los respectivos derechos de relación personal con los hijos, y
 - (b) las pensiones de alimentos de los niños.

Se ha de tener en cuenta todo acuerdo admisible de los esposos en la medida en que sea compatible con el interés superior del niño.

- (2) Al pronunciar el divorcio o posteriormente, la autoridad competente determinará las consecuencias económicas para los esposos. Tendrá en cuenta todo acuerdo admisible concluido por ellos.

Parte II: Alimentos entre Conyuges Divorciados*Capítulo I: Principios Generales**Principio 2:1 Relación entre alimentos y divorcio*

Los alimentos entre cónyuges divorciados se someten a las mismas reglas cualquiera que sea la forma de divorcio.

Principio 2:2 Autosuficiencia

Sin perjuicio de los siguientes Principios, cada esposo ha de satisfacer sus propias necesidades tras el divorcio.

*Capítulo II: Condiciones de Atribución de la Pensión de Alimentos**Principio 2:3 Condiciones de atribución de la pensión de alimentos*

La atribución de la pensión de alimentos requiere que el esposo acreedor no tenga suficientes recursos para satisfacer sus necesidades y el esposo deudor tenga la capacidad de satisfacer tales necesidades.

Principio 2:4 Determinación de la pensión de alimentos

Al determinar la pensión de alimentos se tendrán especialmente en cuenta las siguientes circunstancias:

- las capacidades laborales de los esposos, su edad y estado de salud;
- el cuidado de los niños;
- la división de tareas durante el matrimonio;
- la duración del matrimonio;
- el nivel de vida durante el matrimonio y
- todo nuevo matrimonio o pareja de hecho duradera.

Principio 2:5 Modalidades de ejecución

- (1) La pensión de alimentos debe prestarse en intervalos temporales regulares y por adelantado.
- (2) A solicitud de uno o ambos cónyuges, la autoridad competente puede ordenar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el pago de una cantidad a tanto alzado.

Principio 2:6 Excesiva onerosidad para el esposo deudor

En casos de excesiva onerosidad para el esposo deudor, la autoridad competente puede denegar, limitar o finalizar la pensión de alimentos habida cuenta del comportamiento del esposo acreedor.

*Capítulo III: Cuestiones Específicas**Principio 2:7 Pluralidad de obligaciones de alimentos*

Al determinar la capacidad del esposo deudor para satisfacer las necesidades del esposo acreedor, la autoridad competente:

- (a) acordará prioridad a las solicitudes de pensión de alimentos de los hijos menores del esposo deudor,

(b) tendrá en cuenta las eventuales obligaciones de alimentos del esposo deudor respecto a un nuevo cónyuge.

Principio 2:8 Limitación en el tiempo

La autoridad competente otorgará la pensión de alimentos para un periodo limitado. Excepcionalmente puede fijar la pensión de alimentos sin límite temporal.

Principio 2:9 Extinción de la obligación de alimentos

- (1) La obligación de alimentos se extingue si el esposo acreedor contrae nuevo matrimonio o establece una pareja de hecho duradera.
- (2) Una vez extinguida conforme al párrafo 1, la obligación de alimentos no resurge en caso de ruptura del nuevo matrimonio o de la pareja de hecho
- (3) La obligación de alimentos se extingue por el fallecimiento tanto del esposo acreedor como del esposo deudor.

Principio 2:10 Acuerdo sobre la pensión de alimentos

- (1) Los esposos pueden concluir un acuerdo sobre su derecho a pensión de alimentos tras el divorcio. El acuerdo puede referirse a la extensión y a las modalidades de ejercicio de tales derechos, a su duración y a su extinción así como suponer una renuncia a tales derechos.
- (2) El acuerdo debe formalizarse por escrito.
- (3) No obstante las disposiciones del párrafo 1, la autoridad competente controlará al menos la validez del acuerdo de alimentos.

SEGONA PONÈNCIA

LES RELACIONS ECONÒMIQUES EN LA CRISI FAMILIAR

THE AMERICAN LAW INSTITUTE PRINCIPLES AND THE ECONOMICS OF FAMILY DISSOLUTION

MARYGOLD S. MELLI

*VOSS-BASCOM PROFESSOR OF LAW EMERITA, UNIVERSITY OF WISCONSIN
LAW SCHOOL*

*AFFILIATE, INSTITUTE FOR RESEARCH ON POVERTY, UNIVERSITY OF
WISCONSIN-MADISON*

SUMMARY

I. Property Division	67
II. Compensatory Spousal Payments	70
1. Compensation for the loss of the marital standard of living.....	71
2. Compensation for residual loss in earning capacity	72
III. Child Support	73
IV. The Impact of the Principles of Family Dissolution on American Law	75
1. Property Division.....	75
2. Compensatory Payments.....	75
3. Child Support	76
4. Conclusion.....	76

In May 2000 the American Law Institute (ALI) approved a document entitled “The Principles of Family Dissolution: Analysis and Recommendations.”¹ The American Law Institute is perhaps the most prestigious private law institution in the United States. It is a national organization of judges, lawyers and legal academics, founded in 1923, for the purpose of improving the law. Its restatements of the law and model codifications of the law have been enormously influential in the development of the law in the United States.²

The approval of the Principles of Family Dissolution was an historic event for both the ALI and Family Law. For the ALI, it marked the first venture by that body into the subject matter of Family Law and, therefore, focused the attention of that prestigious body away from the kinds of issues that traditionally it has dealt with – issues of wealth and power – to the kinds of problems that affect the lives of everyday people. For Family Law, which historically has been an

¹ American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (Lexis Nexis 2000).

² For an in-depth discussion of the role of the ALI in American law see, S. Abrahamson, “Refreshing Institutional Memories: Wisconsin and the ALI,” 1995 *Wis. L. Rev.* 1 (1995).

intellectual stepchild in the law – a messy area that the bench and bar have tried to keep away from – it was important because it brought that subject to the agenda of one of the most prestigious organizations of American law and subjected it to the process of examination and rationalization which has been the great contribution of the ALI.

This paper gives a brief general description of the Principles, discusses some themes important to understanding them and then explores in more detail the economics of family dissolution as handled in the Principles.

As a preliminary matter, it should be remembered that there is no Family Law of the United States. There are 51 family laws, one for each state and the District of Columbia. Under the United States Constitution family law, along with most other areas, is a matter within the jurisdiction of the states. However, because Americans move freely from state to state there has long been an interest in making the state laws more uniform. The oldest organization working on uniformity is the Conference of Commissioners on Uniform State Laws founded in 1892 to determine areas of the law suitable for uniform legislation among the states and to recommend uniform acts to the states for their adoption.³ It should be noted that, of the first two assignments to the Commissioners in 1892, one was the formulation of a Uniform Marriage and Divorce Act. This was a task that proved so difficult that it was not until 1970 that one was proposed. The Conference on Uniform State Laws has had a significant impact in the area of family law, having proposed uniform acts on about a dozen different family law topics considered suitable for uniform legislation, including child custody jurisdiction⁴ and child support enforcement.

Another important force in the development of uniformity has been the federal government which has had a major impact on certain areas, such as child support, by conditioning the payment of federal funds for certain social welfare programs on the enactment of standards set by the federal government.⁵

The ALI has been a third influence on uniformity in state laws. Its proposed model codes and restatements of judge-made law, targeted at choosing the best of

³ The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws is a permanent, state supported organization composed of representatives from each of the states, the District of Columbia and Puerto Rico. Although the number of representatives varies from jurisdiction to jurisdiction, there are an average of four from each state and they serve three year terms.

⁴ The Uniform Child Custody Jurisdiction Act, 9 U.L.A. Part 1A, 261 (Supp. 2005) has been very influential and formed the basis for some of the provisions in the Hague Convention on The Civil Aspects of Child Abduction.

⁵ In the family law area, the most significant federal legislation of this type has been the requirement for child support guidelines. 45 CFR § 302.56(a)(2) (1989). See also, Linda H. Elwood, "The Federalization of Child Support Guidelines", 6 *J. Am. Acad. Matrim. Law.* 102 (1990).

the existing doctrines developed by state courts, have had great influence on the law. The Principles of Family Dissolution are in this tradition. Two points should be made about this title. First, the work is called Principles, not a Restatement of the Law, because it goes beyond an attempt to restate the judge-made law and provides innovative new guides to both judicial and legislative bodies. Second, the term family dissolution, not divorce, is used because the Principles deal with informal as well as formal relationships. In the last quarter century there has been a significant increase in the number of adults who have formed informal intimate relationships. Although public policy is still somewhat ambivalent about cohabitation of unmarried persons, the courts are called on to deal with the problems growing out of the termination of these relationships, particularly when there are children. There is a developing body of legislation and case law in response to the termination of these informal families that merits treatment in any overall picture.

There are several themes that shape the approach taken in the Principles and are necessary to a proper understanding of them. One is that the law ought to achieve a more equitable sharing of the economic gains and losses of the family relationship. This objective reflects a recognition that, if as a society we are to tolerate a high rate of divorce – a matter on which there seems to be widespread agreement – we ought not to accept a public policy that makes dependent spouses (those who have devoted their major energies to homemaking and child caring) and the children who are in their custody bear the economic brunt of that policy. Yet, that is clearly what has been happening. Studies continue to find mothers and children in more straightened circumstances than the fathers post-divorce. Therefore, one of the main concerns of the Principles is to try to increase the share of the family enterprise that dependent spouses and children receive on dissolution and to distribute the economic losses of family dissolution more fairly. This objective clearly underlies the provisions in the Principles on the economics of family dissolution: child support, property division and compensatory payments.

A second theme that shapes the Principles is the relationship between fault and family dissolution. The Principles do not deal with the grounds for divorce but assume that divorce is available without regard to, and in spite of, fault in all American jurisdictions. Building on the no fault divorce concept, the Principles exclude marital fault from the economic considerations on dissolution. This is a controversial subject in the United States on which the states are divided.⁶ But,

⁶ A majority of American states, approximately 32, retain fault grounds as alternatives to no fault. Linda D. Elrod and Robert G. Spector, "A Review of the Year in Family Law: Children's Issues Remain the Focus", 33 *Fam. L. Q.* 865, 911, Chart 4 (2004). About half the states retain fault as a consideration in property division and maintenance. Some commentators have

the idea of excluding fault from the economic decisions on divorce is not a new idea. In 1970 the Uniform Marriage and Divorce Act, promulgated by the United States Commissioners on Uniform State Laws eliminated fault from consideration in property division and maintenance.⁷ Today, over half the states follow this approach.⁸

The third theme underlying the Principles grows out of a recognition that family dissolution is, in the vast majority of cases, a negotiated process not a litigated one.⁹ In the past family law rules assumed that a judge is the decision maker and, therefore, they sought to guide judicial discretion in “*the best interest of the child*” or on “*equitable principles*” or in terms of a list of multiple factors to consider. But the reality is that judges review and approve the decisions negotiated by the parties. Most estimates are that settlements by parties constitute 90% or more of all cases. Consequently a main objective of the Principles is to acknowledge and control this negotiation.

The Principles recognize that there should be workable public constraints for the negotiation process through the use of appropriate presumptions and formulas. Such mechanisms perform multiple functions. In addition to informing negotiators of permissible limits, they also provide benchmarks against which reviewing courts, with limited time and information, may scrutinize the desirability of bargained settlements. Finally, in the cases that are litigated, they assist the courts in making decisions that are more predictable.

The Principles of Family Dissolution uses two ways of formulating guiding rules. One is by promulgating Black Letter Principles. An example is the area of property division on divorce where the Black Letter Principle chooses a rule of 50-50 division of marital property.

The other way in which the Principles propose guiding rules is by stating that the issue is to be the subject of a “*rule of statewide application*”. That rule may be adopted by legislative, judicial or administrative action.¹⁰ In the Principles these

expressed concern that there should be some remedy for egregious fault. See, for example, Peter Nach Swisher, “The ALI Principles: A Farewell to Fault – But What Remedy for the Egregious Marital Misconduct of an Abusive Spouse”, 8 *Duke J. Gender L. & Pol’y* 213 (2001).

⁷ Uniform Marriage and Divorce Act, 9A U.L.A. Pts. 1 & 2, §§ 307, 308 (2004-2005).

⁸ The Principles contain an extensive discussion of the issue of fault. ALI, Principles, *supra* note 1 at 42-85.

⁹ Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: “The Case of Divorce”, 88 *Yale L.J.* 950 (1979); Eleanor E. Maccoby and Robert H. Mnookin, “Dividing the Child”, 160 (1992); Marygold S. Melli et al., “The Process of Negotiation: An Exploratory Investigation in the Context of No-Fault Divorce”, 40 *Rutgers L. Rev.* 1133, 1142 (1988).

¹⁰ Principles, *supra* note 1, Section 1.01.

“rules of statewide application” often are intended to outline a mathematical formula – and this idea is one of the major contributions of the Principles.

The Principles cover six subjects: (1) the Allocation of Custodial and Decisionmaking Responsibility for Children; (2) Child Support; (3) Division of Property; (4) Compensatory Spousal Payments; (5) Domestic Partners; and (6) Agreements. The focus of this paper is on the economics of family dissolution and, therefore, the following discussion is limited to the Principles dealing with the three economic issues on dissolution: property division, spousal support and child support.

I. PROPERTY DIVISION

The A.L.I. proposals on property division are stated in Chapter 4 of the Principles, entitled Division of Property Upon Dissolution.¹¹ A brief background discussion of the existing law on property division in the United States is helpful in understanding the ALI proposal.

In the United States there are two types of matrimonial property regimes: community property and separate property. Nine states¹² follow a community property regime under which property acquired during the marriage belongs jointly to the couple. Therefore, on dissolution, that marital property is to be divided equally between them. However, the majority of American jurisdictions follow common law principles, which by the end of the nineteenth century provided for individual ownership of property acquired during marriage. Under this system, called separate property, all property acquired during marriage is owned by the party whose income purchased it. Therefore, on dissolution the role of the court is to determine whose income had purchased a particular piece of property and allocate that property to its owner. Historically, these separate property rules were a source of unfairness on dissolution because the spouse

¹¹ It should be noted that studies of property division have found that most divorcing couples have little property to divide. See Marsha Garrison, “Good Intentions Gone Awry: The Impact of New York’s Equitable Distribution Law on Divorce Outcomes”, 57 *Brooklyn L. Rev.* 621, 728 (1991).

¹² Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington and Wisconsin. Of these states, eight could be described as historical community property states based on their legal heritage of civil law from Spain or France. Wisconsin is a common law state. It adopted by statute a form of community property called marital property. Wis. Stat. ch. 766 (2003-2004). Alaska is sometimes considered a community property state because it has a statutory provision allowing married persons to opt in to a community property regime.

In 1983 the Commissioners on Uniform State Laws proposed a Uniform Marital Property Act but, to date, no state has adopted it. Uniform Marital Property Act, 9A U.L.A. Pt. II.

who was primarily the homemaker and child-carer and, therefore, was not an income producer, was entitled to very little of the property acquired during the marriage.¹³

Today, all separate property jurisdictions and most community property ones follow a rule of equitable distribution on dissolution. Under the concept of equitable division, the court has authority to consider all the property owned by both parties, including, in some states, property brought to the marriage or received by gift or inheritance by one of the parties, and to divide it between the parties fairly, taking into consideration a list of factors set out in the statute. In some equitable distribution states, the statutes provide for a presumption that an equitable division is one where the property is divided equally.

Chapter 4 substitutes clear cut rules for the “*equitable considerations*” of most present state laws. First of all, Section 4.03 adopts the community property distinction between “*separate property*”, which is property acquired by a spouse prior to marriage or by inheritance or gift from a third party, and “*marital property*” which is property acquired during the marriage.¹⁴ The Principles draw heavily on community property concepts in defining what is marital property. For example, increases in the value of separate property of one spouse resulting from contributions by the other spouse become marital property. Marital property is the property that is divided on divorce. Section 4.09 deals with the division of marital property and provides that both marital property and marital debts are to be divided equally at dissolution so that spouses receive net shares equal in value.^{15 15a}

¹³ As marital roles change and both parties became income producers, some advocate a return to the rules of separate property. See Note, Trevor S. Blake, “You Get What You Pay For: A New Feminist Proposal for Allocating Property Upon Divorce”, 4 *Geo. J. of Gender & Law* 889 (2003).

¹⁴ This distinction is made by the majority of American states today. J. Thomas Oldham, ALI Principles of Family Dissolution: Some Comments, 1997 *U. Ill. L. Rev.* 801, 831 (1997).

¹⁵ The requirement of an equal division apparently is not a major change from present practices. A study of the operation of equitable division laws showed that in dividing property “equitably”, judges tend to divide it equally. Marsha Garrison, “How Do Judges Decide Divorce Cases? An Empirical Analysis of Discretionary Decision Making”, 74 *N.C. L. Rev.* 401, 452 (1996).

One scholar compared the result in a number of cases under his state’s equitable division rule and the ALI Principles and concluded that his state should retain equitable division but add a presumption of equal division. This would provide the predictability of the Principles with the necessary flexibility to provide fairness in unusual situations. Craig W. Dallan, “Reconsidering Property Division in Divorce under Nebraska Law in Light of the ALI’s Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations”, 37 *Creighton L. Rev.* 1 (2003).

^{15a} Spousal compensation is discussed *infra* in II Compensatory Spousal Payments. In the ALI Principles, they replace alimony.

However, having decided against equitable division that is the rule in the great majority of states, the Principles propose several exceptions to the requirement of equal division. These are described as “well-defined departures” from an equal division for the purpose of curbing judicial discretion. These exceptions are set out in Section 4.09(2). They deal with cases (1) where the court determines that spousal compensation should be satisfied from marital property, not by periodic payments; (2) where one spouse has been guilty of financial misconduct;¹⁶ (3) where the parties have incurred debt to finance the education of one of the spouses. That debt is treated as the separate property, i.e., the debt of the spouse whose education was financed; and (4) where the marital debts exceed the assets. In a substantial percentage of divorces, the debts exceed the assets so what the court is dividing are the debts. Section 4.09(2)(c) provides that the debts can be divided unequally if it is just and equitable because of a significant disparity in the spouses’ financial capacity, their participation in the decision to incur the debt or their consumption of the goods or services the debt was incurred to acquire.

Section 4.11 states the traditional community property rule as to separate property, i.e. inherited property, property received by gift or property brought to the marriage. It is not subject to division. In equitable division states, statutes often provide that on dissolution the court may divide the separate property for hardship or other equitable reasons.¹⁷ The Principles change these rules about transfers of this separate property from equitable rules exercised in the court’s discretion to two specific reasons. One, stated in Section 4.11, is the need to compensate a spouse for the financial misconduct of the other

¹⁶ Section 4.10 describes financial misconduct of a type called dissipating assets at the time of divorce. It deals with three types of situations:

(a) The partner who gives away substantial amounts of marital property within a specified period prior to the divorce – that period to be determined by a “rule of statewide application.” In that case the court adds half of the value of the gift to the other spouse’s share of the marital property.

(b) The partner who dissipates property through intentional misconduct within a specified period prior to the divorce, also set by a statewide rule. In that case the court adds half the value of the loss to the other spouse’s share of the property.

(c) The partner whose negligence results in loss of property within a specified period prior to the divorce set by a rule of statewide application.

Additionally, if the trial court finds in writing that the facts establish that it is necessary to avoid a substantial injustice it may apply the rule to gifts etc. prior to that date.

¹⁷ See, for example, Wis. Stat. § 767.26(2)(b) (2003-04). The Principles have been criticized for requiring an equal division even in cases where one party has considerable separate property. Research has found that in equitable division states courts consider the existence of separate property in arriving at a fair result. Marsha Garrison, “The Economic Consequences of Divorce: Would Adoption of the ALI Principles Improve Current Outcomes?” 8 *Duke J. of Gender, L. & Pol’y* 119 (2001).

spouse in cases where there is insufficient community property to do so. This reason seems to follow the idea of hardship under present equitable division rules.

Section 4.12 states the other reason for giving a spouse a share in the other's separate property: recognition of the roles of parties in a long term marriage. It provides for the recharacterization of separate property as marital property as the length of a marriage increases and for the division of it equally. If the separate property was brought to the marriage, it is to be recharacterized as marital property under a formula adopted by a rule of statewide application based on the length of the marriage and ultimately specifying a point at which all property brought to the marriage should be considered marital. If the separate property was acquired during marriage -- for example, by inheritance -- the formula is to consider both the length of the marriage and the length of time that the property has been held. This is a very novel idea adapted from a provision in the Uniform Probate Code which gradually increases a spouse's "elective share", based on a formula related to the length of the marriage.¹⁸ The Principles do not suggest a specific formula.¹⁹

II. COMPENSATORY SPOUSAL PAYMENTS

Chapter 5 of the Principles, entitled "*Compensatory Spousal Payments*" is probably the most innovative of the rules proposed by the Principles. It deals with what has historically been called alimony or maintenance.

Alimony or maintenance has had a long difficult history in American family law. Originally, in a world of fault divorce and gendered roles in marriage, it was seen as the continuation of a husband's duty to support his wife. Later it was justified on the basis of alleviating the post-divorce need of the homemaking wife and as a means of defeating the unfairness of the separate property rule by distributing some of the separate property to the non-income producing wife. Fault was an important consideration.

The latter part of the 20th century began to see alimony fall victim to the "clean break" idea of divorce influenced by the Uniform Marriage and Divorce Act, which had been adopted by the Commissioners on Uniform State Laws in 1970. The UMDA saw divorce as a means to achieve a clean break, to end a marriage with neither party having a continuing obligation to the other. A person was entitled to maintenance only if she lacked sufficient money from the property division

¹⁸ Uniform Probate Code, 8 U.L.A. § 2-202 (2004-2005). The Probate Code contains a schedule of the amount of the elective share, related to the length of the marriage.

¹⁹ The Principles have been criticized for this failure. Garrison, *supra* note 17 at 126.

to provide for her reasonable needs or was unable to support herself through appropriate employment. Rehabilitative alimony became the major focus.

By the 1990s American courts were looking to other formulations. In my state of Wisconsin, for example, the Supreme Court held that the purpose of alimony is two-fold: (1) to provide support for a former spouse who needs financial help and (2) to insure post-divorce fairness between the parties.²⁰ For example, you don't want Mr. Jones to be living it up at the most expensive country club while his former wife works for minimum wage at WalMart. However, none of these formulations departed from the rule that the award of alimony was discretionary with the judge and appellate review was limited to whether the judge had abused his discretion.

Looking at these and other attempts to formulate a theory of alimony, the ALI concluded that the case law in the United States suggested that the award of alimony is really compensation for loss.²¹ Therefore, the ALI Principles propose a clean break with the past of alimony, a completely new name, "Compensatory Payments" and an award with both entitlement and the amount set by a formula. The objective of the A.L.I. is "*to transform alimony from a plea for help, dependent upon the court's discretion, to a claim of entitlement to compensation based on objective criteria*"²² that are consistent and predictable in application.

The Principles provide compensatory spousal payments for two main types of loss at marital dissolution: (1) compensation for the loss of the marital standard of living and (2) compensation for the primary caretaker's loss in earning capacity.

1. Compensation for the loss of the marital standard of living

Section 5.04 provides that entitlement to this type of payment is based on (1) the length of the marriage – longer term marriages entitle the spouse to larger amounts of compensation and (2) the disparity in income between the spouses. The Principles provide that there should be a rule of statewide application under which a presumption of entitlement arises when two things, the disparity in incomes between the spouses and the duration of the marriage, each exceed a value specified in the rule. The amount is then determined by a formula based on the amount of disparity and the length of the marriage. This compensable loss is aimed at the long-term marriage. An example given in the Principles of an appropriate formula is a 10 year marriage and an income disparity of 25 percent.

²⁰ LaRocque v. LaRocque, 139 Wis.2d 23, 406 N.W.2d 736 (1987).

²¹ See discussion in Principles, supra note 1 at 788.

²² Ira Mark Ellman, "The Maturing Law of Divorce Finances: Toward Rules and Guidelines", 33 *Fam. L.Q.* 801 (1999).

2. Compensation for residual loss in earning capacity

Compensation for loss in earning capacity can arise in two situations. The principal one is for the primary caretaker's loss from child care. Section 5.05 provides that entitlement is based on the fact that there are marital children or children of either spouse, they have lived with the claimant a minimum period specified in the statewide rule and at dissolution the claimant's earning capacity is substantially less than that of the other spouse. The amount of compensation is determined by the number of years that the children lived in the household and the difference between the incomes of the spouses at dissolution.

The Principles also provide in Section 5.11 for compensation for earning capacity loss resulting from fulfilling the moral obligation of the other spouse or of both spouses jointly to care for a sick, elderly or disabled person. The Principles provide that the rules applicable to earning capacity loss for child care should apply here. Again the formula is based on the years of care and the disparity in income of the divorcing parties.

The statewide rules that govern the award of compensation under Sections 5.04, 5.05, and 5.11 create a presumption to compensation that can be rebutted by certain written findings by the court.²³

Section 5.06 provides that both types of compensatory payments – for loss of living standard or earning capacity – are to be for a fixed term of years determined by the length of the marriage or the years of child care. However, the term is indefinite if the age of the claimant and the length of the marriage are greater than a minimum set in the statewide rule, thus recognizing cases of older spouses in long term marriages.

The amount of compensatory payment awards is subject to modification under Section 5.08 where there have been changes in the incomes of the parties so that either the disparity in income is more or less than at the time of divorce, the loss compensated is substantially less than that contemplated at divorce because of increase in the payee spouse's income or the payer's income, lower at divorce than earlier in the marriage, has increased substantially.

The obligation to make compensatory payments ends automatically on the remarriage of the recipient or the death of either party. It also ends on a showing by the payer spouse that the other party has established a domestic-partner relationship as defined in Chapter 6 of the Principles, Domestic Partners.

²³ The use of the mechanism of a presumption has been criticized as too problematic. See Lara Lenzotti Kapalla, "Some Assembly Required: Why States Should Not Adopt the ALI's System of Presumptive Alimony Awards in Its Current Form", 2004 *Mich. St. L. Rev.* 207 (2004). The author suggests that affirmative defenses be substituted.

The Principles envisage a system of compensatory payments developed with statewide coverage and statewide standards. However, to date the interest in the United States has been at the county level. In at least two states, Arizona and New Mexico, counties have adopted guidelines based on the ALI Principles.²⁴

The Principles provide for two additional types of compensatory payments in Sections 5.12 and 5.13 which do not have a history in traditional alimony. Both deal with claims arising in short term marriages and relate to issues that have been raised more often as claims in property division. Section 5.12 provides for compensation for contributions to a spouse's education or training that enhanced the recipient spouse's earning capacity and was obtained shortly before the marriage ended. An example is the wife who works to support her husband in medical school and the marriage ends shortly after he begins to practice medicine. The A.L.I. Principles note that there is a substantial body of case law in the United States supporting these claims.²⁵

Section 5.13 provides compensation for the loss of a premarital living standard after a short marriage. An example of the kind of recovery that would be allowed under this section is the spouse who left his employment to move to another city where the other spouse lives, is unable to obtain comparable employment in the new city and the marriage ends within a short time.²⁶

III. CHILD SUPPORT

Chapter 3 on the "*Principles Governing Child Support*" builds upon one of the most successful programs in the history of Family Law in the United States. In the 1980's some American states, in particular my state of Wisconsin, reformed their child support law to require that child support be set by a formula that determined the amount of child support by a percentage of income that depended on the number of children to be supported. The Federal Government adopted this approach and required the states to promulgate statewide Child Support Guidelines setting child support with a formula as a condition for the receipt of federal child support funds. Today, all American states set child support using a

²⁴ See discussion in Twila B. Larkin, "Guidelines for Alimony: The New Mexico Experiment", 38 *Fam. L.Q.* 29 (2004). Ira Mark Ellman, *supra* note 22 at 811. Virginia R. Dugan and Jon A. Feder, "Alimony Guidelines: Do They Work?" 25 *Fam. Advocate* 20 (Spring 2004).

²⁵ A.L.I., Principles of the Law of Family Dissolution, *supra* note 1 at 891-896.

²⁶ For a thoughtful criticism of the property division and compensatory payment provisions of the ALI Principles, see David Westfall, "Unprincipled Family Dissolution: The American Law Institute's Recommendations for Spousal Support and Division of Property", 27 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 917 (2004); also J. Thomas Oldham, *supra* note 14.

formula. The success of these formulas is undoubtedly one reason that the A.L.I. chose to make a proposal for alimony formulas.

The A.L.I. Principles adopt a formula approach to setting child support, but their approach differs substantially from the existing state guidelines. Almost all of the state guidelines are based on the theory that a parent ought to continue to spend the same amount on a child as that parent spent when the family lived together. This expenditure is determined by estimating how much a two parent family would increase spending to cover the addition of a child to the family. It is called the marginal expenditure formula or the continuity of expenditure formula.²⁷ The A.L.I. is critical of these guidelines asserting that they are fair to children only when the income of both parents is about equal. However in the majority of cases, where the income of the custodial parent is less than that of the noncustodial parent, the ALI finds the child receives less than a fair amount.

The A.L.I. approach sets forth two main objectives for child support: (1) that the child enjoy a minimum decent standard of living if parental income is sufficient and (2) that the child enjoy a standard of living not grossly inferior to that of the other parent.²⁸ It uses a formula that calculates a base award using the continuity-of-expenditure formula in use by most states and then adds a supplement to bring the standard of living in both parents' households into closer agreement.

²⁷ Much has been written about the formulas in child support guidelines. A recent discussion is R. Mark Rogers and Donald J. Bieniwick, "Child Support Guidelines: Underlying Methodologies, Assumptions, and the Impact on Standards of Living," in William S. Comanor (ed.), *The Law and Economics of Child Support Payments* at 60 (2004). See also Ira Mark Ellman, "Fudging Failure: The Economic Analysis Used to Construct Child Support Guidelines", 2004 *The U. of Chicago Legal Forum* 167 (2004).

²⁸ The provision in the Principles setting forth the objectives for child support includes a number of additional objectives. It's full provisions are included here:

§ 3.04 The Objectives of the Principles Governing Child Support

The Principles governing child support take into account competing values and resolve the competing claims and interests of the child, the child's parents, and society. The Principles set forth in this Chapter reflect and seek to achieve the following objectives:

- (1) that parents share income with a child in order that the child enjoy*
 - (a) a minimum decent standard of living when the combined income of the parents is sufficient to achieve such result without impoverishing either parent, and*
 - (b) a standard of living not grossly inferior to that of either parent;*
- (2) that a child not suffer loss of important life opportunities that the parents are able to provide without undue hardship to themselves or their other dependents;*
- (3) that residential parents be treated fairly;*
- (4) that nonresidential parents be treated fairly;*
- (5) that child-support rules not discourage the labor-force participation or vocational training of either parent;*

The A.L.I. guideline has been criticized as an attempt to equalize living standards in the parents' post divorce families.²⁹ It has not been adopted by any jurisdiction.

The Principles, like all American states, apply the child support formula to support by both married and unmarried parents in Section 3.03. But they also apply the formula in a much less usual context – to children of same sex relationships where the parties have agreed that they would share the responsibility of raising the child and that each would parent the child. See Section 3.03(1)(c).

IV. THE IMPACT OF THE PRINCIPLES OF FAMILY DISSOLUTION ON AMERICAN LAW

1. Property Division

The Principle choosing a 50-50 division of marital property on dissolution is actually in the mainstream of American law – either as it is now or as it is developing. Certainly, the prestige of the A.L.I. will encourage lawyers and courts to seek a 50-50 division.

The proposal in the Principles for a recharacterization of separate property, i.e., property brought to the marriage or inherited, in a long-term marriage is more problematic. It requires the adoption of a statewide rule which probably would require legislative action although it could perhaps be done with judge-made law; but, in any event, that is a stumbling block. More importantly, the Principle relies on a formula to recharacterize separate property as community property, based on a formula, but the Principles do not propose a formula.

2. Compensatory Payments

The reconceptualization of alimony as compensation for loss is brilliant. But presently alimony is a minor consideration in the economics of family dissolution – divorce statistics place it at around 15%. But will the Principles accomplish the objectives of making awards more predictable and available? The answer

(6) that child-support rules take into account a child's need for care;

(7) that child-support rules be readily comprehensible and administrable, and reflect popular understanding of the duties and obligations of parents to a child and to each other;

(8) that child-support awards be readily enforceable and modifiable as the circumstances of the parties change; and

(9) that the design and implementation of child-support rules foster cooperation and minimize conflict between a child's parents.

²⁹ Sanford L. Braver and David Stockburger, "Child Support Guidelines and Equal Living Standards", in William S. Comanor (ed.) *supra* note 27 at 91.

to those questions is not clear. On the issue of predictability, a study of a county that adopted alimony guidelines based on the ALI Principles found a “*very high correspondence between the award amounts called for by the guideline and the amounts that family court judges and attorneys settling actual cases*” arrived at³⁰ – suggesting that the present practice may not be as unpredictable as thought!

On the issue of availability, will the Principles make these awards more available? This is difficult to predict because one of the constraints on alimony under present rules is the lack of money to pay it once property is divided and child support assessed. Another limitation is the fact that the rule requires implementation of a legislative type with rules of statewide application. The model for the rules of statewide application is the success of Child Support Guidelines but they were not adopted easily. It took the tremendous power of the federal government purse to bring the states in line.

3. Child Support

The Principles on Child Support may be ahead of their time. The proposed formula has many of the features of income equalization, an approach promoted unsuccessfully by some activists in the early days of child support formulas. In recent years the trend in child support formulas has been to reduce the amount – to recognize the problems of low income fathers – something the ALI Principles also do – and to give credit against child support for the time the child support payer spends with his child. A proposal to change the formula to increase payments – even though we would all agree on its validity – may not be widely followed.

4. Conclusion

The American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution represent over a decade of work by one of the most prestigious American legal institutions. The Principles are probably the most sweeping proposal for family law reform in the United States in more than a quarter of a century. They reflect the most current thinking about the direction of the law governing the family as it changes and adapts to 21st century social conditions.

I hope that the Principles will have some influence in the efforts at modernization of family law in Catalonia and Spain and in the effort to harmonize the law of the European Union.

³⁰ Ellman, *supra* note 22 at 812.

SEPARACIÓ DE BÉNS I COMPENSACIONS EN LA CRISI FAMILIAR

JOSEP FERRER I RIBA

PROFESSOR TITULAR, UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI

I. Introducció: les conseqüències patrimonials de la separació o el divorci.....	77
II. La compensació per raó de treball: retribució de tasques domèstiques, participació en guanys o compensació de perjudicis?.....	80
1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana	80
2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya	83
III. Sistemes de compensació en els règims legals de separació de béns: les aportacions del dret comparat	86
1. <i>Financial relief</i> en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial	86
2. <i>Equitable distribution</i> en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels <i>ALI Principles</i>	88
IV. Ensenyaments del dret comparat i opcions de regulació per al dret català	89
Bibliografia.....	93

I. INTRODUCCIÓ: LES CONSEQÜÈNCIES PATRIMONIALS DE LA SEPARACIÓ O EL DIVORCI

En els matrimonis subjectes al dret civil català, assumint com a règim econòmic el legal de separació de béns, les conseqüències econòmiques d'una separació o un divorci es decideixen a la vista d'un marc legal relativament complex, que pot arribar a abastar cinc pronunciaments: el relatiu al compliment dels deures legals d'aliments respecte dels fills i del cònjuge; la contribució a les despeses familiars; l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar; la compensació per raó de treball domèstic o per a l'altre cònjuge, i la pensió compensatòria.

Si ens centrem en les conseqüències patrimonials entre cònjuges i, per tant, deixem de banda els aliments deguts als fills, la resta de decisions abans citades es poden fàcilment reduir, a efectes analítics, a dos grans capítols: el de la compensació per raó de treball, amb una clara vocació liquidatòria del règim de béns, i el de la pensió compensatòria, com a mecanisme correctiu del major perjudici econòmic que el trencament pot causar a un dels cònjuges per a afrontar la seva vida postmatrimonial. La resta de mesures que poden eventualment adoptar-se (aliments, habitatge, despeses familiars) o bé comparteixen, amb matisos, el fonament de la pensió compensatòria i s'han d'analitzar a la llum de la seva mateixa lògica, o bé tenen fonaments jurídics aliens al trencament del matrimoni, essent aquest només el factor detonant per a la seva adopció.

La qüestió dels aliments entre cònjuges, per exemple, pot aparèixer en una crisi matrimonial com a mesura provisional, com a pacte d'un conveni regulador, o fins i tot com a pronunciament judicial en una sentència de separació dictada en un procediment contradictori, si s'admet que l'obligació d'aliments es manté mentre subsisteix el vincle matrimonial (cf. art. 260 CF). El més habitual, però, és que els aliments, en les mesures definitives, quedin subsumits en el si de la pensió compensatòria. Certament, el fonament de l'obligació d'aliments –el fet de necessitar-los l'alimentat– divergeix del de la pensió, però la diferència és només de grau. I atès que els aliments compleixen una funció tuitiva més limitada, és natural –i així ho interpreten i apliquen les Audiències catalanes– que quedin funcionalment absorbits per la pensió, sense ser objecte de pronunciament separat. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, per la seva banda, ha confirmat aquesta analogia funcional, reconeixent, en ocasió del divorci, el dret a percebre pensió compensatòria en substitució dels aliments que anteriorment venia abonant el marit, tot i la concurrència d'una declaració prèvia de renúncia a aquella: “*mentre el marit pagava la pensió d'aliments, es pot afirmar que la pensió compensatòria es trobava latent*”.¹ Els aliments, en definitiva, es poden analitzar com a variant, circumstancial en el temps i atenuada en el seu contingut, de la pensió compensatòria, i seguint la tendència del dret comparat i uniforme, *de lege ferenda* seria recomanable refundre'ls en un únic institut.²

La fixació en la sentència de separació o de divorci de l'obligació de contribuir a les despeses familiars (art. 76.3 c CF) també és funcionalment controvertida. Trencada la unitat familiar, no es generen noves despeses familiars, encara que eventualment pugui romandre una unitat de convivència i de consum supraindividual (la formada pel cònjuge guardador i els fills que convisquin amb ell). La llei procura que quedin cobertes les necessitats individuals de manteniment de cadascun dels membres de la família, i ambdós cònjuges poden quedar obligats a subvenir-hi, però la contribució que eventualment s'imposi a aquest efecte ho serà a títol d'aliments o, entre cònjuges, de pensió compensatòria. Una altra cosa és que, després d'una ruptura, puguin subsistir obligacions concretes durant la convivència per a satisfer necessitats familiars (per exemple, per a l'adquisició d'un habitatge o altres béns d'ús de la família), i que calgui determinar com seran satisfetes un cop ha sobrevingut la separació o el divorci. A això cal entendre que es refereix l'art. 76.3 c), com

¹ STSJ 4.7.2002 (RJ 2002\10439).

² En aquest sentit, v. tant els Principis Europeus de Dret de Família com els *Principles of the Law of Family Dissolution*, que fan un tractament unitari d'aquesta mena de compensacions, sigui qualificant-les com a “*maintenance between former spouses*” (PEFL) o com a “*compensatory spousal payments*” (ALI Principes). Cf. Boele-Woelki et al., *Principles*, 69-70; American Law Institute, *Principles*, 788-793.

confirma també la jurisprudència de les Audiències, que resol a l'empara d'aquest precepte les qüestions tocants al pagament dels crèdits hipotecaris celebrats per a l'adquisició de l'habitatge i d'altres despeses relacionades amb aquesta adquisició.³ La decisió sobre el pagament d'aquests deutes, però, s'hauria de prendre sempre –i així ho fa consistentment la jurisprudència– en funció de la titularitat de l'obligació o de la propietat del bé adquirit, d'acord amb les regles civils aplicables al cas, i no en funció de cap regla especial de contribució a l'economia d'una família que, com a unitat de convivència, ha deixat d'existir.

Finalment, l'atribució de l'ús de l'habitatge i del seu parament (art. 76.3 a, i 83 CF) coadjuva a satisfer una necessitat dels fills inclosa en els conceptes que aquests poden reclamar a títol d'aliments (cf. art. 259 CF) i mitiga sensiblement el perjudici en què es basa el reconeixement de pensió compensatòria al cònjuge, incidint a la baixa –de manera implícita o explícita– en la quantificació d'aquesta. El fonament de l'atribució de l'ús de l'habitatge, no havent-hi fills, és la necessitat del beneficiari (art. 83.2 b CF), que constitueix un estàndard més simple que l'establert per a meritar pensió, però no menys exigent: és molt difícil d'imaginar que hom tingui dret a obtenir l'ús de l'habitatge, per raó de necessitat, i no en tingui a reclamar pensió. No és desencertat, per tant, interpretar el dret a seguint usant l'habitatge familiar com una variant –sovint, particularment onerosa per al deutor– de pensió compensatòria, amb els seus propis requisits d'atribució i pèrdua, pagada en espècie.

Així doncs, la presència eventual de pronunciaments sobre aliments, contribució a les despeses familiars i ús de l'habitatge en les sentències de separació i/o de divorci no altera substancialment la naturalesa dual del sistema de compensacions entre cònjuges arran de la dissolució familiar: d'una banda, se'n preveu una lligada als excedents patrimonials generats durant la convivència que pretén corregir els resultats d'una aplicació estricta de la separació de béns (i que té la seva font normativa a l'art. 41 CF), i de l'altra, hi pot haver una compensació fonamentada en el major perjudici relatiu, experimentat per un dels cònjuges a conseqüència de la separació o la dissolució del matrimoni, pagadora generalment com a pensió pecuniària i, si escau, amb l'atribució de l'ús de l'habitatge, que depèn no només dels excedents generats durant el matrimoni sinó també d'altres factors (art. 84.2 CF) que tradicionalment hom considera reflex d'una certa “solidaritat postconjugual”, i que por complir segons les circumstàncies una funció assistencial, reparadora o rehabilitativa.

³ V., p. ex., entre moltes d'altres, SAGirona 28.6.2004 (EDJ 2004\96335); SAB 22.7.2004 (EDJ 2004\96130); SAB 26.7.2004 (EDJ 2004\96124).

Aquest model es va iniciar amb la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, que va introduir la compensació per raó de treball (art. 23 CDCC), i es va consolidar a 1998, amb la promulgació de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família, que va reajustar el règim d'aquesta compensació i regular *ex novo* la pensió compensatòria, seguint –amb algunes variants significatives– l'esquema de la pensió de l'art. 97 del CC espanyol. El legislador de 1998 va estendre paral·lelament els trets fonamentals d'aquest model a les parelles de fet: la ruptura d'una unió estable de parella determina, igualment, el dret a rebre una compensació per raó de treball (art. 13 i 31.1 LUEP) i una pensió periòdica (art. 14 i 31.2 LUEP), si bé el fonament, pressupòsits i durada d'aquesta queden definits més restrictivament que en la pensió equivalent en el matrimoni. En aquest treball no m'hi referiré, i em cenyiré al sistema de compensacions en el matrimoni, i particularment en que regula l'art. 41 CF, que presenta una major singularitat en el context comparat.

El model català porta més d'un quinquenni de vigència i ha estat a bastament experimentat pels operadors jurídics. El TSJC s'hi ha pronunciat també en diverses ocasions, i se'n pot fer ja un cert balanç, tant per a constatar si la seva aplicació pràctica es correspon amb els dissenys del legislador com a per detectar, si hi són, els seus punts febles.

II. LA COMPENSACIÓ PER RAÓ DE TREBALL: RETRIBUCIÓ DE TASQUES DOMÈSTIQUES, PARTICIPACIÓ EN GUANYS O COMPENSACIÓ DE PERJUDICIS?

1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana

La compensació per raó de treball en les crisis matrimonials gira, en el marc de l'art. 41 CF, entorn de tres requisits: 1) la realització d'unes prestacions de treball no retribuïdes o retribuïdes de manera insuficient; 2) l'existència d'una desigualtat patrimonial entre els dos cònjuges, en el moment de plantejar-se la separació o el divorci, causada per aquest defecte retributiu; 3) la implicació, en aquesta desigualtat, d'un enriquiment injust.

La doctrina catalana ha posat repetidament de relleu que l'acumulació d'aquests tres elements provoca una manca de coherència interna en la norma. Se n'ha proposat molt diverses interpretacions, que giren entorn de tres funcions diferenciables de la compensació:

- Una primera línia d'interpretació –la més conforme amb els principis del règim de separació estricta– abona la *funció restitutòria* de la

compensació. Aquesta concepció es basa, sobretot, en el primer requisit de la norma (el defecte retributiu) i el tercer (l'enriquiment injust, que és fonament d'una acció d'aquesta naturalesa). Segons aquesta lectura, amb la compensació es tractaria de restituir el benefici patrimonial que un cònjuge ha rebut a expenses de l'altre, pel fet d'haver gaudit d'uns serveis econòmicament valuosos la prestació dels quals no s'ha fet per ànim de liberalitat i ha excedit del deure de contribuir a les necessitats de manteniment de la família.⁴

- Una segona direcció posa èmfasi en el segon requisit del precepte (la desigualtat patrimonial), que introdueix en la liquidació del règim de separació un element, la comparació dels patrimonis, aliè a la funció restitutòria abans esmentada: si la compensació hagués de restituir un enriquiment injust, seria irrellevant l'existència o no de desigualtat final. El requisit, aleshores, s'ha volgut explicar per la pretensió, ínsita en la norma, de fer participar el cònjuge menys afavorit en el superior increment patrimonial obtingut per l'altre (*funció participativa*). Aplicada en aquests termes, la norma desnaturalitza el règim de separació, perquè substitueix *ex post* els seus efectes –en el moment de la liquidació provocada per una crisi matrimonial– pels propis d'un règim de participació. Atès que el legislador va rebutjar aquest règim en la seva configuració més típica, caracteritzada per l'establiment de quotes, allò que hauria de donar la mesura del *quantum* del crèdit de participació és l'efectiva contribució del cònjuge creditor, amb el seu treball, a l'obtenció dels esmentats increments patrimonials. Salvant les distàncies, aquesta concepció de la compensació equipara la posició del cònjuge creditor a la d'un soci industrial, retribuït amb un part dels guanys a proporció del valor del treball aportat.
- En una tercera direcció, recolzada en la suposada teleologia de l'art. 41 CF i en la seva textura oberta, alguns autors han entès que el precepte compleix una *funció indemnitzadora* de les pèrdues (de formació acadèmica o professional, de promoció laboral o, en general, de

⁴ En aquest sentit, que és doctrinalment majoritari, v. Brancós, "Separació", p. 677-679; Solé Feliu, "La compensació", p. 3: "el que pretén l'art. 41 CF no és tant "fer participar" en els guanys obtinguts per l'altre, com sobretot "compensar" una situació creada per la falta de retribució del demandant"; Para Martín, "El derecho de compensación", p. 321-328, posant èmfasi en el fet que la compensació rescabala un excés de contribució al sosteniment de les càrregues familiars, constitutiu d'enriquiment injust, i considerant desafortunada la referència legal a la situació de desigualtat patrimonial; la desigualtat rellevant només podria ser "la que se derivaba del defecto retributivo, con independencia de la situación patrimonial global de ambos cónyuges".

qualssevol oportunitats) experimentades per un cònjuge arran de la seva dedicació a la casa o a col·laborar en l'activitat professional de l'altre.⁵ El treball domèstic o per a l'altre cònjuge no tindria la consideració, en el precepte que examinem, de prestació que ha de ser pagada, sinó de causa de certs perjudicis –amb independència del valor de mercat del treball prestat i de la correlació entre el cost del sacrifici i l'excedent patrimonial generat– que han de ser indemnitzats. Aquesta concepció de la norma implica també una participació del cònjuge més desafavorit en els increments patrimonials obtinguts per l'altre, però la *mesura d'aquesta participació no estaria relacionada amb la seva contribució, sinó amb les pèrdues derivades de la dedicació a la casa o a l'altre cònjuge*, que es manifesten després de la ruptura. El punt feble d'aquesta tesi es troba en el fet que, vista d'aquesta manera, la compensació se sobreposa funcionalment amb la pensió compensatòria i se'n distingeix només en el seu objecte (que es projecta sobre el patrimoni present de l'altre cònjuge i no sobre rendes futures).

Reconeixent l'ambigüitat funcional de la compensació, alguns autors han intentat també arribar a *posicions eclèctiques o de síntesi*.⁶ La més coherent amb el text de la norma i amb la naturalesa del règim és la que manté la funció restitutòria de la compensació, fent-ne però més estrictes les condicions de meritació, en entendre que no és suficient que s'hagi realitzat un treball no retribuït i s'hagi produït un enriquiment de l'altre cònjuge, sinó que aquest

⁵ En aquest sentit, Ortuño, “Comentari”, p. 236-237: “el sentit teleològic de la norma és procurar el rescabament d'un perjudici patrimonial”; “allò essencial per al naixement del dret és que un dels esposos ha prestat una col·laboració personal especial per a la família, tant sigui a nivell intel·lectual, o com a prestació personal o assistencial, amb pèrdua, renúncia o condicionament de caràcter absolut o parcial de les seves pròpies expectatives laborals o professionals”; p. 241: “el dret que ens ocupa és una vertadera indemnització per la defraudació d'unes expectatives de vida en comú i de gaudi de la posició patrimonial del cònjuge que és consubstancial amb el principi de solidaritat interconjugal”; Roca Trias, a Puig Ferriol / Roca Trias, *Institucions*, Vol. II, p. 423: “l'art. 41 CF estableix una indemnització prèvia a la pensió per desequilibri econòmic” ... “la compensació ... té un contingut ... determinat pel perjudici econòmic que pateix el cònjuge que ha tingut l'activitat que es descriu en l'art. 41, la qual li ha provocat una pèrdua dels costos d'oportunitat, amb l'efecte desequilibrador” ... “constitueix un cas de rescabament d'un dany objectiu” ... “es configura, per tant, com una indemnització que té, com a raó de ser, l'enriquiment injust”.

⁶ V., per exemple, Solé Resina, “La compensació”, p. 672, arribant a defensar que la norma es pot aplicar de dues maneres diferents: com a fonament de la restitució de la sobrecontribució a les despeses familiars a favor del cònjuge que ha treballat per a la casa o per a l'altre, calculada en funció del cost de contractació d'un empleat domèstic (p. 674), o bé, havent-hi desigualtat patrimonial, com a fonament d'una participació en els guanys de l'altre consort; “decidir en quina línia cal actuar en cada cas concret correspon, necessàriament, als tribunals”.

enriquiment ha de subsistir en el moment de la reclamació, subsistència que es manifestaria en la desigualtat entre els patrimonis.⁷ D'altra banda, els autors que interpreten la compensació en clau participativa també fan propostes eclèctiques en adduir, com a criteris per a determinar el seu *quantum*, elements que apunten a la importància de la contribució domèstica (extensió temporal de l'activitat, intensitat en la dedicació, presència de fills) i altres que apunten a la importància dels perjudicis patits (pèrdua d'oportunitats professionals; canvis de posició, etc.).

Totes les interpretacions de l'art. 41 CF topen amb *greus dificultats de quantificació de la compensació*. En les tesis "separacionistes" és problemàtic com es valora el treball domèstic, i com es determina en quina mesura aquest treball és una contribució a l'aixecament de les càrregues i en quina mesura és sobrecontribució reemborsable. En les tesis "participacionistes" és controvertit si s'han de descomptar, en el moment de comparar els patrimonis, les respectives dotacions inicials i els béns rebuts a títol lucratiu, i també ho és, com he assenyalat, la definició dels indicadors del grau de participació.

2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

La jurisprudència del TSJC, corregint el criteri restrictiu sostingut originàriament per algunes Audiències catalanes, s'ha decantat des del primer moment per fer de la compensació de l'art. 41 CF un *instrument de participació en guanys*, a favor del cònjuge que ha treballat per a la casa o per a l'altre, rebutjant manifestament la seva funció purament restitutòria.⁸ D'altra banda, en emfasitzar la discrecionalitat del jutgador per a fixar la compensació, el tribunal ha eludit de prendre una decisió explícita sobre els factors determinants de la seva quantia i ha evitat pronunciar-se sobre algunes

⁷ Així, per exemple, Jou, "Comentari", p. 203-204: "La compensació no es generarà mai, per molta que hagi estat la dedicació o el treball no retribuït, si en el moment del divorci no hi ha patrimoni o si el "fort" té el mateix patrimoni que tenia quan es va casar. Si no hi ha enriquiment no hi ha compensació". Per a l'autor, a més, la compensació no podria anar mai més enllà de la meitat de la diferència de l'increment patrimonial favorable al deutor. El fonament del precepte comentat (l'art. 23 CDCC) seria restitutori del valor d'un treball no retribuït, del qual caldria deduir la part imputable a la contribució a l'aixecament de les despeses familiars, i que a més tindria el límit de la meitat dels guanys de l'altre, que evitaria que el resultat final fos més beneficiós que el que es produiria sota un règim de participació. En termes similars, però sense posar el límit de la meitat, v. Gete-Alonso, "La compensación", p. 4: "La compensación económica no es, necesariamente, la cifra exacta de la desigualdad ya que lo que se reclama es algo debido y que no se percibió o no se valoró en su momento oportuno; así puede ser una cantidad igual o inferior a la ganancia del patrimonio del otro cónyuge".

⁸ Per a l'anàlisi d'aquesta jurisprudència, a banda dels treballs citats en les notes precedents, v. Albert Lamarca Marquès, "Separació de béns", *InDret* 2003/2, *Working paper* de Dret català núm. 2; Bosch Capdevila, "Comentari", 133-148.

alternatives bàsiques de política jurídica. *De facto*, ha inclòs en els factors de quantificació tant la incidència de la contribució domèstica en la formació i preservació del patrimoni aliè, com els perjudicis patits pel cònjuge creditor a causa de seva especialització funcional. Com a trets més rellevants d'aquesta doctrina jurisprudencial es poden esmentar:

- **Dimensionament del requisit de la realització de prestacions de treball d'acord amb els estàndards socials vigents.** La compensació no es merita només en els matrimonis tradicionals amb un cònjuge perceptor d'ingressos i un cònjuge dedicat exclusivament a la casa, sinó també en els que tenen una especialització funcional limitada, d'acord amb el patró social avui majoritari.⁹
- **Redundància de l'enriquiment injust.** La implicació, en la realització de prestacions de treball domèstic, d'un enriquiment injust, introduïda com a requisit de la compensació en la segona versió del precepte (1998), es titlla de “perturbadora”, i es conclou que no té entitat pròpia com a requisit ni requereix prova per part de qui la reclama: *res ipsa loquitur*.¹⁰
- **Irrellevància del deure de contribuir a l'aixecament de les despeses familiars, a efectes de meritar el dret a compensació.** La compensació no neix d'una presumpta sobrecontribució a l'aixecament de les despeses familiars el valor de la qual hagi de ser restituit: no és un corollari del règim de separació, sinó un correctiu al mateix.¹¹
- **Exigència de la comparació de patrimonis i irrellevància de la causa de la seva desigualtat.** La compensació per raó de treball exigeix comparar els patrimonis finals d'ambdós cònjuges, perquè la seva finalitat és reequilibrar-los si entre ells hi ha desigualtat. Concorrent el pressupòsit del treball domèstic o per a l'altre, la causa concreta de la desigualtat passa a un segon pla i té una rellevància limitada, fins i tot si s'ha produït per l'adquisició i tinença d'un patrimoni familiar.¹²

⁹ STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “poc importa que el treball domèstic hagi estat major o menor, a temps complet o a temps parcial”.

¹⁰ STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment a favor de l'altre”

¹¹ STSJC 14.4.2003 (RJ 2003\4579): “La relació entre l'art. 5 i l'art. 41 és artificial i només se sosté per la literalitat dels seus termes”

¹² STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “s'ha d'observar si es produeix una desigualtat a favor d'un dels cònjuges ... i ha de procedir-se a fixar la indemnització que restauri l'equilibri”; “res no motiva que, en termes planers, un acabi ric i l'altra resti pobre”; STSJC 10.2.2003 (RJ 2003\4464): “el manteniment i augment, si escau, del patrimoni de l'espòs ... no hauria estat possible sense la dedicació de la muller a la casa”.

- **Fixació de la quantia de la compensació en equitat.** De manera conseqüent amb l'anterior doctrina, el *quantum* de la compensació queda a l'arbitri del jutge, que el pot decidir en equitat. El TSJC desestima la seva fixació per mitjà d'una quota o fracció en el patrimoni o en els guanys de l'altre cònjuge, perquè això desnaturalitzaria l'essència del règim de separació i l'acostaria a un règim –el de participació– que va ser descartat pel legislatiu. En lloc d'aplicar un percentatge, es tenen en compte factors de significació diversa, com ara la durada del matrimoni, la intensitat de la dedicació domèstica, l'existència de fills, la renúncia a l'activitat laboral o fins i tot els ingressos corrents d'ambdós cònjuges.¹³

Amb aquesta jurisprudència, el TSJC dóna carta de naturalesa a una versió molt peculiar de règim de participació, que desplega els seus efectes en el moment de la liquidació, i que es caracteritza per:

- a) Circumscripció als **matrimonis en els quals un dels cònjuges s'especialitza** (amb major o menor intensitat) en la realització de les tasques domèstiques o en la col·laboració amb l'altre cònjuge. Tot i l'esforç de la jurisprudència a relativitzar el requisit del treball domèstic o per a l'altre cònjuge, aquest segueix essent un element essencial del supòsit de fet de la compensació. La intel·ligència d'aquest dret com un mecanisme de participació en la riquesa de l'altre cònjuge realça les discriminacions implícites en la norma: a la del cònjuge vidu (en el matrimoni extingit per mort), s'hi afegeix la dels matrimonis amb dos perceptors regulars d'ingressos, encara que algun dels cònjuges sacrifiqui expectatives o canviï de posició, en detriment propi, per raó de la preferència donada a l'activitat generadora d'ingressos de l'altre cònjuge.
- b) **Inconcreció en l'objecte sobre el qual s'estableix la participació.** La jurisprudència no precisa sobre quin objecte es projecta la participació del cònjuge desafavorit per raó de la seva dedicació domèstica: no queda clar si es projecta sobre els guanys o sobre el patrimoni; ni si es participa només en les rendes percebudes i estalviades, o també en les plusvàlues dels béns privatis, o en drets futurs, o fins i tot en béns adquirits a títol lucratiu. L'èmfasi del tribunal en la comparació de patrimonis i en el seu reequilibri dóna a entendre que es pot participar en el patrimoni del cònjuge afavorit, amb independència de l'origen dels béns i de la seva condició de guanys.

¹³ STSJC 27.4.2000 (RJ 2000\4125): “el restabliment de l'equilibri patrimonial ha de quedar a l'arbitri del jutge”.

- c) **Manca de regles clares per al càlcul del crèdit de participació.** La decisió d'excloure la fixació de quotes fa que el crèdit de participació es determini de manera discrecional, però no arriba mai a la meitat de la diferència entre ambdós patrimonis: si la participació es concep com a retribució de les contribucions fetes pel cònjuge, al treball domèstic no se li dóna mai el mateix valor que a l'activitat de l'empresari, el professional o el treballador per compte aliè; si es concep com a indemnització de pèrdues sofertes, la compensació opera com un remei molt parcial, que sovint ha de ser complementat amb una pensió compensatòria.

La incertesa en l'objecte sobre el qual es calcula el crèdit compensatori i en els factors rellevants per a la seva quantificació genera una dosi important d'**inseguretat jurídica**, que desincentiva la transacció en els litigis matrimonials, incrementa els costos de litigació i dóna avantatge al cònjuge amb menys aversió al risc (generalment, el cònjuge fort).

III. SISTEMES DE COMPENSACIÓ EN ELS RÈGIMS LEGALS DE SEPARACIÓ DE BÉNS: LES APORTACIONS DEL DRET COMPARAT

En el dret comparat, els ordenaments que organitzen l'economia matrimonial amb la separació de béns com a règim legal (per exemple, Anglaterra, o la major part de les jurisdiccions estatals en els Estats Units)¹⁴ estableixen també sistemes de compensació entre cònjuges en cas de trencament familiar. Com a Catalunya, aquests sistemes operen només en els casos de crisi matrimonial i no en els de dissolució per mort, i concedeixen una gran discrecionalitat als tribunals per establir l'abast de la compensació. Les seves funcions són similars a les de compensació de l'art. 41 CF i estan subjectes als mateixos tipus de crítica (insuficient definició en els objectius de política jurídica; impredictibilitat en els resultats). L'anàlisi de la seva evolució jurisprudencial i legislativa il·lustra en quina direcció pot acabar també movent-se, en un futur, el nostre dret.

1. *Financial relief* en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial

En via de principi, el dret anglès no estableix un règim econòmic matrimonial: la tinença i adquisició de béns durant el matrimoni segueix les regles ordinàries del dret de béns.¹⁵ Tanmateix, en cas de crisi matrimonial, el jutge que coneix del

¹⁴ V. American Law Institute, *Principles*, 646-649, 656-657, amb informació sobre els tipus de règims que s'apliquen als diferents Estats.

¹⁵ V., p.ex., Cretney / Masson / Bailey-Harris, *Principles of Family Law*, 319-398.

procés de separació, divorci o nul·litat té poders molt amplis per adoptar mesures econòmiques (*ancillary relief*) amb una gran diversitat d'efectes. Pot, per exemple, dictar ordres de pagament de pensions, de pagament de quantitats alçades, de constitució de *trusts* en benefici de l'altre cònjuge o els fills, de transmissió forçosa de béns d'un cònjuge a l'altre, o de venda de béns per al compliment de les mesures acordades.¹⁶ És important remarcar que aquestes mesures poden incloure la reassignació de la titularitat de béns dels respectius patrimonis, sense cap limitació: tot i la separació de béns i la naturalesa privativa dels respectius patrimonis, els béns pertanyents als cònjuges en el moment de la crisi, amb independència del seu origen i moment d'adquisició, cauen sota el poder del jutge a efectes de l'adopció de mesures de *financial relief*.

D'acord amb la jurisprudència, l'objectiu prevalent en l'exercici d'aquests poders –qüestionat per la seva vaguetat– és l'assoliment d'un resultat just. La llei guia el jutge, ordenant-li que doni consideració prioritària al benestar dels fills menors i, a continuació, que ponderi totes les circumstàncies del cas i particularment les llistades en la llei,¹⁷ que en síntesi són: els recursos econòmics (rendes, aptitud laboral actual o susceptible de ser adquirida, béns, altres recursos presents o previsibles); les necessitats econòmiques, obligacions i responsabilitats que cadascuna de les parts té o pot adquirir en un futur previsible; el nivell de vida durant la convivència; l'edat dels cònjuges; la durada del matrimoni; les eventuais minusvàlues o discapacitats en algun dels cònjuges; les contribucions fetes per al benestar de la família, incloent-hi les domèstiques o d'atenció familiar; la conducta de les parts, i el valor de les expectatives patrimonials que es puguin perdre arran de la dissolució o anul·lació del matrimoni. Entre aquests criteris no hi ha cap jerarquia i el seu pes específic depèn de les circumstàncies del cas apreciades pel jutge. En la pràctica, predomina la ponderació dels recursos disponibles, les necessitats futures de cada cònjuge i, si els primers excedeixen les segones, la rellevància de les respectives contribucions al benestar de la família.

Tradicionalment, en la valoració de les contribucions de marit i muller al benestar familiar, els tribunals anglesos tendien a infravalorar les contribucions no patrimonials, atribuint al cònjuge que s'havia dedicat preferentment a l'activitat domèstica una petita fracció dels excedents generats. Arran de la decisió de la *House of Lords* en el cas *White v. White* (2000),¹⁸ que ha esdevingut *leading case* quant a la interpretació que cal donar a les normes que regulen l'adopció de mesures de *financial relief*, el Tribunal fa un gir radical en aquest plantejament i formula un principi de no discriminació i igualtat de valor de

¹⁶ Cretney et. al., *Principles*, 333-340.

¹⁷ V. Section 25 *Matrimonial Causes Act* 1973, reformada per la *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984.

¹⁸ [2000] 3 W. L. R. 1571; [2000] 2 F.L.R. 98.

les contribucions d'ambdós cònjuges al benestar de la família (tant la que consisteix en la generació d'ingressos com la de treball domèstic o criança de fills): si ambdós cònjuges han contribuït amb el mateix esforç a la prosperitat de la família, és irrellevant qui d'ells va guanyar els diners i formar un patrimoni. En virtut d'aquesta idea, les mesures que el jutge decideix adoptar, després d'haver ponderat les diverses circumstàncies enumerades en la llei, han de ser contrastades amb l'estàndard de la igualtat de divisió patrimonial. (*yardstick of equality of division*): el jutgador pot arribar a la conclusió que els béns d'un i altre cònjuge s'han de repartir apartant-se d'aquest estàndard d'igualtat, però aleshores ha d'explicitar-ne les raons.

La doctrina de *White v. White*, que ha tingut repercussió immediata en la pràctica judicial, fa que hagin adquirit molta importància en els procediments d'*ancillary relief* els criteris que poden justificar l'apartament de l'estàndard d'igualtat en el moment de valorar les contribucions d'un i altre cònjuge al benestar de la família: entre aquestes raons, destaquen la de l'**origen dels béns** (el fet que els béns d'un cònjuge hagin estat rebuts a títol de donació o herència pot justificar que es respecti la propietat privativa) i la de la concurrència d'una **contribució especial** (si l'increment del patrimoni d'un dels cònjuges durant el matrimoni es considera imputable al seu talent, creativitat o geni fora del comú). La doctrina de la *special contribution*, exposada i aplicada per la *Court of Appeal* a *Cowan v. Cowan* (2001),¹⁹ ha quedat restringida en la seva virtualitat a casos molt excepcionals després de *Lambert v. Lambert* (2002),²⁰ resolt pel mateix tribunal, que remarca la incommensurabilitat de les contribucions d'ambdós cònjuges i el risc manifest de discriminació que aquest tipus d'excepció comporta.

2. *Equitable distribution* en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels *ALI Principles*

En els Estats Units, sempre que un matrimoni –com passa majoritàriament– es regeix pel règim de separació de béns, en la liquidació del règim per divorci es practica la *equitable distribution*. En virtut d'aquest mecanisme, el jutge pot ordenar que un cònjuge atribueixi part dels seus béns (o del seu valor) a l'altre, a fi d'assolir una redistribució patrimonial equitativa, prenent en consideració una diversitat de factors, no jerarquitcats, que oscil·len entre dos pols, la necessitat dels cònjuges i les seves respectives contribucions a la formació del patrimoni. L'*equitable distribution* és un sistema de liquidació molt discrecional, que posa la justícia del cas concret per davant de la seguretat jurídica.²¹

¹⁹ [2000] 2 F.L.R. 192.

²⁰ [2002] EWCA. Civ 1685, [2003] 1 FLR 139.

²¹ American Law Institute, *Principles*, 646-662.

La proposta que l'*American Law Institute* formula en els seus Principis intenta superar les conseqüències negatives d'aquesta discrecionalitat fent dues opcions clares de política jurídica: la primera, és la qualificació dels béns adquirits durant el matrimoni i les rendes i increments de valor dels béns privatis (en la mesura en què derivin de l'aplicació de treball) com a *marital property* que ha de ser dividida en el moment de la liquidació (§ 4.03 a § 4.05); la segona, és l'establiment d'una presumpció de divisió per meitat, però permetent apartar-se'n per les mateixes raons que justifiquen, en el seu cas, la concessió d'una pensió compensatòria (§ 4.09). La presumpció de divisió per meitat es basa no en la contribució d'ambdós cònjuges a l'obtenció dels béns sinó en la seva contribució a tots els beneficis derivats de la vida matrimonial, i es justifica per la impossibilitat d'avaluar de les contribucions no monetàries i la futilitat de qualsevol intent per part d'un jutge de valorar-les examinant, retrospectivament, tot el desenvolupament de la vida matrimonial. Per altra banda, la possibilitat d'apartar-se de la divisió per meitats, posa de relleu la intercanviabilitat entre el reconeixement d'una pensió i l'atribució d'una porció superior de *marital property* amb ocasió de la seva liquidació. L'elecció d'un o altre mecanisme de compensació o la seva combinació depèn aleshores de les circumstàncies de cada cas.

IV. ENSENYAMENTS DEL DRET COMPARAT I OPCIONS DE REGULACIÓ PER AL DRET CATALÀ

El dret anglès i la proposta nord-americana de l'ALI aborden les operacions de liquidació patrimonial per raó d'una separació matrimonial o un divorci amb un equipament institucional substancialment diferent. Per exemple, la distinció entre una *separate property* i una *marital property* que promouen els *ALI Principles*, coherent amb la proposta d'anar cap a un règim supletori de comunitat, és desconeguda en el dret anglès. Ambdós sistemes normatius semblen prioritzar també diferents objectius, com mostra el fet que el dret anglès doni prioritat a la cobertura de les necessitats d'habitatge i a la rehabilitació professional dels cònjuges, abans de repartir els excedents, si n'hi ha, cosa que no fan els principis nord-americans. Empíricament, però, arriben a resultats semblants, i en ambdós casos més igualitaris que els que produeix el dret català vigent, tant a l'hora d'assignar els guanys generats durant el matrimoni com els perjudicis derivats del seu trencament. Se'n poden destacar dos grups d'idees, en particular, que aporten elements de reflexió útils amb vistes a traçar possibles línies d'evolució del dret català:

- L'extinció del règim de separació de béns per trencament de la convivència, si s'han generat excedents patrimonials durant el matrimoni, ha de comportar l'adopció de mesures per al seu **repartiment**. Per a aquest repartiment, s'han de **valorar les contribucions** d'ambdós cònjuges

a la producció de béns familiars i, en condicions ordinàries, **s’ha d’equiparar el seu valor** amb independència de la seva naturalesa i de la seva major o menor rendabilitat en termes estrictament econòmics. *White* i la jurisprudència que l’ha seguit han posat en primer pla dues idees essencials –i no obstant això menystingudes o ignorades en el nostre entorn– que incideixen decisivament en la manera de liquidar un règim de separació. D’una banda, hi ha el problema insuperable de la incommensurabilitat de les contribucions en treball personal, sobretot en les relacions de llarga durada quan a més inclouen la criança i educació dels fills. Això impedeix adoptar, a l’hora de la liquidació i de calcular qualsevol compensació, criteris restitutoris d’una eventual “sobrecontribució”, que de fet és impossible de mesurar. D’altra banda, hi ha la necessitat de tenir present, a l’hora de redistribuir la riquesa creada durant el matrimoni, no només l’estalviada i materialitzada en béns repartibles sinó també la constituïda per altres “béns familiars” (la creació d’una llar, els llaços parentals i la continuïtat generacional, les xarxes de relació social entorn de la família, etc.) dels quals han fruit i poden continuar fruit els cònjuges –potser en menor mesura o de manera diferent– després de la crisi.

- Les operacions de liquidació i eventual redistribució de l’excident patrimonial poden, a banda de retribuir les contribucions d’ambdós cònjuges a la seva formació, **compensar el major perjudici** patit per un dels cònjuges en el trencament de la convivència o **proveir a la cobertura de necessitats** dels cònjuges separats o dels excònjuges, d’acord amb les pautes i dins dels límits previstos en cada ordenament. Tot i que és oportú mantenir la distinció conceptual entre les operacions de liquidació patrimonial del règim de béns practicat durant el matrimoni i la decisió sobre les condicions de meritació, quantificació i durada d’altres mitjans de compensació, la seva implementació pot ser unitària. Si les condicions patrimonials de la família ho permeten, ambdues compensacions es poden efectives en unitat d’acte, amb l’atribució d’un o diversos actius patrimonials. Aquesta tendència vers el *clean break*, que apunta ja el CF (art. 85.2, en seu de pensió compensatòria), ha estat seguida també per alguns sistemes de comunitat de béns, particularment el francès i, ara, tímidament encara, per l’espanyol.²²

²² La *prestation compensatoire*, en el dret francès, s’atribueix com a quantitat alçada (art. 274 CC), si bé el capital es pot pagar, en cas que no es pugui abonar de cop, al llarg d’un màxim de vuit anys (art. 275-1 CC). Només excepcionalment es pot atribuir com a pensió vitalícia (art. 276 CC). L’art. 97 del CC espanyol, en la redacció posterior a la Llei 15/2005, de 8 de juliol, també possibilita l’atribució de la compensació com a prestació única.

No creiem que el dret català hagi d'importar mimèticament directrius formulades en ordenaments provinents de tradicions jurídiques molt diferents a la nostra. Els reptes, però, que ha de plantejar-se sí són semblants als d'altres cultures amb separació de béns, i les opcions que apunta la comparatística poden a ajudar a centrar els temes de debat.

En l'àmbit que estem examinant, els reptes que el legislador català ha d'afrontar es poden agrupar entorn de tres blocs temàtics:

- a) **Definició clara de les condicions de participació dels cònjuges en la riquesa generada durant el matrimoni.** El legislador català ha de repensar, a la vista de la concepció socialment assumida avui del rol dels cònjuges en el matrimoni, si cal mantenir un sistema de participació limitat al supòsit en què la convivència es trenca per separació o divorci i un d'ambdós cònjuges ha realitzat contribucions de treball, com a l'actualitat; si, pel contrari, cal ampliar-lo als matrimonis que es dissolen per mort o als matrimonis –cada vegada més habituals– amb dos perceptors d'ingressos; o si, intentant cercar un terme mig, fa dependre la participació d'alguns indicadors de l'existència de contribucions valuoses a la generació dels excedents patrimonials (durada del matrimoni, criaça de fills). En aquesta mateix ordre d'idees, el legislador català ha de formular amb més claredat les regles per a la determinació del crèdit de participació, decidint si les contribucions d'ambdós cònjuges s'han de valorar igual o, en cas contrari, quins factors justifiquen l'apartament de la igualtat.
- b) **Definició clara dels perjudicis que la llei compensa per raó de la ruptura de la convivència i adaptació dels mitjans de compensació a la naturalesa d'aquests perjudicis.** El dret català, com la majoria d'ordenaments europeus continentals, parteix d'una separació conceptual nítida entre els efectes liquidatoris del règim de béns i altres efectes econòmics relacionats amb el trencament de la convivència, que en el cas català se circumscriuen a l'atribució del dret d'ús de l'habitatge (art. 83 CF) i dret a pensió compensatòria (art. 84 CF). L'atribució de pensió compensatòria està vinculada al **perjudici que la separació, el divorci o la nul·litat matrimonial provoca en la situació econòmica dels cònjuges.** En el cas, freqüent, en què ambdós cònjuges pateixin un perjudici econòmic, la pensió és meritada per aquell d'ambdós que hagi sofert el major perjudici relatiu (art. 84.1 CF). La llei, però, no precisa quins tipus de perjudicis són objecte de compensació: si els **costos incorreguts en la confiança del compliment del contracte**, és a dir, de la permanència del matrimoni (danys a la confiança) o les **expectatives defraudades** (l'equivalent a l'interès contractual positiu en un incompliment contractual).

En lloc de discernir els tipus de perjudicis compensables, el Codi de família opta per circumscriure l'abast de la compensació limitant-ne molt la quantia: li confereix el caràcter de pensió periòdica susceptible de ser acotada temporalment (art. 86.1 d CF), permet la seva modificació però només a la baixa (art. 84.3 CF), i restringeix el seu *quantum* al sostre del nivell de vida efectivament gaudit durant el matrimoni (art. 84.1 CF). Configurat en aquests termes, el remei no compensa adequadament la pèrdua d'expectatives de participació en els rendiments de capital humà adquirit o consolidat per l'altre cònjuge durant el matrimoni, o en altres ingressos posteriors a la separació o al divorci però derivats de l'activitat laboral duta a terme durant el matrimoni (drets de previsió, pensions de jubilació, etc.). El TSJC ha hagut d'abordar aquest dilema, corregint la literalitat de la llei i permetent l'increment de la pensió compensatòria.²³ Un repte del legislador català, en aquest punt, és decidir si, respecte de determinats perjudicis, seria idoni introduir un remei diferent del dret de pensió tal com ara és configurat (per exemple, quan sigui possible, la compensació amb l'atribució d'una quota superior dels guanys generats durant el matrimoni).

c) **Definició clara del paper de l'autonomia privada.** El dret català ha estat sempre particularment deferent amb el principi de llibertat civil. En matèria familiar, aquesta llibertat abasta la formulació de previsions per al cas d'una futura ruptura matrimonial (art. 15.1 CF), però és dubtós si del contingut dels preceptes que regulen la compensació per treball i la pensió compensatòria entre cònjuges o excònjuges es pot deduir necessàriament la seva imperativitat –com exigeix l'art. 111-6 CCCat– o no. La irrenunciabilitat dels aliments (art. 270 CF) i de les compensacions per trencament de la convivència en les parelles estables (art. 3.1 LUEP) inclinen a creure, argumentant *a fortiori* en un cas i per analogia en l'altre, que la compensació per treball i, en part, la pensió compensatòria no es poden renunciar o pactar a la baixa anticipadament en el matrimoni.²⁴ En aquesta matèria cal aclarir quins drets i deures poden ser objecte de pacte i implementar la declaració de l'art. 15.1 CF amb l'establiment de cauteles procedimentals i substantives que condicionin la validesa o eficàcia dels pactes preventius.²⁵ El supòsit

²³ V. STSJC 28.10.2003 (RJ 2003\8905); STSJC 11.12.2003 (RJ 2004\1788).

²⁴ V. Egea, "Pensión compensatoria", p. 4564-4568.

²⁵ La proposta normativa més fonamentada entorn d'aquestes cauteles, avalada per la pràctica estesa dels *premarital agreements* en moltes jurisdiccions nord-americanes, es pot trobar als *Principles of the Law of Family Dissolution* (Chapter 7: Agreements), en American Law Institute, *Principles*, 945-1032.

més polèmic, és per descomptat, el de les renúncies globals a tota mena de compensació, sobre les quals s'ha hagut ja de pronunciar el TSJC (no respecte d'un pacte preventiu, sinó d'un pacte en conveni extrajudicial de separació amistosa).²⁶ Una opció més igualitària en matèria de règim econòmic hauria d'anar acompanyada d'una molt àmplia llibertat capitular, que reconegués la validesa del pacte del règim de separació de béns estricta o corregit amb la retribució de prestacions de treball per una quantitat pactada –sense participació en guanys–. Aquest règim pot ser particularment idoni en matrimonis on no siguin previsible inversions substancials en el bastiment d'una llar (p.ex., segones o ulteriors núpcies) o en matrimonis on un o ambdós cònjuges posseeixen dotacions inicials (sigui en béns d'empresa o en capital humà) ja molt consolidades en el moment de contreure matrimoni.

BIBLIOGRAFIA

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Matthew Bender & Co., Lexis-Nexis, 2002.
- BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ-BEILFUSS, Cristina / JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Anwerp/Oxford, 2004.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “Comentari a la darrera jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en matèria de Compensació Econòmica de l'article 41 del Codi de família”, *RCDPr* 2004-3, p. 133-148.
- BRANCÓS NÚÑEZ, Enric, “Separació de béns o participació: comentari de l'article 23 de la Compilació” (Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya), *RJC* 1998-IV, p. 665-696.
- CRETNEY, Stephen. M. / MASSON, J. M. / BAILEY-HARRIS, Rebecca, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003 (7a. ed.).
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, a CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (et al.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T. III, Civitas, Madrid, p. 4551-4574.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “La compensación económica derivada de la liquidación del régimen de bienes de separación (art. 23 CDCC)”, *La Llei de Catalunya i Balears*, 1996, núm. 139, p. 1-5.
- JOU MIRABENT, Lluís, “Comentari a l'article 23 de la Compilació”, a CASANOVAS MUSSONS, Anna / EGEA FERNÁNDEZ, Joan / GETE-ALONSO, Ma. del Carmen

²⁶ V. STSJC 19.7.2004 (RJ 2004\5534), que declara ineficax la renúncia a la compensació per raó de treball de l'art. 41 CF pel fet de no ser suficientment explícita.

/ MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 1995, p. 197-206.

LAMARCA MARQUÈS, Albert, “Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball (Comentari a la STSJC de 21.10.2002)”, *InDret* 2003-2, *Working paper* de Dret català núm. 2, p. 1-11.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Comentari a l’art. 41 del Codi de família”, a EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 231-257.

PARA MARTÍN, Antonio, “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, *RJC* 1999-II, p. 313-350.

PUIG FERRIOL, Lluís / ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret civil de Catalunya, Vol. II (Dret de la persona i dret de família)*, 6a. ed., Tirant lo blanch, València, 2005.

SOLÉ FELIU, Josep, “La compensació econòmica per raó de treball de l’article 41 del nou Codi de família de Catalunya”, *La Llei de Catalunya*, 1998, núm. 231, p. 1-6.

SOLÉ RESINA, Judith, “La compensació econòmica per raó de treball en el règim de separació de béns”, *RJC* 2001-III, p. 661-689.

ACUERDOS PREMATRIMONIALES. DE NUEVO LA LIBERTAD Y SUS LÍMITES EN EL DERECHO DE FAMILIA

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

*CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
COMPOSTELA*

SUMARIO

I. Introducción al tema	95
II. Aspectos funcionales de los acuerdos prematrimoniales	100
III. Aspectos estructurales. El problema de su validez	101
IV. La fase de formación del acuerdo	102
V. El contenido de los acuerdos. Algunos ejemplos	105
1. Acuerdos para el caso de muerte de uno de los cónyuges	105
2. Acuerdos para el caso de separación o divorcio	106
3. Acuerdos en relación con los hijos	115
VI. Sanción en caso de violación de los límites a la autonomía de la voluntad	116
VII. La exigibilidad de los pactos	116
VIII. Reflexión final	120

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Esta contribución trata de señalar el alcance, validez y eficacia de los acuerdos celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges donde se contemplan las consecuencias de una posible ruptura matrimonial por separación o divorcio, o por muerte de cualquiera de ellos.¹ Su nota paradigmática está pues en el carácter preventivo o prospectivo con relación a la ruptura de la pareja, no en el hecho de que se celebren antes o después de la boda. No obstante, y sin perjuicio de reconocer que pueden existir diferencias de matiz entre los acordados *ex ante* y *ex post* matrimonio, la denominación de acuerdos o pactos prematrimoniales que utilizaré en esta sede, aunque no sea del todo exacta, va a abarcar a lo largo de la exposición ambos tipos de convenios.

La naturaleza prospectiva que se acaba de hacer notar pone en evidencia la diferencia de este tipo de pactos respecto de los celebrados entre convivientes no casados, destinados a regular la relación vigente entre ellos, cuya validez es admitida sin ambages en las distintas leyes autonómicas que regulan este tipo de

¹ Tema que ya tuve ocasión de tratar, refiriéndome básicamente al acuerdo de renuncia a una eventual pensión compensatoria, en M.P. García Rubio, "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil", *ADC*, 2003, pp. 1653-1673.

uniones,² y sin perjuicio de que también en el seno de estas relaciones se puedan predecir las consecuencias de su extinción,³ en cuyo caso la problemática sería más o menos similar a la aquí planteada, con los matices derivados de la peculiar y muy variada situación jurídica que en este momento tienen las parejas de hecho en el Estado español.

Sobremañera conviene resaltar que, en el caso de parejas casadas, el tipo de pactos que me propongo analizar no se identifica con el llamado convenio regulador previsto en los arts. 78 y 79 del CFC y 90, 91 y 97 del CC para dar cauce a la autonomía de la voluntad una vez surgida la crisis y producida la ruptura,⁴ ni tampoco con otros contratos meramente privados celebrados entre los esposos cuando ya ha aparecido la situación de crisis y cuya validez y eficacia ha sido reconocida por la jurisprudencia, aún cuando no hayan sido presentados en el proceso matrimonial para su homologación judicial o no hayan sido ratificados por uno de los cónyuges en dicho proceso.⁵

² Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña, sobre Uniones Estables de Pareja; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, sobre Parejas Estables no Casadas, modificada por Ley 2/2004, de 3 de mayo; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables; Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho; Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho. En Galicia existe una Proposición de ley de parejas de hecho (*BOPG*, 12 de noviembre de 2003). Con un rango menor, aunque con contenido similar al de algunas leyes de las Comunidades autónomas que carecen de competencias en materia de Derecho civil, se debe citar también el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León.

³ Como se reconoce explícitamente, por ejemplo, en los arts. 3.1 y 22 de la LUEP catalana.

⁴ Sobre la naturaleza y características del convenio regulador la bibliografía es ingente. Entre lo más reciente cabe citar J. Montero Aroca, *El convenio regulador en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica del artículo 90 del Código civil)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; A. Nieto Alonso, "El convenio regulador como elemento imprescindible de la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 17, 2002, pp. 17-51; I. Cordero Cutillas, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Madrid, Aranzadi, 2004.

⁵ La controversia sobre la eficacia jurídica de este tipo de convenios parece definitivamente resuelta por el Tribunal Supremo tras las SSTs de 22 de abril de 1997 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1997/3252), 21 de diciembre de 1998 (*Aranzadi Westlaw*, RJ, 1998/9649) y, más recientemente, 15 de febrero de 2002 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 2002/1619). Según la primera de ellas, a juicio del ponente deben distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, que es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente, que queda integrado en la resolución judicial, con toda la

Los llamados “acuerdos prematrimoniales” son muy conocidos y utilizados en algunos países. Es el caso de Estados Unidos donde, después de su introducción en la práctica y de una jurisprudencia vacilante que progresivamente fue admitiendo su validez coincidiendo con el amplio abandono del sistema de divorcio por culpa a partir de la década de los setenta, han dado lugar a un rimerio de disposiciones de diversa índole como la *Uniform Premarital Agreement Act*⁶ o los más recientes *Principles of the Law of Family Dissolution*.⁷ Por el contrario se trata de una figura

eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. En el proceso judicial ordinario se ventilaba la validez de uno de los acuerdos celebrados entre los esposos y que no fue presentado en el procedimiento de separación por el que se pactaba la distribución de los bienes de los cónyuges en régimen de separación de bienes (por cierto, otro de los acuerdos contenía la renuncia a la pensión compensatoria, pero éste no fue objeto de discusión). El mencionado acuerdo fue considerado por el Tribunal Supremo como “[...] válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado...No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”. En la segunda de las sentencias citadas se hace una declaración general interesante para el objeto central de nuestro estudio al señalar que “[...] la Ley 7 julio 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges” (el realce es nuestro); todas estas sentencias afirman que los convenios así establecidos tienen una carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código civil para toda clase de contratos en el artículo 1261. En la misma línea se sitúa también la STSJ de 19 de julio de 2004, donde se dice expresamente “[...] los convenios que los cónyuges alcanzan fuera del proceso tienen plena eficacia cuando se trata de bienes de los que pueden disponer libremente, porque son convenios entre personas adultas y con plena disponibilidad patrimonial, que pueden renunciar a la pensión compensatoria y la indemnización del art. 41 del Codi de Família [...]”.

⁶ La UPAA aprobada en 1983 da un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los futuros esposos (*vid.* los comentarios a la misma que pueden encontrarse, junto con su texto en <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ffuict99/1980s/upaa83.pdf>); ha sido adoptada por veintisiete Estados (una relación puede verse en <http://www.medlawplusxom/legalforms/instruct/statelaw.tpl>). También aluden a este tipo de acuerdos el *Uniform Probate Code*, de 1993 y la *Uniform Marital Property Act* de 1983, aunque en este último caso sólo se aplica a los acuerdos patrimoniales celebrados durante el matrimonio.

⁷ Aprobados en mayo de 2000 por el *American Law Institute* (ALI), pretenden ser una guía tanto para el legislador, como para los tribunales. En ellos que se aprecia un intento de equilibrio entre los aspectos públicos de la disolución matrimonial y la autonomía privada de los cónyuges. El capítulo siete en su primer apartado de los Principios se refiere, precisamente, a los *Premarital and marital agreements* adoptando, respecto de éstos, la posición intermedia que se acaba de señalar y que coincide con la práctica actual de la jurisprudencia norteamericana. Un estudio de los mencionados Principios puede consultarse en *Duke Journal*

escasamente reconocida hasta ahora en Europa, y ello tanto en los países del *common law*,⁸ como en el ámbito de los ordenamientos continentales. En realidad en estos últimos la categoría de los acuerdos prematrimoniales carece de autonomía conceptual. Tal es el caso del Derecho español donde, como en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, la autonomía de la voluntad de los futuros esposos ha encontrado su expresión básica a través de contratos conocidos como capitulaciones o capítulos matrimoniales.

Se ha dicho, con razón, que la dificultad de definir las capitulaciones matrimoniales deriva de que en cada momento histórico han tenido un contenido y desempeñado funciones diferentes, hasta el punto de que a primera vista parece que la única característica estable es que se trata de pactos con ocasión del matrimonio, es decir, celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges en calidad de tales.⁹ No obstante, en su configuración actual, el contenido típico y directo¹⁰ de los capítulos reclama, tanto en el art. 1325 del CC,¹¹ como en el 15 del CFC, la determinación del régimen económico matrimonial, lo que

of Gender Law & Police, vol. 8, spring-summer 2001, donde se contienen, entre otros trabajos el del propio ALI, "Principles of the Law of Family Dissolution: analysis and recommendations", *ibid.*, pp. 1-84. Más reciente y extenso en *Principles of the Law of family dissolution: análisis and recomendations*, Philadelphia, PA, The American Law Institute, 2003; aunque se trata de un comentario a la totalidad de los Principios las páginas. 945-1009 se destinan específicamente a los *premarital agreements*; también sobre éstos el trabajo de B.H. Bix, "Premarital agreements in the ALI Principles of Family dissolution", *Duke Journal of Gender Law & Police*, vol. 8, spring-summer 2001, pp. 231-244. Un extenso elenco de referencias doctrinales a los *premarital agreements* en Derecho estadounidense puede verse en J.H. Di Fonzo, "Customized Marriage", *Indiana Law Review*, 75, 2000, pp. 875-962, nota 352.

⁸ En el Derecho inglés los acuerdos prenupciales son hasta ahora una rareza, ya que según el criterio general, extraído del caso *Hyman v. Hyman* (1929) es materia de orden público que las partes no pueden prescindir de los tribunales para establecer las causas y consecuencias de su futuro divorcio (*vid. Rayden & Jackson's: Law and Practice in Divorce and Family Matters*, vol. I, London, Butterworths, 1997, p. 581). No obstante en los últimos tiempos los tribunales, con base en cláusulas abiertas de la *Matrimonial Causes Act* 1973 ha mostrado cierto reconocimiento de alguno de estos acuerdos, siguiendo una tendencia que cuenta con partidarios en la literatura jurídica, sobre todo en el caso de que la ruptura matrimonial se haya producido en una pareja sin hijos (M. Welstead, "From birth to death, family life in 2002", *The International Survey of Family Law. 2004 Edition.*, ISFL, Bristol, 2004, pp. 143-168, espec. pp. 163-165, citando casos concretos de la jurisprudencia británica).

⁹ En tal sentido, M.L. Moreno-Torres Heredia, "Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales", *RCDI*, 1996, pp. 849-941, espec. p. 849.

¹⁰ M. Amorós Guardiola, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984,, p. 1521.

¹¹ Conforme al cual, "En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualquier otras disposiciones por razón del mismo".

significa que sólo parcialmente pueden llegar a coincidir con la idea subyacente en los mencionados acuerdos prenupciales. Ello es así merced a la variedad de negocios jurídicos que se pueden documentar en una escritura pública de capítulos, la mayor parte de los cuales, al menos hasta ahora, se venían destinando a regular las relaciones patrimoniales durante el matrimonio, y no a establecer disposiciones para el caso de su disolución, sin dejar de hacer notar la excepción que supone la inserción en capitulaciones matrimoniales de ciertos pactos sucesorios. Con todo, aunque no haya sido ni sea aún lo más frecuente, nada impide que las capitulaciones matrimoniales contengan previsiones para el caso de separación o divorcio.¹²

Ahora bien, en un tiempo en el que el número de divorcios crece exponencialmente¹³ y en el que no es aventurado imaginar que el proyectado matrimonio pueda fracasar, parece que las tradicionales capitulaciones, al menos en su contenido más típico tanto desde el punto de vista social como normativo, limitado a atribuciones de bienes, estipulaciones sobre la economía conyugal y pactos sucesorios, ni responden a todos los problemas que pueden preocupar a los cónyuges o futuros cónyuges ni, por supuesto, agotan el fenómeno que aquí se trata de analizar. Es cierto que en fechas relativamente recientes el art. 15.1 del CFC describe el contenido de los capítulos incluyendo en el mismo “... *las estipulaciones y pactos lícitos que se, consideren convenientes incluso en previsión de una ruptura matrimonial*”, si bien es bastante probable que el legislador catalán estuviera pensando más en los tradicionales capítulos destinados a sancionar una situación de separación de hecho ya consumada, que en los acuerdos específicamente destinados a prever la situación de crisis como una hipótesis de futuro. Además la disposición que se acaba de reproducir no contiene regulación alguna sobre este tipo de pactos, con lo que su introducción poco añade a la

¹² La posibilidad de que en capitulaciones se incluyan previsiones para el caso de separación o divorcio es admitida por J.L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil. IV. Familia*; nueva edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2002, p. 145, si bien se está refiriendo en concreto a lo que llama estipulaciones capitulares o determinaciones hipotéticas concernientes al régimen económico matrimonial. Por su parte, rechaza que tales estipulaciones puedan ser de índole estrictamente personal, porque el fin de las capitulaciones es la regulación de los intereses patrimoniales, no personales de los cónyuges, M. Amorós Guardiola, *loc. cit.*, p. 1522.

¹³ Las estadísticas judiciales son suficientemente expresivas. En 1998, según los datos oficiales del INE el número total de nulidades matrimoniales en España fue de 37, el de separaciones de 39.619 y el de divorcios 25.726; si la fuente consultada es el CGPJ las cifras se elevan, respectivamente, a 115, 56.837 y 36.072. Comparando con el año 2002, el incremento de los números es notable; en el caso de que la fuente sea el INE las nulidades son 75, las separaciones 54.560 y los divorcios 30.104; si la fuente es el CGPJ, los datos se elevan a 186 casos de nulidad, 73.567 de separación y 41.621 de divorcio (<http://www.ine.es/inebase/cgi/axi>).

situación precedente¹⁴ y, desde luego, deja muchos flancos abiertos.¹⁵ Por lo demás, vuelvo a reiterar que los acuerdos prematrimoniales no han de constar necesariamente en capitulaciones matrimoniales, aunque pueden incluirse en ellas. Acudiendo a una imagen suficientemente expresiva, estaríamos hablando de dos círculos secantes, con una zona común y otras dos zonas diversas.

II. ASPECTOS FUNCIONALES DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES

La proliferación en América de los pactos destinados a anticipar normativamente las consecuencias de la ruptura matrimonial ha dado lugar a una polémica doctrinal entre sus partidarios y sus detractores empeñados en resaltar las ventajas e inconvenientes de este tipo de acuerdos.

Desde las posturas partidarias de la libertad contractual se afirma que las partes son los mejores jueces de sus propios intereses. Apoyan su conveniencia ya que a través de ellos los futuros esposos (o en su caso, los ya casados) afrontan de manera realista su relación y pueden regularla de conformidad con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores,¹⁶ los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre los efectos del divorcio o de la muerte de uno de los cónyuges. Se señala su especial interés en el caso de las familias reconstituidas, en las que la existencia de hijos que no son comunes y de patrimonios de cierta entidad anteriores al matrimonio constituyen notables factores de singularización escasamente tenidos en cuenta,

¹⁴ Como pone de relieve, J. Egea Fernández, "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Estudios Jurídicos en homenaje al Pr. Dr. D. Luis Díez-Picazo*, t. III, Thomson, Civitas, 2003, pp. 4551-4573, especialmente p. 4552, nota 2 y p. 4557. Por su parte J.J. López Burniol en relación con el citado art. 15 del Código de Familia de Cataluña señala que si en el eventual proceso de divorcio o separación las partes no ratifican de común acuerdo las estipulaciones hechas en el pacto prematrimonial, este no tendrá el valor de convenio regulador, lo que es evidente; pero añade el autor citado que esto no les priva de todo valor, puesto que el juez en un posterior proceso contencioso ha de tenerlos muy en cuenta en virtud del respeto a los actos propios y a la fuerza vinculante de los contratos otorgados de buena fe (*Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, J. Egea i Fernández/J. Ferrer i Riba, (dir.), Madrid, Tecnos, 2000, p. 160).

¹⁵ Como la cuestión de decidir si en el sistema vigente caben únicamente aquellos pactos que prevén una eventual ruptura pero en el ámbito de un negocio de organización de la economía familiar, o si también sería posible unos capítulos exclusivamente destinados a regular anticipadamente la ruptura, cuestión sobre la que incide la comunicación de I. Barral y Viñals en el ámbito de estas mismas Jornadas.

¹⁶ Como se destaca en *Principles of the Law of family dissolution...*, *op.cit.*, p. 956.

al menos hasta ahora, por el legislador. También se añade que a través de este tipo de acuerdos previos se reducen los costes financieros y emocionales de la ruptura conyugal, que se encuentra ya *ex ante* perfectamente regulada.

Desde el punto de vista contrario, entre los inconvenientes de los acuerdos prematrimoniales se resalta la situación de desigualdad económica, e incluso psicológica, en la que suelen encontrarse las partes en el momento de su negociación, ya que habitualmente una de ellas, en la mayor parte de los casos la mujer, tiene una posición negociadora mucho más débil que la otra.¹⁷ Se subraya además que cuando sellan el acuerdo las partes no actúan de manera realista, sino excesivamente optimista, ya que en el fondo no esperan que la relación se disuelva y no valoran de modo suficiente esa posibilidad.¹⁸ Desde este mismo sector se afirma que este tipo de acuerdos, lejos de reducir los costes de la separación, los incrementan de modo notable, al constatarse numerosas discrepancias sobre su interpretación una vez llegado el momento de exigir su cumplimiento.

III. ASPECTOS ESTRUCTURALES. EL PROBLEMA DE SU VALIDEZ

La pregunta sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales en el marco del Derecho español tiene que tener, a primera vista, una respuesta positiva. Ello es así en el Derecho catalán donde se consagra un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad entre cónyuges en los artículos 11 y 15 del Código de familia de Cataluña, acrecentado si cabe por el principio de libertad civil hoy recogido en el art. 111-6 del Código civil de Cataluña. Otro tanto cabe decir en el caso del Código civil español, cuyos artículos 1323, 1325 y 1328 reflejan asimismo una generosa acogida de la libertad de contratación entre cónyuges, encauzada sobre todo a través de las capitulaciones matrimoniales. En todo caso, y sin perjuicio de la aplicación de las normas catalanas o estatales relativas a los capítulos matrimoniales cuando los pactos se incluyan en ellas, no cabe duda que los acuerdos prematrimoniales aquí tratados son expresión de la autonomía de la voluntad de las partes y, como tales, quedan sometidos a las reglas generales de los contratos. Ello no obsta para que la especial relación de confianza que existe en los contratantes y la peculiar naturaleza de las cuestiones incluidas en ellos pueda exigir otras cautelas.

¹⁷ *Ad. ex.* en Alemania es el caso que subyace en la sentencia del BVerfG de 6 de febrero de 2001 *NJW*, 2001, p. 957, en la que el embarazo de la mujer en el momento de alcanzar el acuerdo fue considerado como un indicio de la mencionada disparidad (*vid.*, en sentido similar, la decisión del OLG Celle, de 24 de junio de 2004, *NJW*, 2004, pp. 1488-1493).

¹⁸ Pues como se dice en el comentario al § 7.05 de los Principios ALI, se constata “*the human tendency to treat low probabilities as zero probabilities*” (*Principles of the Law of family dissolution...*, *op.cit.*, p. 989).

En efecto, la doble vertiente social e individual que posee el Derecho de familia y el necesario equilibrio entre los principios de solidaridad familiar y libertad individual que subyacen en este tipo de relaciones obliga a realizar un especial escrutinio sobre la validez de los acuerdos celebrados en previsión de una ruptura matrimonial no consumada. Tal escrutinio abarca la fase de formación del acuerdo, su contenido y el momento y circunstancias de su exigibilidad.

IV. LA FASE DE FORMACIÓN DEL ACUERDO

Como en cualquier contrato en la fase de formación el ordenamiento jurídico ha de garantizar la integridad del consentimiento contractual, para lo que serán de aplicación las reglas generales sobre los requisitos del contrato y muy singularmente las que atañen a la integridad del consentimiento.¹⁹ Asimismo, la peculiar situación negociadora de las partes explica el interés en la aplicación en esta fase de las cláusulas generales relativas al abuso del derecho y la buena fe, recogidas en los artículos 111-7 y 111-8 del CCC y en los artículos 7 y 1258 del CC.²⁰ Cabe no obstante plantearse la conveniencia de introducir en nuestro sistema cláusulas de refuerzo para este tipo de acuerdos al modo en que se pide, por ejemplo, en el § 7-04 de los Principios ALI, especialmente riguroso en la exigencia de requisitos de formación del acuerdo, o incluso en preceptos civiles generales como en el § 1408.2 BGB. Así, en el primer caso, el precepto exige

¹⁹ Como sucedió *ad. ex.* en la STS 15 enero 2004, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2004/202 que declaró la corrección de la anulación de unas capitulaciones matrimoniales por concurrir intimidación de una de las partes, el marido, hacia la otra, la esposa. En la citada sentencia se señala además que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación establecido en el art. 1301 del Código civil no debe iniciarse desde la primera escritura de capitulaciones, ni siquiera desde la segunda, sino desde el cese efectivo de la convivencia conyugal, que se produce por la sentencia de separación. Puede verse un comentario a esta sentencia de C. Bayod López, *CCJC*, núm. 66, pp. 1041-1061.

²⁰ Como se viene haciendo, por ejemplo, en Alemania. Según señala I. Rakete-Dombek, “Das Ehevertragsurteil des BGH – Oder Nach dem Urteil is vor dem Urteil”, *NJW*, 2004, pp. 1273-1277, antes de la decisión del BVerfG de 6 de febrero de 2001 los tribunales civiles, especialmente el BGH, consideraban que los contratos matrimoniales eran en general válidos, salvo que resultasen contrarios a las buenas costumbres en virtud del § 138 BGB, lo que sucedía cuando el contrato contenía cargas para un tercero (por ejemplo, una renuncia a pensiones alimenticias o similares que representaba una carga para la Seguridad Social). Existía además un control en la ejecución del acuerdo de conformidad con el § 242 BGB cuando se había producido una renuncia a los alimentos de los hijos. Los acuerdos relativos a la pensión compensatoria entre los esposos o a otro tipo de compensaciones económicas entre ellos ni eran inválidos ni sufrían ese control en la ejecución. La autora analiza en el trabajo precitado la repercusión de las decisiones del BVerfG (la mencionada y otra muy similar de 29 de marzo de 2002, *NJW*, 2001, pp. 2248) en la jurisprudencia de BGH al hilo de la reciente sentencia de 11 de febrero de 2004, *NJW*, 2004, p. 930.

que el acuerdo se celebre por escrito y firmado por ambas partes e impone, por añadidura, que la parte que pida el cumplimiento del acuerdo pruebe que el consentimiento de la otra parte estuvo suficientemente informado y obtenido de manera libre; a este respecto, se dispone expresamente que se presume que un acuerdo prematrimonial satisface las exigencias mencionadas si se celebra al menos treinta días antes de la boda,²¹ ambas partes fueron advertidas de la posibilidad de obtener un consejo legal independiente y tuvieron oportunidad de hacerlo y, en el caso de que el acuerdo se hubiese alcanzado sin el consentimiento legal independiente de cada parte, el pacto establece, en un lenguaje fácilmente comprensible por un adulto de una inteligencia media, los derechos o acciones dimanantes de la disolución del matrimonio que resultan alterados por el acuerdo y que el interés de los esposos puede ser contrario al acuerdo.²² Por su parte, en el § 1408.2 del BGB se contempla la posibilidad de que en el contrato matrimonial donde regulan sus relaciones económicas (*Ehevertrag*) los cónyuges pacten acuerdos sobre la *Versorgungsausgleich*, acuerdos que serán inválidos si en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo se produce el divorcio de la pareja.²³

Es cierto, sobre todo en el caso de las normas contenidas en los Principios ALI señaladas, que las garantías de integridad del consentimiento están muy reforzadas si se comparan con las requeridas en las normas generales sobre

²¹ Es el llamado *cooling off* periodo. En el caso de los acuerdos celebrados con posterioridad al matrimonio y en los acuerdos entre convivientes de hecho para el caso de ruptura, en los que no es posible aislar un fecha objetiva como la de la boda, el párrafo 4 del § 7.04 permite prescindir de este periodo de enfriamiento, si bien una vez solicitada la ejecución por uno de las partes la otra puede rescindir el acuerdo a través de un documento escrito en el plazo de treinta días.

²² En el párrafo 5 de este mismo § 7.04 se exige que, para considerar ejecutables las cláusulas que limiten los derechos económicos de la otra parte o su participación en la propiedad conyugal, el interesado en la ejecución del acuerdo debe mostrar que antes del acuerdo el otro conocía, al menos de manera aproximada, sus ingresos y el patrimonio. En el último párrafo (6) de este § 7.04 de los Principios ALI se establece que un acuerdo escrito entre convivientes que limite los derechos establecidos por los propios Principios a la terminación de este tipo de relación y que sería válido de conformidad con los principios generales del derecho de contratos, no es inexigible por incumplimiento de los requerimientos de esta sección si las partes no tienen hijos en común y su ejecución es exigida dentro de los cinco años siguientes a la celebración del acuerdo.

²³ En el § 1585 c) del BGB se admite explícitamente la posibilidad de que los cónyuges puedan celebrar acuerdos sobre su deber de alimentos para el tiempo posterior a su divorcio, lo que conlleva también la posibilidad de la renuncia a la pensión *post* divorcio (*Versorgungsausgleich*). En ningún momento se prohíbe que dicha renuncia sea previa al surgimiento de la crisis (D. Schwab, *Familienrecht*, 8 Auf., München, C.H. Beck, 1995, pp. 193-194). Como se ha señalado ya en una nota precedente, también se han aplicado a los pactos prematrimoniales las normas generales contenidas en los § 138 y § 242 del BGB y la jurisprudencia del BVerG ha

contratos. Ello resulta apropiado no sólo por el peculiar objeto de este tipo de acuerdos, sino también porque los pactos prematrimoniales se destinan básicamente a alterar los derechos y deberes recíprocos que de otro modo tendrían los esposos, mientras que en otro tipo de contratos las partes no tienen entre sí otros derechos y deberes que los reconocidos en el propio acuerdo. Por añadidura, una disposición de este tipo tiene la virtualidad práctica de imponer la carga de la prueba de la integridad del consentimiento del otro a quien, llegado el momento, exija el cumplimiento del pacto, lo que no sucede de acuerdo con las reglas generales de los contratos.

Pertenece a la fase precontractual la exigencia de determinada forma para reconocer la validez de los acuerdos prematrimoniales. En el caso del Código civil español parece claro que cuando el pacto afecte al contenido típico de las capitulaciones matrimoniales la forma ha de ser la escritura pública según se deriva de los arts. 1280.3º y 1327; sin embargo a pesar de las mayores garantías que dimanarían del requerimiento de exigencias formales, con la legalidad vigente no existen razones sensatas para negar la validez de pactos no sujetos a ésta ni a ninguna otra forma concreta cuando su objeto no incida en el régimen económico matrimonial o sucesorio o no contenga un acto que exija el cumplimiento de determinadas formalidades con carácter *ad solemnitatem*. Sin lugar a dudas los acuerdos de naturaleza informal entre los futuros esposos en relación con su vida en común son en la práctica frecuentes; igualmente pueden existir respecto a las consecuencias de su eventual separación; otra cosa es la dificultad que pueda darse en su día para probar la celebración de este tipo de pactos, lo que aconsejaría, en caso de que se llegasen a regular, que sí se exigiera la cumplimentación de determinada forma. Esto sería, por otro lado, lo más deseable pues en la práctica estos acuerdos limitan los derechos derivados de la disolución del matrimonio y merecen por ello una constancia fehaciente. Con todo, en mi opinión a día de hoy la libertad de forma no resulta objetable y es también sostenible en el caso del Derecho catalán, aun cuando opiniones bien fundadas se pronuncian en el sentido de que el hecho de que el art. 15 del CFC prevea los acuerdos prematrimoniales en el ámbito de los capítulos aboga por la exigencia de escritura pública, sea cual fuere su contenido.²⁴

impuesto especiales controles en la fase de negociación del acuerdo, que ya han tenido reflejo en la jurisprudencia civil, como es el caso de la sentencia de OLG München de 1 de octubre de 2002, que decreta la ilicitud de un pacto entre cónyuges basándose en la desigual posición contractual de las partes; esta sentencia, cuyas afirmaciones eran consideradas demasiado radicales por la doctrina, fue revisada por la decisión del BGH de 11 de febrero de 2004 (I. Rakete-Dombek, *loc.cit.* pp. 1274 ss.).

²⁴ J. Egea Fernández, *loc.cit.*, p. 4562.

V. EL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS. ALGUNOS EJEMPLOS

Por lo que atañe al contenido de los acuerdos prematrimoniales cumple diferenciar, por su distinto significado, los acuerdos destinados a ser ejecutados en caso de muerte de uno de los cónyuges de aquellos otros previstos para el supuesto de separación o divorcio. Entre estos segundos cabe también discriminar los relativos a los cónyuges de aquellos que afectan a las relaciones con sus hijos.

1. Acuerdos para el caso de muerte de uno de los cónyuges

Los primeros acuerdos que se han referido –los realizados para el caso de muerte de uno de los esposos- plantean bastantes problemas de validez y eficacia por su íntima conexión con los pactos sucesorios. Dadas las importantes diferencias existentes en este último asunto entre el Derecho sucesorio catalán, el de otras Comunidades Autónomas y el del Código civil español me limitaré a poner dos ejemplos de acuerdos a los que los cónyuges pudieron llegar en su día.

El primero –de nuevo apelo a una situación de familia recompuesta o reconstituida en el que la presencia de hijos de anteriores relaciones puede ser frecuente- sería el pacto por el que los cónyuges o futuros cónyuges renuncian en el acuerdo prematrimonial a los derechos legitimarios u otros de naturaleza legal más o menos similares que pudieran corresponderles en la herencia del otro. Sabido es que tal pacto está prohibido por el art. 816 del CC que considera nula toda renuncia o transacción sobre la legítima futura, mientras que es admisible en otros ordenamientos como el gallego, el balear o el navarro, o en los casos de la “tenuta” del art. 38 de la CDCC²⁵ o del art. 377 del Código de sucesiones catalán. En esta situación tiene gran importancia el cambio de vecindad civil del causante de la sucesión entre el momento de suscribir el acuerdo prematrimonial y el momento de su muerte, pues tal cambio puede significar que un pacto válido al tiempo de hacerse resulte ineficaz cuando se reclama su ejecución, simplemente en virtud de lo previsto en el art. 9.8 del CC, precepto que obliga a ajustar a la ley de la sucesión el régimen jurídico de las legítimas. No obstante, como ya expuse en otro lugar con mayor detalle, a mi juicio esta previsión del art. 9.8 privilegia injustificadamente el rígido sistema legitimario del Código civil sobre otros sistemas autonómicos más flexibles y es, por ello, inconstitucional al violar el

²⁵ De conformidad con el párrafo segundo del citado art. 38 de la CDCC “[...] *la tenuta es [...] renunciante anticipadamente en capitulaciones matrimoniales*”.

principio de igualdad entre los distintos ordenamientos civiles existentes en el Estado español.²⁶

Otro pacto prematrimonial con implicaciones sucesorias sería aquel por el que uno de los cónyuges o futuros cónyuges o ambos asumen la obligación de testar a favor del otro. Por no traer a colación otros ordenamientos autonómicos que nos complicarían en exceso la exposición, la respuesta sobre su validez difiere significativamente en el caso catalán donde puede encauzarse por la vía del párrafo segundo del art. 71 del Código de sucesiones,²⁷ y en el supuesto de aplicación del Código civil, cuyo art. 1271.2, al prohibir con carácter general los pactos sobre la herencia futura, no deja resquicio alguno a la validez del acuerdo citado. En este último marco legal el testamento contrario a lo pactado en el acuerdo prematrimonial sería plenamente válido y eficaz, en concordancia con las múltiples previsiones destinadas a salvaguardar la libertad del testador.²⁸

2. Acuerdos para el caso de separación o divorcio

No menos interés despiertan los acuerdos prematrimoniales destinados a anticipar normativamente las consecuencias de la separación o el divorcio. Tales pactos pueden afectar exclusivamente a los cónyuges o también a terceros, particularmente los hijos. Entre los primeros conviene diferenciar aquellas

²⁶ M.P. García Rubio, “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *ADC*, 2000, pp. 1397-1481, espec. pp. 1426 ss. No se debe ocultar, sin embargo, que con la actual jurisprudencia constitucional, contenida en este punto en la STC de 8 de julio de 1993, es difícil que el 9.8 fuera a ser declarado inconstitucional a pesar de suponer un trato de favor para el sistema legitimario del Código civil. Ello es así porque la aplicación de la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento del fallecimiento al régimen de las legítimas se fundamenta en una conexión que objetivamente guarda una estrecha relación con el supuesto regulado, aunque pueda esconder una opción de política legislativa discriminatoria (A. Font Segura, “La sucesión hereditaria en el Derecho interregional”, *ADC*, 2000, pp. 23-81, espec. p. 49).

²⁷ De conformidad con el segundo apartado del citado artículo “*La promesa de heredar, ordenada en capitulaciones, tendrá fuerza de heredamiento*”. El tenor del precepto coincide con el contenido del art. 67 de la Compilación de Cataluña, derogada en materia sucesoria por el Código de Sucesiones. Comentando el párrafo homólogo de la Compilación LL. Puig Ferriol, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo (dir), t. XXVII, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1990, pp. 181-182, señalaba que la mayoría de las resoluciones jurisprudenciales sobre promesa de heredamiento se refieren a supuestos de heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes, siguiendo con ello la tradición jurídica catalana; el propio autor añade que la promesa de heredar tiene una justificación muy escasa en sede de heredamiento a favor de los contrayentes, por lo que consideraba discutible su ubicación entre las normas relativas al heredamiento a favor de los contrayentes donde, no obstante, se situó también en el Código de Sucesiones.

²⁸ *Ad. ex. arts. 737 o 630 del CC.*

cláusulas contractuales referidas a aspectos puramente personales, de aquellas otras que atañen a cuestiones de índole patrimonial.

Los acuerdos en los que los esposos o futuros esposos pretendan regular las consecuencias de su separación o divorcio en cuestiones puramente personales no son, con toda probabilidad, los más frecuentes.²⁹ Sin embargo es posible imaginar un pacto por el que ambas partes o una de ellas se compromete a no residir en el mismo lugar si se produce el divorcio, a no frecuentar determinados lugares o personas, o incluso a no volverse a casar. Parece que este tipo de pactos han de ser considerados, por regla general, inválidos, pues además de que pueden chocar directamente con los límites a la autonomía de la voluntad impuestos por el art. 1255 del Código civil,³⁰ en muchas de esas cláusulas se están limitando directamente los derechos fundamentales de la persona, produciéndose situaciones más o menos claras de *Drittwirkung* de este tipo derechos que impedirían la eficacia de esta clase de pactos.³¹

En este ámbito personal tiene mucho sentido preguntarse por la licitud de un pacto en el que se introduzcan causas de divorcio entre las partes distintas de las previstas en la ley y que pueden ser más o menos exigentes que éstas;³² piénsese por ejemplo que las partes acuerden en su contrato prematrimonial la posibilidad de divorciarse sin aludir a causa alguna, simplemente por mutuo acuerdo o por el deseo exclusivo de cualquiera de ellos. Aunque no puedo entrar a analizar con detenimiento los múltiples problemas que se suscitan al hilo de este tipo de divorcio en nuestro Derecho de momento vigente, en principio estimo que tales estipulaciones no serían válidas ya que afectan a materias de orden público y, por

²⁹ Como se señala en J.L. Lacruz Berdejo y otros, *op. cit.*, p. 149, los pactos sobre incumbencias y conductas personales no son, en principio, materia propia de los capítulos; pienso, al igual que el autor citado, que pueden, en tanto sean válidos, constar en ellos, pero no constituirán estipulaciones capitulares ni influyen directamente sobre el régimen de bienes. A su vez M.L. Moreno-Torres Heredia, *loc. cit.*, p. 852, pone de relieve que ya la doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código civil se planteó la posibilidad de que los capítulos introdujeran pactos sobre relaciones y derechos personales y familiares.

³⁰ También, por lo que atañe a los capítulos, en el art. 1328 del Código civil.

³¹ Un contrato de esta índole, aunque se trataba de una propuesta de convenio regulador, era el subyacente en el supuesto resuelto por la SAP Madrid de 6 de marzo de 1998, *Aranzadi Westlaw*, AC 1998/5174. En el pacto se contenía una estipulación que supeditaba al mantenimiento de la residencia de la madre la conservación de la función de guarda sobre la hija común que le había sido encomendada, habiéndose establecido que el cuidado de la menor pasaría automáticamente al padre, sin control judicial alguno, si la madre estableciera su domicilio fuera de la Comunidad Autónoma; se planteaba la posible vulneración del art. 19 de la CE en el mentado convenio, lo que no fue estimado por el tribunal que, sin embargo, consideró el acuerdo contrario a la legalidad por su automatismo.

³² En el § 7.08 de los Principios ALI se consideran no exigibles los acuerdos prematrimoniales que limiten o amplíen los fundamentos del divorcio establecidos en la ley.

tanto, indisponibles por los particulares.³³ No obstante, y a pesar de que alguna sentencia ha mantenido la tesis contraria, me atrevo a decir que sí podrían ser válidas cláusulas penales destinadas a producir sus efectos en caso de que una de las partes promueva el divorcio.^{34, 35} En este sentido, como ya manifesté en otro lugar³⁶ no comparto el criterio sustentado por la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003³⁷ en un caso en el que se instaba la nulidad de una cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del matrimonio del siguiente tenor:

*“en caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D... asume la obligación de indemnizar a Dª... en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil...y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal”.*³⁸

³³ Igualmente serían ineficaces, de reformarse el Código civil en el sentido del Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio, los pactos por los que los esposos o futuros esposos acordasen no divorciarse o no hacerlo hasta transcurrido determinado número de años o salvo que se dieran determinadas circunstancias de “culpabilidad” de cualquiera de ellos. Es el conocido en EE.UU como *covenant marriage*, admitido ya en algunos Estados y que permite a una pareja sustraerse de la aplicación de las normas relativas a las causas de divorcio y acordar para su caso concreto términos que dificulten su propio divorcio. A título de ejemplo, la *Covenant Marriage Act* de 2001 (modificada en 2003) del Estado de Arkansas, define el *covenant marriage* como “[...] a marriage entered into by one male and one female who understand and agree that the marriage between them is a lifelong relationship”. Sobre este movimiento “contrarrevolucionario” y el significado de este tipo de normas puede consultarse el extenso artículo de J.H. DI FONZO, *loc. cit.*, *passim*.

³⁴ Algunos casos en los que la jurisprudencia norteamericana se muestra discrepante sobre la validez de cláusulas de este tipo en *Principles of Law of family dissolution...*, *op.cit.*, p. 1009.

³⁵ En el marco de las relaciones de convivencia entre parejas no casadas puede cuestionarse la validez de un pacto que establezca la obligación de indemnizar al otro miembro de la pareja si uno de ellos rompiera la unión antes de determinado plazo o le fuera infiel; aunque existen opiniones doctrinales discrepantes, duda de la validez de tales pactos E. GÓMEZ CALLE, quien estima además que sería imprescindible que la cuantía indemnizatoria no fuera tal que, *de facto*, supusiera un serio obstáculo a la ruptura, pues en las uniones de hecho aquella ruptura ha de ser, por definición, libre (“La Ley 11/2001, de 19 de diciembre de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid”, *ADC*, 2003, pp. 411-463, espec. p. 439).

³⁶ M.P. García Rubio, “Los pactos prematrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 1669.

³⁷ *Aranzadi Westlaw*, AC 2003/623

³⁸ Por tanto no es una cláusula de renuncia a ninguno de los derechos derivados de la separación o el divorcio, sino de reforzamiento de aquellos, similar, si creemos las notas de la prensa sensacionalista, a las pactadas por la actriz Catherine Zeta-Jones y el actor Michael Douglas.

Según la decisión de la Audiencia esta capitulación tiene una doble naturaleza: por un lado parece otorgar una valoración a la convivencia conyugal y, por otro lado, supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia. Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, como la de Apelación consideran la citada cláusula nula por ser contraria al orden público matrimonial, estimándose además en la segunda resolución que el referido pacto es nulo por contravenir el art. 1328 del CC en el punto que considera nula cualquier estipulación limitativa de los derechos que correspondan a cada cónyuge, cuestión sobre la que enseguida voy a volver. Continúa la mentada sentencia señalando que

“de admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el art. 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges [...] al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial [...] la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquélla y que sería contraria al art. 32.1 de la Constitución³⁹ [...]. Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual”.

Estimo que estas consideraciones del Tribunal son más que discutibles y merecen alguna crítica. En primer lugar, la afirmación según la cual la pena convencional pactada para el caso de separación limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado al pago de la pena no sólo olvida que la declaración de nulidad de la cláusula puede impedir el, este sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo pero con acuerdos prematrimoniales del tipo descrito, sino que, sobremanera, es falsa y equívoca, pues el esposo obligado tendrá tanto menos que pagar cuanto antes se separe, lo cual, al contrario de lo dicho por la Audiencia, más que impedir, le induciría a la pronta separación. Pero es que además, cuando alude al enorme montante que puede alcanzar la indemnización, el Tribunal también olvida la capacidad moderadora que el juez tiene en este tipo de cláusulas penales, conforme a lo dispuesto por el art. 1154 del CC para los contratos más clásicos y que puede tener perfecta aplicación, directa o analógica, en el caso que nos ocupa.

³⁹ La Audiencia está partiendo de la eficacia directa de los derechos fundamentales o *Drittwirkung* (el hipotético derecho a separarse y la igualdad de los cónyuges) para declarar la nulidad de la cláusula.

En fin, el “paternalismo judicial”⁴⁰ que desprende esta sentencia y que también se observa en el art. 1328 del CC español, contradice el amplio margen otorgado por nuestro Derecho a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus intereses, en un caso en el que no estaban implicados ni hijos menores, ni terceros que pudiesen resultar perjudicados, supuestos en los que sí habría que declarar la nulidad.

Sin perjuicio de los casos expuestos, mucho más frecuentes serán, sin lugar a duda, los acuerdos relativos a asuntos de índole puramente patrimonial. Muchos de ellos, aunque no todos, caben dentro del contenido más típico de las capitulaciones o capítulos matrimoniales por afectar al régimen económico del matrimonio, sobre todo en su fase de liquidación. En este caso entiendo que la regla general en nuestro Derecho será la validez de los acuerdos, por tratarse de cuestiones de índole patrimonial que sólo afectan a los cónyuges y que, por tanto, son perfectamente disponibles por ellos sin más límites que los impuestos a la autonomía de la voluntad, como se desprende del art. 1255 CC y concordantes en materia tanto de contratos como de Derecho de familia. En este punto resulta de sumo interés destacar el diferente tenor literal de los artículos 1328, en sede de capitulaciones matrimoniales y 90 en el ámbito del convenio regulador, ambos del Código Civil, por un lado, y el art. 78 del Código de Familia de Cataluña, por otro. En su tenor literal expreso los dos preceptos del Código dejan fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad los acuerdos “*limitativos de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*” (art. 1328) o los “*gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*” (art. 90), mientras que en el caso de la disposición catalana la única limitación a la homologación judicial del convenio es que sea “*perjudicial para los hijos*”. Ya mencioné poco más arriba el paternalismo que, según entiendo, subyace en la mención reseñada del art. 1328;⁴¹ otro tanto cabe decir del art. 90 del CC, crítica que, sin embargo, no es extensible al art. 78 del texto catalán. En efecto, en este ordenamiento, como ha señalado la ya citada STJC de 19 de julio de 2004

“la específica previsión de desaprobación del convenio cuando se descubren consecuencias gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges

⁴⁰ Sobre el paternalismo jurídico en relación con la institución matrimonial, del que se acusan mutuamente desde perspectivas radicalmente distintas, puede verse la interesante polémica suscitada entre K. Abrams, “Choice, Dependence and the Reinvigoration of the Traditional Family”, *Indiana Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 517 ss. (respondiendo a E. Ramunsen/J. Evans Stake, “Lifting the Veil of Ignorance. Personalizing the Marriage Contract”, *loc. cit.*, pp. 453 y ss.), y J. Evans Stake, “Paternalism in the Law of Marriage”, *Indiana Law Review*, núm. 74, 1999, pp. 801-821.

⁴¹ En general considerado por la doctrina como una mención muy perturbadora y de interpretación problemática; así, por ejemplo, J.L. Lacruz Berdejo, *op.cit.*, pp. 150-151.

queda extramuros de la legislación catalana, quizás más preocupada por la libertad individual de contratación [...]"

de tal suerte que el perjuicio para uno de los cónyuges, cuando ambos han contratado libremente y son plenamente capaces, sólo deviene relevante cuando de él se deriva, aún de modo indirecto, un daño para los hijos que quedan a su cuidado. Estimo que ésta ha de ser también la postura correcta en el ámbito del Código civil, al menos de *lege ferenda*.

Uno de los ejemplos más habituales de los pactos prematrimoniales de índole estrictamente económica es el de renuncia anticipada por parte de uno o ambos esposos o futuros esposos a la eventual pensión compensatoria ahora prevista en los arts. 84 del CFC y 97 del CC.⁴² Este pacto ya es conocido por nuestra literatura jurídica, favorable en términos generales a su admisión.⁴³ Su inclusión en algunos contratos ha dado lugar a varias decisiones de nuestra jurisprudencia menor donde, sin embargo, son más numerosas las sentencias que parecen rechazar la validez de tales renunciaciones.⁴⁴ No obstante

⁴² En el caso del ordenamiento jurídico navarro, la Ley 80 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra incluye expresamente como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales "las renunciaciones de derechos", entre los que bien pudiera incluirse la renuncia a la pensión compensatoria.

⁴³ Con carácter monográfico, J. Egea Fernández *loc. cit., passim* y M. P. García Rubio, "Los pactos prematrimoniales...", *loc. cit., passim*, donde también recojo las opiniones anteriores de nuestra doctrina favorables a la renunciabilidad anticipada de la pensión compensatoria (pp. 1663-1664).

⁴⁴ Significativa SAP Asturias de 12.12.2000, *AranzadiWestlaw*, AC 2000/151, donde se afirma que la apelante, en la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, entre otras estipulaciones, renunció, al igual que su esposo, a pensión compensatoria, renuncia que pretendía invalidar en el procedimiento de separación alegando que el consentimiento prestado en aquel negocio no fue válido, porque no fue prestado libremente, sino coaccionada por su esposo y toda la familia; por consiguiente, pretendía, en un procedimiento de separación, plantear una cuestión previa a la solicitud de la pensión compensatoria cual era la anulabilidad de la renuncia realizada en el documento público por vicio de consentimiento. La Audiencia apreció que se trataba de una cuestión que no podía ser resuelta en el procedimiento de separación, pero que la Sala podía de oficio examinar si dicha renuncia era válida o nula de pleno derecho. Al respecto la Audiencia estimó que "[...] dado que se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio, debiendo tenerse en cuenta al respecto [...], la renuncia a los derechos o beneficios otorgado o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer [...]"

también se pueden encontrar resoluciones favorables al reconocimiento de su licitud, siendo relevantes al respecto la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001⁴⁵ y la de AP de Madrid de 27 de noviembre de 2002.⁴⁶ Por mi parte, como ya he tenido ocasión de argumentar en otro lugar con mayor detalle, este tipo de pacto de renuncia anticipada a la pensión compensatoria ha de ser considerado, en principio, plenamente válido y eficaz sin más límites que los propios de la autonomía de la voluntad y, en particular, de los artículos 111-6 del CCC y 6.2 del CC, en los que, por cierto, no se prohíbe la renuncia de los derechos futuros.⁴⁷

Asimismo entiendo que se puede renunciar a la compensación económica recogida tanto en el art. 41 del CFC, como en el art. 1438 del CC, por razón del trabajo al cónyuge que, sin retribución suficiente, haya trabajado para el otro. Por la validez de esta renuncia se pueden hallar resoluciones judiciales tanto en relación con el precepto del Código civil, como con el art. 41 CFC. En el primer caso puede citarse la SAP Murcia 29.10.2002,⁴⁸ y en el segundo la ya varias veces reiterada STJC de 19 de julio de 2004 que ha reconocido

“[...] la renunciabilidad a la indemnización que el art. 41 del Codi contempla. Nada lo impide, en cuanto se trata de un derecho concedido por la Ley y en cuanto entra dentro del ámbito de disponibilidad patrimonial de las personas capaces [...]”,

sin perjuicio de admitir que tal renuncia ha de ser expresa, explícita y realizada en términos claros e inequívocos, lo que a juicio del Tribunal no concurría en

⁴⁵ *Aranzadi Westlaw*, AC 2001/1599. Se trataba de un supuesto en el cual los cónyuges, antes de contraer matrimonio, pactaron en capitulaciones el régimen de separación de bienes, incluyendo además una acuerdo conforme al cual *“la separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges”*. El Magistrado Ponente reconoce expresamente en el texto de la sentencia que la citada cláusula *“[...] es claramente atípica atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del Código Civil. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible [...] y, por tanto, es perfectamente renunciabile”*.

⁴⁶ *Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/92086. En esta resolución se considera totalmente lícita la renuncia a la pensión compensatoria hecha por la esposa en capitulaciones matrimoniales otorgadas casi tres años antes de pronunciarse la separación matrimonial, renuncia que a juicio de la Audiencia por sí determinó la desestimación del recurso interpuesto por la renunciante reclamando la pensión, si bien el Tribunal *“a mayor abundamiento”* entra a considerar si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 del Código Civil, lo que asimismo rechaza.

⁴⁷ M.P. García Rubio, *“Los pactos prematrimoniales...”*, *passim*.

⁴⁸ *Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/71008

el caso de autos.⁴⁹ No obstante se debe hacer notar que en el Derecho catalán, tratándose de pactos de futuro entre los miembros de una unión estable de pareja los arts. 3.1 y 22 LUEP declaran irrenunciables hasta el momento que son exigibles las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia, lo que supone -de mantener la renunciabilidad de la compensación del art. 41 CC- un trato diferenciado entre matrimonio y unión estable carente de justificación.

Tampoco es inédito el pacto destinado a establecer derechos económicos para uno de los divorciados o separados, aún en el caso de que no concurren los requisitos legales exigidos, por ejemplo, en el art. 97 del CC. Sobre un acuerdo de este tipo se pronuncia la SAP Alava de 25 de abril de 2002⁵⁰ considerándolo un “Pacto válido y conforme a las reglas de la contratación [...]”, pacto que, sin lugar a dudas, guarda bastante similitud con un contrato ordinario de establecimiento o de fijación de alimentos.^{51, 52}

⁴⁹ Por el contrario, en contra de la validez de la renuncia a la compensación en el régimen de separación tanto en el Código civil como en el Código de familia catalán se pronuncia J. Egea Fernández, *loc.cit.*, p. 4571, al considerarla una vulneración del principio de igualdad entre los cónyuges. Estima además el autor citado que la nulidad de la renuncia previa está aún más justificada en el Derecho catalán donde su admisión impediría recuperar las inversiones hechas por el cónyuge que ha trabajado para el hogar, con lo que a su vez podría verse perjudicado por comportamientos oportunistas del otro, que podría romper su matrimonio cuando ya ha recibido los beneficios más importantes, como la crianza de los hijos, y antes de cumplir los propios, y ello sin beneficiarse (el renunciante) de la posibilidad de participar en las ganancias que derivan de los regímenes de comunidad o participación, cuyas reglas sustituyen a las del enriquecimiento injusto.

⁵⁰ *Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/231109.

⁵¹ En contra de que puedan incluirse en capitulaciones matrimoniales pactos sobre alimentos para el caso de separación o divorcio, M. Amorós Guardiola, *loc. cit.*, p. 1527.

⁵² Un caso curioso es el subyacente en la SAP de Castellón de 21 de enero de 2004, *Aranzadi Westlaw*, AC 2004/452. Se trataba de un matrimonio contraído por el rito islámico en la Embajada en España de la República de Irán, y en la que la recurrente solicitaba el pago de 3.000.000 de pesetas (18.000 Euros) que decía haber pactado como dote a cargo del esposo cuando ambos contrajeron matrimonio. La sentencia acuerda no otorgar fuerza vinculante al aludido compromiso con el siguiente razonamiento: “[...] no sólo porque, como ya se ha dicho, se pactó en el ámbito de una celebración matrimonial que no puede surtir efectos civiles en España, sino también porque se convino como consecuencia del mismo matrimonio, por lo que nada tiene que ver con su disolución, de la que por ello no puede ser consecuencia ni, por lo tanto cabría en el ámbito del presente procedimiento”. Lo que me resulta curioso de esta sentencia es precisamente esta última reflexión, porque -además de desconocer la función de la dote- llevada a sus últimas consecuencias resultaría que un procedimiento de disolución matrimonial no sería apto para las reclamaciones derivadas de pactos prematrimoniales, puesto que se concluyeron con vistas al matrimonio, y no con las de su disolución. La consecuencia es, a todas luces, absurda.

Puede igualmente imaginarse el pacto por el que los esposos o futuros esposos cuyo régimen económico es el de gananciales renuncian a participar en determinadas ganancias del otro derivadas, por ejemplo, de una concreta actividad. Pienso que en este caso hay que diferenciar si el acuerdo prematrimonial se ha hecho en capitulaciones y constituye por tanto una estipulación capitular que configura el régimen económico matrimonial, o por el contrario es un pacto que no se establece en capitulaciones pero supone otorgar de mutuo acuerdo la condición privativa a un bien que sería común de conformidad con las normas reguladoras del régimen económico matrimonial. En ambos casos el pacto sería, según mi parecer, absolutamente válido. El primero porque cohonesta perfectamente con el sistema de libertad plena que rige en el establecimiento del régimen económico matrimonial en el Código civil y que permite configurar un régimen que modifique sin cortapisas los modelos legales, con el único límite de las normas imperativas pertenecientes al llamado régimen matrimonial primario.⁵³ El segundo porque, en general, la doctrina admite la aplicación inversa del art. 1355 del CC⁵⁴ y, por tanto, la validez de tal pacto, aunque en este último supuesto habrá que dilucidar si la atribución supone una entrega a cuenta de la cuota del consorcio, o bien es una entrega como préstamo con la consiguiente obligación de reembolso, o una donación del consorcio al individuo.⁵⁵

Otro convenio interesante y a mi juicio perfectamente válido y con toda probabilidad muy conveniente desde el punto de vista económico sería, dado el carácter dispositivo del art. 1406.2 del CC,⁵⁶ el compromiso de mantener íntegra la empresa familiar surgida en un régimen de gananciales a pesar de que se produzca el divorcio de los cónyuges. En este supuesto habrá de anticiparse también la forma jurídica que, en tal hipótesis, mantendrá la empresa, previsiblemente societaria, en cuyo caso para intentar garantizar la continuidad se incluirán pactos restringiendo la libre transmisión de las acciones o las participaciones sociales. Si se tratase de una comunidad de bienes ordinaria la aplicación del art. 400 del CC impone que el plazo de indivisión no exceda de diez años, si bien será posible la prórroga por una nueva convención.

⁵³ A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el art. 182 del Código civil suizo, cuyo párrafo segundo establece que las partes no pueden adoptar, revocar o modificar un régimen económico matrimonial más que en los límites permitidos por la ley.

⁵⁴ Aunque nuestra literatura jurídica no es unánime al respecto, *vid. ad. ex* V. Montés Penadés, en A.M. López y otros, *Derecho de familia*, 3ª ed, E. Roca (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 214-215.

⁵⁵ Como señala J.L. Lacruz Berdejo, *op.cit.*, p. 192.

⁵⁶ Objeto de nueva redacción por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, y de conformidad con el cual "*Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance.... 2º La explotación económica que gestione efectivamente*".

En fin, vuelvo a reiterar que en este tipo de acuerdos y en general en todos los que podamos imaginar de carácter puramente patrimonial, incluidos los pactos liquidatorios en previsión de una hipotética ruptura matrimonial,⁵⁷ la regla general ha de ser su validez.

3. Acuerdos en relación con los hijos

Perfiles distintos a los que afectan exclusivamente a los esposos o futuros esposos son los pactos previos a la crisis celebrados entre ellos pero en relación con los hijos. El carácter de orden público de las normas reguladoras de los deberes para con los hijos menores impone la ilicitud de los pactos destinados a establecer la no-exigibilidad a uno o ambos progenitores de sus deberes para con los hijos. Por consiguiente no cabría exigir el cumplimiento de un acuerdo prematrimonial de renuncia a la pensión de alimentos de los hijos menores, o de renuncia a la custodia⁵⁸ o a un régimen de visitas determinado. Tampoco parece que pactos relativos a cuestiones de índole personal, como la asunción de la obligación de dar determinada educación religiosa a los hijos, aún cuando sobrevenga la separación o el divorcio pueda ser en su momento exigible, al no cohonestarse con el principio constitucional de libertad religiosa recogido en el art. 16 de la Constitución.⁵⁹

Ahora bien, ello no equivale a desechar la validez de cualquier tipo de acuerdo prematrimonial que afecte a los menores. A mi juicio, en el estadio actual de nuestro Derecho es interesante plantearse la virtualidad de un pacto previo a la ruptura e incluso al nacimiento de los hijos en el que los progenitores o futuros progenitores se comprometan a asumir la custodia compartida de sus hijos, acuerdo que según entiendo, incluso a día de hoy, antes de la previsible modificación de la normativa legal, debería ser considerado perfectamente válido y eficaz siempre que ello armonice con el superior interés del menor.⁶⁰

Respecto de los hijos mayores de edad, los acuerdos entre cónyuges que les afecten se situarán frecuentemente en el ámbito del derecho de alimentos de

⁵⁷ Considera estos pactos perfectamente lícitos y eficaces, C. López Beltrán de Heredia, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, 2ª ed. adaptada a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 35-37, con cita, entre otras, de la STS de 19 de diciembre de 1997, *Aranzadi Westlaw*, RJ 1997/9110.

⁵⁸ Apelando de nuevo a casos de sobra conocidos y aireados, no me cabe duda de la ilicitud del acuerdo de renuncia a la custodia de los eventuales hijos que puedan nacer entre Felipe de Borbón y Letizia Ortiz.

⁵⁹ Siendo también relevante a estos efectos el art. 26.3 del texto constitucional cuando establece “*Los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”.

⁶⁰ Madrid AP/24 Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 Majadahonda, donde se reconoce la validez de un acuerdo de custodia compartida.

los arts. 142 y ss. del CC y 259 y ss. del CFC. En caso de pactos prematrimoniales o postmatrimoniales anteriores a la crisis sobre los alimentos debidos a estos hijos habrá que analizar su contenido; el pacto por el que se renuncia a reclamar alimentos de los hijos mayores en el contexto de los vigentes arts. 93.2 del CC y 76.2 CFC es inoponible a los hijos, en virtud de carácter irrenunciable del mencionado derecho (art. 151 y 1814 del CC y 270 CFC); en el caso de que el compromiso sea de concretas prestaciones habrá que determinar si se trata de un negocio de fijación de la obligación legal o, yendo más allá de eso, de un contrato en beneficio de un tercero con atribución de alimentos convencionales.

VI. SANCIÓN EN CASO DE VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En la mayor parte de los casos en los que se estime que determinado acuerdo prematrimonial no supera los controles de contenido estaremos ante un supuesto de nulidad. Entonces se planteará el problema de decidir acerca de la validez o invalidez del íntegro negocio –puede ser unas capitulaciones matrimoniales- en el que se inserta el acuerdo en cuestión. En principio lo más probable es que nos encontremos ante una situación de nulidad parcial, de suerte que la nulidad del concreto acuerdo que viole los límites de la autonomía de la voluntad implicará que se tenga por no puesto y no tendrá por qué afectar el resto del contenido negocial (sea o no capitular). No obstante, como sucede en todos los contratos en los que se plantea una situación similar, la nulidad de una cláusula concreta puede afectar a la validez de otras o incluso a la totalidad del contrato, puesto que no es descartable considerar que las partes hayan querido el negocio como un todo y las prestaciones y renunciaciones estén recíprocamente concatenadas.⁶¹ Si esta situación se produce la sanción ha de ser la nulidad total del negocio.⁶²

VII. LA EXIGIBILIDAD DE LOS PACTOS

La relación de casos hipotéticos realizada hasta ahora nos permite situarnos ya en el momento de exigibilidad del pacto, exigibilidad que se va a

⁶¹ En sentido similar, en relación con la ineficacia del pacto capitular contrario al art. 1328 del CC, M. Amorós Guardiola, *loc. cit.*, pp. 1546-1547.

⁶² Como de hecho sucedió en la ya citada STS de 15 de enero de 2004 donde se consideró que el vicio invalidatorio afectaba a todo el negocio, aún cuando explícitamente se dice que “[...] otra cosa sería cuando el pacto o cláusula atacada, sólo abarcase un pormenor o parte del negocio en que se encontrase inserto [...]”.

producir en un periodo más o menos largo, pero siempre posterior al tiempo de su celebración. El escrutinio sobre la exigibilidad de los acuerdos en dicho momento ha de pasar por el doble tamiz de las normas imperativas y el perjuicio de tercero que con carácter general limita el ejercicio por los particulares de la autonomía de la voluntad. De conformidad con tales límites serán ineficaces los acuerdos perjudiciales para los hijos, los acreedores, las personas obligadas a prestar alimentos o incluso la Administración si, como consecuencia del pacto, por ejemplo, de renuncia a la pensión compensatoria, el renunciante no puede atender a sus propias necesidades.⁶³

Sobremanera, suponiendo que el pacto prematrimonial haya superado, por así decirlo, los controles de inclusión y de contenido ya expuestos, en el momento de su cumplimiento puede resultar inexigible por haberse producido un cambio en las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su celebración de modo que su efectivo cumplimiento supondría, en los términos utilizados en el § 7.05 de los Principios ALI, que por su expresividad utilizo, una “sustancial injusticia”. A efectos de reconocer cuando se produce tal situación de inexigibilidad es importante tomar en consideración el tiempo transcurrido entre la celebración y la reclamación de cumplimiento del pacto, así como la presencia o no de hijos o de otras personas dependientes de uno o ambos cónyuges, la aparición de enfermedades inesperadas u otras eventualidades similares⁶⁴ y, en general, cualquier cambio relevante e inesperado en las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su celebración. No en vano la relevancia de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* es máxima en supuestos de relaciones (normalmente contractuales) de ejecución prolongada o, cuando menos, diferida en el tiempo, como sucede en el ámbito que aquí nos ocupa. De hecho, nuestra jurisprudencia ha tenido ya ocasión de hacerse eco de una situación de inexigibilidad de un pacto prematrimonial basándose en el cambio de las circunstancias en la ya

⁶³ En el caso norteamericano, la Sección 6 de la *Uniform Premarital Agreement Act* establece en su letra b) “*If a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, notwithstanding the terms of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility*”. En la jurisprudencia alemana también se han considerado contrarios al orden público (*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*) los acuerdos de renuncia a derechos económicos que repercutan en una carga posterior para la *Sozialhilfe*; *vid.*, entre otras, OLG Hamburg, de 10 de diciembre de 1998, *FamRZ*, 2000, p. 31. Ya con anterioridad ponía de manifiesto la ilicitud de los acuerdos de renuncia a los derechos alimenticios *post* divorcio en perjuicio de tercero, D. Schwab, *op.cit.*, p. 182.

⁶⁴ Situaciones todas ellas similares a las citadas en el párrafo segundo del § 7.05 de los Principios ALI.

reseñada SAP de Granada de 14 de mayo de 2001.⁶⁵ No obstante, al igual que sucede en el ámbito puramente contractual, no caben respecto a los pactos prematrimoniales criterios infalibles para determinar *a priori* la influencia de la nueva situación en la exigibilidad o no del acuerdo. Es evidente que habrá de establecerse una comparación entre el momento de la celebración y el de la ejecución del pacto,⁶⁶ dando especial relieve, a efectos de la inexigibilidad, no sólo a la modificación de la situación de partida, sino también al grado de previsibilidad que en ese momento tenía la de llegada.

Cabría, con todo, preguntarse si la consideración por parte del juez de que el cambio de circunstancias producido entre la celebración y la reclamación del cumplimiento de un acuerdo prematrimonial es suficientemente relevante ha de conducir necesariamente a la absoluta ineficacia de lo pactado en su momento y, en consecuencia, a la aplicación incondicionada del régimen legal. Al respecto el § 7.03 de los Principios ALI contiene una previsión según la cual el tribunal puede dar al acuerdo no exigible el alcance que considere apropiado y equitativo según la normativa legal aplicable. Pienso que en el caso español la solución no es unívoca. Habrá que analizar en cada caso los motivos de la ineficacia del pacto; si éste afecta, por ejemplo, a la integridad del consentimiento de una de las partes es evidente que no podrá exigirse en absoluto su cumplimiento. Por su parte, si el motivo de ineficacia atañe únicamente a parte del acuerdo, pero no a todo, podrá apreciarse la nulidad parcial,⁶⁷ aunque hay también que considerar la posibilidad, ya anteriormente apuntada, de que en algunas ocasiones, dada la

⁶⁵ En un supuesto en el que los cónyuges, antes de contraer matrimonio, pactaron en capitulaciones el régimen de separación de bienes y la renuncia anticipada a la pensión compensatoria. No obstante reconocer que el citado pacto adquirió plena eficacia con la celebración del matrimonio, vinculando desde entonces a ambos cónyuges, la sentencia estima que la circunstancias tenidas en cuenta en el momento del acuerdo son muy distintas a las existentes en el momento de la ruptura, ya que la esposa abandonó su trabajo para seguir en sus desplazamientos por razones laborales a su marido, circunstancia que según la sentencia “[...] *ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria*”. El Magistrado toma además en consideración la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante un tiempo al hijo de éste, el hecho de que la demandante de la pensión carece de recursos y vivienda propios, no tiene trabajo ni proyección inmediata para incorporarse al mercado laboral, aún cuando posee varios títulos que la capacitan profesionalmente, y su estado psíquico no es satisfactorio. En atención a todo ello considera correcta la fijación de la pensión compensatoria *ex art. 97* acordada por el Juzgador de Instancia.

⁶⁶ Como señala en general para los contratos estrictamente patrimoniales, siendo en este caso el equilibrio de las prestaciones el criterio de ponderación, C. De Amunátegui Rodríguez, *La clausula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 266.

⁶⁷ Posibilidad que también ha sido apreciada en la jurisprudencia alemana (I. Rakete-Dombek, *op.cit.*, p. 1276).

conexión entre las cláusulas de un concreto acuerdo, la nulidad de una de ellas produzca por “efecto dominó” la de toda la convención.⁶⁸ Más difícil resulta que el juez le otorgue algún tipo de eficacia bajo consideraciones exclusivas de equidad, pues tanto el art. 111-9 del Código civil de Cataluña, como el art. 3.2 del Código civil español sólo permiten fundamentar resoluciones judiciales exclusivamente en la equidad cuando la ley lo permita de modo expreso.

Todo lo expuesto no impide que en algunas ocasiones el escrutinio sobre la validez de un pacto prematrimonial pueda necesitar de un doble camino de ida y vuelta. En determinadas situaciones es posible que a primera vista el acuerdo en cuestión supere los controles que afectan al proceso negociador y de formación de la voluntad contractual, los que imponen límites a la autonomía de la voluntad en la configuración de su contenido e incluso los que podemos llamar controles en su exigibilidad, porque no se han producido cambios relevantes entre las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de celebrar el acuerdo y las concurrentes al tiempo de exigir su cumplimiento, o porque las consecuencias de ese cambio efectivamente producido se hayan asumido *a priori* en el contrato. A pesar de todo ello, habrá casos en los que la valoración global del supuesto impedirá reconocer la eficacia del acuerdo. Ilustraré lo que trato de decir con un ejemplo concreto.⁶⁹

Cuando Antonio y Pilar se casaron en régimen de gananciales, ambos trabajaban obteniendo similar salario y no tenían hijos. Trece años más tarde su situación había cambiado bastante: tenían dos hijos, de siete y once años y Pilar había abandonado su trabajo desde el nacimiento de su segundo hijo; éste nació con una ligera discapacidad y Pilar decidió dedicarse íntegramente al cuidado de su familia. A lo largo de esos años, Antonio, ingeniero informático, había desarrollado fuera de su horario laboral un producto de *software*, del que esperaba obtener, una vez comercializado, importantes beneficios. Antes de proceder a la comercialización y pensando en algunos problemas que tenía en las relaciones con su mujer Antonio busca asesoramiento legal y le presenta

⁶⁸ En realidad el esquema no se distancia demasiado del establecido en el moderno Derecho de contratos para las situaciones de imprevisión (*hardship*). Así, por ejemplo, en el art. 6.111 de los *Principles of European Contract Law* se regulan las consecuencias del cambio de circunstancias y, después de establecer el deber de renegociación del contrato en caso de que dicho cambio implique una situación de excesiva onerosidad, termina señalando en el último párrafo (3) que si, como consecuencia del proceso renegociador, las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable, el juez puede resolver el contrato o adaptarlo para distribuir entre los contratantes de forma equitativa las pérdidas y ganancias derivadas del cambio de las circunstancias.

⁶⁹ Básicamente los hechos coinciden con uno de los casos expuestos en *Principles of the Law of family dissolution...*, *op. cit.*, p. 949.

a Pilar un acuerdo (post)matrimonial preparado por su abogado de cuyos términos se desprende la renuncia por parte de ella a todos los derechos que pudiera tener sobre los eventuales beneficios del programa en cuestión. Pilar no sabe muy bien qué hacer; piensa que su marido está considerando seriamente la posibilidad del divorcio y teme por su situación y la de sus hijos si el divorcio efectivamente se produce; sospecha que el bienestar de sus hijos, sobre todo del pequeño, quede seriamente afectado si ella vuelve a trabajar a tiempo completo fuera del hogar, y que, si no lo hace, los ingresos derivados de pensiones y alimentos sean insuficientes para mantener el nivel de vida de su familia. Después de mucho pensarlo, decide finalmente firmar el acuerdo.

Cinco años más tarde Antonio solicita el divorcio. Durante ese tiempo su programa informático ha tenido un impresionante éxito comercial y ha producido varios millones de euros. El resto del patrimonio de los cónyuges, por el contrario, apenas alcanza los cien mil euros. Antonio exige el cumplimiento del acuerdo y, en su virtud, la titularidad exclusiva del dinero producido por la explotación del programa informático.

En el caso expuesto es difícil estimar que ha habido error, dolo o intimidación en la formación de la voluntad de Pilar; el contenido del pacto no es contrario a ninguna norma imperativa y las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar no son sustancialmente diferentes a las existentes al tiempo de la ejecución. Pilar firmó de manera consciente, pero está claro que su libertad contractual estaba disminuida. Aunque las normas generales sobre contratos no parezcan suficientes para considerar inválido el acuerdo, repugna a la sensibilidad jurídica la consideración de que Pilar voluntariamente “asumió el riesgo” que a la postre se concretó y ha de pechar con las consecuencias. El acuerdo no puede producir sus efectos, pero a día de hoy en el ordenamiento español parece que los únicos instrumentos para llegar a tal resultado son las cláusulas generales de buena fe y prohibición del abuso del derecho.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

En fin, sin perjuicio de reseñar que, en relación con los acuerdos prematrimoniales, aquí sólo se han pergeñado algunas cuestiones merecedoras de un tratamiento más pausado y que, con toda probabilidad, otras muchas han quedado en el tintero, no cabe duda que tales pactos suponen una nueva vuelta de tuerca en la ardua tarea de definir con claridad el papel de la autonomía de la voluntad en la relaciones matrimoniales y paramatrimoniales y ponen una vez más en evidencia el difícil equilibrio entre lo imperativo y lo dispositivo en la institución matrimonial.

Mi impresión con respecto a estos acuerdos alcanzados antes del matrimonio o durante su vigencia, pero hechos en previsión de una futura y eventual ruptura, es que ese equilibrio existe y se halla en el punto de intersección entre la libertad contractual de dos personas capaces y el especial contexto negociador y de convivencia que se da entre ellas, al que no puede ser ajeno el legislador, aun cuando su intervención deba de ser escrupulosamente respetuosa con la decisión libre de sus protagonistas.

DERECHO Y EMPRESA FAMILIAR: EL PROTOCOLO FAMILIAR Y SUS INSTRUMENTOS DE DESARROLLO*

CARLOS GORTÁZAR LORENTE

ABOGADO, CUATRECASAS ABOGADOS

SUMARIO

I. La Empresa Familiar y su problemática.....	123
II. Aproximación del Derecho a la Empresa Familiar: dificultad de definición jurídica	126
1. Inexistencia de un concepto jurídico de Empresa Familiar.....	126
2. La Empresa Familiar en el ordenamiento jurídico	129
III. El Protocolo Familiar y sus instrumentos jurídicos de desarrollo.....	132
1. El Protocolo Familiar	132
2. Instrumentos jurídicos de desarrollo.....	136
IV. Conclusión	146

I. LA EMPRESA FAMILIAR Y SU PROBLEMÁTICA

Según un reciente estudio titulado “*L’empresa familiar a Catalunya*”,¹ las empresas familiares catalanas constituyen el 65,6% de las empresas medianas y grandes con sede en Catalunya, y representan el 57,1% de la total ocupación del empleo privado, con un volumen de ventas que alcanza el 54,9% sobre el total de empresas.² Sin embargo, el mismo estudio pone de relieve que únicamente un 26,6% de las empresas familiares alcanzan la tercera o cuarta generación.³ En tal sentido una de las principales conclusiones que cabe extraer de dicho estudio es la fragilidad de la continuación y sucesión de las empresas familiares

* La presente ponencia está dedicada a la memoria de Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, admirado maestro, buen compañero y querido amigo, quien demostró hasta sus últimos días una gran fortaleza y humanidad. *Carpe diem*.

¹ Modest Guinjona y otros. “L’empresa familiar a Catalunya: quantificació i característiques”, *Col·lecció d’estudis*, Departament de Treball i Indústria, CIDEM, Barcelona, 2004 (www.cidem.com).

² En cuanto a su implantación territorial, el estudio refleja que la provincia de Girona cuenta con mayor proporción de empresas familiares (un 80,9%), seguida en número de Tarragona y Lleida (con un 73% y 72% respectivamente) y, en último lugar, la provincia de Barcelona, concretamente con un 62,4%.

³ De forma similar ocurre en otros países del entorno como, por ejemplo, en los Estados Unidos de América.

catalanas, cuya esperanza de vida se sitúa en la mitad con respecto a las empresas no familiares.⁴

Siendo un hecho notorio y de fácil percepción el relevante papel que han jugado siempre las empresas familiares en la economía nacional (fundamentalmente en Cataluña y País Vasco), no ha sido hasta fecha reciente cuando se ha podido tener un conocimiento objetivo de su importancia a través de la realización de estudios econométricos. Sin duda, ello ha contribuido a crear en el ámbito económico, social y jurídico un estado de conciencia o sensibilidad sobre la realidad de las empresas familiares y, por ende, el estudio de sus específicos problemas.

El análisis de la problemática de la Empresa Familiar y sus posibles soluciones es relativamente reciente. Su estudio se inició en los Estados Unidos de América, en la década de los 60 y 70, desde disciplinas distintas, principalmente de la ciencia económica o la psicología, para más tarde ser analizada por la ciencia jurídica. En España, no fue hasta principios de la década de los 90 cuando se centró la atención sobre el fenómeno de la Empresa Familiar, principalmente debido a la labor y esfuerzo de concienciación realizados por instituciones como el Instituto de Empresa Familiar.

En el ámbito europeo, las instituciones europeas han mostrado desde hace una década una constante preocupación por la continuidad de las pequeñas y medianas empresas -muchas de ellas de carácter familiar-, conscientes de que constituyen el motor de la economía europea y del desarrollo de Europa.

En tal sentido, cabe mencionar entre otras, la *Recomendación de la Comisión Europea de 25 de mayo de 1994*, relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), en la que se proponía a los estados miembros introducir mejoras en la legislación fiscal que faciliten la creación y desarrollo de este tipo de empresas, y el fomento de la autofinanciación;⁵ la *Comunicación de la Comisión Europea de 29 de junio de 1994*, sobre acciones a favor de las PYMES, como por ejemplo, la reducción de la carga fiscal en las sucesiones y donaciones de empresas;⁶ la *Recomendación de la Comisión Europea, 94/1069/*

⁴ Según estudio de Gallo, M.A. y García Pont, C, en “La empresa familiar en la economía española”, documento de investigación de IESE, núm. 143, 1999, Barcelona, pp. 9-32., sobre una muestra de 750 empresas, el 71% de las empresas eran consideradas empresas familiares, teniendo un volumen de ventas del 61% del total de las empresas, y ocupando a un 62% de número de empleados. Dicha investigación también constató que el 33% de las empresas familiares continúan como tal después del pase de la primera generación y sólo un 15% superan el pase de la segunda a la tercera generación. (Véase también “La sucesión de la empresa familiar”, en *Colección Estudios e Informes*, núm. 12. Servicio Jurídico de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona, 1998, p. 11).

⁵ DOCE, C 187, de 9 de julio de 1994.

⁶ DOCE, C 204, de 23 de julio de 1994.

CE, de 7 de diciembre de 1994,⁷ que reconoció la existencia de causas de derecho sustantivo y fiscal que dificultaban la transmisión de la empresa, principalmente *mortis causa*, y aconsejaba reformas dirigidas a simplificar el Derecho para facilitar la continuidad y supervivencia de las PYMES; y, de forma destacada, las *Recomendaciones* recogidas por la Comisión Europea con ocasión de la celebración del *Forum de Lille* (Francia), celebrado los días 3 y 4 de febrero de 1997, que se referían a medidas legislativas que debían adoptarse por los Estados miembros, tales como: (i) la supresión de la prohibición de los pactos sucesorios, y (ii) la adopción de soluciones a los problemas prácticos que afectaban a las empresas familiares como el «*pacte d'entreprise*» o «*protocolo familiar*».

En España, debido al interés despertado en los ámbitos empresariales y económicos y a instancia de una moción del Partido Popular en el Senado, se constituyó en el año 2001 una Ponencia de estudio en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado con el fin de que emitiera un Informe que recoja aquellas materias que en la compleja realidad de la Empresa Familiar podrían ser objeto de una regulación específica. En dicho Informe se propuso, entre otras conclusiones, las siguientes recomendaciones:⁸

- i) La adopción por parte de las administraciones públicas de políticas de información y comunicación para el desarrollo y mejora de la gestión en las empresas familiares.⁹
- ii) El desarrollo y formalización por parte de las empresas familiares de un Protocolo Familiar, al considerarlo como el instrumento más adecuado para regular la problemática de las empresas familiares.

En general, todos los analistas suelen coincidir en que los problemas y dificultades que le son propios o afectan de forma especial a las empresas familiares tiene su origen en la frecuente confusión entre el patrimonio empresarial y el familiar, la falta de profesionalización en la gestión, la incorporación de los miembros de la familia sin la formación adecuada, la búsqueda de financiación sin diluir el control familiar, la contraposición de intereses entre la empresa y la familia, etc., pero, por encima de todos ellos, habría que destacar la **necesidad (vital) de las empresas familiares de afrontar satisfactoriamente el cambio generacional, tanto en el ámbito del gobierno y la gestión, como en la propiedad.**

En efecto, sin duda el cambio generacional es uno de los mayores retos de las empresas familiares, teniendo una especial relevancia en Cataluña debido a que,

⁷ DOCE, L 385, de 31 de diciembre de 1994, pgs. 14 y ss.

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado.VII Legislatura. Serie I: Boletín general, núm. 312, de 23 de noviembre del 2001, pgs 1-40.

⁹ Así en Cataluña, el Departament d'Indústria, Comerç i Turisme, mediante *Resolució ICT/3085/2002, de 16 de octubre*, sobre ayudas a empresas familiares para la realización de planes de sucesión (codi 121). D.O.G.C, núm. 3751, de 30 de octubre de 2002.

al menos, dos terceras partes de las actuales empresas familiares lo son todavía en primera generación. A pesar de su importancia es una cuestión que se relega, no se contempla o, en el peor de los casos, se quiere evitar.

En definitiva, la problemática de la Empresa Familiar reside en la confluencia que se da en ella de dos importantes realidades sociales, como son la Familia y la Empresa. Siguiendo VICENT CHULIÀ, F.,¹⁰ lo que caracteriza y diferencia a la Empresa Familiar del resto de empresas es la intensa relación de dos importantes instituciones que están sufriendo mutaciones importantes: la «Familia» y la «Empresa», que se rigen por distintos valores y provocan necesariamente numerosas tensiones: en la primera, prevalecen principios y valores como la protección familiar, la lealtad, el compromiso personal; mientras que en la segunda priman los resultados económicos y el rendimiento.

Evidentemente, los problemas de la Empresa Familiar varían según se trate de una empresa familiar de primera generación, de segunda o de tercera y sucesivas generaciones. En las empresas familiares que están en manos del Fundador (primera generación), el problema fundamental que suele revelarse como principal es la deficiente planificación del relevo generacional en la gestión y sucesión. En las empresas familiares de segunda generación (es decir, entre hermanos), surge la necesidad de adoptar una mayor organización profesional de la Empresa y el mantenimiento del equilibrio en la propiedad entre las Ramas familiares. Finalmente en las empresas familiares de tercera o sucesivas generaciones (primos, etc.), en cuya etapa normalmente la gestión es profesionalizada, los familiares tienen como principal interés la seguridad de unos derechos económicos mínimos anuales y la posibilidad de hacer líquida su participación empresarial.

II. APROXIMACIÓN DEL DERECHO A LA EMPRESA FAMILIAR: DIFICULTAD DE DEFINICIÓN JURÍDICA

1. Inexistencia de un concepto jurídico de Empresa Familiar

Tal como puso de manifiesto el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar, no existe ni en el ordenamiento jurídico estatal ni en el europeo una definición de la Empresa Familiar.

Únicamente, es posible encontrar en el derecho tributario español una acepción de «Empresa Familiar» en el artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, referido a bienes y derechos exentos necesarios tanto para el desarrollo de las actividades empresariales como las

¹⁰ Vicent Chulià, F. y otros (Cuatrecasas), en *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 25.

participaciones en entidades que cumplieran determinadas condiciones, así como en el Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, que vino a concretar los requisitos y condiciones exigibles que debían configurar las empresas familiares para el disfrute de la exención.

En efecto, el derecho tributario español reconoce en el Impuesto sobre el Patrimonio y en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones unos beneficios fiscales muy importantes consistentes en una exención total en el Impuesto del Patrimonio de los bienes y derechos necesarios para desarrollar una actividad empresarial o profesional o de las participaciones en entidades operativas que tengan el carácter de familiares; y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones —con un tratamiento específico para cada uno de los dos impuestos—, una reducción en la base imponible del 95% del valor del patrimonio empresarial para el caso de que los beneficiarios sean el cónyuge, ascendientes, descendientes, consanguíneos o adoptados del causante o donante. Estas medidas pretenden aliviar el coste fiscal derivado de la tenencia o transmisión gratuita *inter vivos* o *mortis causa* de las empresas familiares (en su forma de empresa individual o de participaciones) cuando dicha transmisión se efectuase a favor de ciertas personas allegadas al fallecido.

En tal sentido reconoce el carácter de familiar a una empresa que reúna los siguientes presupuestos:¹¹

- i) que realice una actividad empresarial;
- ii) que sea una sociedad operativa, y no de mera tenencia de bienes;
- iii) que esté participada en el capital social por una persona física en un 15%, con carácter individual, o en un 20% de forma conjunta con su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, por consanguinidad, adopción o afinidad;¹²

¹¹ Artículo 4.8.2 de la Ley 19/1991, de 6 de junio.

¹² La introducción del parentesco por afinidad en la norma fiscal ha despertado un gran interés entre los asesores fiscales sobre su concepto jurídico y alcance, inquietud que no ha podido ser satisfecha ante la falta de regulación legal y los escasos y poco profundos estudios realizados por la doctrina civilista en relación con dicha figura. Una de las principales cuestiones que se plantean en relación con el parentesco de afinidad consiste en determinar los supuestos de extinción. Así, la Dirección General de Tributos (en Consulta de 5 de julio de 2001) entiende que en caso de desaparición de la persona que sirve de nexo o enlace (cónyuge), ya sea física (fallecimiento) o jurídica (divorcio), implica necesariamente la desaparición del parentesco por afinidad. Sin embargo, tal como se prevé en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (derecho civil italiano o alemán), resulta discutible que el fallecimiento del cónyuge familiar deba suponer para el cónyuge viudo la ruptura de la relación de parentesco por afinidad, y por ende la pérdida de los beneficios fiscales, al menos hasta que no contraiga un nuevo matrimonio o inicie una relación estable de pareja.

- iv) Y que, al menos, un socio miembro de la familia ejerza funciones de dirección en la Empresa, y reciba por ello una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales o del trabajo personal.

La incipiente doctrina¹³ dedicada al fenómeno de la Empresa Familiar ha destacado de forma generalizada la dificultad que existe para definir la Empresa Familiar. Lo que es razonable, puesto que en ella confluyen dos instituciones, la «*Empresa*» y la «*Familia*», cuyos límites en ambos casos son muy difusos.

Por un lado, el concepto «*Empresa*» abarca desde la *microempresa* (pequeña comunidad de trabajo, no asalariado en actividades que exigen escasa inversión de capital —como tiendas comerciales, negocios artesanales y explotaciones agrarias—) a la *Sociedad Familiar*, constituida en forma de sociedad de capital.

En cuanto a la noción de «*Familia*», tiene un alcance subjetivo muy ambiguo, al coexistir varias concepciones (familia matrimonial, no matrimonial, monoparental, etc.), pudiéndose incluso sostener que únicamente cabe hablar de Familia cuando existiendo una relación estable se da la descendencia;¹⁴ y, por otro lado, tampoco está jurídicamente definido los límites del perímetro familiar, es decir, grado de parentesco o proximidad exigible.¹⁵

¹³ Entre otros, Vicent Chulià, F. y otros (Cuatrecasas), *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, op. cit.; Garrido de Palma, V.M., AAVN., *La Empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Civitas, Madrid, 1995; Pascual Fernández Gimeno, J. y Reyes López, M.J. *La Empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 199 y ss.

¹⁴ Así lo señala Cerdà Alberó, F. *El Buen Gobierno de la Empresa Familiar*, op. cit., p. 79, quien sin desconocer la tesis del Tribunal Constitucional sobre el concepto de familia, expuesta en la Sentencia 222/1992, donde se afirma que en el concepto constitucional de familia “*entra también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia*”, considera que tal afirmación únicamente puede valer para ciertos derechos constituciones (como el derecho a la intimidad), pero no justifica la protección social, económica y jurídica de la familia garantizada en el artículo 39.1 de la Constitución Española.

¹⁵ Ni el Código de Familia catalán ni el Código Civil delimitan un perímetro o entorno de la relación de parentesco fuera del cual no se consideren familia. Únicamente, del estudio de determinados preceptos de derecho de familia y sucesiones cabe extraer el pensamiento del legislador de querer limitar el perímetro familiar hasta el cuarto grado, en línea colateral y sin límite en la línea recta. Así, en el artículo 340 del Código de Sucesiones por causa de muerte, relativo a la sucesión intestada delimita el entorno hasta el cuarto grado al disponer que “*en defecte de germans i de fills de germans o de nebots, succeeixen els altres parents de grau més pròxim en línia col·lateral fins al quart grau*”.

Así, por ejemplo en el derecho civil se suele extender hasta el cuarto grado en línea colateral y en ocasiones –a pesar de no ser pariente- al cónyuge; sin embargo en materia fiscal, no existe un criterio homogéneo ¹⁶.

Por su parte CERDÁ ALBERO, F.,¹⁷ después de un análisis exhaustivo de la normativa jurídica y tributaria aplicable a la Empresa Familiar, destaca que se trata de una noción relativa con criterios legales heterogéneos, debido en gran parte por la indeterminación o mutación que existe en la sociedad de la idea y ámbito familiar. Únicamente se atreve a definir la Empresa Familiar aquélla que está bajo el control de una o varias familias.

El Informe de la Ponencia referida anteriormente destaca que estamos en presencia de una empresa familiar cuando:

- Una o más familias tiene una participación importante (normalmente la mayoría) de la propiedad o del capital social de la empresa (cuando ésta es una sociedad capitalista).
- La Familia ejerza un control de la empresa.
- Al menos un miembro de la familia participa en la administración o gestión de la empresa.
- Existe una vocación de continuidad y permanencia en la propiedad y gestión de la misma, incorporando a las siguientes generaciones.

En definitiva, podría calificarse una Empresa como *familiar*, cuando la propiedad de la empresa (pequeña, mediana o grande) se encuentre participada, en mayor o menor proporción, por dos o más personas que se encuentran vinculadas por una relación de parentesco o grupos de parentesco (de consanguinidad, adopción o afinidad) o matrimonio, que tengan un control efectivo sobre los órganos y gestión de la empresa y una vocación de continuidad y permanencia.

2. La Empresa Familiar en el ordenamiento jurídico

Aun siendo una figura de fácil reconocimiento socio-económico lo cierto es que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos y salvando la excepción del

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 4.Octavo.Dos, c) de la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio, la circunscribe “*al cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, por consanguinidad, afinidad o adopción*”; sin embargo, en el art. 20.2.c) de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones puede atribuirse una reducción del 95% del valor de las participaciones hasta los ascendientes, adoptantes y colaterales de tercer grado. En Cataluña, en uso de sus competencias, se asimilan los miembros estables de las parejas al cónyuge.

¹⁷ Vicent Chulià, F. y Otros (Cuatrecasas), *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, op. cit., p. 91.

derecho tributario, el ordenamiento jurídico español no se ha preocupado en regular la Empresa Familiar.¹⁸

En concreto, el derecho civil ha ignorado prácticamente la realidad y problemática de la Empresa Familiar. Únicamente podemos encontrar unos pocos preceptos aislados e inconexos como, por ejemplo, los artículos 1056.2 y 1406 del Código Civil. Tampoco el derecho mercantil reconoce a la sociedad (empresa) familiar con un tratamiento específico.¹⁹

Sabido es que el Código Civil parte de una concepción socioeconómica de carácter marcadamente agrario, lo que ha sido denunciado en varias ocasiones exigiendo un esfuerzo de modernización profunda y adaptación a la realidad actual, tal como se está llevando a cabo en el proceso de desarrollo del derecho civil de Cataluña.²⁰

En este sentido, nos encontramos con que la propiedad y funcionamiento de la microempresa o empresa individual se encuentra organizada fundamentalmente de acuerdo con el régimen económico matrimonial aplicable al empresario, regulación que resulta ajena al fenómeno empresarial y cuya aplicación crea numerosas incertidumbres, cuando no inconvenientes. En el caso de que el régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales hay que añadir el régimen de la responsabilidad del cónyuge comerciante por deudas mercantiles que se remite al artículo 6 del Código de Comercio y que carece de la suficiente claridad.

En materia de sucesiones, podemos encontrar únicamente una mención a la empresa familiar en el artículo 1056 del Código Civil, relativo a la partición

¹⁸ Otros ordenamientos jurídicos como el italiano sí que han contemplado el fenómeno de la empresa familiar. El art. 230 bis del Código civil italiano (introducido por la Ley núm. 151, de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de Familia) contempla, como régimen supletorio, una regulación de la microempresa familiar en la que participan todos los miembros de la familia dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, otorgando a cada uno de ellos una participación en los beneficios y aumentos de valor de la misma, regulables por acuerdos mayoritarios.

¹⁹ En tal sentido, Puig Brutau al comentar sobre la sociedad anónima familiar señala que: «Davant d'aquesta realitat, s'ha discutit si convindria que aquest tipus de societat fos objecte d'una regulació legal expressa, ajustada a les seves peculiaritats, o si pot regir-se per la legislació general sobre societats anònimes; en general, predomina aquest segon criteri» ("Una aproximació a la societat anònima familiar", en *Medio siglo de estudios jurídicos*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 440).

²⁰ En tal sentido, Dávila afirmó en su día que las normas del Derecho sucesorio, casi todas supletorias a la voluntad individual, están inspiradas en un tipo de economía agraria, no mercantil; de escaso tráfico y para una economía poco desarrollada en el cambio. "La Empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo III, Madrid, 1946, p. 576.

hereditaria, cuando en el párrafo segundo reconoce la facultad al testador de imponer la explotación agrícola, industrial o fabril a un sólo heredero satisfaciendo en metálico la legítima al resto de interesados. Más tarde volveremos sobre este interesante precepto.

Lo cierto es que en torno a la Empresa Familiar resultan de aplicación distintas figuras jurídicas no previstas expresamente para ella y que, además, debido a su procedencia en distintas ramas jurídicas (civil, mercantil, etc.) casan de manera muy forzada o crean contradicciones legales, que para evitarlas deben ser convenientemente previstas.

Adquiere una atención especial la diversidad de ordenamientos civiles autonómicos que existen dentro del territorio estatal, lo que conlleva no pocos conflictos de leyes. La movilidad geográfica de la población, nacional e internacional,²¹ incrementa la dificultad jurídica para planificar la sucesión del patrimonio empresarial, pudiendo incluso darse el caso –más habitual de lo que pudiera pensarse– de que el régimen económico matrimonial de una persona se encuentra regulado por una legislación civil y su sucesión por otra distinta.

El Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar desaconsejó por razones de complejidad la promulgación de un texto normativo sobre el Estatuto jurídico de la empresa familiar, limitándose a señalar la conveniencia de puntuales modificaciones en el ordenamiento civil y mercantil, principalmente.

Fruto de dichas recomendaciones fue promulgada la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, en la que a través de disposiciones adicionales se introdujeron algunas modificaciones interesantes para la organización jurídica de las sociedades familiares. También fue modificado el artículo 1056.2 del Código Civil, reconociendo que la satisfacción en metálico de su legítima al resto de interesados, se pueda satisfacer con dinero extrahereditario y de forma aplazada hasta un máximo de 5 años.

Todo ello hace el profesional del Derecho a la hora de regular la conservación y sucesión generacional en la Empresa Familiar, tenga que preparar una planificación sucesoria utilizando las más variadas figuras jurídicas que ofrecen los ordenamientos civiles y mercantiles para que, debidamente coordinadas

²¹ Según datos estadísticos referidos por Lamarca i Marquès, A. y otros (en “Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?” *InDret* 4/2003 [www.indret.com], Working paper de dret català, nº 7, p. 17), el 25,9% de los españoles residentes en el año 2001 en Cataluña habían nacido fuera de ella, y había 280.167 residentes extranjeros, lo que significa un crecimiento exponencial con respecto al año 1999 de un 53%, y representa ya un 5,1% de la población total.

y conjuntadas, permita asegurar la continuidad y pervivencia de la Empresa Familiar.²²

III. EL PROTOCOLO FAMILIAR Y SUS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE DESARROLLO

1. El Protocolo Familiar

1.1 *Concepto*

Desde esta serie de consideraciones es donde cabe situar a un instrumento jurídico desarrollado en Estados Unidos y que, desde hace pocos años se ha venido aplicando en España: *el Protocolo Familiar*. Constituye una respuesta o ingenio que ofrece la praxis jurídica para prevenir o, al menos, administrar toda la problemática que plantea la titularidad, sucesión y gobierno de la Empresa Familiar.

Responde, por tanto, a la exigencia de que el Derecho ofrezca una solución que prevenga o, cuando menos, reduzca en lo posible todos los problemas planteados y otros que sean previsibles, mediante la coordinación, utilización y desarrollo de los diversos instrumentos o negocios jurídicos que la legislación ofrece tanto en el ámbito del Derecho de Familia (capitulaciones matrimoniales, actos de última voluntad y pactos sucesorios²³), como en el Derecho Societario (estatutos sociales, pactos extra estatutarios, etc.), dirigidos a prevenir posibles situaciones de crisis familiares (fallecimiento, separación o divorcio, incapacitación), y a regular el gobierno y control de la Familia en la Empresa.

Sin embargo, el otorgamiento de dichos instrumentos jurídicos sin un mínimo de consenso y coordinación seguramente dificultaría en gran medida su comprensión y plena eficacia. Por ello, se hace necesario que todos y cada uno de los miembros de la familia, desde su individual libertad, participen en la formación de un marco común o conjunto de principios generales y mínimos de conducta y actuación familiar, y se comprometan a cumplirlos en beneficio del interés general familiar y con pleno respeto a la ley, la moral y las buenas costumbres.²⁴

²² Se trataría de un tema que corresponde a lo que Puig Brutau denominó “ultima asignatura”, es decir, la que se cursa desde que el universitario abandona las aulas hasta que cesa su actividad profesional (en “El testamento del empresario”, *op. cit.*, p 349.)

²³ Sólo para los supuestos en que resulte aplicable la legislación civil de Aragón, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco.

²⁴ Artículo 1.255 del Código civil.

Siguiendo a VICENT CHULIÀ,²⁵ el Protocolo familiar –equivalente al *Shareholders agreement de la Close Corporation* en los EEUU- es un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la Familia y la Empresa.

Suele otorgársele al Protocolo Familiar un carácter constituyente o de supremacía, de manera que, en caso de conflicto o contradicción, prevalezca sobre los demás instrumentos jurídicos adoptados por la familia empresaria.

1.2 Clasificación

Una posible clasificación del Protocolo Familiar puede ser en función del grado de vinculación jurídica que se le otorgue. Así, cabe observar tres tipos de Protocolos:

- a) *El Pacto entre caballeros*. En él únicamente se recogen una serie de declaraciones de intención, principios y valores, que sólo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral;
- b) *El Protocolo contractual*. Auténtico negocio jurídico multilateral, en documento público o privado, que contempla una serie de derechos y deberes para los firmantes, por el que quedan vinculados jurídicamente, estableciéndose en su caso las cautelas, garantías o sanciones que se consideren oportunas para el caso de incumplimiento;
- c) *El Protocolo institucional*. Además de tener fuerza obligatoria entre los que lo firman, puede oponerse frente a terceros siendo inscribible en un Registro público (Registro Civil, Mercantil, de la Propiedad).

En la práctica, los Protocolos familiares que se otorgan suelen tener un carácter mixto, al contenerse en el mismo compromisos morales junto con pactos vinculantes y cláusulas que trascienden a terceros.

Para que los acuerdos contenidos en el Protocolo Familiar trasciendan con plenos efectos jurídicos es necesario que los mismos se trasladen en la debida forma a los estatutos corporativos de la Empresa Familiar y otros pactos parasociales (sindicato de voto, etc.), las capitulaciones matrimoniales o pactos de convivencia de los miembros de la familia, y los testamentos u otros actos de última voluntad.

1.3 Contenido del Protocolo Familiar

Dado el carácter privado, personal y atípico del Protocolo Familiar no existe un contenido predefinido del mismo. Se trata de un documento totalmente abierto

²⁵ En “Organización jurídica de la empresa familiar”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5. 2000-1, Valencia, Aranzadi, p. 38.

y flexible, pudiéndose contemplar y regular en él todo lo que, en relación con la sucesión y gobierno de la Empresa Familiar, los propios miembros de la familia tengan por oportuno y estén dispuestos a asumir.

A) Ámbito objetivo y subjetivo

En la generalidad de los casos el Protocolo Familiar se suele circunscribir a todo o al principal patrimonio empresarial de la familia, con exclusión de los frutos y rentas.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, el éxito de un Protocolo Familiar reside en que sea reconocido y aplicable a todos los miembros de la familia por lo que debe ser suscrito por el mayor número de miembros de la familia mayores de edad, ostenten o no algún derecho sobre el patrimonio empresarial, y en algunos casos también los parientes afines o cónyuges. Además, suelen contemplarse una serie de cautelas y prescripciones para que se extienda su aplicación a aquellos miembros de la familia que en el futuro adquieran algún tipo de derechos sobre la Empresa.

B) Eficacia jurídica

Dependiendo del grado de compromiso de los miembros de la familia suele otorgarse mayor o menor grado de vinculación jurídica. Generalmente la mayor parte de los pactos y acuerdos familiares tienen un marcado contenido contractual (artículo 1257 del Código Civil) en el que se contienen obligaciones de hacer y de no hacer, que en caso de incumplimiento podrían ser exigidas, incluso judicialmente.

Además, en la medida en que algunos de los pactos contenidos tengan su adecuado reflejo en los Estatutos sociales de la Empresa Familiar (normalmente bajo forma societaria y bajo un modelo o estructura con una sociedad cabecera o holding) tendrán plena vinculación frente a terceros adquirentes. Existen para ello diversas técnicas de índole societaria para obtener dicho efecto frente a terceros, debiendo señalar, entre otras, la introducción en los estatutos sociales de una prestación accesoria que exija la firma del Protocolo Familiar para que el adquirente sea reconocido como socio por la sociedad.

C) Pactos habituales

El contenido de un Protocolo Familiar presenta una gran variedad tan amplia como el número de inquietudes e intereses que la familia empresaria tenga y quiera implementar. No obstante, sí que existen una serie de cuestiones que recurrentemente son tratadas en este tipo de acuerdos familiares, entre las cuales pueden señalarse las siguientes: el establecimiento de unas condiciones mínimas de acceso al trabajo, la regulación del derecho económico al dividendo y de información, el reconocimiento de un derecho de salida individual y la fijación

de un procedimiento mediante el cual pueda ejercitarse tal derecho, la obligación de votar en la Junta General en el mismo sentido que el resto de familiares, el establecimiento de un código de conducta empresarial, el sometimiento de los conflictos a mediación o arbitraje, etc.

Pero, sin duda, los acuerdos familiares de mayor calado son aquellos dirigidos a regular el funcionamiento y gobierno de la Empresa Familiar y la política de transmisión de la propiedad.

A) GOBIERNO Y DIRECCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

Junto a los Órganos sociales previstos por la legislación societaria (Junta de accionistas o socios y órgano de administración social –administrador único, administradores mancomunados o solidarios, o consejo de administración), suele contemplarse en los Protocolos familiares la existencia de otros órganos de ámbito estrictamente familiar, como son la Junta de Parientes y el Consejo de Familia.

- a) *Junta de Parientes*. La Junta de Parientes, también denominada *Asamblea de Familia*, se crea con el objetivo de constituir un foro de la familia empresaria en el que todos sus integrantes, tengan o no algún derecho sobre el patrimonio empresarial, puedan participar y manifestar sus opiniones, de manera que sirva como cauce para acercar la Empresa a la Familia y fortalecer la cohesión familiar entorno al proyecto empresarial.
- b) *Consejo de Familia*. Es un órgano integrado por miembros de la familia (normalmente el fundador o fundadores y un representante o más de cada rama familiar) y tiene como principales misiones asegurar la buena convivencia entre los miembros de la familia y la aplicación o, en su caso, revisión del Protocolo Familiar.

Sus funciones suelen orientarse a normalizar y encauzar las relaciones de la Familia con la Empresa mediante la configuración de normas de comportamiento de los miembros de la familia dentro de la Empresa, sirviendo como instrumento para transmitir las inquietudes de los miembros familiares. En ocasiones, suele configurarse también como un órgano social que cumple funciones consultivas en determinadas cuestiones de especial sensibilidad para la familia.

Asimismo, puede cumplir también una función tutelar respecto de los jóvenes familiares con la finalidad última de favorecer entre ellos un mejor conocimiento sobre la realidad de la Empresa y las cuestiones que la afectan, revelándose como un mecanismo idóneo para limitar en un futuro conflictos (el *accionista ilustrado*). En tal sentido, es habitual contemplar el desarrollo de programas educativos y de información de la Empresa, la creación de un fondo de becas para

estudios especializados, etc. Por último, también realiza tareas de mediación y resolución de posibles conflictos familiares.

B) POLÍTICA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

El control de acceso a la propiedad de la Empresa y su limitación a extraños es una preocupación constante en toda Empresa Familiar. Un pacto esencial que suele contemplarse en el Protocolo Familiar es el establecimiento de una política de transmisión de la propiedad del patrimonio empresarial, *inter vivos* o *mortis causa*.

De forma casi unánime, dicha política se basa en el *principio de la consanguinidad* (por naturaleza o adopción) con el fundador de la Empresa, de tal manera que el grupo familiar únicamente admite la posibilidad de que cualquier miembro familiar pueda enajenar su participación social dentro de la Familia, definida ésta como el conjunto de descendientes consanguíneos o por adopción del fundador de la Empresa. Dicho principio tiene como única excepción la posibilidad de transmitir, por cualquier título, a favor de cónyuges y afines un derecho real de usufructo, siempre que no contemple a favor del beneficiario ninguna capacidad de decisión en la administración y gobierno de la Empresa y su contenido quede circunscrito al derecho económico del dividendo, correspondiendo a los nudos propietarios (hijos, nietos, sobrinos, etc.) el resto de facultades y derechos políticos y económicos previstos en la legislación societaria.²⁶

2. Instrumentos jurídicos de desarrollo

Como hemos comentado el Protocolo Familiar se identifica con un carácter constituyente, requiriendo que su contenido deba ser convenientemente desarrollado para alcanzar plena eficacia y vinculación jurídica a través de otros instrumentos jurídicos.

Estos son los principales:

2.1 *Estatutos corporativos*

Cuando la Empresa Familiar adopta una forma societaria, se plantea como primera cuestión cuál de todos los tipos sociales admitidos en la legislación societaria española es el más conveniente. Para responder a esta pregunta no existe un axioma general sino que, como siempre ocurre cuando hablamos de la Empresa Familiar, debe estudiarse minuciosamente la configuración y objetivos de la Familia y de la Empresa para decidirse por elegir un tipo social u otro.

Sin embargo, debe reconocerse que, en la mayoría de los casos, los asesores se inclinan por escoger el tipo societario de la Sociedad de Responsabilidad

²⁶ Véase los artículos 67 a 71 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y el artículo 36 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Limitada. La razón de ello reside en que ofrece indudables ventajas al convivir en dicho tipo societario elementos personalistas y capitalistas. Junto a la limitación de la responsabilidad, se le reconoce un carácter marcadamente personalista y eminentemente cerrado en cuanto a la transmisión de la titularidad.

Al mismo tiempo es un tipo societario que acepta un gran ámbito de actuación a la autonomía de la voluntad que permite diseñar un régimen jurídico societario plenamente adaptado a los intereses y necesidades concretos. Otras indudables ventajas son la flexibilidad y ahorro de costes en el funcionamiento de sus órganos sociales al reconocer la posibilidad —en sustitución del sistema de anuncios públicos— de convocar la Junta de socios mediante un procedimiento de comunicación individual y escrito,²⁷ la no obligación de solicitar un informe de experto independiente para las aportaciones no dinerarias,²⁸ junto a un refuerzo de los derechos de la minoría en cuanto a la información y examen de la contabilidad y la regulación de posibles conflictos de intereses de los administradores sociales.²⁹ En cualquier caso, debe estarse al supuesto de hecho concreto para aconsejar en función de los intereses en juego si es conveniente o no adoptar el tipo societario de sociedad limitada o el de una sociedad anónima de carácter más o menos cerrada.

Con el fin de garantizar la plena eficacia jurídica entre los socios y frente a terceros, sin duda es recomendable, introducir la política de transmisión de la propiedad por línea de sangre (por naturaleza o adopción) en los Estatutos corporativos de la Empresa para su posterior inscripción en el Registro Mercantil.

La Ley de Sociedades Limitadas (artículos 29 y siguientes) permite, tanto en la transmisión *inter vivos* como *mortis causa*, configurar por la autonomía de la voluntad qué transmisiones deben considerarse libres y cuáles sujetas a restricción, pudiendo establecer en estas últimas un sistema de autorización o de derecho de adquisición preferente que normalmente suele establecerse de forma sucesiva: primero a favor de los miembros de la misma rama familiar; en su defecto, a favor de las otras ramas familiares; y en último lugar, a favor de la propia Sociedad.³⁰

²⁷ Artículo 46 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

²⁸ Artículo 20 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

²⁹ Artículos 51 y 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

³⁰ Conforme la nueva letra d) del apartado 1 del artículo 40 de la LSRL, introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad Limitada Nueva Empresa, se admite la posibilidad de que la sociedad pueda adquirir sus propias participaciones sociales cuando sea autorizada por la Junta General, se efectúe con cargo a reservas y tenga por objeto, entre otros supuestos, adquirir las participaciones como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, estableciendo que deberán ser amortizadas o enajenadas en 3 años.

Una cuestión de gran delicadeza es la determinación del precio o *valor razonable* de las participaciones transmitidas y su forma de pago, centrándose dicha inquietud en la determinación de un sistema de tasación de la empresa que pueda alcanzar una aproximación lo más exacta posible al justo y exacto valor de la misma. En la práctica, a falta de consenso sobre el sistema de valoración más adecuado para conocer el valor del patrimonio empresarial, dicha cuestión se resuelve encargando la tasación al auditor de la sociedad o, en su defecto, aquél que designe el Registrador Mercantil competente.³¹

A través de la regulación en estatutos sociales de los pactos de sindicación se resuelve el problema que pudiera plantearse ante un eventual supuesto de que, ya sea por sucesión intestada o por existir un testamento discordante no se respete la política de transmisión de la propiedad expresada en el Protocolo Familiar. En tal caso, y aun reconociendo la validez del título sucesorio, en base a las normas estatutarias debidamente inscritas en el Registro Mercantil es posible negar al sucesor, universal o particular, la condición de socio y satisfacerle en metálico el valor real de las participaciones contenidas en la herencia o legado.

En atención al efecto que pueden jugar los pactos estatutarios de sindicación o limitación de la propiedad es por lo que se ha llegado a decir que tales pactos son la transposición al siglo XXI de los fideicomisos, en la medida en que viene a ser la institución jurídica que garantiza la propiedad de la Empresa (antes casa o empresaria familiar agraria) dentro del tronco familiar.

2.2 *Pactos Extraestatutarios o Parasociales*

En ocasiones, bien porque se trate de pactos relativos a la Empresa de carácter personal (y por tanto no incorporables a los estatutos sociales), bien porque se quiera que ciertos acuerdos de índole societaria queden reducidos al ámbito familiar, es posible suscribir entre los socios familiares determinados documentos privados conocidos como *pactos extraestatutarios o parasociales*.

La doctrina mercantilista admite con carácter general la validez de los pactos parasociales como, por ejemplo, los sindicatos de voto, dirigidos a mantener el control de una sociedad mediante la obligación de todos los miembros de votar conjuntamente y en el mismo sentido en todos o determinados asuntos societarios. También, en ocasiones se suelen establecer pactos de venta conjunta, dirigidos a garantizar la protección de los socios familiares minoritarios, para el caso de que el socio mayoritario alcance un acuerdo con un tercero para vender su participación.

³¹ Artículos 29, para las transmisiones *inter vivos*, y 32.2, para las transmisiones *mortis causa*, de la L.S.R.L.; artículo 64.1 de la L.S.A; y artículos 100 y 123.6 y 7 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.3 *Capitulaciones matrimoniales y Pactos de convivencia*

Dentro del Protocolo Familiar es habitual también contemplar una obligación por parte de todos los firmantes que sean o vayan a ser titulares de la Empresa, a otorgar capitulaciones matrimoniales, pactos de convivencia o de ayuda mutua, un régimen económico matrimonial o de pareja de separación absoluta de bienes, que asegure al cónyuge familiar la conservación del patrimonio empresarial como bien privativo y su libre administración, con el objeto de que en todo momento se eviten intromisiones por parte del cónyuge no familiar.

En tal sentido, uno de los principales retos en materia capitular consiste en explorar los límites del derecho a la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar reconocido en los artículos 10, 11 y 15 del Código de Familia catalán (en adelante, CF) y, más recientemente, en el artículo 111.6 del Código civil catalán (en adelante, CCCat), siempre con pleno respeto y sin vulnerar los límites impuestos por la ley, las buenas costumbres y la igualdad de derechos entre los cónyuges.

A continuación, trataré de algunos pactos más utilizados en la praxis jurídica de contenido personal, patrimonial y sucesorio.

A) Pactos de contenido personal

Como pacto más frecuente en la práctica está el nombramiento o exclusión de tutores para los casos de fallecimiento o privación de la patria potestad de ambos progenitores (artículo 173 CF).

B) Pactos de contenido patrimonial

Dentro de los pactos de contenido económico que reflejan los derechos, obligaciones y aportaciones, podemos distinguir varios tipos de cláusulas: las de determinación del inventario y fijación de su procedencia, que suelen ser muy convenientes para evitar la presunción legal de cotitularidad prevista en el artículo 40 del CF sobre titularidades dudosas y las donaciones *propter nupcias*, en cuyo caso deben especificarse de forma clara los supuestos de revocación y reversión.

Pero sin duda, el pacto económico de mayor calado consiste en la determinación del régimen económico matrimonial por el que los contrayentes habrán de regirse durante el matrimonio.

De todos los regímenes previstos legalmente en la legislación catalana (separación de bienes, de participación en las ganancias y el de comunidad de bienes) el más frecuente y recomendable es el de separación absoluta de bienes. Pero ello no quiere decir que sea una cuestión monolítica sino que, en ocasiones, en función de las circunstancias concretas del matrimonio, de la edad y patrimonio personal de los cónyuges es posible que el régimen económico matrimonial más

conveniente sea otro, convenientemente modulado para respetar el compromiso de conservación y mantenimiento de la Empresa dentro de la Familia.

Así, puede haber circunstancias que aconsejen el establecimiento de una régimen de comunidad de bienes pero limitando su ámbito objetivo a todos o determinados bienes no empresariales o, incluso, únicamente sobre los frutos y rentas de dichos bienes, y ello con el fin de asegurar de presente un futuro económico al cónyuge y, en ocasiones, una correcta fiscalidad familiar.

Si el régimen es el de sociedad de gananciales, es posible, por ejemplo, pactar que las nuevas acciones o participaciones sociales suscritas en una ampliación de capital con cargo a reservas tengan carácter privativo y no generen un crédito ganancial, o impedir que la sociedad de gananciales sea acreedora del incremento patrimonial de la Empresa derivado de la actividad de un cónyuge y, en correlación, los gastos derivados de la misma no deban ser sufragados con los bienes comunes.

En cuanto al régimen de separación de bienes previsto en el Código de Familia (artículos 37 y siguientes) interesa destacar la discusión doctrinal³² que existe sobre la naturaleza dispositiva de la compensación económica por razón de trabajo prevista en el artículo 41 CF, que contempla, para los casos de separación judicial o divorcio o nulidad, la posibilidad de que el cónyuge que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge tiene derecho a recibir de éste una compensación económica en el caso de que se haya generado una alteración de desigualdad en el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

A falta de una jurisprudencia consolidada, y como medida de precaución es habitual incluir pactos que delimiten el régimen económico matrimonial de separación de bienes con exclusión del crédito indemnizatorio previsto en el artículo 41 del CF. Dicha exclusión tiene su fundamento en que se trata de un derecho contemplado dentro del régimen legal de separación de bienes y no en el Título III sobre los efectos de la nulidad, del divorcio y de la separación judicial, y por tanto sujeto a lo dispuesto en los artículos 10 y 15 del CF, que regula el principio de libertad de contratación. Con carácter subsidiario, para el caso de que se consideraran irrenunciables, se establecen pactos de modulación de

³² Véase, entre otros: Egea Fernández, J., “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Pr. Dr. D. Luís Díez-Picazo, Tomo III*. Madrid, Civitas, 2003, pp. 4.551 y ss.; Ortuño Muñoz, P., “Comentario al artículo 41 del CF”, en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mutua*, Egea/Ferrer (Dirs.), Madrid, Tecnos, 2000, pp. 231 y ss.; López Burniol, J.J. *Comentario al artículo 15 del CF*, en op. cit. pp. 152 y ss.; Lamarca i Marquès, A., “Separación de bienes y desigualdad patrimonial; la compensación económica por razón del trabajo. Comentario a la STSJC de 21/10/2002”, *in Dret* 01/2003, pp. 1 y ss. (www.indret.com)

tales derechos para los que únicamente deberá tenerse en cuenta el incremento patrimonial derivado de las rentas del trabajo u otros frutos y rentas, evitando incluir en el cómputo las alteraciones patrimoniales del patrimonio empresarial o de otros bienes preexistentes ni de aquéllos que han sido adquiridos con posterioridad por subrogación o a título gratuito.

C) Pactos en previsión de una crisis matrimonial (artículo 15.2 CF)

Desde época reciente se han venido introduciendo en las capitulaciones matrimoniales una serie de pactos o acuerdos preventivos en atención a una eventual crisis matrimonial y con el objeto de regular sus consecuencias. Sabido es que dichos pactos no son propiamente un convenio regulador de la separación pero sí, al menos, un acuerdo previo que, salvo que las circunstancias se alteren de forma relevante, podrá servir para la formación del mismo en su momento o tener eficacia en un procedimiento contencioso.

Entre otros pactos suele regularse el destino de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial, diferenciando las situaciones en función de la existencia o no de descendencia común, y contemplando la posibilidad de que el cónyuge propietario, caso de no tener la guarda y custodia, pueda liberar su propiedad ofreciendo a cambio el uso de una vivienda de similares características y en el mismo entorno.

Además suele preverse la renuncia entre los esposos a cualquier compensación patrimonial entre ellos como consecuencia de la crisis conyugal, renuncia que puede establecerse de forma gratuita o tras haber convenido una contraprestación patrimonial que, a juicio, del cónyuge beneficiario se estima suficiente para el mantenimiento de un nivel de vida digno tras la ruptura conyugal.

D) Pactos sucesorios y heredamientos

La admisión de la sucesión contractual por el derecho civil catalán supone una ventaja para solucionar problemas de continuidad de la Empresa Familiar. Más adelante señalaremos la utilidad que tienen este tipo de pactos en la sucesión de la Empresa Familiar. Sólo cabe decir en este momento, que no faltan voces autorizadas que cuestionan la necesidad de que este tipo de pactos deban constar en pactos o capitulaciones matrimoniales.

Finalmente, recordar que para que para surtan efectos frente a terceros las capitulaciones matrimoniales debe hacerse mención de ellas en la inscripción de matrimonio que se practique en el Registro Civil que corresponda, así como de los demás pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio (artículo 17.2 del CF). En el caso de que las capitulaciones afectaran a inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos se harán constar en el Registro de la Propiedad. En caso de existir

contradicción entre ambos registros públicos prevalecerá lo inscrito en el Registro Civil.

2.4 *El Testamento y Pactos sucesorios*

Asimismo, en el Protocolo Familiar todos los firmantes se comprometen a otorgar aquellas disposiciones testamentarias que sean congruentes con los compromisos adquiridos de manera libre y voluntaria y con pleno respeto de la voluntad individual en cuanto al Patrimonio personal o resto de bienes.

El éxito de una planificación sucesoria reside en conjugar el difícil equilibrio entre la sucesión en la gestión y en la propiedad de la Empresa Familiar, con el pleno respeto a los derechos forzosos y del cónyuge viudo, evitando que los bienes salgan fuera del tronco familiar, y asegurar una correcta fiscalidad.

Por ello, es habitual distinguir y organizar los bienes clasificándolos entre *Patrimonio Empresarial* (normalmente bajo una estructura societaria que, además de otras ventajas financieras y fiscales, favorece el control y simplifica la transmisión) y *Patrimonio Personal*, compuesto en su mayor parte por bienes muebles e inmuebles de uso personal y activos financieros.

A la hora de ordenar la sucesión deben ser tenidas en cuenta, en primer lugar, las limitaciones a la libertad de disposición de la empresa impuestas por el sistema de legítimas aplicable. Dentro del territorio español el sistema de legítimas varía considerablemente dependiendo de la legislación civil sucesoria aplicable, pudiendo no existir limitación legitimaria alguna (Navarra), o alcanzar ésta hasta cuatro quintas partes del patrimonio hereditario (territorio aforado de Vizcaya).

El artículo 1056, apartado segundo, del Código Civil, tras su reciente modificación³³ contempla una norma de especial importancia al disponer que:

“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica, o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas, podrá usar la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a constar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no hubiere establecido la forma de pago de la legítima, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No

³³ Introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 841 y en el párrafo primero del artículo 844.”

Sabido es que la naturaleza de la legítima en el Código Civil es *pars bonorum*, si bien dicho principio general quiebra en algunos supuestos excepcionales como en el antecitado artículo 1506.2 del Código Civil que se acerca al concepto de *pars valoris bonorum*. La presente norma ha sido bien recibida por los operadores jurídicos si bien tiene un alcance limitado. Como señala LLOPIS GINER,³⁴ con la reforma se ha ampliado el ámbito subjetivo de la norma, al ser sustituido el término «padre» por el de testador, y ya no se refiere a «hijos» sino a los demás interesados. En cuanto a los interesados que deben percibir sus derechos legitimarios en metálico parece que se refiere a cualquier legitimario, estos es, a los demás descendientes o ascendientes e incluso también al cónyuge. Por otro lado, se introduce la particularidad de permitir que el pago de la cuota legitimaria se realice con metálico extrahereditario (a diferencia de la regla del artículo 842 del Código Civil) con la posibilidad de aplazamiento por un plazo de cinco años a contar desde el fallecimiento.

No obstante, la reforma del artículo 1056 del Código Civil ha sido tachada de parcial y poco profunda, manteniéndose un problema fundamental como la imposibilidad de aplicar dicha norma testamentaria a la explotación económica o sociedad de carácter ganancial, por lo que únicamente tendrá eficacia si en la liquidación de gananciales se adjudica al testador la explotación económica o la sociedad de capital.

Una posible solución que cada vez más levanta un mayor interés es la posibilidad de planificar la sucesión de la Empresa Familiar a través de la sucesión contractual. Ello permitiría afrontar en vida del causante el problema de la sucesión desde parámetros puramente negociales e involucrar de forma realista y comprometida a los descendientes en el futuro y también en el presente de la Empresa. Con ello se conseguiría asegurar la incorporación de las sucesivas generaciones a la Empresa y garantizar el equilibrio y proporcionalidad en el negocio de las distintas ramas familiares.

Esta figura de la sucesión contractual aun cuando está prohibida en el Código Civil es reconocida por diferentes legislaciones civiles autonómicas y prevista además, por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre de 1981, que aprueba el estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.

³⁴ Llopis Giner, J.M. “La libertad del testador, su facultad de partir. Comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en *La Empresa Familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales* (coord. Reyes López, M.J.), Monografía nº 11 de la *Revista de Derecho Patrimonial*. Aranzadi. 2004. pp. 60 y ss.

En Cataluña, es posible hacer uso de la figura jurídica del *heredament*, de honda tradición histórica en el ámbito agrario pero actualmente en desuso, y no sólo en situaciones de ruptura matrimonial.³⁵

Aun cuando dicha figura únicamente está pensada para la conservación de la “casa” en un medio socio-económico de carácter rural, las adaptaciones introducidas en el Código de Sucesiones abren la puerta tímidamente para ampliar su ámbito objetivo de aplicación y revelarse como un instrumento útil para conseguir el objetivo de garantizar la conservación y sucesión de la Empresa Familiar. Debe reconocerse que existen algunos inconvenientes legales que pueden ser soslayados mediante la configuración de un adecuado pacto sucesorio. Entre ellos, cabe mencionar su posible ineficacia en supuestos de nulidad o divorcio –justo cuando resultan más necesarios- al disponer el artículo 20 del CF, letra b), la ineficacia por nulidad o divorcio de los heredamientos puros a favor de la descendencia del matrimonio. A mi juicio, dicha norma no tiene un carácter imperativo y, en consecuencia, cabe pactar expresamente en el heredamiento que aun en dichos supuestos los heredantes quieren que se mantenga la eficacia del pacto sucesorio.

A pesar de la prohibición general de la sucesión contractual, el Código Civil contempla supuestos claros aunque parciales de pactos sucesorios. Quizá el más utilizado sea el pacto o promesa de mejorar o de no mejorar, previsto en el artículo 826 del Código Civil, que tiene cierta utilidad en caso de que se quiera beneficiar a un hijo del resto por su contribución y trabajo en la Empresa Familiar.

Por lo que se refiere a la política testamentaria, en la práctica jurídica se ha constado que algunas pautas jurídicas favorecen la consecución de los mencionados objetivos, siempre en coordinación con los Estatutos Corporativos. Veámoslos:

- 1 Utilización de la sustitución fideicomisaria como alternativa al derecho de usufructo o en caso de incapaces, otorgando un amplio margen para su disposición en virtud del artículo 221 del Código de Sucesiones.

En determinadas situaciones difíciles para la conservación de la Empresa Familiar (ausencia de sucesor en la siguiente generación, etc.) se ha venido aplicando la figura de la sustitución fideicomisaria. No obstante, tal como ocurre en otros países, se hecha en falta en nuestro ordenamiento jurídico otras instituciones más flexibles como, por ejemplo, la posibilidad de constituir patrimonios fiduciarios o de

³⁵ En este sentido, López Burniol, J.J. ha puesto de relieve la utilidad y vigencia del heredamiento y las capitulaciones matrimoniales para la conservación de la empresa familiar (véase, p. ej. su discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya bajo el título “La Resurrecció dels capítols matrimoniales”).

afectación, en el sentido en que se contempla la figura de la “fiducia” en la propuesta del Libro IV del Código Civil catalán, relativo a las Obligaciones y Contratos, como transposición del *Trust* anglosajón al *Civil Law*. También podría resultar interesante el reconocimiento de las Fundaciones de interés Familiar, prohibidas actualmente por el artículo 34.2 de la Constitución Española.

- 2 Disposición a favor del cónyuge viudo de un derecho de usufructo limitado sobre el Patrimonio Empresarial.

Dicha limitación consistiría en la atribución al usufructuario de todos los derechos económicos o sólo del derecho al dividendo, correspondiendo al nudo propietario el resto de derechos económicos y los derechos políticos. Dicha distribución de derechos debe estar oportunamente coordinada con los estatutos de la sociedad.

En caso de extenderse el derecho de usufructo también sobre fondos de inversión de carácter acumulativo, deberá tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 1 y 30.5 de la Ley catalana de Usufructo, Uso y Habitación, que concede al cónyuge beneficiario la posibilidad de optar por dos sistema de atribución del rendimiento, lo que sin duda puede ser completado o modificado por otro que libremente designe el testador y permita asegurar que el usufructuario perciba el incremento anual del valor liquidativo.

- 3 Limitación en la administración y disposición de bienes heredados por menores e incapaces y nombramiento de administradores patrimoniales (artículo 150 del CF) con facultades de administración extraordinaria (artículo 153.1 del CF).

En virtud de lo previsto en el artículo 149 del CF, cabe disponer en testamento una limitación en la disposición y administración de los bienes y sus frutos y rentas, para el caso de sucesores menores de edad o, incluso, hasta que cumplan una edad que, a juicio del testador, haga presuponer que han alcanzado una madurez suficiente (p. ej. hasta los veinticinco o treinta años de edad). Durante dicho período es posible someter la administración a uno o varios administradores patrimoniales (a veces denominado *Consejo de Gerencia Familiar*), con plenas facultades de disposición y reinversión de los bienes y sus frutos y rentas siempre que lo aconseje una buena administración de los mismos sin necesidad de contar para ello con la autorización judicial o parental (artículo 153 del CF).

- 4 Nombramiento de tutor (artículo 173 CF) y, en su caso, de un Consejo de Tutela (artículo 226 CF).

En determinados supuestos resulta recomendable ordenar, en escritura pública o testamento, el nombramiento o exclusión de determinadas personas que, en defecto de los progenitores o en situación de incapacidad sean las más idóneas para cumplir las funciones de tutela. La constitución de un Consejo de Tutela se revela como una posibilidad interesante para desjudicializar la materia.

- 5 Nombramiento de un albaceazgo universal con funciones de interpretación de la voluntad testamentaria y de arbitraje en caso de conflicto, salvo en materia de legítimas.

No es infrecuente ver cómo surgen los conflictos familiares entre los herederos familiares cuando llega el momento de la partición de la herencia. Para reducir al máximo posible la posibilidad de conflicto y evitar que ello pueda distorsionar al gobierno de la Empresa, resulta recomendable la designación de un albacea con las funciones más amplias posibles (universal) para ejecutar la voluntad testamentaria, administrar la herencia hasta la entrega a sus herederos, otorgándole además facultades de mediador o árbitro en caso de surgir cualquier controversia. Una cuestión que no debe pasar por el alto a la hora de su designación es la fijación de su remuneración, a fin de evitar la retribución establecida por el artículo 314 del Código de Sucesiones, que la fija en el diez por ciento del valor de la herencia, lo que en supuestos en que forme parte del caudal relicto una Empresa Familiar, puede resultar una cantidad injustificadamente onerosa.

- 6 La previsión de la cautela *gualdense* o *socini*, prevista en el artículo 360.2 del Código de Sucesiones, constituye un mecanismo eficaz para respetar la voluntad testamentaria. Mediante la *cautela socini* el testador dispone que si algún legitimario no aceptare íntegramente su voluntad se reduzcan las atribuciones testamentarias a la cuota de su legítima estricta. En la práctica, dicha cláusula refuerza y garantiza de manera notoria la aplicación de limitaciones de administrar y disponer, las sustituciones fideicomisarios, derechos reales de usufructo, etc.

IV. CONCLUSIÓN

En la década pasada, se ha despertado de forma justificada un interés sobre la compleja realidad de las empresas familiares, que constituyen el motor de la economía nacional, y los problemas que específicamente le rodean, destacándose por encima de las demás el elevado riesgo de desaparición ante el relevo generacional.

Un instrumento que se ha revelado útil para afrontar la problemática de las Empresas Familiares es el Protocolo Familiar, nacido de la práctica jurídica como un acuerdo o contrato multilateral de todos los socios familiares, unidos por un espíritu de conservación y permanencia conjunta, en el que se regulan las relaciones entre los miembros de la Familia y de ésta con la Empresa.

Pero, siendo importante la redacción de un Protocolo Familiar, no basta solamente con ello, sino que también es necesario para que tenga plena eficacia jurídica desarrollar determinados acuerdos a través de otros instrumentos jurídicos como son los Estatutos Sociales corporativos, las Capitulaciones matrimoniales o Pactos de convivencia y los Testamentos o Pactos sucesorios.

Todo ello exige que el operador jurídico sepa manejar con habilidad y sentido común las distintas figuras jurídicas que existen en distintos ámbitos del derecho para crear una estructura jurídica coherente, sólida y flexible que permita alcanzar el mayor reto que tienen las Empresas Familiares, su conservación y continuidad dentro de la Familia.

PENSIÓ COMPENSATÒRIA I ALIMENTS ENTRE CÒNJUGES: PROPOSTES I CRITERIS D'ESTANDARDITZACIÓ

AVEL·LINA RUCOSA ESCUDÉ

ADVOCADA

SUMARI

I. Introducció. Problemàtica que planteja avui la pensió compensatòria	149
II. Catalunya i Espanya	151
1. La pensió compensatòria	151
2. Aliments entre cònjuges	159
3. La compensació patrimonial de l'article 41 del Codi de família.....	161
4. Anàlisi de jurisprudència recent	164
5. Experiència personal (com a advocada que exerceix en família).....	170
III. Fora d'Espanya	172
1. Dret comparat entre les diferents legislacions europees en matèria de pensió compensatòria	172
2. Estudi del dret alemany i la seva <i>Düsseldorfer Tabelle, Berliner Tabelle, i les Richtlinien o Leitlinien</i>	176
IV. Situació social i actual en el nostre país. Propostes respecte a la legislació catalana i espanyola	182
V. Resum	183
VI. Epíleg	186
VII. Bibliografia i legislació.....	187
VIII. Annex. Estadístiques	189
1. Pensió compensatòria.....	189
2. Compensació econòmica.....	207

I. INTRODUCCIÓ. PROBLEMÀTICA QUE PLANTEJA AVUI LA PENSIÓ COMPENSATÒRIA

En començar el tema, em plantejava, des del terreny eminentment pràctic, com és el meu, una sèrie de preguntes:

1. És possible una pensió compensatòria limitada en el temps i en la quantia, com a norma general, segons algun tipus de barem o tant per cent?
2. És necessària una institució judicial superior que dicti normes orientadores a seguir en aquest àmbit? Aquestes normes han de ser orientadores i/o vinculants?

El perquè d'aquestes preguntes té la seva raó, ja que actualment sembla un fet ja superat que una dona treballi fora de la llar, sigui com a treballadora manual, artesanal o professional qualificada de múltiples disciplines, tal com es pot veure a les aules universitàries, on les dones són cada cop més nombroses. I precisament

en aquest canvi social rau el gran conflicte que es planteja avui en la institució de la pensió compensatòria. Per una banda, en l'àmbit espanyol, tenim un Codi civil, fruit d'una època molt més conservadora, en què la dona tenia el seu lloc dins la llar i amb els fills, la qual cosa influenciava la legislació, i no es va establir que aquesta pensió havia de tenir un límit temporal, ja que es preveia que la dona havia de ser sustentada pel marit eternament.

Per altra banda, el Codi de família de Catalunya, la Llei 9/1998 de 15 de juliol, molt més pròxim a la nova realitat, introdueix l'element de la temporalitat com a gran novetat en la nostra legislació catalana. No obstant això, aquesta temporalitat encara s'ha de desenvolupar molt més, no només en el pla jurisprudencial, sinó especialment en l'esfera normativa o orientadora, amb la possibilitat¹ o esperança de tenir com a referents innovacions legislatives que ja s'han dut a terme en diversos països europeus i que de ben segur ajudaran i recolzaran no només el poder judicial, sinó també el ciutadà del carrer, tant homes com dones, amb una posició que esdevindrà reforçada tant en les negociacions com en els plets matrimonials, ja que si hi hagués uns barems i uns límits temporals, *tothom sabria més a què s'ha d'atenir*; això, sense deixar de protegir la dona en el cas que ho necessiti i quan sigui la part més feble.

És evident que la societat espanyola ha canviat des de la promulgació del Codi civil, i la catalana encara més, ja que la dona no només està inserida en el món laboral, sinó que a més, i com a conseqüència d'aquesta realitat, gaudeix d'un poder adquisitiu que obliga a revisar la nostra legislació, i potser també a innovar en els criteris existents en matèria de pensions compensatòries. També s'haurà de ponderar el major temps que la dona acostuma a dedicar als fills, però, preferiblement, crec que aquesta qüestió s'hauria de ponderar més a l'hora d'establir la pensió d'aliments als fills.

Voldria esmentar també que, amb aquesta incorporació de la dona al món laboral, també hi ha excepcionalment la dona forta econòmicament a qui toca pagar una pensió (en molt pocs casos, encara que es dona de manera molt excepcional). Però sí que és més freqüent el cas de la dona més rica per herències o empreses familiars que cedeix algun bé o immoble com a compensació de l'article 41 del Codi de família. Això pot anar en augment, però també he d'afegir que això a les dones encara els molesta més que als homes.

Però repeteixo que és més excepcional: bàsicament, les pensions compensatòries són pagades pels homes, per això, de manera més general, em referiré a les dones com a creditors de la pensió compensatòria, sense voler ser discriminatòria.

¹ Si bé persistiran els problemes en relació amb "l'execució d'aquestes pensions", perquè la nova reforma pràcticament no fa referència a aquest aspecte, no modifica la Llei d'enjudiciament civil, però fa una regulació més conflictiva dels embargaments i les ampliacions de les execucions.

Aquest canvi social sembla que, en part, es vol reflectir en el nou avantprojecte de reforma de la Llei de divorci, que ja es titula *La nova llei del divorci*, i en relació amb aquesta ponència i amb les preguntes que em plantejava inicialment, ja me n'ha contestat una: *la pensió temporal sí que és possible en l'àmbit del Codi civil*. També és cert que aquest avantprojecte ens afegeix una altra pensió: la *pensió vitalícia*, a la qual, segons la meva opinió, crec que s'hauria de treure l'adjectiu i deixar-hi tan sols *pensió*. Tantes novetats i canvis fan més interessant l'estudi d'aquests temes, i ho hem d'anar fent sobre la marxa, perquè l'avantprojecte és pràcticament d'abans-d'ahir i durant la seva tramitació s'hi aniran introduint nous canvis.

Aquests canvis anunciats a l'avantprojecte també fan plantejar-se noves preguntes: com quedarà l'aplicació de l'article 100 del Codi civil en relació amb aquesta "pensió vitalícia" que es vol introduir? Es poden posar terminis a la pensió compensatòria? Es podrien arribar a establir percentatges en lloc de quanties periòdiques?

Les preguntes que em plantejava en aquesta introducció, juntament amb altres propostes que crec que podrien ser d'utilitat, poden tenir la seva resposta en l'estudi que exposo a continuació, fent primer una breu anàlisi comparativa del Codi civil i les lleis catalanes en aquests punts concrets, i després, fent referència a la jurisprudència actual, compresa entre l'any 2000 i l'any 2003, de les diferents audiències provincials, a la meva experiència personal, al dret comparat –concretament, un estudi del dret francès i alemany– i finalment, una referència a la situació social actual al nostre país. Però l'Avantprojecte anunciat també m'obliga a canviar la meva exposició i oblidar-me una mica del que tenim ara i centrar-me en la futura reforma.

II. CATALUNYA I ESPANYA

1. La pensió compensatòria

1.1. *Reforma futura de la Llei del divorci*

Seguint les paraules del Ministre de Justícia, amb aquesta reforma es pretén:

- Eliminar les causes de divorci.
- No és una reforma orgànica ni processal; per tant, no hi ha un pressupost per justícia ni canvi de la llei processal.
- Donar entrada a la custòdia compartida.
- Que la part més dèbil sempre estigui protegida.
- Treure el pas previ de la separació.

Bé, amb tot, l'únic gran pas d'aquesta reforma seria l'eliminació de la separació prèvia, el temps per sol·licitar el divorci de tres mesos des que es va contraure

matrimoni i l'eliminació de les causes tant en la demanda com en la reconvençió. La resta, esperant conèixer la redacció del projecte definitiu, no és tan nova, ja que la custòdia compartida de mutu acord ja la teníem i es podia pactar en els convenis reguladors, i si és contenciós decidirà com ara el jutge. I amb referència al fet que s'aconsegueixi el divorci de mutu acord en deu dies, el Ministre de Justícia va afirmar a la ràdio que no havia dit exactament aquestes paraules i que el fet que la tramitació fos més ràpida depenia del fet que un jutjat treballés molt i estigués al dia, i podria ser de dos o tres mesos. Ara una utopia.

Les novetats anunciades pel Ministre de Justícia i la premsa en els diferents mitjans de comunicació respecte a les novetats d'aquesta reforma i pel que fa al tema que ens ocupa, que és la pensió compensatòria, al *Periódico, La Vanguardia*, etc., segons diversos titulars sobre aquest tema: “Pensión para el perjudicado, vitalicia, temporal o a tanto alzado (de una sola vez), según ingresos o patrimonio”. Així que, en principi, quant a la pensió compensatòria, en realitat només hi ha un canvi en les paraules *temporal* i *vitalícia* pel que fa a aquesta pensió. Analitzant, la regulació actual i el que sembla que vindrà, segons l'Avantprojecte de reforma de la Llei del divorci que ara tenim:

- a) Diu *pensió vitalícia*: al Codi civil ja ho era, de vitalícia, encara que no explícitament, però no hi ha una limitació temporal, i a més, l'article 99 del Codi civil estableix que “*en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión por la constitución de una renta vitalicia*”, i és l'única vegada que surt expressament aquesta paraula, *vitalícia*, referida a la pensió compensatòria. El Codi de família ja va avançar i va establir la possibilitat de limitar la pensió compensatòria en el temps, encara que és una facultat potestativa prevista a l'article 86.d.

Segons el text de l'Avantprojecte de reforma de la Llei, que parla de *pensió vitalícia*, el perill que hi haurà és si la paraula *vitalícia* voldrà dir —com em pregunto— que no es pot modificar en el temps, mentre que en família tot és modificable. Penso que seria més convenient treure el qualificatiu *vitalícia*, que va en contra del principi *rebus sic stantibus*, i deixar-hi simplement *pensió*.

- b) *Pensió temporal*: això sí que suposa un avenç respecte al Codi civil, encara que no respecte a la llei catalana, que ja preveu aquesta possibilitat o pensió temporal. Però sí que deixa enrere les sentències, com la que comentaré més endavant, del Tribunal Superior de Justícia que deia que no es pot posar límit a l'imprevisible. Doncs bé, ara hi haurà un límit a l'imprevisible (benvinguda sigui aquesta millora).

Els mitjans de comunicació també han comentat com a novetat de la reforma de la Llei del divorci la possibilitat, respecte a aquesta pensió compensatòria, que el jutge fixi un percentatge sobre els ingressos de l'altre,

que seria més semblant a la llei alemanya. Però aquesta novetat, per ara, no consta en l'Avantprojecte, encara que podria ser que s'introduís en la tramitació del projecte o amb les esmenes parlamentàries, etc.; ho sabrem definitivament un cop s'aprovi la Llei.

- c) *Una quantitat global en una sola entrega*: la novetat respecte al Codi civil, concretament respecte a l'article 99 del Codi civil, és que amb aquesta reforma això ho podrà fixar el jutge (l'article 97 de l'Avantprojecte estableix: "Según se determine en convenio o en la Sentencia"), i el que tenim actualment és una possibilitat voluntària, només per acord entre les parts. Si aquesta reforma permet al jutge fixar aquesta quantitat global d'un sol cop, aquesta determinació hauria de ser amb la prova prèvia que aquesta quantitat estigui en poder del deutor per poder-la fer efectiva. A la pràctica, molts homes preferiran aquesta solució, encara que dependrà de les quanties que es fixin.

1.2. *Legislació actual: el que tenim ara*

A) Pensió compensatòria al Codi de família (article 84) i al Codi civil (article 97)

A) CONCEPTE

La base d'aquesta pensió, la trobem en l'existència d'un perjudici en la situació econòmica d'una de les parts afectades, com també la hi trobem en el cas de la compensació patrimonial de l'article 41 CF, però enfocat, en aquest cas, a un desequilibri patrimonial, com a conseqüència de la separació, el divorci o la nul·litat, que sigui més elevat que el perjudici inevitable que provoca la ruptura matrimonial en les economies dels membres de la parella. *L'article 84* del Codi de família de Catalunya parla de situació econòmica "més perjudicada", de manera que si tots dos cònjuges pateixen igual el perjudici no es donen les circumstàncies d'aquest precepte i manca la base de la pensió.

B) NATURALESA JURÍDICA

Segons la regulació del Codi civil, té dret a la pensió el cònjuge que, com a conseqüència de la separació o del divorci, tingui una situació econòmica pitjor en comparació amb la situació econòmica de què gaudia durant el matrimoni i amb la situació econòmica de què gaudeix el seu cònjuge. Ens remetem a *l'article 97.1 del Codi civil* i, per altra banda, a *l'article 84 del Codi de família*.

La prestació imposada per aquests preceptes no és exactament ni indemnitzatòria per la ruptura ni alimentària. No suposa una indemnització del culpable a l'innocent per la ruptura del matrimoni, ja que en el divorci difícilment trobarem culpables legals, i menys després de la reforma de la Llei del divorci, que pretén eliminar les causes de la separació i del divorci, i a més, el legislador no

té en compte en cap cas qui va donar lloc a la separació. Tampoc no es tracta d'una pensió d'aliments en cas de necessitat: el cònjuge que demana la pensió únicament ha de provar el desequilibri econòmic que li és desfavorable, i llavors la pensió es determina a favor seu, sempre que el desequilibri es mantingui.

El dret a la pensió no és de caràcter necessari, sinó facultatiu, i l'ha de demanar judicialment el cònjuge que tingui les condicions que especifiquen l'article 97 del Codi civil i l'article 84 del Codi de família de Catalunya.

Majoritàriament, la doctrina i el Tribunal Suprem s'inclinen pel seu caràcter indemnitzatori, i no alimentari. En relació amb aquests plantejaments, considero convenient citar la professora Dr. Encarna Roca, que en el seu llibre *Familia y cambio social* afirma:

“[...] constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación.”

Tota indemnització ha de tenir un principi i un final, però això a la pràctica no és així, i actualment no és gens clar ni en la jurisprudència —com més endavant explicaré— ni en sectors de la doctrina. També hi ha sectors que destaquen que la naturalesa d'aquesta pensió és més una conseqüència del principi de solidaritat matrimonial o postconjugal, en una relació de causa i efecte d'un dany del qual s'ha de rescabalar. Però un cop dissolt el vincle matrimonial, aquesta solidaritat desapareix, *ja no obliga*. Per això, també hi ha altres sectors de la doctrina que s'inclinen més pel principi de justícia i equitat com a base d'aquesta pensió per rescabalar el cònjuge d'un perjudici o dany injust que s'origina en el moment del fracàs matrimonial, el qual s'ha de ponderar segons les circumstàncies que consten en els codis, i altres, i també s'han de tenir en compte la resta de mesures adoptades, com són els aliments als fills i el cabal que resta al creditor.

Per això, el fet que aquesta pensió compensatòria es configuri com un dret circumstancial fa que estigui subjecta sempre al principi *rebus sic stantibus* i que sigui variable o modificable d'acord amb el canvi de les circumstàncies. Encara que si ara a l'Avantprojecte de Llei de reforma del divorci s'hi afegeix la paraula *vitalícia*, què passarà amb aquest principi? Aquesta pensió vitalícia no es podrà modificar? Es perpetuarà en el temps sense poder-hi fer cap modificació, encara que canviïn les circumstàncies del creditor o deutor de la pensió? Per saber-ho exactament haurem d'esperar fins a la redacció definitiva de la reforma de la Llei del divorci.

C) SUPÒSITS EN QUÈ S'APLICA

L'article 97 del Codi civil deixa clar que la pensió compensatòria tan sols s'aplica en cas de *separació i divorci*, i l'article 98 CC parla del dret a *indemnització* que té el cònjuge de bona fe quan el seu matrimoni s'ha declarat nul.

En canvi, l'article 84 del Codi de família estableix la pensió compensatòria també en els casos de *nul·litat*, encara que només per al cònjuge de bona fe, malgrat que normalment les sentències de nul·litat no declaren la bona o la mala fe, però això seria motiu d'un altre debat o estudi. L'article 84 del CF ha solucionat, almenys a Catalunya, la problemàtica creada a l'article 97 CC en els casos de nul·litat, ja que moltes sentències entenien que aleshores només pertocaria la indemnització de l'article 98 CC per al cònjuge de bona fe (i no la pensió compensatòria).

D) DETERMINACIÓ I CONTINGUT DE LA PENSÍO

La determinació de la pensió serien els requisits per concedir aquesta pensió, i el contingut seria la quantia, i precisament aquest problema del *quantum* és el que no es resol mai, ni s'ha resolt actualment ni es resoldrà amb l'avantprojecte, i a més, *aquest és el nucli del "problema", i també és el nucli d'aquest treball.*

1. L'article 97 del Codi civil fa referència als criteris que s'han de tenir en compte a l'hora de determinar la pensió, per la seva condició de dret circumstancial. Aquestes circumstàncies són *ad exemplum* i constitueixen per al jutge criteris orientatius i no determinatius, no s'exclouen entre si i s'han de ponderar en conjunt.

L'Avantprojecte de la reforma de la Llei de divorci no modifica aquests criteris establerts a l'article 97, només varia la numeració dels apartats de l'article.

2. El mateix fa l'article 84.2 del Codi de família: dóna uns criteris que s'han de tenir en compte per determinar la pensió; exactament, estableix:

"Per a fixar la pensió compensatòria, l'autoritat judicial ha de tenir en compte: a) la situació econòmica resultant per als cònjuges com a conseqüència de la nul·litat, del divorci o de la separació judicial i les perspectives econòmiques previsibles per a un i altre; b) la durada de la convivència conjugal; c) l'edat i la salut d'ambdós cònjuges; d) si és el cas, la compensació econòmica regulada per l'article 41; e) qualsevol altra circumstància rellevant."

No es regula una llista tancada de criteris, sinó que s'enumeren una sèrie de circumstàncies, però es deixa obert a altres circumstàncies que es puguin donar.

En aquest apartat, cal fer referència a la relació entre la *pensió compensatòria de l'article 84 CF i la indemnització de l'article 41 CF*, ja que l'article 84.2.d CF condiona la quantificació de la pensió compensatòria a la fixació prèvia de la

indemnització compensatòria de l'art. 41 CF. És una circumstància que s'ha de tenir en compte a l'hora de quantificar la pensió compensatòria.

E) DIFERÈNCIES ENTRE L'ARTICLE 84 CF I L'ARTICLE 97 CC

Els criteris de quantificació que estableix l'article 84.2 CF són un *numerus apertus*, com hem dit anteriorment, i la qüestió és si s'han de tenir en compte les circumstàncies de l'article 97 CC, que, com també hem dit, són obertes. De fet, algunes coincideixen amb les de l'article 84 CF, però altres no, encara que en una primera ullada a l'article 84 del CF sembla que hi ha menys apartats i circumstàncies que a l'art. 97 del Codi civil, si bé, quan el paràgraf 2.e de l'art. 84 CF estableix: “*qualsevol altra circumstància rellevant*”, entenem que ja hi entren totes les circumstàncies de l'article 97 CC, i altres circumstàncies serien les que entrarien en els “acords” entre les parts, que considero que és una mancança important que no és prevista expressament ni al Codi civil ni al Codi de família.

Precisament això em fa tornar a les preguntes inicials:

1. És possible una pensió compensatòria limitada en el temps? Ara, amb la reforma de la Llei del divorci futura ja ho és, perquè preveu la “pensió temporal”.

2. La seva quantia es pot determinar o limitar segons algun tipus de barem o de percentatge? Segons la premsa, la futura reforma parla de “percentatges d'ingressos”, i sembla que es vulgui aclarir aquest punt del *quantum* de la pensió, però no ho aconsegueix.

3. Qui ha de determinar aquests barems o percentatges?

La raó de fer aquestes preguntes és òbvia, i després de preguntar-nos si la pensió compensatòria, primer, és una assegurança eterna i per a tota la vida, també si ha de ser més llarga i gran que la prestació de l'atur.

També, en segon lloc, perquè amb aquestes normes que tenim actualment (i no variaran segons l'Avantprojecte), que estan obertes a tantes circumstàncies, creix una gran incertesa respecte al justiciable que vol pagar i cobrar “el que marqui la llei”, però la llei és molt vaga i no fixa un *quantum* específic per a cada circumstància, ni un màxim ni un mínim, com després exposaré més detalladament.

F) ACTUALITZACIÓ I MODIFICACIÓ

Segons diu l'article 97.2 del Codi civil, “*en la resolució judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad*”, i l'article 100 CC permet, d'una manera limitada i per evitar possibles contenciosos entre els cònjuges, la possibilitat de modificar la quantia de la pensió:

“[...] fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.”

Si bé, si en un futur, com s'anuncia a l'Avantprojecte de la reforma de divorci, s'estableix la pensió compensatòria anomenada *vitalícia*, quina aplicació tindrà aquest article 100 del Codi civil respecte a aquesta "pensió vitalícia"?

L'article 84.3 del Codi de família estableix que:

"La pensió compensatòria ha d'ésser disminuïda si qui la percep passa a millor fortuna o qui la paga passa a pitjor fortuna."

Aquest article del Codi de família de Catalunya millora tècnicament l'article 100 CC, perquè, mentre que aquest últim únicament parla de modificació, en canvi l'art. 84.3 CF fa referència només a la disminució, ja que, de fet, és l'única possibilitat, tenint en compte tot el que hem dit fins ara de la pensió compensatòria i, particularment, els criteris quantitius i temporals que s'han d'aplicar.

G) PAGAMENT I GARANTIA

La voluntat del legislador sembla que està dirigida a fixar una pensió de periodicitat raonable: per mesos, en general, encara que en alguns casos les circumstàncies econòmiques poden aconsellar, per assegurar el cobrament, períodes més llargs. L'article 97.2 del CC es limita a ordenar al jutge que fixi en la seva resolució les garanties per a l'efectivitat de la pensió, sense especificar quines han de ser aquestes garanties.

Ara, amb la reforma es podria plantejar d'una manera diferent, o també introduir el pagament d'un sol cop, com a la legislació francesa, o terminis de pagament de la pensió que no siguin mensuals, però ja veurem com queda fixat el text definitiu.

Segons l'article 84.4 CF:

"A petició de part, la sentència pot establir les mesures pertinents per a garantir el pagament de la pensió i pot fixar els criteris objectius i automàtics d'actualització dinerària."

A diferència de l'article anterior del Codi civil, s'especifica clarament que aquestes garanties les ha de demanar la part interessada, de manera que el jutge no les pot establir sense petició, ni pot establir unes garanties diferents de les que demana la part.

H) SUBSTITUCIÓ DE LA PENSÍO

La pensió de què tractem pot ser objecte de substitució pactada entre els cònjuges. Aquesta possibilitat està expressament prevista a l'article 99 del CC. Els cònjuges, però, poden pactar una altra cosa, i es pot arribar a aquests acords durant la tramitació del procediment de divorci o de separació.

La novetat de la reforma seria que ho decretés el jutge.

Amb referència a l'article 85 del CF, en l'acord dels cònjuges es pot establir qualsevol criteri pel pagament de la pensió, i el jutge no ho pot desaprovar.

L'article 85.2 CF representa un avenç respecte a l'article 99 del CC, ja que aquest diu "*podrà convenir-se*" i no "*acordar-se*" la substitució de la pensió compensatòria, i aquell possibilita la imposició judicial a *petició d'una part*. S'entén que encara avui no es diu expressament, com es fa a l'article 84.4 del CF en referir-se a les mesures de garantia. Tal com està redactat, es podria donar el cas que el jutge ho fes ell d'ofici, però a la pràctica no ho he vist mai.

1) DURACIÓ I EXTINCIÓ DE LA PENSIÓ

1. La pensió compensatòria de l'article 97 del CC és, en principi, vitalícia, encara que no es digui, i el jutge no la pot limitar en el temps, malgrat que hi ha sentències que la limiten. Així es dedueix de l'article 101.1 del CC.

Per altra banda, l'article 97 del CC diu que "*el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor*". Per això, com a conseqüència, l'obligació de pagar la pensió passarà en aquest cas als hereus del deutor. Però l'article 101.2 del CC diu finalment:

"No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima."

Amb la reforma futura, com hem esmentat anteriorment, sembla que hi haurà una pensió vitalícia, una altra de temporal i una altra de pagament de cop.

2. L'article 86 del CF enumera les causes d'extinció de la pensió, entre les quals fixa una novetat, la possible "*temporalitat*", quan a la lletra d diu: "[...] *pel transcurs del termini pel qual es va establir* [...]". I aquí tenim ja una resposta a la primera pregunta que ens hem formulat: encara que s'especifica en aquest article, i no a l'article 84 del CF, relatiu a la pensió compensatòria, sembla que la temporalitat pugui ser només l'excepció i que es consagri com a norma general la pensió per sempre. En això no hi estem d'acord, i nosaltres també ja responem a la primera pregunta, és a dir, per nosaltres la temporalitat hauria de ser la norma general, i l'excepció la pensió indefinida o vitalícia.

B) Breu referència a la regulació en la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (art. 14 i 31.2). Diferències amb la regulació del Codi civil i del Codi de família de Catalunya

Aquest tema també es modificarà quan s'estableixi el matrimoni de parelles homosexuals. Només hi faré una breu referència, perquè hi ha altres ponents que tracten en profunditat aquest tema.

En primer lloc, cal posar en relleu el valor que aquesta Llei d'unions estables de parella atorga a la voluntat de les parts a l'hora de regular els aspectes de la seva convivència (*article 3.1 de la LUEP*).

A) CONCEPTE I NATURALESA JURÍDICA

Un d'aquests drets regulats i reconeguts a la mateixa llei és el de l'*article 14*, referit a les parelles estables heterosexuales, i el de l'*article 31.2*, referit a les parelles homosexuals.

Estem davant d'una pensió periòdica de naturalesa mixta entre una prestació alimentària ordinària i la pensió compensatòria típica del dret de família. La funció d'aquesta "pensió periòdica" és diferent de la dels articles 84 del CF i 97 del CC, ja que el que és clar és que els articles 14 i 31.2 de la LUEP no es limiten únicament a adaptar la unió estable a una institució existent ja en el matrimoni, sinó que introdueixen una institució nova: la *pensió alimentària periòdica*.

Una diferència fonamental amb la pensió de l'article 84 del CF és que aquesta parteix d'un perjudici causat pel divorci o per la separació, a causa de la pèrdua del nivell de vida de què es gaudia durant el matrimoni, mentre que la LUEP es fixa únicament en *el desequilibri produït a causa de la disminució en la capacitat d'obtenir ingressos de l'exconvivent*.

B) PRESCRIPCIÓ DEL DRET A LA PENSÍO. DURACIÓ I EXTINCIÓ

Ens referim a l'*article 16.2 de la LUEP* i a l'*article 32.2*, referit a les parelles homosexuals.

El termini d'un any el podem considerar més com una prescripció que com un terme de caducitat, la qual cosa es deriva del mateix redactat de l'article.

Les causes d'extinció de la pensió de què tractem es preveuen a l'*apartat 4 de l'article 16 de la LUEP*. En els mateixos termes es pronuncia l'*article 32.4*, referit a les parelles homosexuals.

Per altra banda, segons l'*article 16.5 de la LUEP*:

"La pensió alimentària periòdica ha d'ésser disminuïda o extingida en la mesura que el desequilibri que compensa disminueixi o desaparegui".

En el mateix sentit s'expressa l'*article 32.5*, referit a les parelles homosexuals. Igual que en el supòsit de matrimoni, es parla només de "*disminució o extinció*".

2. Aliments entre cònjuges

La polèmica clàssica en aquest àmbit, respecte a la procedència o no de la pensió d'aliments quan hi ha la pensió compensatòria, ha estat àmpliament debatuda per la doctrina, i actualment encara és un assumpte controvertit en el qual no tenim una solució pacífica: si més no, és un dret que, a instàncies jurisprudencials, es reconeix sempre que ens trobem en un cas de separació matrimonial decretada

per una sentència ferma, ja que la norma que preveu aquests aliments només es limita taxativament als casos de separació matrimonial, i no al divorci, en què la jurisprudència és unànime a l'hora d'establir la inviabilitat dels aliments.

Des del plantejament de la *lex specialis*, l'article 91 i successius del Codi civil mencionen expressament la prestació entre els esposos separats i justifiquen l'exclusió de la pensió d'aliments entre cònjuges, en què la pensió compensatòria del desequilibri de l'article 97 del CC ja preveu específicament la cobertura de les necessitats alimentàries d'aquests en el paràgraf 8è del precepte esmentat, i per tant, la duplictat d'ambdues prestacions generaria problemes de compatibilitat de difícil resolució.

En aquest punt, la doctrina ha presentat sempre notables contradiccions, que tenen una explicació: el desconeixement pel dret positiu de la institució del divorci abans de la Llei 30/1981, de 7 de juliol, comportava la inexistència de cap altra prestació periòdica entre els cònjuges separats, excepte les provinents de naturalesa alimentària, que no obstant això, i com a anècdota, no van ser reconegudes en la tradició jurídica catalana quan del matrimoni no es derivava descendència.

Aquesta situació d'incertesa jurídica té la seva expressió fàctica, precisament, a l'Audiència Provincial de Barcelona, on trobem els dos criteris contradictoris en relació amb la possibilitat o no de compatibilitzar les dues prestacions (alimentària i compensatòria).

La promulgació del Codi de família de Catalunya l'any 1998 ha aclarit la polèmica conceptualment, gràcies a la previsió expressa, a l'article 76.3.b, de la pensió alimentària com un aspecte més que s'ha de regular en les sentències producte de crisis matrimonials. Si més no, enquadrant els aliments només en cas de separació matrimonial –separació matrimonial entesa com a separació legal o fàctica.

En definitiva, aquesta lletrada comparteix el criteri de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona de la compatibilitat de les dues prestacions; si més no, també és cert que, encara que hi hagi una causa de necessitat àmpliament provada en un dels cònjuges, en realitat, a la pràctica, un cop decretada i quantificada una pensió compensatòria, aquesta necessitat de subsistència desapareix en la immensa majoria dels casos, i ambdues prestacions es fusionen en una de sola, que normalment és la compensatòria.

Així doncs, a la pràctica, podem observar que la pensió d'aliments al cònjuge decretada en mesures provisionals, a la sentència de separació ja canvia de nom i s'anomena "pensió compensatòria". És evident que aquesta pensió és amb petició prèvia de la part a la seva demanda, que és el que habitualment fem els advocats per no trobar-nos després en el divorci que la pensió d'aliments s'extingeixi per

imperatiu legal i que ja no es pugui demanar tampoc la compensatòria. Per això totes les sentències ja parlen de pensió compensatòria, i no d'aliments.

Finalment, s'ha d'indicar que l'article 2 de la LUEP consagra el dret general d'aliments entre cònjuges, i configura com a requisit imprescindible perquè aquest dret pugui néixer la situació de necessitat de qui ho sol·licita, que habitualment és la dona.

3. La compensació patrimonial de l'article 41 del Codi de família

La indemnització prevista a l'article 41 del Codi de família de Catalunya es podria considerar descendent directa i legítima dels nous sistemes matrimonials occidentals, preocupats per intentar corregir l'eterna desigualtat entre home i dona i les conseqüències patrimonials a què pot donar lloc aquesta discriminació en alguns casos, i el perjudici que podria causar en alguns casos, fruit de les negociacions i resolucions que s'han dut a terme a Europa amb l'objectiu d'aconseguir una política social comuna que eviti la discriminació de la dona en dret.

Aquesta compensació, per altra banda, ja la va introduir, al seu dia, la Compilació,² a l'article 23, i el Codi de família en el seu text vigent actual l'ha respectat. En definitiva, la finalitat no és altra que trobar un mecanisme pal·liatiu de la desigualtat que es pot produir en el règim de separació de béns, pel fet d'impedir-se la comunicació de les masses patrimonials d'ambdós cònjuges.

3.1. *Naturalesa jurídica*

Respecte a la naturalesa jurídica d'aquesta compensació patrimonial, el dret que s'institueix i regula és propi i peculiar del règim econòmic matrimonial de separació de béns que regeix a Catalunya, i que és, òbviament, el que recull el Codi de família vigent. Aquesta afirmació comporta la conseqüència que no pot invocar-se el reconeixement del dret quan el matrimoni s'ha regit per un altre règim econòmic matrimonial típic legal, tant dels que s'inclouen en el Codi de família com dels que s'inclouen en qualsevol altra norma legal nacional o estrangera.

Es tracta d'una pensió de caràcter indemnitzatori, però taxat, no pertany de cap manera al dret positiu, és renunciabile; no és de caràcter necessari, sinó facultatiu, i només es concedeix a petició del cònjuge que la pretén; té una finalitat compensatòria, és indiferent a tota idea de culpabilitat i ofereix els caràcters d'una responsabilitat objectiva o tot risc, i la quantia de la pensió és atribuïda

² Aquest article 23 de la CDCC ja va ser objecte d'un ampli estudi d'aquesta lletrada en la ponència: "La liquidación del régimen de separación de bienes: cuestiones prácticas que plantea el art. 23 de la Compilación de Derecho civil de Catalunya, en las causas de nulidad matrimonial", publicada a *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 1994.

a la discrecionalitat judicial sense taules determinades, atesa la mutabilitat de circumstàncies de cada matrimoni.

La situació econòmica és el nucli de la seva quantificació. El límit màxim de la pensió és el nivell de vida durant la convivència. Per descomptat, hem d'assegurar que aquesta pensió no desequilibri el cònjuge deutor i que s'asseguri la solvència d'aquest perquè pugui afrontar aquest pagament i la seva vida futura.

Aquesta perspectiva de futur està especialment lligada a la clara introducció de la limitació temporal de la pensió, i és molt útil quan les possibilitats raonablement exigibles d'incorporació al mercat de treball per part del cònjuge beneficiari de la pensió són clares.

Es tracta, per altra banda, d'una norma típica del règim de separació de béns absoluta del Codi de família, ja que el del Codi civil té la seva pròpia regla, l'article 1438 CC, que guarda semblances substancials amb la norma catalana, però té un abast més reduït, ja que únicament preveu la compensació pel treball per a la casa, i el treball per a l'empresa és regulat a l'article 97 CC de la pensió compensatòria, i es perd aquesta possibilitat d'indemnització. Aquesta compensació pel treball per a la casa del Codi civil té uns pressupòsits més amplis i no condiciona el reconeixement del dret a l'existència d'una desigualtat patrimonial efectiva entre els patrimonis d'ambdós esposos.

3.2. *Diferències amb la pensió compensatòria al Codi de família. Concepte i naturalesa*

Troblem diferències notables en l'estructuració d'ambdues figures jurídiques. La pensió compensatòria es preveu tant en cas de divorci com de separació i nul·litat, però en aquest últim cas es limita al cònjuge de bona fe, conforme a l'article 84.1 CF. La redacció de l'article 84.1 CF ha provocat una interpretació que podria fer pensar que en el cas de la nul·litat aquesta pensió era procedent només pel fet d'haver estat catalogat com a "cònjuge de bona fe", independentment de l'existència d'un possible desequilibri, això a causa de l'omissió de l'expressió *nul·litat*. Però el Tribunal Suprem ja es va pronunciar en la STS d'1 de juliol de 1994, i va assenyalar que aquesta pensió no es pot tenir per un "rescabament" en aquest cas especial; així doncs, igualment és equilibradora, i les possibles responsabilitats que hi pugui haver es reclamaran mitjançant les normes del Codi civil oportunes.

3.3. *Reconeixement del dret*

D'altra banda, el dret a la indemnització només es pot reconèixer quan s'extingeixi el règim econòmic de separació de béns com a conseqüència de la separació, el divorci o la nul·litat matrimonial. Qualsevol altra forma d'extinció del règim no donarà lloc a la indemnització, sigui per causa de mort d'un dels cònjuges o per pacte o capitulacions que puguin concertar-se perquè varia el

règim econòmic preexistent, encara que, òbviament, es pot pactar de mutu acord. En canvi, la vídua (o vidu, si fos el cas) queda en situació discriminada, ja que no podrà demanar aquesta compensació.

3.4. *Característiques del dret*

A) Dret personalíssim de crèdit

El precepte estableix un dret abstracte i condicional a ser indemnitzat amb una suma pecuniària que es materialitza en el moment en què s'insta la separació, el divorci o la nul·litat matrimonial, i que *s'ha de concretar en la sentència del primer dels procediments que regulin les conseqüències de la crisi matrimonial*, o en l'execució de la sentència, en els casos en què la liquidació es difereixi a aquesta fase del procediment.

D'aquest dret de crèdit, en serà titular un dels cònjuges, el que hagi patit una lesió en el seu patrimoni com a conseqüència de la seva dedicació a la casa o al treball per a l'altre membre de la parella sense retribució o amb retribució insuficient, prenent com a base que l'extinció del matrimoni suposa per a aquest un perjudici objectiu i real.

La qualitat de dret personalíssim es deriva del fet que les úniques persones que tenen legitimació, activa o passiva, per exercir-lo són els cònjuges.

B) Caràcter indemnitzatori de la prestació

És indubtable que el sentit teleològic de la norma és procurar el rescabament d'un perjudici patrimonial derivat d'una activitat realitzada per un dels cònjuges, basada en la bona fe i en el principi de confiança en l'estabilitat del matrimoni i de la convivència, que en un moment determinat és defraudada per l'adveniment de la crisi conjugal, sense que tingui cap rellevància la responsabilitat o la causa de la ruptura.

La doctrina ha posat de manifest que el mateix fet de la maternitat i la dedicació als fills implica una espècie de dedicació especial en benefici de la família, que s'ha de valorar, perquè generalment comporta per a la dona una disminució de les seves oportunitats professionals.

C) L'específica característica de "l'enriquiment injust"

L'art. 41 CF concreta, en matèria de la regulació de l'extinció del règim de separació de béns absoluta propi de la llei catalana, una acció típica d'enriquiment injust, o més pròpiament, com ha assenyalat Gete-Alonso, "d'enriquiment injustificat", ja que aquell terme conté una qualificació en la seva interpretació jurisprudencial que en l'esfera jurídica té més intensitat que la que el fi de la norma pretén, en situar la desigualtat entre els patrimonis com a element objectiu.

Amb la inclusió explícita pel legislador de la referència a “l’enriquiment injust” en el nou precepte, la polèmica ja no té sentit, i al mateix temps es reforça l’argument que vincula el naixement del dret a la ruptura de la convivència, com a conseqüència de la separació, el divorci o la nul·litat matrimonial, ja que si aquesta no es produeix s’ha d’entendre que la col·laboració personal o professional per a la família o l’altre cònjuge és una conseqüència natural de la unió, i que l’increment patrimonial d’un dels esposos, fins i tot quan sigui degut a aquesta col·laboració de l’altre, és causat pels deures de contribució a les càrregues comunes, i no es genera cap obligació de rescabament mentre perduri la convivència. En definitiva, és en el moment de la ruptura quan cessa, amb efectes retroactius, l’existència de causa de l’enriquiment. És diferent en el cas de les vídues, les quals estan discriminades, com hem esmentat anteriorment.

4. Anàlisi de jurisprudència recent³

En aquest apartat faré una anàlisi de la jurisprudència actual, per la qual cosa no parlaré ja de la futura reforma de la Llei del divorci, de la qual només tenim l’Avantprojecte, i per tant, òbviament, no està aprovada definitivament ni ha entrat en vigor, i per tant, lògicament, no hi ha sentències.

La *pensió compensatòria* neix per rescabalar un dels cònjuges del desequilibri econòmic que experimenta després de la separació o del divorci.

La qüestió referent a si la pensió compensatòria pot tenir un límit de caràcter temporal a fi d’evitar les situacions d’injustícia que, en ocasions concretes, pot provocar la permanència indefinida de l’obligació de pagar la pensió compensatòria, ha estat discutida.

En l’actualitat ha sorgit un debat a les audiències provincials sobre la possibilitat de marcar *ex ante* un període de durada de la percepció de la pensió en aquells casos en què el desequilibri no sigui perpetu.

S’analitzen les diverses posicions que els tribunals i la doctrina han mantingut referent a aquest tema i *es demostra que la limitació temporal ab initio de la pensió compensatòria avui és acceptada, encara que no de manera pacífica i igualitària*.

En el dret civil comú no hi ha solució legal, però la doctrina i una part de la jurisprudència han admès aquest caràcter temporal. En canvi, en el dret civil català, el Codi de família admet la possibilitat d’establir-la amb un límit temporal, a l’article 86.1.d, que ho preveu com a causa de la seva extinció.

A causa de les diferències, fins i tot a les mateixes sentències de les audiències, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, a la Sentència de 4 de març de 2002,

³ Les referències jurisprudencials que s’han consultat per elaborar aquesta ponència són a l’annex.

vol aclarir la qüestió, però, malgrat aquesta intenció, crec que fa un pas enrere quan afirma que:

“[...] Siendo ello así, no se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar ex ante la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la Ley ofrece, como veremos, mecanismos suficientes para modular una situación que se fija rebus sic stantibus [...]”

En canvi, és un fet que en molts casos sí que és previsible el cessament de la situació de desequilibri, i a més, s’ha de tenir en compte que l’essència d’aquesta pensió no és vitalícia, i si la futura reforma de la Llei del divorci preveu la limitació per tal com estableix la “pensió temporal”, aquesta sentència quedarà obsoleta.

Penso que, precisament, el factor primordial de la pensió és el desequilibri en funció de la situació de què es gaudia durant el matrimoni i la situació previsible després de la crisi; sempre, segons sentència, és cert que s’han de buscar *els principis d’equitat i els criteris de solidaritat postconjugal*. Aquests principis, en canvi, i segons el parer d’aquesta lletrada, quedarien vulnerats amb una pensió indefinida en el temps, excepte en casos en què realment el desequilibri perdurés. L’article 86.d CF ja preveu la limitació temporal de la pensió com a pressupòsit legal de la seva extinció, i a vegades no és objecte d’apel·lació pel cònjuge creditor, com ja s’estableix a la Sentència de l’Audiència de Barcelona, de la Secció 12, dictada pel magistrat Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, com a ponent, que comentarem més endavant.

A continuació fem referència a l’estadística de les audiències provincials de Catalunya, després d’analitzar noranta sentències dels anys 2000-2003, quant a la *compensació econòmica*:

1. Sentències que la concedeixen (45 %)
2. Sentències que no la concedeixen (55 %)

A continuació recollim l’estadística dels anys 2000-2003, referent a la *pensió compensatòria*:

4.1. *Sentències que concedeixen la pensió compensatòria.*

Segons els següents i diversos criteris:

A) *Sense límit temporal (21,25 %), d’acord amb diversos criteris:*

- A.1) Atenent la durada del matrimoni i a la crisi.
- A.2) Pagament en espècie, mitjançant cessió de meitats indivises de l’habitatge conjugal o segones residències.
- A.3) Comptabilització d’ingressos i despeses entre els cònjuges.
- A.4) Sense reclamació prèvia, durant els dos anys de separació de fet.

- A.5) Es fixa la pensió compensatòria, tenint en compte l'anterior esposa i la seva pensió compensatòria.
- A.6) No es fixa el límit de la pensió compensatòria, per *falta d'ocupació i edat*. (Aquesta semblaria l'única congruent, ja que, perquè sigui sense límit, el principal crec que és l'edat i la no-possibilitat d'accedir a una feina.) (Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció 18, de 8 de juliol de 2002.)
- A.7) Independentment de la vida de l'esposa i dels seus ingressos, concedeixen la pensió compensatòria.
- A.8) Capacitat econòmica del marit.

B) Limitades temporalment (la major part en què es limita és en procediments de modificació d'efectes de sentència) (28,75 %), d'acord també amb diversos criteris:

A. Per una banda, tindriem una sèrie de sentències argumentades, *només*, en la *previsió legal de l'article 86.d del Codi de Família*, que donen menys rellevància a les circumstàncies personals dels cònjuges:

- Sentència de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 24 d'octubre de 2001, que estableix una pensió de *quatre anys* de durada en el cas d'una dona que tenia estudis, encara que no treballava en el moment de la separació.

"[...] la determinació limitada dels quals en el temps no ha estat impugnada per la beneficiària de la prestació, sent factible la mateixa en atenció a les prescripcions dels articles 84 i 86 d) del Codi de família..."

- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 21 de febrer de 2000, que fixa una pensió d'*un any* de durada perquè la dona tenia una feina a mitja jornada, però basant-se també en el caràcter no vitalici d'aquesta pensió.

"[...] De forma expressa l'article 86 del vigent Codi de família ha vingut a clarificar la qüestió al dir que el dret a pensió compensatòria s'extingeix pel transcurs del termini pel qual es va establir [...] per a partint que no es tracta en cap cas d'una pensió vitalícia, determinar el límit temporal de la mateixa [...]"

(Aquest argument estaria en contra de la "pensió vitalícia" que preveu l'Avantprojecte de la reforma de la Llei del divorci.)

- Sentència de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 9 de juliol de 2001, que estableix:

“[...] havent-se fixat un límit temporal de conformitat amb l'article 86.1 d) del Codi de família [...]”

- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 21 de febrer de 2000, que limita a un any la pensió, basant-se, a més, en les circumstàncies personals dels esposos, bàsicament en la naturalesa limitada d'aquest dret:

“[...] no pot ni deu considerar-se en determinats casos, com el que ens ocupa, com un dret absolut, ni vitalici, sinó, per contra, com relatiu i circumstancial i especialment limitat quant el temps, doncs la seva legítima finalitat no pot ser altra que la de col·locar al cònjuge perjudicat del vincle matrimonial en una situació de potencial igualtat d'oportunitats...”

Així, ja s'aclareix més que en determinats casos no pot ser un dret absolut i vitalici.

- Sentència de la Secció 3 de l'Audiència Provincial de Tarragona, de 10 d'octubre de 2001, que estableix que la pensió no ha de ser il·limitada, però no es basa ni en la legislació ni en les circumstàncies dels esposos.

En definitiva, aquestes sentències coincideixen en el fet que la pensió compensatòria és un dret relatiu i circumstancial, i limitat en el temps; per tant, no és absolut ni vitalici.

B. Per altra banda, tenim sentències que *preveuen un límit temporal, basant-se en les circumstàncies dels cònjuges*, sobretot la dona, i no es basen en l'article 86.d del CF:

- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 31 de juliol de 2002, que limita en tres anys la pensió, perquè la dona ha començat a introduir-se de nou en el mercat laboral.
- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 9 d'octubre de 2001, que limita la pensió per l'edat i la intensificació de treballs de la dona.
- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 8 d'octubre de 2001, que limita la pensió a dos anys, basant-se en l'edat de la dona, la durada del matrimoni i la dedicació de la dona a aquest.
- Sentència de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 3 de desembre de 2003, que limita a cinc anys la pensió a una dona de 44 anys, tenint en compte la durada del matrimoni i la seva dedicació a aquest.

- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 19 de juny de 2000, que limita a *cinc anys* la pensió a causa de la durada del matrimoni i la dedicació de l'esposa.
- Sentència de la Secció 1 de l'Audiència Provincial de Lleida, de 27 de desembre de 2000, que preveu una durada d'*un any*, en funció del fet que la dona, malgrat no tenir ingressos, era una persona jove de 34 anys que podia inserir-se plenament en el món laboral.
- Sentència de la Secció 3 de l'Audiència Provincial de Tarragona, de 27 de juny de 2001, que estableix un límit de *cinc anys*, *malgrat la falta de capacitat professional*, que li farà molt difícil la inserció laboral.
- Sentència de la Secció 1 de l'Audiència Provincial de Girona, de 14 de juliol de 2001, que limita la pensió a una dona de 47 anys que no pateix lesions que la incapacitin per treballar.
- Sentència de la Secció 1 de l'Audiència Provincial de Girona, de 22 de març de 2002, que limita la pensió basant-se en la previsió que les circumstàncies dels esposos poden variar, en l'edat i la possibilitat d'accedir a una feina, i, encara que no esmenta l'article, deixa palès que la pensió no té una finalitat perpetuadora.

"[...] no existeix dubte que la pensió per desequilibri econòmic no té per finalitat perpetuar l'equilibri econòmic dels cònjuges separats o divorciats."

- Sentència de la Secció 2 de l'Audiència Provincial de Girona, de 24 de juliol de 2002, que preveu una pensió limitada a *dos anys*, atesa la durada del matrimoni (quatre anys i mig).

Del nostre estudi no es va desprendre cap sentència que atorgués una limitació temporal de la pensió compensatòria superior a set anys, i la majoria de les sentències es basen en la durada del matrimoni, en l'edat, la no-malaltia i el fet de tenir capacitat per treballar, fins i tot sense tenir feina en el moment de la ruptura matrimonial.

C) Mantenen la pensió compensatòria, però introdueixen la clàusula rebus sic stantibus (21,25 %) (Seria una limitació potencial.)

Per tant, no és una pensió vitalícia. Sentència del TSJ de 4 de març de 2002 a la qual hem fet referència anteriorment.

- Sentència de la Secció 1 de l'Audiència Provincial de Tarragona, de 23 de juliol de 2001. S'ampliava el termini només fins que l'esposa cobrés una pensió de jubilació.
- Sentència de la Secció 3 de l'Audiència de Tarragona, de 18 de juny de 2001, que decreta mantenir la pensió per manca d'acreditació d'empitjorament de la situació econòmica de l'home.

Aquesta clàusula *rebus sic stantibus* és un principi general de dret que regeix encara que no se'n faci esment.

D) Reducció o moderació de la pensió compensatòria (10 %).

Habitualment, és més freqüent en casos de modificació d'efectes de sentència, i a la pràctica hi ha més sentències que limiten la duració de la pensió que no pas reduccions en la quantia de la pensió.

D.1) Quan s'atribueix l'habitatge conjugal al cònjuge creditor de la pensió compensatòria.

- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 31 de juliol de 2002, i Sentència de la mateixa secció de l'Audiència, de 12 de desembre de 2002, que ja pressuposen que l'ús del pis té un valor econòmic.

D.2) Quan hi ha una disminució d'ingressos del cònjuge deutor.

Sentència de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 4 d'octubre de 2001. Sentència de la Secció 2 de l'Audiència de Girona, de 26 de febrer de 2003.

D.3) Quan hi ha un augment d'ingressos del cònjuge creditor.

- Sentència de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 25 de setembre de 2001, i Sentència de la Secció 2 de l'Audiència de Girona, de 3 de març de 2003.

E) Extinció de la pensió compensatòria concretada per diverses causes (11,25 %).

Es concedeix l'extinció de la pensió:

E.1) Per relació *more uxorio*

- Sentència de la Secció 12 de l'Audiència de Barcelona, de 24 d'octubre de 2001, i Sentència de la Secció 18, de 20 de juliol de 2001.

E.2) Per cessament de la causa que va motivar la concessió de la pensió compensatòria

- Sentència de la Secció 12 de l'Audiència de Barcelona, de 19 de juliol de 2001, i Sentència de la Secció 12, de 30 de març de 2000.

E.3) Variació de les circumstàncies del cònjuge, que dóna lloc a l'esmentada extinció o modificació.

- Sentència de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 22 de gener de 2003.

E.4) Pel greu perjudici que comporta al deutor pagar aquesta pensió, essent més important la situació econòmica del marit que la de la dona creditora.

- Sentència de la Secció 1 de l'Audiència Provincial de Girona, de 26 de juny de 2000.

En canvi, no hi ha tantes sentències d'extinció de la pensió compensatòria per nou matrimoni ni pel transcurs del temps, perquè acostumen a cessar voluntàriament o de mutu acord entre les parts.

4.2. Sentències que no concedeixen la pensió compensatòria (7,5 %)

- Sentències de la Secció 12 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de diferents dates: de 17 d'octubre de 2001, d'1 de març de 2000 (*per manca de prova del desequilibri*) i de 2 de novembre de 2001.
- Sentència de la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 31 de juliol de 2002, a causa de l'*escassa durada de la convivència i no-reclamació després de la ruptura*, pel fet de no establir-ho en conveni de mutu acord.

Com a conclusió d'aquesta estadística, es veuen ben clars els criteris diversos, la qual cosa provoca que creixi una gran incertesa en el "justiciable". Per això crec que aquesta diversitat demana alguna orientació i algun aclariment, a part de les sentències (poques) que puguin dictar en una tercera instància el TS o el TSJ. I encara seria més convenient que es fes un aclariment amb la reforma de la Llei de divorci ja anunciada, però se'n desconeix encara el text definitiu.

5. Experiència personal (com a advocada que exerceix en família)

La gran majoria de vegades que hem presentat demanda de separació i hem demanat la fixació d'una pensió compensatòria, *se'ns ha concedit*; ara bé, normalment, mai en la quantia sol·licitada, sinó en una quantia inferior, encara que ara ja experimentem la realitat que, normalment quan la dona treballa ja no la demana, i se separen molt joves.

5.1. Concessió d'una pensió compensatòria. Supòsits més freqüents

1. Matrimonis d'uns vint anys de durada, en què l'esposa s'ha dedicat exclusivament als seus fills, sense treballar fora de casa, i sense una preparació adequada que li permeti accedir al món laboral. *Per aquesta raó, la pensió compensatòria tendeix a perpetuar-se.*
2. Més ingressos i recursos econòmics o patrimoni d'un dels cònjuges, que proporcionen un alt nivell de vida que s'altera amb la separació, encara que l'esposa treballi o tingui accés al mercat laboral o la formació adequada per poder-s'hi incorporar.

3. Concessió de la pensió compensatòria limitada en el temps. En la nostra pràctica no es dóna tan sovint com es voldria; és una tendència més actual, sobretot des de la promulgació del Codi de família de Catalunya, i a més, es dóna en matrimonis joves i de curta durada.

5.2. *Denegació de la pensió compensatòria*

1. Matrimoni amb una duració breu.
2. Els dos cònjuges tenen formació i un lloc de treball que els permet cobrir les seves necessitats, encara que els salaris no siguin iguals —pot ser que el salari d'un dels cònjuges sigui superior, però no de manera substancial— i no hi hagi fills ni càrregues familiars. Desequilibri no significa equivalència d'ingressos.
3. Bona salut del cònjuges, que no els incapacita per treballar.

5.3. *Modificació d'efectes, extinció de la pensió compensatòria*

1. Perquè el creditor de la pensió contrau nou matrimoni o convivència marital, malgrat que moltes vegades no s'aconsegueix treure-la, perquè la convivència no és *more uxorio*; per exemple, només conviuen els caps de setmana o fins al dilluns o el dimecres, o en dies alterns, i així entra “la picaresca”.
2. Perquè el creditor de la pensió s'incorpora al mercat laboral, té un lloc de treball estable o de més remuneració.
3. Perquè desapareixen les causes que van motivar el desequilibri (així, es té en compte la situació del deutor: atur, malaltia...).

5.4. *Compensació econòmica de l'article 41 del Codi de família de Catalunya*

A la pràctica, poques vegades es concedeix judicialment, ja que els tribunals tendeixen més a fixar pensions compensatòries altes o no tan altes, amb un pagament periòdic, encara que *hi hagi un gran desequilibri patrimonial, o l'esposa o l'espòs hagin treballat per a l'altre cònjuge sense remuneració o sense remuneració suficient*. També pot ser perquè quan algunes d'aquestes situacions són molt flagrants, s'han pactat abans i s'arriba a un mutu acord.

Aquests casos s'acostumen a solucionar, bastant sovint, per la via del mutu acord, sobretot quan la dona té almenys una petita participació en els negocis del marit, ja que aleshores el marit està interessat a “treure-se-la del davant”.

També hem vist, excepcionalment, casos de dones que han de pagar aquesta compensació al marit, però en aquests casos també es procura aconseguir la via amistosa. Amb aquesta situació, és clar que, quan un client o clienta ve per primera vegada i ens diu que vol pagar o cobrar “el que marqui la llei”, no sabem

què dir-li, i la seva sorpresa és gran quan li diem que la llei no marca res, fora d'unes normes concretes que no ens ajuden pel que fa a barems i tants per cents.

Com a conclusió, li hem de dir que si va a un procediment contenciós pot passar de tot, és a dir, que pagui massa, o potser que pagui poc, i igualment que cobri molt (mai no és massa per al que cobra) o poc.

Per això, abans d'arriscar-me a la recerca de nous criteris o noves normes, he considerat oportú fer un estudi sintetitzat d'altres legislacions europees, de països que em sembla que ens poden inspirar, com exposaré a continuació.

III. FORA D'ESPANYA

1. Dret comparat entre les diferents legislacions europees en matèria de pensió compensatòria

1.1. França

Llei núm. 75-617, d'11 de juliol de 1975, i Llei núm. 2000-596, de 30 de juny de 2000, que introdueix una reforma al divorci.

En el dret francès, el tema de les pensions a favor de l'esposa ha estat modificat en l'última dècada i s'ha convertit en un dels punts més dolorosos i controvertits.

Segons l'article 270 de la Llei núm. 75-617, aquesta pensió està destinada a "*compensar, en la mesura que sigui possible, la disparitat creada per la ruptura del matrimoni en les condicions de vida respectives*"; és a dir, que s'adjudica a la part econòmicament més dèbil (gairebé sempre la dona) pel descens de renda que sol causar el divorci.

Segons la Llei de 1975, era un capital amb el qual l'altre cònjuge liquidava les seves obligacions d'una vegada per sempre. Però la *jurisprudència* va convertir la prestació compensatòria en *una pensió mensual i vitalícia*, vitalícia per a la dona, ja que fins i tot amb la mort de l'obligat la càrrega passa als seus hereus.

Això ha donat lloc a *situacions absolutament insostenibles per a molts homes divorciats*, especialment si han pres la decisió de tornar-se a casar o han sofert algun descens en la seva fortuna.

Aquest clima d'insatisfacció ha dut a la creació de nombroses associacions de persones divorciades, especialment pares que, a través d'una maquinària judicial anquilosada, veuen vulnerats els seus drets a una vida digna i a una relació correcta amb els seus fills. Entre aquestes associacions esmentem *SOS Papa*, *Association condition paternelle*, *L'enfant et son droit*, *Nouveau mouvement de la condition paternelle* o *Condition masculine-Soutien de l'enfance*. A manera d'exemple del sentiment general que provoca la situació actual generada després d'un divorci contenciós, vam observar que la pàgina d'aquesta última associació

(*Condition masculine-Soutien de l'enfance*, fundada el 1975) s'obre amb aquestes paraules: "Pares, paternitat, fibra paterna, pensió, prestació, compensatòria, mediació familiar, custòdia, defensa del nen, sexisme: paraules que pesen sobre homes que es divorcien".

La Llei núm. 2000-596, de 30 de juny de 2000, va suposar una resposta moderada a tots aquests problemes, i quant a la pensió compensatòria, *va restaurar el principi de la compensació mitjançant un capital*, entenent que aquesta prestació tindrà un caràcter de capmàs, que serà fixat pel jutge (art. 274 i 275).

De la mateixa manera, el legislador va entendre que hi ha supòsits en què el deutor pot ser que no tingui la capacitat de pagar aquest cabal, per la qual cosa *va facultar el jutge per fixar les modalitats de pagament*, permetent escalonar el pagament al llarg *de vuit anys* en quotes mensuals o anuals, i va reservar *la pensió mensual per a casos excepcionals taxats* a l'article 276:

"A títol excepcional, el jutge podrà, mitjançant resolució especialment motivada, considerar que l'edat o l'estat de salut del creditor no li permeten atendre les seves necessitats, fixar la prestació compensatòria sota forma de renda vitalícia."

Aquesta llei de l'any 2000-596 va reformar les circumstàncies que el jutge ha de prendre en consideració per determinar les necessitats i els recursos (art. 272):

- l'edat i l'estat de salut dels esposos;
- la durada del matrimoni;
- el temps que ja s'ha dedicat o que es necessiti dedicar a l'educació dels fills;
- la seva qualificació i la seva situació professional en relació amb el mercat laboral;
- els seus drets existents i previsibles;
- la seva situació respectiva en matèria de pensions de jubilació;
- el seu patrimoni, tant en capital com en rendes, després de la liquidació del règim matrimonial (poden ser similars als del nostre país).

També, quant als hereus de l'exmarit deutor de pensió compensatòria, es va limitar la seva responsabilitat al valor de l'herència (circumstància que no s'havia considerat fins a aquell moment).

Però les associacions de divorciats van continuar demanant que es tingués més en compte la situació econòmica del que ha de pagar, i també de la dona. Amb això han aconseguit que el Govern francès hagi plantejat *una nova reforma del divorci*, i que el Parlament l'hagi aprovat recentment, en un intent per simplificar i modernitzar el procés de divorci, ampliant el camp de la voluntat individual.

En aquesta reforma s'atenen algunes de les demandes d'aquestes associacions: *l'última reforma suavitza les condicions perquè el jutge revisi la prestació* (per rebaixar-la o fins i tot suprimir-la) i permet que la part beneficiària també pugui sol·licitar la revisió. Una altra reivindicació concedida és que si l'exesposa rep una part de la pensió de jubilació de l'exmarit, aquesta suma es descompti de la prestació compensatòria. El que no ha admès el Parlament és que se suprimeixi la prestació quan l'exesposa adquireix nova parella per matrimoni, pacte civil de solidaritat o simple cohabitació, cosa que als divorciats els sembla de justícia elemental i que aquí tenim regulada.

1.2. Anglaterra i Gal·les

Si les situacions descrites a França resulten oneroses, encara ho són més en països com *Anglaterra o Gal·les*, on el divorci resulta terriblement oneros per als homes acomodats. Els jutges tenen àmplia discrecionalitat per determinar el repartiment de béns (inclosos els anteriors al matrimoni) i la pensió vitalícia per a la dona és la regla general. A tot això hi hem d'afegir que actualment la High Court ha de decidir a propòsit de dues demandes en tràmit en les quals es discuteix la possibilitat que es doni dret a l'exdona per participar dels guanys futurs de l'exmarit.

1.3. Alemanya

Llei de reforma del dret del matrimoni i de la família de 1976 i Llei de reforma de 1986.

Quant als efectes del divorci respecte dels cònjuges, la legislació alemanya estableix un règim alimentari a favor de qualsevol dels esposos.

El tema de la pensió compensatòria per desequilibri econòmic en les situacions de crisi matrimonials ha estat una preocupació constant per al legislador, sobretot si tenim en compte que en aquesta apreciació hi ha implícita la incertesa del futur econòmic de la dona, que generalment ha estat la part més feble en aquestes situacions.

El dret alemany i el francès han estat pioners en aquest esforç, des del punt de vista legislatiu, i han tipificat a la legislació els supòsits en els quals, per impossibilitat derivada de l'anterior matrimoni d'exercir una ocupació remunerada adequada, neix el dret a percebre una *pensió d'aliments* d'acord amb el nivell de vida matrimonial.

La idea és compensar *el desequilibri generat pel matrimoni*, més que el generat pel divorci. D'aquesta manera, el cònjuge que va interrompre els seus estudis durant el matrimoni pot reclamar els mitjans per acabar-los, i l'altre cònjuge està obligat a atorgar-los-els. Pot reclamar aliments el cònjuge que va tenir al seu càrrec la cura i l'educació dels fills durant el matrimoni i que després del divorci no pot obtenir una feina que li doni els fruits suficients per subvenir a les seves

necessitats conforme al nivell observat durant el matrimoni, però *al mateix temps està obligat a obtenir una capacitat*.

La Llei de 1986, basant-se en la teoria de “l’allunyament unilateral”, i a través de la clàusula de salvaguarda, nega el dret d’aliments al peticionari que durant un llarg temps del seu matrimoni no ha contribuït al sosteniment de la família. Per aquest efecte, el treball domèstic es valora com activitat extra.

La Llei alemanya no estableix una limitació temporal a la pensió, però atorga al jutge àmplies facultats per decidir d’acord amb l’equitat, en funció de les circumstàncies particulars de cada cas. Així, quan el matrimoni ha estat de *curta durada*, pot atorgar una *pensió per temps limitat, en unes condicions determinades*, o d’acord amb el principi de la “graduació paulatina”, fixar una pensió corresponent al nivell durant el matrimoni, limitada a un temps determinat, i disminuir després aquest nivell, sempre que no es tracti del cònjuge que tingui la cura dels fills, és a dir, mai no es redueix la pensió del fills.

De la mateixa manera, el jutge pot moderar la generositat inicial del legislador quan sigui contrària a la construcció d’una nova família, i igualment també es pondera la culpabilitat per infidelitat del creditor si ha pertorbat l’altre amb ingerències o denúncies laborals que concerneixen la compensació patrimonial, no la pensió compensatòria.

A la pràctica, es fa difícil acceptar que el fill menor o incapacitat, que gaudeix de preferència sobre el cònjuge a l’hora de rebre aliments, es vegi posposat quan el cònjuge divorciat tingui dret a rebre una pensió que li permeti mantenir la posició econòmica que va tenir durant el matrimoni. No obstant això, aquest ha estat el problema: els tribunals, preocupats pels excònjuges, sovint han fixat pensions alimentàries per als fills que podrien estar per sota de les necessitats bàsiques, convençuts que aquestes ja han estat especialment considerades pels pares. Per això la Llei alemanya de 1986 assegura l’interès dels fills a càrrec d’un dels excònjuges, amb disposicions legals i convenis relatius a l’habitatge familiar, o per l’afectació de certs béns, pertanyents a un dels cònjuges, a les necessitats dels fills del matrimoni anterior.

A més, a la Llei alemanya hi ha *una novetat* que podríem considerar nòrdica (ja que la tenen Dinamarca, algun altre país nòrdic i el Canadà), que a Alemanya s’anomena *Versorgungsanspruch* o “transvasament de quotes”, i que en el cas de divorci consisteix a repartir equitativament per parts iguals entre els cònjuges l’import de la pensió que els correspondria per les cotitzacions afectades durant el temps de convivència del matrimoni. No només es reparteixen els imports de les pensions, sinó que els períodes de cotització serveixen a ambdós cònjuges per cobrir el període general de cotització que s’exigeix per poder tenir dret a les diverses pensions de jubilació. No obstant això, no serveixen per cobrir la

mancança específica de les pensions de jubilació per a les dones i per l'atur, ni pel període exigít per les pensions d'incapacitat.

A més, s'estableixen excepcions i requisits: (1) s'han d'acreditar més de seixanta mesos de cotització (sense comptar els mesos del transvasament), no es pot contraure nou matrimoni, s'ha de tenir a càrrec almenys un fill menor de 18 anys, i que a causa de la cura del fill no es pugui treballar; (2) el cònjuge divorciat que hagi resultat perjudicat pel transvasament de quotes pot recuperar l'import deduít si l'excònjuge es mor abans de tenir dret a la pensió o abans que hagin transcorregut dos anys de percepció de la pensió, llevat que la persona difunta hagi contret un nou matrimoni després del divorci i el segon cònjuge percebi una pensió de viduítat.

Tot això a la pràctica es tradueix en el fet que és la dona qui rep aquest "transvasament de quotes", que consisteix en el fet que en el *moment de la separació la Seguretat Social de l'Estat quantifica la proporció que li tocaria percebre a la dona de la pensió de jubilació del marit, en cas que la dona no treballi o tingui una jubilació inferior al marit*. Aleshores, l'Estat ho quantifica en uns "punts" que li donaran dret a una part de la jubilació del marit, que percebrà quan el marit compleixi 65 anys. Però si el marit vol que se li rebaixi la pensió, aleshores haurà de demanar una modificació d'efectes.

Respecte a la *pensió compensatòria*, que com ja he dit, a la Llei alemanya, en principi, no està limitada per llei, cessa per nou matrimoni, però no per convivència de fet: amb això la legislació espanyola és més avançada, perquè cessa tant per nou matrimoni com per convivència de fet.

Dins de la legislació i la doctrina alemanya sobre dret de família, són molt importants i bàsiques les *Tabelle*, o barems, pel que fa a la determinació de les pensions.

2. Estudi del dret alemany i la seva *Düsseldorfer Tabelle*, *Berliner Tabelle*, i les *Richtlinien* o *Leitlinien*

Són unes normes orientatives (no tenen rang de llei ni són de compliment obligat) que va donar el 1979 el Tribunal Superior de Renania-Westfalia, amb seu a Düsseldorf, i es refereixen només a les pensions d'aliments per als fills. A partir de llavors, cada *land* o estat federal ha donat les seves normes o *Tabelle*; per exemple: la *Berliner Tabelle* és també per a Alemanya de l'Est i estableix uns percentatges més baixos, ja que el nivell de vida és més baix.

La *Düsseldorfer Tabelle* és una taula que publica des de l'1 de gener de 1979 el Tribunal Superior de Justícia de Düsseldorf, destinada a calcular l'import de l'obligació d'aliments per als fills menors d'edat —no per als cònjuges.

La *Düsseldorfer Tabelle* s'ha continuat aplicant en la major part. Cada tres anys s'adapta novament a la pujada del cost; en l'àmbit d'aliments per als fills, s'ha

establert com a estàndard la *Düsseldorfer Tabelle* a tot Alemanya. Es diu així perquè els jutges de família de les audiències territorials de Düsseldorf, Hamm i Colònia s'han posat d'acord, basant-se en unes enquestes que han fet en tots els jutjats de família d'Alemanya.

En la part introductòria de les *Tabelle* i les *Leitlinien* (directrius), se'ns diu que aquestes tenen només *caràcter orientatiu*. Per això són, a més de la jurisprudència del Tribunal Suprem, una ajuda per a jutges, advocats i les parts afectades. Amb la publicació de les *Tabelle* s'ha assolit, en els darrers anys, una unificació de les sentències en matèria d'aliments.

En relació amb la *Düsseldorfer Tabelle*, els tribunals superiors de justícia dels estats federals han elaborat unes directrius, basades en la jurisprudència dels estats federals. En aquestes directrius (*Leitlinien*), també s'inclou el càlcul de l'obligació d'aliments del cònjuge o *Ehegattenunterhalt*. Ni la *Düsseldorfer Tabelle* ni aquestes directrius esmentades tenen un efecte vinculant. Els jutges i advocats en fan ús d'una manera orientativa, tant en procediments judicials com extrajudicials. El principal avantatge de la seva aplicació és la simplificació i un càlcul més precís dels riscos del procés.

Aquestes *Rechtlinien* o *Leitlinien*, que són també normes orientatives que estableixen els barems per calcular les pensions per al cònjuge, s'anomenen *Trennungs unterhalt* ('pagament en cas de separació') i *Geschieden unterhalt* ('pagament després del divorci'). També afavoreixen la predisposició de les parts a arribar a acords extrajudicials.

Les parts invoquen les directrius, en fer l'al·legació dels fets, i crec que s'ha confirmat que rarament es troben amb divergències.

Hi ha hagut poques vegades en què els tribunals superiors de justícia de Berlín i de Düsseldorf i altres no s'hagin atès a aquest esquema, i quan se n'han apartat, sempre ha estat justificadament. Per exemple, casos com un que tractava dels aliments que reclamava el pare d'un nen que en tenia la custòdia i la mare patia càncer. Si bé la mare rebia una pensió d'invalidesa relativament alta, es va fer el càlcul segons les directrius i la petició es va aprovar en la primera instància. El Tribunal Superior de Justícia de Berlín no es va atènyer a l'esquema, ja que va considerar que a la mare li quedava més de l'habitual per mantenir el nivell de vida. Els aliments del nen es van calcular de manera inferior a l'habitual, o dit d'una altra manera, el pare que en tenia la custòdia rebia per a la manutenció del nen una quantitat inferior. La jurisprudència s'ha d'aplicar de la mateixa manera per calcular els aliments entre cònjuges, és a dir, s'ha d'adaptar a cada cas en particular. Per aquest motiu, la *Düsseldorfer Tabelle* també és important per calcular els aliments entre cònjuges, ja que els aliments dels fills es basen en aquesta taula, i s'han de tenir en compte després per fixar els aliments dels cònjuges.

Una altra innovació important del dret alemany és l'article 1381 del BGB (el *Bürgerliches Gesetz Buch*, és a dir, el Codi civil alemany), que referint-se a la *compensació patrimonial* diu textualment: “[...] si la seva aplicació resultés molt *inadequada moralment no s'aplica*”. I amb aquesta expressió *moralment molt inadequada* la jurisprudència inclou:

- Les denúncies de la dona al marit al seu treball (OLG Oberlandesgericht Düsseldorf, Fam RZ, 1997/418; OLG Koblenz, Fam RZ, 1991/1312) (equival al Tribunal Superior de l'Estat federal)
- L'adulteri públic (OLG Hamm, Fam RZ, 1997/1984)
- L'adulteri ocult (BGH Bürgerliches Gesetzbuch RZ 1991/670,673 equival al Tribunal Suprem).

Per calcular la pensió de l'esposa —normalment, la receptora és l'esposa, però també pot ser l'espòs— es fa de la manera següent:

Primer. Es calculen els ingressos del marit i es descompta la pensió dels fills i el *Freibtrag*, i el 5 % de les despeses laborals, menys el 5 % de les despeses laborals.

Segon. Es calculen els ingressos de l'esposa.

Tercer. De la diferència entre aquests ingressos, el marit se'n queda quatre setenes parts i la dona tres setenes parts.

Les parts invoquen les directrius en fer l'al·legació dels fets, i rarament ens trobem amb divergències.

Segons les directrius de la majoria dels tribunals de primera instància, l'esposa rep 3/7 parts dels ingressos nets de l'espòs si ella no treballa, i si treballa, 3/7 parts de la diferència de més que cobri l'home. L'espòs s'ha de quedar amb 1/7 part dels ingressos com a motivació pel seu treball. Ella també rebrà la meitat dels ingressos que no estiguin basats en els rendiments del treball, com per exemple els derivats de lloguers o de rendiments del patrimoni.

Exemple

Manutenció segons el Tribunal Superior de Justícia de Berlín:

Ingressos nets del marit: 3.000,00 €

Primer fill de 2 anys

Segon fill de 14 anys

Ingressos nets de la dona: 1.000,00 €

Els ingressos nets es calculen prenent com a base el salari dels últims 12 mesos, incloent-hi pagues extra per vacances i Nadal.

Net del marit: 3.000,00 €

Descompte del 5 % per despeses laborals (vestit, transport, etc.): 150,00 € (mínim: € 50,00; màxim: 150,00 €)

Menys manutenció dels nens segons la *Düsseldorfer Tabelle*

Primer fill de 2 anys: 319,00 €

Segon fill de 14 anys: 455,00 €

Menys crèdit mensual del matrimonial: 300,00 €

Queden: 1.776,00 €

Ingressos de la dona: 1.000,00 €

Descompte del 5 % per despeses laborals: 50,00 €

Queden: 950,00 €

Diferència d'ingressos del marit i la dona: 826,00 €

Manutenció del cònjuge: 3/7, 354,00 €

Al marit li queden 1.422,00 €

La seva pròpia part en comparació amb la de la dona: 1.000,00 €

Per tant, el marit pot pagar la manutenció dels nens i de l'esposa.

Les negociacions extrajudicials entre els advocats sempre es basen en les directrius i en la *Düsseldorfer Tabelle*. De la mateixa manera, els jutjats també es basen en aquestes llistes, perquè, a més, hi ha una taula com a model per a ordinadors (del tipus del programa PADRE de la declaració de la renda a Espanya).

És difícil precisar la durada del procés. Per via extrajudicial, pot durar diversos anys. Passa el mateix per via judicial; després de passar diverses instàncies, el més difícil és calcular els aliments en cas de *treballadors autònoms*, ja que aquests han de justificar els seus ingressos *dels tres últims anys, i no només de l'últim any*.

Aquestes normes són "orientatives", però a la pràctica s'hi regeixen tant advocats com jutges. En el cas de treballadores per compte aliè, el càlcul és molt fàcil —perquè la seva nòmina és exacta— i *les despeses que són deduïbles només són les taxades*. Però en el cas de professionals i autònoms el càlcul és més difícil, perquè no tot el que guanyen és clar ni és declarat. No obstant això, com que aquestes normes només són orientatives, en casos justificats el Tribunal pot ometre la taula (per exemple, en el cas que ja he explicat de l'esposa malalta que ha de passar una pensió als fills, la *Düsseldorfer Tabelle* li fixa quantitat inferior) i la base de la *Düsseldorfer Tabelle* és que preveu un càlcul de la distribució alimentària de tres setenes parts dels ingressos per a l'alimentista i quatre setenes parts queden per al deutor dels aliments (la idea és que al que treballa se

li valora la feina una setena part més). En la negociació, també pot simplificar-se per aplicar la taula.

3.1. *Cauteles i opinions a favor i en contra d'establir barems o tants per cents*

A) A favor

Primer. Unes normes orientatives, sempre que es quantifiquessin només amb percentatges i barems, serien útils com a complement de l'article 84 del Codi de família i l'article 97 del Codi civil. (En canvi, respecte a l'article 41 del Codi de família, crec que ens podrien dur, segons el percentatge que s'establís, a assimilar el règim econòmic de separació de béns amb el règim econòmic de guanys o de participació.)

Segon. Sempre que aquestes normes fossin orientatives (no vinculants) i que hi poguessin cabre excepcions.

Tercer. També crec que haurien de ser diferents per comunitats autònomes, segons el nivell de vida, i també podrien fer-les el Tribunal Superior de Justícia, consultant prèviament els jutjats de família i fent-los enquestes prèvies (una mica com les que he adjuntat a l'apartat de jurisprudència d'aquest treball i als col·legis d'advocats).

Quart. Unificaria criteris de càlcul i doctrina de les audiències provincials.

Cinquè. Milloraria la situació econòmica i la seguretat de la dona, així com la seguretat de l'home, que normalment ha de pagar, perquè d'aquesta manera podria saber la quantitat que ha de pagar.

Sisè. Reduiria els casos litigiosos, perquè ara molta gent ja diu a l'advocat que ells volen acceptar i pagar el "barem que fixi la llei".

B) En contra

Primer. Pot comportar una rigidesa excessiva, perquè, en definitiva, l'article 84 del Codi de família i l'article 97 del Codi civil ho aclareixen amb mòduls generals per al càlcul.

Segon. Pot comportar que els únics als quals s'apliqui de debò siguin els assalariats, i en canvi, els empresaris i les persones que cobrin en negre o sigui difícil provar els seus beneficis, poden evadir-se del pagament; aquesta seria "la picaresca" (però a Alemanya també succeeix).

Tercer. Pot comportar que després els marits deixin de treballar, amb insolvències reals o fictícies (ara aquí també ja succeeix).

Quart. Que la dona ja no busqui feina, amb la qual cosa continuarà essent dependent. Que s'acomodi a rebre una pensió i no a buscar feina (a Alemanya succeeix).

Cinquè. Que l'home no pugui refer la seva vida, ja que segurament serien pensions més elevades.

Amb aquest petit estudi de dret comparat veiem que en algunes coses ja estàvem més avançats; així, a Catalunya ja teníem la pensió temporal. A França tenen els tres tipus de pensió, que ara volen introduir a Espanya amb la reforma de la Llei del divorci. Sembla, doncs, que “la pensió temporal” en el Codi civil la tindrem amb aquesta reforma. En canvi, a Alemanya no la tenen, però tampoc la rèmora que hi hagi una “pensió vitalícia”, com sembla que es vol introduir també amb aquesta reforma; en canvi, a Alemanya no cessa la pensió per convivència marital, i aquí sí.

La qüestió dels punts per la jubilació és interessant, però em pregunto què passarà a Alemanya amb les retallades de l'Estat del benestar, pel que fa a aquests punts.

Observant el dret comparat, es pot apreciar que es van modificant les lleis segons que es demostrin injustes o fora de la realitat. Les “anades i vingudes” de la Llei francesa respecte a la conveniència o no de la pensió vitalícia han estat un tema tan controvertit com la indemnització de l'article 41 del nostre Codi de família de Catalunya.

Les grans protestes de les organitzacions d'homes separats aquí també s'han donat. Però, per altra banda, també les protestes de les dones per incompliments econòmics dels homes en el pagament de les pensions, i, a vegades, per pensions de vegades ridícules, que m'han fet mirar més la Llei alemanya, però amb totes les cauteles que ja he esmentat.

Pel que sembla, la reforma futura del Codi civil mirarà més la llei francesa en aquest punt, i ja accepta pensions amb limitacions temporals, però amb excepcions. L'avantprojecte ha de passar encara molts controls i filtres, si més no ja hi ha protestes d'associacions d'homes i dones per temes de custòdia compartida i per incompliments de pensions, i no tracta tota la problemàtica de les execucions que es regula a la Llei d'enjudiciament civil, i en definitiva, ara per ara, no sabem com quedarà la llei.

IV. SITUACIÓ SOCIAL I ACTUAL EN EL NOSTRE PAÍS.

PROPOSTES RESPECTE A LA LEGISLACIÓ CATALANA I ESPANYOLA

Amb motiu de la preparació d'aquesta ponència, no només he pogut dedicar temps a fer un estudi teòric de llibres i de jurisprudència, sinó també a reflexionar sobre la meua experiència personal viscuda durant tots els anys de professió, i especialment a fer palesos els canvis que hi ha hagut a la nostra societat respecte a les dones, que tant han lluitat i que han recorregut un camí tan tortuós per

aconseguir l'anhelada independència econòmica del pare, en primer lloc, i després, del marit.

És una realitat producte del creixement i de l'evolució social, del fet que la dona està més inserida al món del treball, la qual cosa cada vegada es reafirma més, tal com ha posat de manifest recentment un estudi de la Universitat Rovira i Virgili que vaig poder llegir a *La Vanguardia* quan preparava aquesta dissertació, sobre com concilien els espanyols la seva vida laboral i personal. Els resultats són contundents, ja que no només es continua constatant que l'home encara no és "l'amo de casa seva" i que simplement es limita a fer tasques concretes que ocupen un mínim del seu temps, tasques que, a més, han estat prèviament previstes per l'esposa, la qual continua suportant el gruix de les tasques domèstiques, mentre un nombre cada vegada més elevat de dones fa una jornada laboral fora de la llar, fins a un 60 % l'any 2000.

Per tant, ens trobem amb una paradoxa: per una banda, tenim al davant una societat més competitiva, en la qual la dona lluita per fer-se un lloc, i que la dona treballi fora de la llar ja és una situació totalment acceptada i superada, però, no obstant això, la dona continua duent el pes dels fills i de la casa, essent independent, l'ofici del marit, tant si és un executiu d'una gran empresa com un treballador assalariat amb una jornada normal.

No obstant això, sembla que es comença a respondre molt tímidament a aquesta nova realitat social, i es pot considerar una sentència recent, qui sap, pionera d'un nou criteri orientador a l'hora d'atorgar pensions compensatòries, com ja ho va ser en el seu moment una sentència de l'Audiència Provincial de Biscaia que es remunta ja a 1989, en la qual es decidia per primera vegada un límit temporal a la pensió compensatòria atorgada a la dona, cosa totalment imprevisible en aquella època, ja que el Codi civil no establia en cap moment la possibilitat d'una pensió que no fos indefinida.

Aquest mateix fenomen ha passat recentment amb una sentència de l'Audiència Provincial de Còrdova, en la qual se'ns planteja el que podria ser una nova opció per quantificar o revisar una pensió en el temps. En aquesta sentència, malgrat que es decreta una pensió compensatòria per a l'esposa, *s'estableix un límit temporal que en aquest cas funcionaria com una possible revisió sobre la continuïtat de la pensió en el temps, i és possible en aquest moment l'extinció de la pensió si la dona no demostra que ha buscat feina o si les circumstàncies d'origen s'han modificat*, un criteri que jo compartiria. No obstant això, també reconec que la dona podria escudar-se en la mera inscripció a l'INEM, la qual cosa ja seria suficient per acreditar que busca feina activament i assegurar-se la pensió; això ens portaria a una corruptela evident en molts casos. I per altra banda, la revisió facilitaria un nou judici, i atemptaria contra el principi d'economia processal.

V. RESUM

En resum, i segons l'opinió d'aquesta lletrada, opinió que ha desenvolupat al llarg d'aquesta ponència:

- a) Necessitem criteris i bases per fixar les pensions, però no de manera dispersa, amb sentències que avui dia podrien considerar-se anecdòtiques, sinó amb la unificació d'una instància superior, com podria ser en el nostre cas *el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC)*, que no només podria unificar la doctrina, sinó també crear uns possibles barems quantificadors i limitadors.
- b) Sempre que *fossin normes orientadores, no vinculants, a semblança de la legislació alemanya* que s'ha analitzat.
- c) Sempre que fossin *raonables*, és a dir, ni massa ni poc. Aquí rau la dificultat (com es veu a Alemanya). *Per descomptat, que admetessin excepcions*, ja que si tinguéssim uns barems rígids i sense possibilitat de crear acords, això ens conduiria a situacions injustes per al marit, exemplificades en pensions eternes i que sobrepassessin les seves fonts econòmiques, i per altra banda, es fomentaria que les dones s'acomodessin a una pensió que s'asseguren indefinida i per a tota la vida i que no busquessin feina i fossin per sempre "dones dependents".
- d) Alhora, *que el criteri de pensions limitades en el temps fóra el més corrent i la pensió il·limitada l'excepció en el cas que fos necessari*, que seria presumiblement en dones de 50 anys endavant, sense feina o formació o salut precària...
- e) I també, fent referència a la llei alemanya, considero interessant que es valori més, potser, la culpabilitat, encara que més que culpabilitat seria *aquell comportament del cònjuge que pugui ser danyós econòmicament per a l'altre cònjuge deutor de la pensió*, pel que fa només a la pensió compensatòria per part del creditor de la pensió.

Potser podria semblar un pas enrere, ara que ja hem arribat al "divorci remei" i no culpable amb la mal anomenada "Llei del divorci del 1981", encara que sí que hi ha causes culpables a l'article 81 del CC, però a més aquestes causes es pretenen treure amb la reforma de la Llei de divorci, de la qual per ara només tenim l'avantprojecte i la previsió que aquesta llei entrarà en vigor l'any 2005. És cert que aquestes causes no tenen rellevància a l'hora de fixar les mesures referents als fills, la qual cosa em sembla molt bé, ja que s'ha de mirar només el bé dels fills (i moltes vegades pot donar-se la situació que es quedin amb el "culpable"). També em sembla bé que no es valori tampoc en el sentit de fer pagar més pensió a la persona que ha estat el culpable, ja que la pensió no és un rescabament per danys morals.

Per altra banda, tinc molt clar que “les possibles culpes” en casos matrimonials són difícils i que moltes vegades “les infidelitats” poden ser provocades per l'altra part, per mancances o per altres infidelitats.

Sóc conscient que això no és políticament correcte, però les lleis han d'adaptar-se a les necessitats socials i millorar (per exemple, França o Alemanya).

Jo em trobo a la pràctica, al meu despatx, amb homes que no poden comprendre el fet d'haver de pagar una pensió compensatòria a la dona, i a més sortir de casa seva i pagar una pensió als fills, en el cas que la dona hagi estat “la causant” de la separació, especialment per infidelitat de la dona. I em pregunto per què en aquest cas no es pot penalitzar econòmicament, ja que almenys la llei alemanya permet ponderar aquest fet per extingir la compensació patrimonial, així com també la permet ponderar si la dona ha causat un perjudici al marit en el seu àmbit laboral (denúncies, injúries al cap de l'empresa...) o si la dona s'ha apropiat de tots els estalvis familiars. *Per què no s'estudia?* Així, deixo obertes i damunt la taula aquestes propostes:

1. Importància de la limitació temporal.
2. Possibilitat de barem, sempre que sigui orientatiu i amb totes les cauteles.
3. Qui donaria aquest barem? Els tribunals superiors de justícia?
4. Tant la limitació temporal com el barem haurien d'admetre excepcions.
5. Tenir en compte els avantatges i els inconvenients referits als “barems o tants per cent” a l'apartat anterior: “opinions a favor i en contra”, per establir també quines despeses del deutor de la pensió són descomptables o no.

Consistents bàsicament:

Opinions en CONTRA:

- I. Pot comportar una rigidesa excessiva, perquè en definitiva els articles 84 i 97 del Codi Civil ho aclareixen amb mòduls generals per al càlcul.
- II. Pot comportar que els únics als quals s'apliqui de debò siguin els assalariats, i en canvi, empresaris i persones que cobrin en negre, o que tinguin uns beneficis reals més difícils de provar, puguin evadir-se del pagament; aquesta seria “la picaresca” (a Alemanya també succeeix).
- III. Pot comportar que després els marits deixin de treballar, amb insolvències reals o fictícies.

- IV. Que la dona ja no busqui feina, amb la qual cosa continuarà en un situació econòmica inferior i continuarà essent dependent.
(A Alemanya succeeix.)
- V. Que l'home no pugui refer la seva vida, ja que segurament serien pensions més elevades.

PROS:

- I. Unes normes orientatives, sempre que fossin només quantificades amb percentatges i barems, serien útils com a complement de l'article 84 del Codi de família i l'article 97 del Codi civil.
(En canvi, respecte a l'article 41 del Codi de família, crec que ens durien, segons el percentatge que s'establís, a assimilar el règim econòmic de separació de béns, amb guanys, o de participació.)
- II. Sempre que aquestes normes siguin orientatives i que hi puguin cabre excepcions.
- III. També crec que haurien de ser diferents per comunitats autònomes, segons el nivell de vida, i també les podrien decidir els tribunals superiors de justícia, amb la consulta prèvia als jutjats de família i enquestes (una mica com les que he adjuntat a l'apartat de jurisprudència d'aquest treball i en la meva experiència personal).
- IV. Unificaria els criteris de càlcul i la doctrina de les audiències provincials d'Espanya.
- V. Milloraria la situació econòmica i la seguretat de la dona, així com la seguretat de l'home, que normalment ha de pagar, perquè d'aquesta manera podria saber la quantitat que ha de pagar.
- VI. Reduiria els casos litigiosos, perquè molta gent ara ja diu a l'advocat que ells volen acceptar el "barem que fixi la llei".

En resum, tenim una raó més en el bàndol dels "pros", per la qual cosa sembla que hi sortirien guanyant "les opinions a favor". Per això crec que s'haurien d'aplicar, encara que —com he dit anteriorment— amb una enorme cautela, amb consultes i enquestes prèvies.

- 6. Ponderar, en relació amb el creditor de la pensió compensatòria i la compensació patrimonial, el seu comportament causal de la separació i/o danyós econòmicament per l'altre, per no utilitzar l'expressió de la llei alemanya "que resulti moralment inadequat".
- 7. Instar el percepció de la pensió a buscar feina i que ho acrediti.
- 8. Treure el qualificatiu de *vitalícia* i deixar-hi només *pensió*.

9. Afavorir els estudis de dret comparat, especialment a Europa, per aprofitar-nos de totes les experiències dels altres, i perquè som Europa i les societats són cada cop més semblants.

Potser el que aquesta advocada pretén és una utopia o la il·lusió d'una societat ideal, però la veritat és que la societat està canviant. La concepció de la dona supeditada al marit i a la casa està deixant pas, per fi, a una igualtat en el terreny laboral però encara no econòmica, entre els dos cònjuges; és un fet contrastat que la dona s'està inserint al món laboral, cosa que els anys vinents s'accentuarà progressivament, sense oblidar òbviament que sí que és possible que pugui donar-se la situació de dones que requereixin una pensió il·limitada en el temps per raons d'edat o de nul·la formació laboral de l'esposa, però no podem considerar aquesta pensió il·limitada com la norma que s'ha de seguir, i més encara essent membres d'una comunitat econòmica europea que ens fa part d'una societat cosmopolita i cada vegada més competitiva, que també dóna empenta a la dona.

VI. EPÍLEG

Aquesta ponència va ser preparada i feta per a les *Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, que van tenir lloc els dies 23 i 24 de setembre de 2004 amb el tema "Nous reptes del dret de família", organitzades per la Universitat de Girona, i s'ha conservat el text de la ponència conforme a aquelles dates. Cal, indicar, però, que llavors existia només l'anomenat Avantprojecte de la reforma de la Llei del divorci (*Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio*), en el qual, *en relació amb la pensió compensatòria*, el tema de què s'ha tractat en la present ponència, s'establia, com s'ha fet referència moltes vegades, una reforma d'aquesta pensió en el sentit de fixar:

"El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión vitalicia, temporal o un tanto alzado según se determine en el convenio regulador o en la sentencia."

És a dir, establia una *pensió vitalícia o temporal o una prestació d'un cop*, i manifestant les recances d'aquesta ponent respecte a la denominació d'aquesta *pensió vitalícia*, i em remeto al text anterior.

Actualment el que abans hem anomenat *Avantprojecte* en aquestes dates ja s'ha convertit en *Projecte de Llei*: concretament el dia 29 de novembre de 2004 el Consell de Ministres va aprovar el "*Proyecto de Ley por el que se modifica el Código*

civil en materia de separación y divorcio”, i l’anterior text de l’Avantprojecte ha experimentat modificacions en relació amb aquesta “pensió compensatòria”.

En conseqüència, la redacció del Projecte de llei, en relació amb aquesta pensió compensatòria de l’article 97 del Codi civil espanyol, quedaria amb la següent redacció:

“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.”

Com podem observar, s’ha introduït una modificació que considero una millora, en desaparèixer la denominació anterior de *pensió vitalícia* que hi havia abans a l’Avantprojecte, que ha passat a *pensió per temps indefinit*, que si bé és cert que no està limitada en el temps, si més no està més acotada que no una *pensió vitalícia*, que és, com el seu nom indica, per a tota la vida d’aquella persona, i no es podria limitar. Entenc que la paraula *vitalícia* la fa inamovible, malgrat que tot el que respecta a l’àmbit de família sigui dinàmic i canviable. En canvi, l’expressió *pensió per temps indefinit* considero que admet més la possibilitat de canvi i de limitació, encara que sigui en un nou judici amb la prova adient, però podria limitar-se.

No he introduït aquests canvis del Projecte de llei al text de la ponència perquè és evident que encara s’introduiran noves modificacions, ja que aquest projecte de llei és al principi de la seva tramitació. A les Corts Generals, tant al Congrés com al Senat, és ben segur que es faran esmenes parlamentàries que variaran novament el text del projecte de llei; per tant, estem lluny encara del text definitiu de la Llei que resulti.

VII. BIBLIOGRAFIA I LEGISLACIÓ

Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família.

Llei 10/1998, de 15 de juliol, d’unions estables de parella.

Código civil, segona edició publicada per Reial decret de 24 de juliol de 1889, actualitzat amb totes les modificacions des d’aquella data. Ed. Civitas.

Anteproyecto de ley por la que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros en septiembre de 2004.

Proyecto de ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio, el dia 29 de novembre de 2004, aprovat pel Consell de Ministres.

BGB alemany

Düsseldorfer Tabelle

Berliner Tabelle

Llei francesa núm. 75-617, d'11 de juliol de 1975, i Llei núm. 2000-596, de 30 de juny de 2000.

EGEA FERNÁNDEZ, J. i FERRER RIBA, J. (2000): *Comentarios al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, 2000.

CALVO CARAVACA, A. L. i CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.) (2004): *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Codex.

Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI del XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Sevilla y Huelva del 18 a 22 de octubre de 2004, Ed. Viajes el Monte - Congresos.

PÉREZ MARTÍN, A. J. (2000): *Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona*, Lex Nova.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2004): *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2004.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M. (2001): *Código de la familia. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Colex.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1990): *Derecho de familia*, vol. I, 3a ed., J & B.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ESCUELA JUDICIAL (2203): *Las uniones estables de pareja*, Ed. Cuadernos de Derecho Judicial, 2003.

Revista de Derecho de Familia, Ed. Lex Nova, núm. 16, juliol de 2002.

Revista Jurídica de Catalunya. Jurisprudència, 2002.

Revista Jurídica de Catalunya. Jurisprudència, 2003.

Revista Jurídica de Catalunya. Jurisprudència, 2004.

Revista SepinNET Persona y Familia, Ed. Jurídica Sepin.

VENDRELL I FERRER, E. (1996): "La liquidació del règim de separació de béns", a *Materials de les VIII Jornades de Dret Català a Tossa*, Tirant lo Blanc.

RUCOSA I ESCUDÉ, A. (1996): "La liquidación del régimen de separación de bienes: cuestiones prácticas que plantea el art. 23 de la Compilación de derecho civil de Catalunya, en las causas de nulidad matrimonial", a *Materials de les VIII Jornades de Dret Català a Tossa*, Tirant lo Blanc.

"Padres con el corazón dividido" i "Trabajo y familia", articles publicats a *La Vanguardia*, 18 de juliol de 2004.

"Trabajo y familia", article publicat a *La Vanguardia*, 19 de juliol de 2004.

RAUSHER (2004): *Der unterhalts —und Rentenanspruch des Ehegatten nach Trennung und Scheidung— eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und spanischen Rechts*, Universität de Leipzig, Alemanya, gener de 2004.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Familienrecht I & 1297- 158, VAHRG, VAÜG, Hausrats V.

WENDI/STAUDIGI, *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Leitlinien der Oberlandesgerichte zum Unterhaltsrecht und zum Verfahren in Unterhaltsprozessen*. Berr. von Philipp Wendi und Siegfried Staudigi. Von Hans-Joachim Dose, RiBGH, Karlsruhe; Dr. Perter Gerhardt, VRiOLG, München; Werner Gutdeutsch, RiOLG a.D., München; Jürgen Kemper, Scholz, VRiOLG a.D. Ratingen; und Dr. Wolfgang Thalmann, VRiLOG, Freiburg/Br. C.H.Beck] 6., völlig überarb.und erw.Aufl.2004, XLVI,1814 S.in Leinen [ISBN 3-40650494-9] Palandt.

Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Einföhrungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug). 64., neubearb. Aufl. Aktuelles Unterhaltsrecht eine alphabetisch geordnete Darstellung des formellen und materiellen Unterhaltsrechts mit Anleitungen zur Fallbearbeitung und Rechtsprechungs-/Gesetzets-cd-rom. Artikelnummer 3720, IBSN 3-8232-3720-9, Autor /Herausgeber Dr. Harald Oelkers.

Finalment, voldria agrair la col·laboració i facilitació de bibliografia a Roland Krause, del bufet d'advocats Dr. Krause & Partner Gbr Rechtsanwälte und Notare, de Berlín, i al bufet d'advocats Biron & Biron, de Düsseldorf (Alemanya), en l'elaboració d'aquesta ponència.

VIII. ANNEX. ESTADÍSTIQUES

He pres com a referència un mostrari de sentències, d'unes 100 sentències aproximadament, d'entre les audiències provincials de Catalunya (Barcelona, Tarragona, Lleida i Girona) dels anys compresos entre el 2000 i 2003, en què hi ha reclamacions de pensions compensatòries, sol·licituds, modificacions i extincions. El resultat del meu estudi és el següent:

1. Pensió compensatòria

1.1. *Sentències en què es concedeix la pensió compensatòria*

A) Atenent la durada del matrimoni i a la crisi

- AP Barcelona, Secció 18, 10/10/2002. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 761/2001

La pensió compensatòria és una mesura de naturalesa reparadora que tendeix a equilibrar en la mesura que sigui possible el descens que la separació o el divorci puguin ocasionar en el nivell de vida d'un dels cònjuges en relació amb el que conservi l'altre, per la qual cosa per constatar si es produeix o no un desequilibri econòmic i consegüentment si neix el dret a la pensió ha d'estar-se, bàsicament, al temps que es va produir la crisi convivencial, sense que les circumstàncies

sobrevingudes o les alteracions posteriors en la fortuna de l'un i l'altre dels cònjuges atorguin el dret a la pensió.

- AP Girona, Secció 2, 24/12/2001. Ponent: Miguel Pérez Capella, Sent. 625/2001, rec. 389/2001

Fixació motivada d'una pensió compensatòria a favor de l'esposa, tenint en compte la durada del matrimoni, la separació del qual acorda: 28 anys, la situació econòmica resultant per als cònjuges com a conseqüència de la separació i l'edat i salut d'ambdós.

B) Pagament en espècie

- AP Barcelona, Secció 12, 13/11/2001. Ponent: José Pascual Ortuño Muñoz, rec. 308/2001

Pagament de la pensió compensatòria mitjançant la cessió a l'esposa de la meitat de la propietat del domicili familiar que li correspon en la liquidació de l'haver de guanys.

C) Comptabilització d'ingressos i despeses

- AP Barcelona, Secció 18, 15/07/2002. Ponent: Margarita Blasa Noblejas Negrillo, rec. 533/2001

Comptabilització de despeses i ingressos per determinar la quantia més raonable com a pensió.

Ens trobem que l'apel·lant fonamenta la seva pretensió en el fet que, com que ha de pagar la meitat del préstec hipotecari que grava l'habitatge familiar, la meitat de la quota de la comunitat de propietaris i la meitat de l'IBI, tot just li quedarien diners per a la seva subsistència. En aquestes condicions, tenint en compte que l'esposa percep un salari de 645,65 € i que igual que ell ha de satisfer les mateixes despeses pel concepte de càrregues, s'estima que la suma més adequada als principis exposats abans és de 250 €.

- AP Barcelona, Secció 18, 17/09/2001. Ponent: Josep Maria Bachs Estany, rec. 1066/2000

Consideració de sous nets un cop descomptades les despeses per fixar la pensió compensatòria.

- AP Barcelona, Secció 18, 13/09/2001. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 226/2001

Concessió d'una pensió a favor de l'esposa en una quantia proporcional als ingressos de cada cònjuge.

- AP Tarragona, Secció 1, 17/09/2001. Ponent: Antonio Carril Pan, rec. 72/2001

Malgrat que l'esposa obté ingressos, aquests són més baixos que els del seu marit.

- AP Tarragona, Secció 1, 20/04/2000. Ponent: María de los Desamparados Cerdá Miralles, rec. 26/1999

Pensió compensatòria. Quantia en funció dels ingressos del marit i de la capacitat econòmica de l'esposa.

D) Sense reclamació prèvia

- AP Barcelona, Secció 12, 09/11/2001. Ponent: José Pascual Ortuño Muñoz, rec. 336/2001

Dret a una pensió malgrat no reclamar-la durant els dos anys de separació de fet. La pretensió de la recurrent que es constitueixi a favor seu una pensió per desequilibri econòmic ha de trobar acollida, ja que consta acreditat a les actuacions que el cessament de la convivència ha provocat un empitjorament molt considerable en "l'estatus" i el nivell de vida de la demandant. S'arriba a aquesta conclusió després de l'anàlisi del material probatori d'actuacions. Destaca, en primer lloc, l'acte propi que l'espòs s'ha fet càrrec després de la separació de fet tant del lloguer de l'habitatge familiar, en el qual ha quedat l'esposa, com dels subministraments d'aquesta, la qual cosa treu rellevància al fet que durant els dos anys en els quals ha estat instal·lada la separació de fet no hagi reclamat una pensió. Aquestes aportacions obeeixen, sens dubte, als ingressos superiors del demandat, ja que l'activitat que realitza com a empresari de la construcció constitueix la seva professió habitual, en la qual té una dilatada experiència, i que pertany al sector de l'activitat econòmica de més creixement en els últims anys.

- AP Barcelona, Secció 12, 07/11/2001. Ponent: Antonio López Carrasco Morales, rec. 423/2001

El simple fet de vida separada no fa perdre el dret a la pensió compensatòria.

E) Independentment de la vida laboral d'ella i dels ingressos, concedeixen la pensió compensatòria

- AP Barcelona, Secció 18, 26/10/2001. Ponent: Ana María García Esquiús, rec. 1393/2000

Dret a una pensió malgrat dur a terme després del matrimoni una activitat remunerada.

- AP Barcelona, Secció 12, 16/10/2001. Ponent: Antonio López Carrasco Morales, rec. 479/2001

Pensió compensatòria a favor de l'esposa en atur i sense vida laboral.

- AP Lleida, Secció 2, 18/10/2001. Ponent: Rocío Pala Laguna, Sent. 452/2001, rec. 323/2001

És compatible la situació de desequilibri amb el fet que l'esposa percebi ingressos mínims per la seva activitat laboral.

“[...] la Sala estima que no concorren les circumstàncies necessàries perquè pugui operar el cessament de la pensió a favor de l'esposa, doncs continua existint la situació de desequilibri o desigualtat econòmica dels cònjuges produïda per la ruptura matrimonial, com encertadament assenyala la sentència d'instància. Aquesta situació de desequilibri és perfectament compatible amb el fet que l'esposa percebi uns ingressos, de moderada quantia, pel seu treball com auxiliar de geriatria en residències d'ancians, tenint en compte que no és un treball fix sinó contractes temporals o eventuais; representant als ingressos d'entre 80 i 85.000 pessetes mensuals, molt inferiors als que percep i percebia l'espòs durant el matrimoni com oficial del Notari, amb uns rendiments de treball nets de 5.492.948 pessetes anuals, segons consta en la declaració de l'IRPF corresponent a l'any 1999. La Sra. té en l'actualitat 54 anys d'edat, ha dedicat 24 anys de convivència matrimonial a cura de la llar i els fills i manca de preparació laboral específica, el que dificulta el seu accés a un treball fix [...]”

- AP Tarragona, Secció 1, 27/04/2000. Ponent: María de los Desamparados Cerdá Miralles, rec. 23/1999

Es concedeix una pensió compensatòria malgrat que la dona té un abundant patrimoni que li genera rendiments mobiliaris.

“[...] Per això partint que el marit posseeix uns rendiments nets de treball personal segons la declaració de la renda presentada en actuacions pròxima a les 400.000 pessetes mensuals (excepte error 399.765,25 pessetes); i que l'esposa posseeix un cabdal mobiliari heretat que ascendeix a 30.000.000 segons la sentència 24.000.000, segons va dir el seu Lletrat en l'acte de la vista d'aquest recurs d'apel·lació, capital al qual moderadament pot predicar-se-li —invertint-lo amb prudència— un rendiment mensual de 120.000 pessetes, no constant que pel pis que li pertany en exclusiva percebi cap renda, tampoc pels que li pertanyen en comuna amb el seu marit (finca rústica, local del negoci, meitat indivisa d'un dels pisos que constitueixen la llar familiar), no pot deixar d'apreciar-se que la quantitat reclamada per aquest concepte, 130.000 pessetes, és notablement excessiva, doncs, sumada a la quantitat mensual que pot percebre pel seu cabdal mobiliari, el total mensual supera la meitat dels ingressos que venia percebent la família mentre vivien junts i abans que l'esposa adquirís per herència el cabdal mobiliari (va acceptar l'herència el 29-9-1998, un any abans de presentar la demanda de separació). En atenció a les expressades circumstàncies estima aquest Tribunal adequat a les circumstàncies del cas fixar una pensió compensatòria en la quantia de 45.000 pessetes, la qual sumada als

rendiments del capital que pot percebre li suposaran uns ingressos només per a ella de 165.000 pessetes.”

- AP Barcelona, Secció 12, 09/10/2001. Ponent: Antonio López Carrasco Morales, rec. 405/2001

La capacitat econòmica de l'espòs comporta el reconeixement de pensió.

“[...] mancant altres proves econòmiques com poden ser certificats d'ingressos anuals nets de la citada empresa, declaracions de l'IRPF dels anys 2000 i 2001, comptes, moviments i saldos bancaris (l'aportació dels quals és exigència de l'actual art. 770 -11 Llei 1/2000 de 7 de gener), i vist que el propi apel·lant reconeix haver ingressat en els últims tres mesos 60.000 ptes. cada mes s'ha de concloure que té capacitat econòmica suficient per a atendre la pensió de la filla, i compensar el desequilibri de la Sra. _____, doncs l'existència de matrimoni de 20 anys de durada i dedicació d'aquesta a la família comporta el reconeixement de pensió per desequilibri de l'art. 97 CC [...]”

- AP Barcelona, Secció 12, 01/10/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 251/2001

Desequilibri econòmic de l'esposa després de la separació en relació amb la situació econòmica folgada de l'espòs.

“[...] Enfront de la situació econòmica de l'espòs, ja reverenciada, el seu consort, que s'ha dedicat en una primera fase a la cura i atenció dels tres fills del matrimoni, fins que va iniciar activitat laboral en el ram de la neteja en 1991, es troba en l'actualitat prestant serveis com interina en l'empresa S. a. des del 5 de Juny de 2000, percebent la parca remuneració mensual de 116.808 pessetes brutes. Això condueix, sens dubte, a l'apreciació d'una situació de desequilibri econòmic, que afecta a l'esposa per la conseqüència de la separació matrimonial, en relació amb el més folgat estatus empresarial del demandat, que comporta un empitjorament de la seva actuació anterior en el matrimoni, que és necessari mitigar per la via de la concessió d'una pensió compensatòria de l'article 97 del Codi Civil [...]”

F) Es fixa la pensió compensatòria tenint en compte l'anterior esposa

- AP Barcelona, Secció 18, 28/09/2001. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 684/2000

La pensió compensatòria de l'anterior esposa es té en compte com a despesa per fixar una nova pensió compensatòria.

“[...] Pel que es refereix a aquest extrem, ens trobem amb que el demandat percep una pensió de jubilació de 178.000 ptes. (1.069,80 €), sent així que paga 50.000 ptes. (300 €) de lloguer d'un habitatge i 50.000 ptes. (300 €) de pensió a

la seva anterior esposa; si a això s'uneix que la part demandant en seu de mesures provisionals va sol·licitar 30.000 pts. (180 €) que li van ser concedides i no ha acreditat majors despeses del menor, la conseqüència necessària és la de la desestimació de la seva petició d'increment."

1.2. Sentències que fixen límit de la pensió compensatòria

A) *Fixar el límit de la pensió compensatòria en entrar l'esposa en el mercat laboral*

- AP Barcelona, Secció 18, 31/07/2002. Ponent: Enrique Anglada Fors, rec. 298/2001

Fixació d'un límit temporal a la pensió compensatòria en entrar la beneficiària en el mercat laboral.

"[...] el Tribunal, en funció de les circumstàncies concurrents i que la dona ve ja treballant, des de l'any 1999, dos dies a la setmana, en una desocupada del mercat, amb un salari de 4.000 pts. diàries, segons ella mateixa manifesta en la prova de confessió judicial —absolució a les posicions 8a i 10a—, estima adequat temporalitzar la vigència del seu dret a percebre pensió compensatòria, fixant-se aquest per un període de 3 anys, a computar des de la data de la sentència d'instància [...]"

- AP Barcelona, Secció 18, 09/10/2001. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 831/2000

Limitació temporal d'una pensió per l'edat i la intensificació dels treballs de la beneficiària

- AP Lleida, Secció 1, 20/12/2001. Ponent: Luis Fernando Ariste López, Sent. 146/2001, rec. 125/2001

Límit temporal a la pensió compensatòria per accés al mercat laboral i per les rendes percebudes.

B) *Hi ha desequilibri però es limita temporalment la pensió compensatòria*

- AP Barcelona, Secció 12, 24/10/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 309/2001

Clar desequilibri després de la separació que determina una pensió compensatòria durant quatre anys.

"[...] La situació que es troba l'esposa al temps de la separació matrimonial, és certament contraposada a la folgada posició econòmica que experimenta la seva causant. Així és d'apreciar que aquella, si bé va treballar durant dotze anys després de contreure matrimoni, en l'actualitat no és perceptora de cap ingrés, no obstant és diplomada en infermeria

i ajudant tècnic sanitari. L'espòs que ostenta la categoria professional de Personal, presta serveis laborals en l'entitat _____, S. a., havent percebut durant l'any de 1999 la quantitat bruta anual de nou milions sis-centes dotze mil pessetes i en concepte d'antiguitat un muntant de sis-centes seixanta-nou mil nou-centes vuitanta pessetes anuals. A més va rebre en el mes de Maig de 2000 i en concepte de bons la suma bruta de tres milions tres-centes mil pessetes. Sens dubte l'examen de l'estat o posició econòmica d'ambdós, reflecteix la concurrència d'una situació de desequilibri que afecta a l'esposa, al temps de la separació matrimonial, en relació amb el seu cònjuge, que condueix a un empitjorament del seu estatus constant matrimoni, que es fa necessari pal·liar per mitjà de l'institut de la pensió compensatòria de l'article 97 del Codi Civil i 84 del Codi de família de Catalunya, en quantia de setanta mil pessetes mensuals, pagadores i actualitzables en la forma determinada en la sentència d'instància, i per un període de quatre anys, la determinació limitada dels quals en el temps no ha estat impugnada per la beneficiària de la prestació, sent factible la mateixa en atenció a les prescripcions dels articles 84 i 86 d) del Codi de família de Catalunya [...]"

- AP Barcelona, Secció 18, 08/10/2001. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 594/2000

Limitació de la pensió a dos anys per l'edat, la durada del matrimoni i la dedicació a aquest del beneficiari.

- AP Barcelona, Secció 12, 3/12/2003. Ponent: Ana Jesús Fernández San Miguel, rec. 128/2003

Per la duració del matrimoni, la dedicació i els 44 anys de la dona, s'ha d'abonar una pensió compensatòria durant cinc anys.

- AP Barcelona, Secció 18, 19/07/2001. Ponent: Ana M. García Esquiús, rec. 298/2000

Limitació a set anys del dret de l'esposa a percebre una pensió compensatòria.

"[...] Que la pensió compensatòria matrimonial o per desequilibri econòmic té un abast temporal limitat en el temps i no vitalici, s'inferia fins i tot de la seva regulació legal doncs el propi art. 101 del CC tenia previst la seva extinció, entre altres causes, quan aquell desequilibri que la justifica hagi desaparegut. De forma expressa l'article 86 del vigent Codi de família de Catalunya ha vingut a clarificar la qüestió al dir que "El dret a la pensió compensatòria s'extingeix: d) Pel transcurs del termini pel qual es va establir". En conseqüència, deurà limitar-se temporalment el dret a percebre la pensió, prenent en consideració circumstàncies, com la durada del matrimoni, edat del cònjuge més desfavorit, qualificació acadèmica o professional i possibilitat d'integració en el món laboral, per a, partint que no es tracta en

cap cas d'una pensió vitalícia, determinar el límit temporal de la mateixa, que en el present cas es fixa en un període de set anys a comptar des de la sentència dictada en primera instància [...]"

- AP Barcelona, Secció 12, 09/07/2001. Ponent: Mireia Salva Cortes, rec. 1452/2000

Procedència de la pensió pel fet que l'esposa ha sofert una disminució de la qualitat de vida que tenia durant el matrimoni.

"[...] quant a la pensió compensatòria, d'escassa quantia, del contingut de les actuacions, resulta la mateixa justificada i procedent, puix que l'esposa per la ruptura matrimonial, ha sofert una disminució de la qualitat de vida, dels mitjans en general, que han estat correctament valorats, tenint en compte totes les circumstàncies concurrents, i previsions existents, havent-se fixat un límit temporal de conformitat amb l'art. 86.1 d) del Codi de família [...]"

- AP Barcelona, Secció 18, 19/06/2000. Ponent: Ana María García Esquius, rec. 997/1999

Temporalitat de cinc anys de pensió compensatòria a causa de la durada del matrimoni i l'edat de l'esposa.

- AP Barcelona, Secció 18, 21/02/2000. Ponent: Enrique Anglada Fors, rec. 928/1999

Pensió compensatòria temporal per desequilibri econòmic.

"[...] és d'assenyalar que el Tribunal estima procedent, en el supòsit d'actuacions, el dret a pensió compensatòria en favor de l'esposa, doncs certament —i encara que aquesta en prova de confessió judicial sembla indicar el contrari—, és de constatar que la mateixa és impertinent en la seva formulació s'ha produït un desequilibri econòmic en la posició de la dona en relació amb la del marit, que implica un empitjorament en la situació que tenia la mateixa durant el matrimoni, conforme al disposat en l'article 97 del Codi Civil i circumstàncies esmentades en el mateix, singularment la dedicació exclusiva a la llar i a l'atenció del marit i dels tres fills d'aquest per part de la demandant, qui efectivament va deixar de treballar per compte aliè quan va contreure matrimoni, el cabal i mitjans econòmics del marit, que percep una pensió per jubilació d'import 155.284 PTA netes al mes i les necessitats de l'un i l'altre cònjuge, pel que s'estima adequat i pertinent la seva fixació, encara que no en la quantia sol·licitada en la demanda, estimant-se més ponderada i equitativa la quantitat de 30.000. PTA mensuals; i a més, donada la curta durada del matrimoni i la possibilitat d'accedir l'esposa al mateix treball que realitzava abans de casar-se, màxima quan en confessió ja reconeix que ha començat a treballar mitja jornada, el Tribunal estima adequat temporalitzar la vigència del seu dret a percebre pensió compensatòria, fixant-se aquest per un període d'1 any, a comptar des de la data de la sentència d'instància

–atès que en la mateixa ja es va fixar amb caràcter temporal–, doncs el dret a pensió compensatòria, com ha tingut ocasió de pronunciar-se aquesta mateixa Sala en anteriors resolucions, entre unes altres, en sentències de 26 de maig, 9 de juliol i 24 de novembre de 1998, i 9 i 22 de febrer, 16 d'abril, 2 de juliol i 21 de setembre de 1999, no pot ni deu considerar-se en determinats casos, com el que aquí ens ocupa, com un dret absolut, ni vitalici, sinó, per contra, com relatiu i circumstancial i especialment limitat quant al temps, doncs la seva legítima finalitat no pot ser altra que la de col·locar al cònjuge perjudicat per la ruptura del vincle matrimonial en una situació de potencial igualtat d'oportunitats —singularment laborals i econòmiques— a les quals no hauria d'haver intervingut tal vincle matrimonial, considerant-se, doncs, la temporalitat d'un any, en el present supòsit, com necessari i conforme a la realitat dels fets, atès que durant aquest període de temps l'esposa pot integrar-se de nou i plenament al mateix treball que venia realitzant abans de contreure matrimoni amb l'apel·lant, el que comporta, en definitiva, que s'hagi de donar lloc, encara que només en part i en els termes fins aquí explicitats, a la pretensió revocatòria del recurrent.”

- AP Barcelona, Secció 18, 02/03/2000. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 819/1999

Procede la pensión al quedar probado el desequilibrio económico de la esposa.

- AP Barcelona, Secció 12, 23/10/2001. Ponent: Antonio López Carrasco Morales, rec. 310/2001

Pensió compensatòria a una esposa en segones núpcies, sense fills, prèvia unió fet.

- AP Girona, Secció 2, 24/07/2002. Ponent: Joaquim Fernández Font, S 424/2002, rec. 355/2002

Pensió compensatòria durant dos anys atesa l'edat i la durada del matrimoni de quatre anys i mig.

- AP Girona, Secció 1, 22/03/2002. Ponent: Carles Cruz Blaus, Sent. 159/2002, rec. 78/2002

Temporalitat de la pensió per capacitat de l'esposa per treballar.

- AP Girona, Secció 1, 22/03/2002. Ponent: Fernando Ferrero Hidalgo, Sent. 168/2002, rec. 398/2001

Finalitat i problemàtica sobre la vigència temporal de la pensió compensatòria.

“[...] no hi ha dubte que la pensió per desequilibri econòmic no té per finalitat perpetuar l'equilibri econòmic dels cònjuges separats o divorciats, ni

tampoc té per finalitat la d'igualar patrimonis o igualar recursos econòmics, doncs ni tan sols durant la vigència del matrimoni això es produeix, sinó que té per finalitat esmorteir els efectes dràstics que la ruptura de la convivència i la pèrdua de l'estatus econòmic es produeix per a un dels cònjuges. Per això i atenent a la durada del matrimoni, edat del cònjuge creditor, els seus recursos econòmics, possibilitat d'accedir a una ocupació, etc., es ve establint un termini de vigència de la prestació de la pensió compensatòria; a l'entendre que durant aquest termini el cònjuge desequilibrat pot estar en condicions de poder atendre adequadament la seva nova situació [...]"

- AP Girona, Secció 1, 14/07/2001. Ponent: Carles Cruz Moratones, Sent. 364/2001, rec. 37/2001

Límit a la compensatòria concedida a una esposa de 47 anys que no pateix lesions que la incapacitin per treballar.

- AP Lleida, Secció 1, 01/04/2003. Ponent: Luis Fernando Ariste López, Sent. 16/2003, rec. 103/2002

Límit temporal de tres anys atesa l'edat del beneficiari i les seves expectatives de reincorporar-se al món laboral.

- AP Lleida, Secció 1, 27/12/2000. Ponent: Francisco Segura Sancho, Sent. 171/2000, rec. 146/2000

Limitació temporal de la pensió compensatòria.

"[...] ha de moderar-se prudencialment l'abast temporal d'aquell dret, estimant la Sala el termini d'un any com període de temps raonable i suficient per a satisfer els fins que es pretenen amb aquella mesura, una vegada ateses les circumstàncies concretes concurrents en el present cas. En efecte, la Sra. és una persona jove, de 34 anys d'edat, sense cap tipus d'incapacitat per a l'acompliment d'una activitat laboral i que actualment resideix en el domicili dels seus pares juntament amb la seva filla menor d'edat; a més, i com ja s'ha dit, percep una ajuda social encara que supeditada a un seguiment psico-social que pel que sembla incompleix, la qual cosa pot arribar a comportar la pèrdua d'aquella ajuda econòmica; i ja finalment, no consta que hagués realitzat cap esforç amb vista a procurar-se una formació encaminada a la seva incorporació en el món laboral. Conseqüentment el termini assenyalat en la present resolució s'estima suficient per a procurar-se un mitjà propi i autònom de subsistència [...]"

- AP Tarragona, Secció 1, 26/04/2002. Ponent: Enrique Alavedra Farrando, rec. 95/2002

Pensió adequada en quantia i termini, tenint en compte els presumibles ingressos de l'espòs.

- AP Tarragona, Secció 3, 10/10/2001. Ponent: Jordi Morato Aragones Pàmies, rec. 112/2001

Conveniència que la pensió compensatòria concedida a l'esposa sigui temporal.

“[...] L'apel·lant refereix impugnació de la desestimació de la petició formulada de deixar sense efecte la pensió compensatòria, limitar o reduir el seu import. En aquest sentit, la recurrent valora novament els extrems que ja va posar de manifest en ocasió de la seva demanda, sense que faci referència a extrems admesos per l'adversa o al resultat de la prova practicada que impliqui una confirmació o valoració d'allò que ja va al·legar en el seu moment. Qüestió distinta és el seu criteri sobre la conveniència o no de limitar en el temps la pensió compensatòria. En aquest sentit, i malgrat que la recurrent no comparteixi —per raons lògiques— la resolució d'instància, hem de desestimar aquest motiu d'impugnació, puix que el jutge a quo ja va efectuar valoració concreta d'aquest motiu a l'afirmar en el seu fonament jurídic segon que el Sr. Luis no havia acreditat els concrets mitjans econòmics que les activitats realitzades per María Isabel Croat li suposen. De la mateixa manera, tant el Jutge d'instància com aquesta Sala consideren la conveniència que la pensió compensatòria no sigui de durada il·limitada, si bé, de l'actuat en instància i davant aquesta Sala, tampoc la recurrent ha aportat i/o acreditat elements que no hagin estat considerats i revisats tant en el procés de separació com en el present de divorci [...]”

- AP Tarragona, Secció 3, 26/07/2001. Ponent: Juan Carlos Artero Mora, rec. 607/2000
- AP Tarragona, Secció 3, 27/06/2001. Ponent: Juan Carlos Artero Mora, rec. 560/2000

Pensió a l'esposa per cinc anys, ja que la seva falta de capacitació professional no revela òptimes expectatives d'ocupació.

- AP Tarragona, Secció 3, 08/05/2001. Ponent: Agustín Vigo Morancho, rec. 457/1999

És procedent la pensió per desequilibri, si bé la seva percepció és limitada temporalment.

1.3. Concedeixen la pensió compensatòria sense límit

A) Augmenten la pensió compensatòria

A) INCREMENT DE LA PENSÍO COMPENSATÒRIA PERÒ LIMITADA PER L'INCREMENT D'INGRESSOS

- AP Barcelona, Secció 18, 28/09/2001. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 1448/2000

Increment de l'import de la pensió compensatòria, però limitada temporalment.

B) MANTENEN LA PENSIÓ COMPENSATÒRIA

- AP Barcelona, Secció 12, 16/10/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 381/2001

Manteniment de la pensió compensatòria mentre subsisteixi el desequilibri que en va motivar la concessió.

- AP Barcelona, Secció 12, 12/01/2001. Ponent: Pascual Ortuño Muñoz, rec. 957/2000

Es manté la pensió compensatòria perquè el desequilibri econòmic subsisteix.

- AP Barcelona, Secció 18, 23/07/2002. Ponent: Francisco Málaga Diéguez, rec. 728/2001

L'elevat patrimoni i nivell de vida de l'espòs desvirtuen la seva pretesa extinció de la pensió compensatòria.

- AP Barcelona, Secció 18, 18/07/2002. Ponent: Josep M. Bachs Estany, rec. 695/2001

Repercuteix en la pensió la posició superior del marit, concretada en la titularitat d'un patrimoni fiduciari.

"[...] No pot parlar-se seriosament d'una presumpta igualtat d'ingressos. No s'arriba a saber amb certesa en quina proporció es mantenen distants l'un d'un altre. No és cert que això hagi de mesurar-se sobre l'exclusiva base d'un major patrimoni; patrimoni unes vegades compartit i de titularitat confesadament fiduciària d'una finca; la valoració fiscal de la qual —sens dubte inferior a la de mercat tenint en compte els béns de què es tracta— consta en actuacions, i que en principi no produeix ni benefici ni perjudici, però que és un actiu susceptible de realització i de crèdit que situa el marit en una posició sensiblement superior a la de l'esposa. Desequilibri que entén la Sala que no es compensa amb només 50.000 ptes. al mes, però que ateses totes les circumstàncies personals tampoc ha de ser compensada en més del doble, 600 euros al canvi. Xifra en la qual, en suma, amb estimació parcial del recurs i ponderant el conjunt de la prova i les circumstàncies de l'art. 84 del C. de F. ha d'establir-se en aquesta alçada [...]"

- AP Barcelona, Secció 18, 14/10/2002. Ponent: Josep M. Bachs Estany, rec. 45/2002

Com que el patrimoni posseït és anterior al matrimoni i no produeix renda, no exclou la pensió.

- AP Barcelona, Secció 12, 22/10/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 463/2001

Invalidesa permanent absoluta de l'obligat no determinant per extingir la pensió que ha d'abonar.

- AP Barcelona, Secció 12, 17/10/2001. Ponent: José Pascual Ortuño Muñoz, rec. 325/2001

No reducció de la pensió en proporció exacta a la disminució d'ingressos de l'obligat.

- AP Barcelona, Secció 12, 09/10/2001. Ponent: José Pascual Ortuño, rec. 318/2001

Procedeix la pensió compensatòria davant l'empitjorament econòmic que suposa la separació per a l'esposa.

- AP Barcelona, Secció 12, 19/04/2000. Ponent: Antonio López-Carrasco Morales, rec. 1432/1999

És procedent la pensió compensatòria per desequilibri econòmic del patrimoni de l'esposa en relació amb el del marit.

a) No es fixa un límit de la pensió compensatòria per falta d'ocupació i edat.

- AP Barcelona, Secció 18, 08/07/2002. Ponent: Josep M. Bachs Estany, rec. 759/2001

La falta d'ocupació i experiència de l'esposa impedeix temporalitzar la pensió establerta a favor seu.

"[...] Per a fixar l'import de la pensió així com la seva durada han de tenir-se en compte tots els elements de l'art. 84 del C. de F. La situació econòmica resultant de la ruptura, per a l'esposa, és de falta d'ocupació, i d'experiència recent referent a això, doncs el matrimoni ha durat entre 26 i 27 anys, en els quals no s'ha acreditat que la demandada hagi fet altra cosa que cuidar de la llar i els fills, ambdós amb problemes de salut i adaptatius importants tenint en compte la seva minusvalidesa auditiva del 52 % i 35 % respectivament. La prova demostra que de les 5.600.000 ptes. percebudes per la seva banda en la venda de l'habitatge conjugal n'ha consumit ja 1.600.000 i invertit 4 milions a termini fix que li rendeixen el 3 % anual (10.000 ptes. al mes). L'esposa compta ara 51 anys, es desconeix amb certesa si realitza alguna activitat remunerada; la veritat és que duu 27 anys fora del món laboral; i àdhuc en el supòsit de trobar feina immediatament no podrà arribar a la cotització mínima exigible per a accedir el dia de demà a la jubilació. Aquestes circumstàncies han d'inclinar-nos decididament a no donar lloc a la temporalització sol·licitada [...]"

- AP Barcelona, Secció 12, 16/10/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 381/2001

Manteniment de la pensió compensatòria mentre subsisteixi el desequilibri que va motivar-ne la concessió.

- AP Lleida, Secció 1, 14/11/2002. Ponent: Luis Fernando Ariste López, S 103/2002, rec. 87/2002

Atenent el conveni pactat pels cònjuges, no pot extingir-se la pensió per no empitjorar la situació de l'obligat.

b) Manteniment de la pensió compensatòria si perdura el desequilibri

- AP Tarragona, Secció 1, 23/07/2001. Ponent: M. Pilar Aguilar Vallino, rec. 83/2001

Ampliació del termini perquè no han variat les circumstàncies fins que l'esposa cobri la pensió.

- AP Tarragona, Secció 3, 18/06/2001. Ponent: María Ángeles García Medina, rec. 120/2001

La falta de prova de l'alteració substancial dels ingressos de l'exespòs fa mantenir la pensió acordada en conveni i ratificada posteriorment en el procediment de divorci.

c) Les noves obligacions voluntàries no afecten la pensió compensatòria anterior

- AP Tarragona, Secció 1, 03/10/2001. Ponent: Enrique Alavedra Farrando, rec. 366/2000

Les noves obligacions assumides voluntàriament no afecten la pensió del cònjuge anterior.

C) REDUEIXEN O MODEREN LA PENSÍO COMPENSATÒRIA

a) Moderació de la pensió compensatòria atesa la disminució d'ingressos

- AP Barcelona, Secció 12, 04/10/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 343/2001

Moderació de la pensió compensatòria a l'esposa atesa la disminució d'ingressos de l'obligat.

"[...] Donades les circumstàncies fàctiques concurrents, no és d'apreciar la causa extintiva de la pensió compensatòria de l'article 101 del Codi Civil, referida al cessament de la situació de desequilibri econòmic postulada per l'accionant en la demanda de l'incident de modificació de mesures, si bé sí és procedent temperar la seva quantificació, pretensió subsidiàriament formulada, davant l'evident disminució d'ingressos de l'obligat, que a més també ha d'afrontar despeses derivades del lloguer de l'habitatge en què resideix, a més de les seves pròpies necessitats vitals, per això és de reduir la quantia de la prestació de referència fins un muntant de vint mil pessetes mensuals, actualitzables anualment en atenció de l'índex de preus al consum de l'Institut Nacional d'Estadística [...]"

b) Minoració de la pensió compensatòria en atribuir-se l'habitatge conjugal

- AP Barcelona, Secció 18, 31/07/2002. Ponent: Enrique Anglada Fors, rec. 755/2001

Minoració de la pensió a l'esposa atès el valor econòmic que suposa el fet que se li atribueixi l'habitatge.

- AP Barcelona, Secció 12, 12/12/2002. Ponent: Marcial Subiràs Roca, rec. 680/2002

En fixar la quantia de la pensió es té en compte l'atribució de l'habitatge familiar

- AP Barcelona, Secció 12, 16/01/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 693/2000

Només es pot minorar o suprimir la pensió compensatòria per l'alteració de circumstàncies, i no incrementar-la.

"[...]La pretensió cursada per la demandada principal en moment processal oportú, i referida a l'augment de la quantia de la pensió compensatòria fixada en la causa de separació, fins la suma de dues-centes setanta-cinc mil pessetes mensuals, ha de ser desestimada, doncs com ve reiterant la Sala en diverses resolucions dictades a aquest efecte, resulta improcedent incrementar en un futur la quantia de la pensió compensatòria establerta en els processos matrimonials, atès que la seva determinació quantitativa ha d'efectuar-se al temps de la crisi o ruptura del matrimoni, sense que procedeixi un increment per la disminució de la capacitat econòmica de la beneficiària ni pel seu augment de les possibilitats patrimonials de l'obligat, sent factible tan sols la seva extinció per la concurrència d'alguna de les causes de l'article 101 del Codi civil, a la disminució del seu muntant per un augment de les possibilitats econòmiques de la beneficiària, que tingui la suficient entitat per a suprimir la pensió de referència pel cessament de la causa que la va motivar, o per la disminució de mitjans de l'obligat, i això per mitjà de l'article 100 del Codi civil. Per això procedeix mantenir la pensió compensatòria de la causa de separació amb les actualitzacions anuals conforme a l'IPC des de llavors, tal com es manifesta encertadament a la sentència apel·lada [...]"

- AP Girona, Secció 2, 26/02/2003. Ponent: Jaume Masfarré Coll, Sent. 73/2003, rec. 584/2002

El cessament de l'ús de l'habitatge i l'actual atur del marit determinen una reducció de la pensió.

c) Reducció de la pensió compensatòria per l'augment d'ingressos de la dona

- AP Barcelona, Secció 12, 25/09/2001. Ponent: José Pascual Ortuño, rec. 236/2001

Reducció de l'import de la pensió compensatòria per l'augment d'ingressos de la beneficiària.

- AP Girona, Secció 2, 03/03/2003. Ponent: Jaume Masfarré Coll, Sent. 85/2003, rec. 17/2003

La millora en l'economia de l'esposa no li comporta una extinció, sinó una reducció de la pensió.

- AP Lleida, Secció 1, 08/05/2003. Ponent: Luis Fernando Ariste López, S 29/2003, rec. 23/2003

Pensió per a l'esposa tenint en compte que pot fer algun treball de costura per augmentar la seva economia.

1.4. *Extinció de la pensió compensatòria*

A) *Extinció de la pensió compensatòria per relació more uxorio*

- AP Barcelona, Secció 12, 24/10/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 421/2001

Convivència *more uxorio* de la beneficiària de la pensió compensatòria.

“[...] La causa extintiva de la pensió compensatòria per desequilibri econòmic, referida a la convivència marital de la beneficiària de la prestació amb tercera persona requereix, com reiteradament ha mantingut aquest Tribunal en diverses resolucions dictades a aquest efecte, que es produeixi una comunitat de vida entre home i dona, anàloga a la del matrimoni, és a dir que s'asseguri una comunicació personal i d'interessos de forma regular, com si de convivència habiti uxorio es tractés, pressupostos distints de la mera intimitat, relació sexual passatgera, i encara de convivència extramatrimonial no assimilable a la de caràcter conjugal [...]. La deducció o raonament lògic al qual arriba la Sala per a arribar a la conclusió de la convivència marital de la demandada amb tercera persona, esdevé del fet indubtable de la copropietat indivisa de l'habitatge que la demandada conviu amb la tercera persona estranya al procediment, compartint despeses i beneficiant-se en comuna dels ingressos, mostrant enfront dels altres un comportament propi d'una relació marital, tal com es desprèn de la valoració conforme a les regles de la sana crítica de les testificals practicades en les actuacions. Per totes aquestes consideracions procedeix confirmar el pronunciament extintiu de la pensió compensatòria, davant la convivència marital de la beneficiària amb tercera persona, donat a més la Sala per reproduïts els encertats fonaments jurídics de la sentència apel·lada, que hem expressament acceptat en la present resolució [...]”

- AP Barcelona, Secció 18, 20/07/2001. Ponent: Francisco Málaga Diéguez, rec. 3/2000

Extinció de la pensió compensatòria en conviure com a parella de fet amb una altra persona.

B) Extinció de la pensió compensatòria per cessament de la causa que la va motivar

- AP Barcelona, Secció 12, 19/07/2001. Ponent: José Pascual Ortuño Muñoz, rec. 115/2001

Extinció de la pensió compensatòria per cessament de la causa que la va motivar.

“[...] El canvi de circumstància operat posa en relleu que la parcial dependència econòmica de l'actora respecte al seu espòs ha deixat d'existir, de forma conseqüent amb el substancial canvi de circumstàncies sofertes pel mateix, que determina la concurrència de la causa prevista en l'article 101 del Codi Civil per a l'extinció de la pensió compensatòria, del cessament de la causa que la va motivar, és a dir, del cessament del desequilibri econòmic que, en el seu moment, va justificar la constitució de la prestació. Amb base en els precedents raonaments, procedeix la revocació de la sentència d'instància, quant a l'extrem relatiu a la pensió compensatòria, el dret de la qual no es reconeix a la demandada [...]”

- AP Barcelona, Secció 18, 08/05/2000. Ponent: Enrique Anglada Fors, rec. 1098/1999

Determinació de la data des de la qual opera l'extinció de la pensió compensatòria.

- AP Barcelona, Secció 12, 30/03/2000. Ponent: Mireia Salva Cortés, rec. 1256/1999

Extinció de la pensió compensatòria perquè la dona treballa com a taxista i ja no hi ha desequilibri econòmic.

- AP Barcelona, Secció 18, 08/11/2001. Ponent: Enrique Anglada Fors, rec. 1198/2000

No es pot sol·licitar la pensió compensatòria perquè aquest dret es va extingir amb el pagament d'una suma global.

- AP Tarragona, Secció 1, 24/10/2001. Ponent: Antonio Carril Pan, rec. 686/2000

La superació del desequilibri inicial que ha patit l'esposa extingeix la pensió concedida

C) La variació de les circumstàncies del marit dona lloc a l'extinció o modificació de la pensió compensatòria.

- AP Barcelona, Secció 12, 22/01/2003. Ponent: Antonio López Carrasco Morales, rec. 864/2002

L'extinta relació laboral del marit impedeix establir presumpcions de defraudació del dret de l'esposa a la pensió.

"[...] Qüestionen les parts la veracitat del canvi en la vida laboral de l'ex-marit i la seva repercussió en els ingressos, mitjans de vida i disposició de béns del Sr. Juan Francisco, amb exercici de la prova de presumpcions de fets fraudulents del seu dret. La Sala no pot acollir aquesta tesi de la part demandada, atès que als folis 56, 57 a 61 figuren una sèrie de documents privats, i oficials sobre les causes d'extinció del lloc de treball del Sr. Juan Francisco a l'empara de l'art. 52.c de l'Estatut dels Treballadors, per causes econòmiques, que han passat per examen del Tribunal de Censors Jurats de Compte, i han donat lloc a Acte de Conciliació del CEMAC l'11 Febrer de 2002, per l'acte del qual va obtenir l'actor indemnització de 15.025,30 euros i saldo i liquidació de salaris en 2.741,26 euros que resulta, comparativament una pitjor situació que quan mesos abans percebia 1.963,87 euros mensuals (desembre 2001), o 2002,43 euros al gener de 2002 (foli 50), sense que existeixi indici racional per a poder establir presumpcions de defraudació en situacions obertes i controlades per mecanismes laborals [...]"

D) *Extinció de la pensió compensatòria pel greu perjudici que comporta*

- AP Girona, Secció 1, 26/06/2000. Ponent: Juan Manuel Abril Campoy, Sent. 317/2000, rec. 660/1999

Extinció de la pensió compensatòria malgrat que es recullir en conveni la clàusula de la seva inextinció per les causes de l'art. 101 CC, atès el greu perjudici que comporta a un dels cònjuges.

1.5. *No concedeixen la pensió compensatòria*

- AP Barcelona, Secció 12, 17/10/2001. Ponent: José Luis Valdivieso Polaino, rec. 357/2001

Finalitat de la pensió compensatòria: no igualtat d'ingressos entre els cònjuges.

No es pot obtenir la pensió compensatòria del període anterior a la seva sol·licitud.

- AP Lleida, Secció 1, 31/01/2000. Ponent: Antoni Vaquer Aloy, Sent. 14/2000, rec. 155/1999

No tenir una ocupació fixa no és motiu suficient per fixar una pensió compensatòria.

- AP Barcelona, Secció 12, 01/03/2000. Ponent: Antonio López-Carrasco Morales, rec. 1334/1998

"Falta de prueba del desequilibrio económico conlleva la ausencia de pensión."

- AP Lleida, Secció 1, 30/06/2003. Ponent: Luis Fernando Ariste López, Sent. 48/2003, rec. 32/2003

La professió truncada de l'esposa després de la separació no justifica un desequilibri per a la pensió compensatòria.

A) NO CONCEDEIXEN LA PENSÍO COMPENSATÒRIA PER ESCASSA DURACIÓ DE LA CONVIVÈNCIA

- AP Barcelona, Secció 18, 31/07/2002. Ponent: Enrique Anglada Fors, rec. 36/2001

No pensió compensatòria ni compensació econòmica per l'escassa durada de la convivència i la no-reclamació després de la ruptura.

No pensió compensatòria en pactar la seva no-procedència en un conveni no homologat judicialment.

B) LA SITUACIÓ ECONÒMICA DIFÍCIL DEL MARIT FA INVIABLE LA PENSÍO COMPENSATÒRIA

- AP Barcelona, Secció 12, 02/11/2001. Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gaston, rec. 512/2001

La difícil situació econòmica de l'espòs que passa aliments als fills fa inviable la concessió de pensió compensatòria.

2. Compensació econòmica

2.1. *Es concedeix una compensació econòmica*

- AP Barcelona, Secció 12, 27/01/2003. Ponent: José Luis Valdivieso Polaino, rec. 963/2002

L'esposa sol·licita ser indemnitzada sense acreditar la desigualtat entre el seu patrimoni i el del marit.

"[...] L'esposa no al·lega en la seva demanda en quins béns concrets es reflecteix la diferència de patrimoni que exigeix l'article 41 del Codi de Família. Perquè aquest precepte requereix, per a reconèixer el dret a una indemnització, que, a conseqüència del treball d'un cònjuge per a la casa o per a l'altre, es produeixi un enriquiment d'aquest últim; enriquiment que s'ha de traduir en la tinença d'un patrimoni superior, en una desigualtat de patrimoni. Però en la demanda, com diem, no s'al·lega en què consisteix aquest patrimoni superior, fora del negoci d'automòbils esmentat, del qual es diu que és regentat pel marit amb el benefici consegüent, sense que l'apel·lant obtingui cap benefici d'això. Per contra, l'habitatge familiar és propietat de l'esposa i també la meitat indivisa de dues places d'aparcament, de manera que no s'aprecia que hagi desigualtat entre el patrimoni de l'un i l'altre cònjuge."

- AP Barcelona, Secció 12, 09/10/2001. Ponent: José Pascual Ortuño, rec. 318/2001

Reducció de la indemnització a favor de l'esposa en consideració als béns adquirits proindivís en el matrimoni i a l'atribució de l'habitatge familiar.

A) Compensació econòmica per col·laborar en el negoci familiar

- AP Barcelona, Secció 18, 03/09/2001. Ponent: Anna M. García Esquiús, rec. 1366/2000

Consideració d'indemnització compensatòria la suma rebuda per haver col·laborat en el negoci familiar.

"[...] De l'anterior document dos extrems són especialment destacables: en primer lloc que en cap moment es parla de relació laboral sinó de «col·laboració en el negoci de restauració del meu espòs», terme molt més ampli que exclou la relació laboral que requereix «dependència i alienitat» i en segon lloc que es reconeix rebre una quantitat en concepte no d'indemnització, compensació econòmica derivada de l'extinció d'una relació laboral que està en relació directa amb l'antiguitat i salari del treballador, sinó de «Compensació dinerària», utilitzant pràcticament la terminologia de l'article 41 del Codi de família. El cobrament de l'esmentada quantitat, la forma en què ha estat percebuda i la quantia han de computar-se a l'efecte de tenir la consideració d'indemnització compensatòria de l'article 41 del Codi de família, doncs si bé en aquest cas i pels antecedents exposats podia concloure's la procedència de reconèixer el dret a tal compensació, amb el cobrament de l'esmentada quantitat ha d'entendre's plenament satisfet tal dret [...]"

- AP Barcelona, Secció 18, 28/06/2001. Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, rec. 1357/2000

Indemnització a l'esposa que va treballar en el negoci familiar sense percebre cap retribució suficient.

- AP Girona, Secció 2, 24/09/2001. Ponent: Joan Manel Abril Campoy, Sent. 429/2001, rec. 14/2001

El treball de l'esposa a casa i amb el marit, cobrant una remuneració simbòlica, revelen el dret a la compensació.

Críteris per fixar la compensació econòmica per enriquiment injust.

"[...] En el present litigi, ha quedat provat que l'esposa va tenir cura de la llar i dels fills menors d'edat (cfr. confessió del demandat, foli 325, contesta a la posició 18) i que, segons resulta de la prova practicada va treballar per l'empresa del marit, des de 1988, amb un horari fix de matí i tarda i des de l'any 1988 (foli 325, posició 24) i testimonis deis Srs. ___ (foli 303), ___ (folis 304 i 305), ___ (foli 307), ___ (foli 312) i de la pròpia filla Meritxell (foli 315). Així mateix de les actuacions resulta que percebia la quantitat de 60.000

ptes per la realització del treball a l'empresa del seu marit, (cfr. confessió en judici de l'actora, foli 437, posició 28, i foli 453, posicions 20, 24 i 25). De tot això esdevé irrellevant el destí que l'actora atribuís a la percepció que rebia per la feina que realitzava, podent-se concloure que l'actora no només tenia cura de la llar familiar i dels fills menors d'edat, sinó que a més treballava per l'empresa del seu marit, amb una transcendent col·laboració, de tal manera que fins i tot va instruir a la persona que va ocupar, arrel de la crisi matrimonial, el seu lloc, i percebent per la feina realitzada amb un horari de jornada completa una quantitat que ha de titular-se d'insuficient. En definitiva, del resultat probatori es pot concloure que l'esposa no solament contribuïa a l'aixecament de les càrregues familiars, amb la seva cura de la llar i dels fills comuns (cfr art. 5CF) sinó que a més treballava per l'empresa del seu marit, a temps complet, percebent una retribució que pot considerar-se insuficient. En definitiva, es tracta d'una situació de sobrecontribució que ha generat una desigualtat patrimonial injustificada i per tant, això suposa el dret a l'atribució de la indemnització a la qual es refereix l'article 41 CF [...]"

2.2. No es concedeix la compensació econòmica

- AP Barcelona, Secció 12, 26/10/2001. Ponent: José Luis Valdivieso Polaino, rec. 450/2001

Falta de requisits per concedir una indemnització compensatòria.

"[...] Se sol·licita també, a títol de la indemnització que es refereix l'article 41 del Codi de Família, que el demandat sigui condemnat a compensar econòmicament a l'actora amb la meitat del valor dels béns acumulats durant el matrimoni, que es concreten en l'habitatge familiar i en dos vehicles. Compartim en aquest punt la conclusió del Jutjat. És dubtós que es donin els requisits que exigeix el precepte esmentat, ja que ambdós cònjuges van treballar durant la major part del temps que va durar el matrimoni i l'esposa no ho va fer per al seu marit. És indubtable, no obstant això, que el patrimoni es va acumular en mans, exclusivament, del marit, la qual cosa, sent així que ambdós van treballar, van aportar els seus ingressos per al sosteniment de la casa, suggereix que existeix l'enriquiment o desequilibri que parla la Llei. [...] Ha de procedir-se a la liquidació del règim econòmic matrimonial en execució de sentència, cosa que justifica que no es reconegui la prestació que s'examina, perquè l'espòs ha reconegut expressament, en diverses ocasions, que els béns, materialment, pertanyen a ambdós cònjuges per igual i, fins i tot, va indicar en la contestació (fet novè, apartat 4, en negreta i subratllat) que havia de procedir-se a la liquidació de l'habitatge familiar mitjançant la seva venda, pagament dels deutes i repartiment per igual del remanent [...]"

- AP Barcelona, Secció 12, 08/06/2001. Ponent: Mireia Salva Corts, rec. 1180/2000

No és procedent establir una pensió d'aliments per a l'esposa perquè no s'ha provat la necessitat d'aquests aliments ni el desequilibri que també al·lega.

- AP Girona, Secció 2, 05/11/2001. Ponent: Joaquim Fernández Font, S 517/2001, rec. 289/2001

No és procedent la compensació perquè en el moment del cessament de la convivència no hi ha desequilibri econòmic.

- AP Lleida, Secció 1, 26/04/2002. Ponent: Antoni Vaquer Aloy, Sent. 45/2002, rec. 40/2002

No es dóna el requisit de treballar per a la família sense remuneració per donar lloc a la indemnització compensatòria.

- AP Tarragona, Secció 1, 20/02/2002. Ponent: María de los Desemparados Cerdà Miralles, rec. 509/2001

Improcedència d'indemnització per desequilibri perquè no s'acredita desequilibri ni aplicació d'ingressos durant el matrimoni al sosteniment familiar.

- AP Girona, Secció 2, 03/03/2003. Ponent: Jaume Masfarré Coll, Sent. 87/2003, rec. 76/2003

La compensació no és procedent perquè el treball per a l'esposa servia per pagar despeses familiars.

El resultat final en percentatges es basa en el següent:

- Es concedeixen les pensions compensatòries en el 41 % dels casos.
- Es concedeix la pensió compensatòria, però limitada en el temps, en el 23 % dels casos.
- No es concedeix la pensió compensatòria en el 6 %.
- S'extingeixen en el 9 % de les sentències examinades.
- D'altra banda, es concedeixen les compensacions econòmiques en un 5 % dels casos i no es concedeixen en un 6 %.

Ara bé:

- La pensió compensatòria la modifiquen en un percentatge del 9 %.
- Mantenen el valor de la pensió compensatòria un 15 % dels casos.

TERCERA PONÈNCIA

RELACIONS PERSONALS I PATRIMONIALS
EN LA RECOMPOSICIÓ FAMILIAR

LA REGULACIÓ DE LES FAMÍLIES RECOMPOSTES O RECONSTITUÏDES*

ENCARNA ROCA

*MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPREM
CATEDRÀTICA DE DRET CIVIL*

SUMARI

I. Introducció. Plantejament i antecedents.....	213
II. Què és una família recomposta?	218
III. Situacions que donen lloc més freqüentment a les famílies recompostes	222
IV. S'ocupa el dret d'aquestes famílies?	224
V. Propostes per a una solució dels problemes	232
VI. A manera de conclusions	236
VII. Bibliografia	238

Senyoret Davy —va dir Pegotty, tot desfermant-se les brides del capell amb mà trontolladissa i d'una manera tota desalenada—, sabeu què? Teniu un papà.

Vaig tremolar i em vaig tornar tot blanc. Alguna cosa —no sé pas què ni com— que tenia a veure amb la tomba del cementiri i la resurrecció dels morts va semblar colpir-me com un vent malsà.

—Un de nou— va dir Pegotty.

—Un de nou?— vaig repetir.

Pegotty va respirar amb treball, com si s'empassés alguna cosa molt dura, i estenent la mà va dir:

—Veniu a veure'l.

—No vull pas veure'l.

David Copperfield

Charles DICKENS. Traducció de Josep Carner.

I. INTRODUCCIÓ. PLANTEJAMENT I ANTECEDENTS

La literatura està plena d'exemples de pares i mares que es tornen a casar. O que es casen havent tingut un fill o una filla en estat de solteria. O que constitueixen una parella de fet després d'haver estat casats o d'haver tingut un fill i aporten aquests fills a la nova família. Tota la literatura ha creat una autèntica llegenda

* Aquest treball constitueix una part del projecte de recerca BJU2002-04218-C03-01, titulat "El divorcio y los hijos: ruptura y reconstitución familiar", en el qual figure com a investigadora principal.

entorn de la desgràcia que pateixen aquests fills, com ho demostra el fragment de la coneguda novel·la de Dickens que serveix com a *leitmotiv* d'aquest treball. La mala fama d'aquesta forma de recomposició familiar era deguda segurament a una idea preconcebuda sobre la manera com els segons consorts del pare o de la mare que es casava de nou tractaven els fills del primer matrimoni. Els exemples són molt clars en la literatura tradicional: el conegut conte de *La ventafocs*, dels germans Perrault, la *Blancaneus*, dels germans Grimm, o la trista història de David Copperfield són uns dels tants testimonis d'aquesta poca estima envers els segons matrimonis de les persones que ja tenen fills,¹ que s'ha qualificat de síndrome de la Ventafocs. Però al mateix temps cal dir que aquests matrimonis obeïen en el seu moment a raons molt poderoses, entre les quals no era la menys important la recerca per part d'un progenitor feble de la protecció del menor, aportant mitjans per mantenir-lo o per cuidar-lo: la mare que es casa per mantenir un fill al qual, amb els seus mitjans econòmics, resulta impossible de tirar endavant, o bé el pare que després de la mort de la seva esposa no pot tenir cura dels fills perquè s'ha de dedicar als seus afers professionals són exemples clars que es troben en la literatura i en la mateixa jurisprudència. Aquestes raons poden aparèixer molt sovint contraposades a l'interès egoista del progenitor a refer la seva vida, truncada normalment per la mort de la seva esposa. El resultat de tot això és molt clar: el fenomen no és nou.²

Ara bé, en l'actualitat el creixent nombre de famílies reconstituïdes és degut a causes diferents que obliguen a reconsiderar els antics plantejaments, als quals, però, em veig obligada a fer referència. Avui aquest fenomen és degut a les crisis matrimonials i conseqüents reconstruccions de famílies, com a conseqüència dels segons matrimonis dels pares o mares divorciats. Per això mateix Cornu diu³ que l'expressió *famílies recompostes*, que utilitzen els autors francesos per identificar aquesta situació, és un nom nou per a una situació molt vella, que consisteix en la presència a la mateixa llar com a conseqüència d'un nou matrimoni, posterior a la mort o al divorci, de fills de diferents matrimonis, és a dir, els nascuts de la nova unió i els que han nascut d'unions anteriors. És fonamentalment l'augment del nombre de divorcis i el corresponent increment de nous matrimonis o la constitució de noves parelles després del divorci el que ha incrementat de manera dramàtica el nombre de famílies recompostes.⁴ No obstant això, a Espanya, a

¹ Le Bourdais-Desrosiers (1995, pàg. 64) posen en relleu que, per bé que el 1991 un grup de treball sobre joves destacaven els riscos d'aquest tipus de família, l'experiència dels tribunals del Quebec i els estudis longitudinals duts a terme als Estats Units revelen que l'experiència de la vida en les famílies reconstituïdes no és tan negativa.

² Així, per exemple, ho diu Carbonnier, 1998, pàg. 21.

³ Cornu, 2001, pàg. 16.

⁴ Douglas, 2004, pàg. 61.

diferència del que succeeix en altres països, aquesta situació no ha estat estudiada ni per juristes ni per sociòlegs, potser per la novetat del divorci entre nosaltres.⁵

Els sociòlegs assenyalen que les segones noccs estan experimentant un augment considerable a causa essencialment de l'augment de les taxes de divorci.⁶ Ruiz Becerril diu que als anys vuitanta les segones noccs significaven el 3 % dels matrimonis dels homes i l'1,8 % dels matrimonis de les dones, i que a mitjan anys noranta representaven el 5 % dels matrimonis dels homes i el 4 % dels de les dones, de la qual cosa l'autor dedueix que "el porcentaje total de matrimonios de divorciados debe oscilar entre un mínimo de 5,4 % y un máximo de 9,6 %". L'enquesta de l'INE,⁷ amb referències des de l'any 1994 fins a l'any 2001, conté dades més afinades, perquè distingeix entre vidus i divorciats. Concretament, en el nombre global de matrimonis, l'any 2001 el percentatge d'homes divorciats que es tornen a casar és el 6,19 % i el percentatge dels vidus el 0,87 %, mentre que entre les dones el percentatge de divorciades és el 5,28 % i el de vídues, el 0,46 %, unes dades que coincideixen fonamentalment amb les que va elaborar⁸ Ruiz Becerril, per bé que augmenten considerablement, perquè si prenem les que publica aquest autor l'any 1985 el percentatge d'homes divorciats que es van tornar a casar era el 2,9 %, i el de dones l'1,6 %.⁹

Com he dit abans, aquest fenomen no és exclusiu d'Espanya. Douglas aporta les enquestes de població d'Anglaterra de 2002, d'acord amb les quals al voltant del 10 % de nens viuen en famílies reconstituïdes, i el 90 % d'aquests nens són fills d'una relació anterior de la mare.¹⁰ I, en relació amb el Canadà, Bernard diu que el 1995 l'*Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes* assenyalava que el 8,6 % dels nens canadencs de menys de 12 anys vivien en una família recomposta.¹¹ Per desgràcia, no tenim aquests nombres en relació amb els menors

⁵ Del mateix es lamentava Martin (1995, pàg. 95), en relació amb França.

⁶ Ruiz Becerril, 1999, pàg. 165.

⁷ www.ine.es.

⁸ Théry, 1995, pàg. 20.

⁹ Ruiz Becerril, 1999, pàg. 166. No compto aquí els que constitueixen una unió no matrimonial, que segons aquest autor serien la majoria; Ruiz Becerril afirma que es constata "una mayor presencia de la cohabitación postmatrimonial (55 %) frente a las segundas nupcias (44 %). Esta situación es más cierta en el caso de la mujer. Los datos de las mujeres separadas o divorciadas registran un mayor porcentaje de cohabitaciones (59 %) que los varones (52 %), siendo los varones superiores en lo referente a las segundas nupcias" (pàg. 167).

¹⁰ Douglas, 2004, pàg. 61.

¹¹ Bernard, 1999, pàg. 347. Vegeu també les consideracions de Le Bourdais i Desrosiers (1995, pàg. 67), i les de Mahoney (1994, pàg. 2-3), sobre la situació als Estats Units el 1995. Vegeu també les estadístiques, ja una mica antigues, que presenta Wardle (1993, pàg. 376-375) en relació amb les famílies americanes.

d'edat catalans i espanyols,¹² però cal considerar que poden trobar-se en una situació semblant, de manera que aquest panorama fa dir a Théry que si és cert que un terç de la població americana es casa després del divorci, això significa un canvi de magnitud tal que afecta la família en general, i no solament algunes famílies, encara que siguin un nombre important.

Malgrat la novetat de l'increment de la reconstitució familiar, el que cal dir és que, d'acord amb la realitat social, aquesta no és una qüestió que hagi estat al marge del dret. Els segons matrimonis han existit sempre i el dret ha introduït normes per evitar els perjudicis que puguin produir en els fills de la primera unió quan, com resulta normal, es produeix el naixement de nous fills.¹³

Aquestes normes, tant en el dret català com arreu, s'han manifestat en l'àmbit del Dret de successions. Així, el dret català històric i la Compilació de 1960 recollien una sèrie de regles que pretenien evitar els perjudicis que podia causar als fills del primer matrimoni el segon matrimoni del seu pare o de la seva mare. Un exemple històric molt clar era l'aplicació de la llei romana *Hac edictali*, recollida a l'article 253 de la Compilació de 1960, que establia que:

*“El cónyuge sobreviviente del causante bínubo, en concurrencia con descendientes legítimos de anterior matrimonio de éste, sólo podrá adquirir en la sucesión, directa o indirectamente, bienes por un valor que, sumado al recibido por donación de su consorte, no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido.”*¹⁴

I no cal dir que les reserves, regulades encara a l'article 387 CS, constitueixen un sistema per evitar que els fills del primer matrimoni siguin perjudicats pel segon matrimoni del seu pare o de la seva mare quan hagin estat nomenats hereus pel seu primer consort.¹⁵

La societat catalana ja havia establert una sèrie de remeis jurídics que tenien en compte els nous matrimonis dels vidus. Al principi del segle XX, Faus Condomines,¹⁶ per exemple, recollia la pràctica dels anomenats *capítols de vidus*, que segons aquest autor eren “los que se hacen en razón del matrimonio en que

¹² Vegeu, però, les dades que publica Garriga (2005, pàg. 16-17).

¹³ Com posa també en relleu Fulchiron (1995, pàg. 121).

¹⁴ D'acord amb l'article 253 de la Compilació, el consort nomenat hereu tenia limitada la capacitat per adquirir béns, encara que no era incapaç per succeir; en definitiva, es tractava d'una limitació a la facultat de disposició del testador, que operava quan aquest tenia descendència del primer matrimoni i en favor dels fills d'aquest matrimoni. Vegeu Puig Ferriol i Roca Trias: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. III, vol. 1, Barcelona, 1979, pàg. 417.

¹⁵ Alguns autors consideren que aquesta limitació a la facultat de disposar s'hauria d'haver suprimit. Vegeu Puig Ferriol, a Puig Ferriol i Roca Trias: *Instituciones del Dret civil de Catalunya*, t. III, 6a ed., València, 2004, pàg. 590.

¹⁶ Faus Condomines, 1964, pàg. 94 i s.

ambos contrayentes o por lo menos uno de los contrayentes, son viudos”. Si el vidu o la vídua que es tornava a casar tenia fills, aquests capítols presentaven unes fórmules característiques que pretenien harmonitzar els diferents interessos, és a dir, els del nou matrimoni, els dels fills del matrimoni anterior, la previsió de la manca d’enteniment del nou consort amb els fills del matrimoni anterior, etc.¹⁷

Aquesta era la situació històrica, però avui el problema dels segons matrimonis o les segones unions no matrimonials té un abast diferent. Malgrat les dades a les quals m’he referit de manera esquemàtica a l’inici d’aquest treball, haig de dir que hi ha un cert acord, com veurem més endavant, a posar en relleu que el dret no s’ha ocupat de regular la situació de les segones noces, i més pel que fa als fills d’una relació anterior. Ara bé, no hem de perdre de vista que en l’estat actual de la recerca sociològica es poden constatar només algunes conclusions molt generals, com són: i) l’augment dels matrimonis de divorciats, que fa pensar en l’existència, cada cop més creixent, de famílies reconstituïdes, i ii) malgrat això, hem de dir que ara per ara no sabem exactament quants d’aquests nous matrimonis tenen fills d’unions anteriors, per bé que cal deduir que n’hi pot haver un nombre important, com es constata en les estadístiques americanes i canadenques. Per això, malgrat la poca precisió de les estadístiques espanyoles, hem de constatar la realitat del fet.

La diferència social entre la situació actual i la situació històrica es troba, però, en les raons de la recomposició: històricament, la fatalitat governava la recomposició; aquesta era necessària perquè la mort havia provocat conseqüències no volgudes en alguns aspectes de la relació entre progenitor i fill, com hem vist en la introducció d’aquest treball. Avui és la voluntat la que domina la recomposició, perquè la voluntat ha produït la descomposició del nucli familiar anterior i la voluntat produeix la recomposició. Però aquesta idea de fatalitat encara continua dominant les solucions que el dret preveu per evitar els perjudicis als menors, perquè el que fonamentalment es busca és la integració dels menors en la nova família, i s’esborra la primera per crear una sensació de “normalitat”. Això es va produir sobretot a partir dels anys cinquanta del segle passat, en què es van emprar dos mitjans per facilitar aquesta integració: l’adopció dels fills del cònjuge pel nou consort i el reconeixement de conveniència dels fills no matrimonials del cònjuge.

¹⁷ Faus Condomines (1964, pàg. 98) considerava totalment antiquada en el seu temps (principi del segle XX) la llei *Hac Editali*, “dictada en tiempos diferentes de los nuestros y para gentes, estados sociales también muy diferentes y que es preciso, a nuestro entender, si no abolirla totalmente, al menos modificarla radicalmente”. Vegeu també Borrell i Soler, 1944, t. IV, pàg. 310. Aquestes regles no fan més que confirmar el que assenyala Théry (1995, pàg. 16), que diu que històricament la recomposició familiar era incompatible amb el concepte cristià de la família, perquè hi ha una superposició, en el mateix espai domèstic, de dues famílies: la vella i la nova. En el mateix sentit, vegeu Bainham, 2005, pàg. 232.

II. QUÈ ÉS UNA FAMÍLIA RECOMPOSTA?

El dret distingeix sempre dues classes de parentiu:¹⁸ el parentiu per consanguinitat i el parentiu per afinitat. Encara que sigui una obvietat, cal recordar què significa cadascun. Així, per exemple, Lacruz descriu els diferents grups de parents dient:

“[...] hoy el parentesco es la relación que existe entre dos personas por descender una de la otra o tener un ascendiente común (consanguinidad), o por ser la una consanguínea del cónyuge de la otra (afinidad). El parentesco puede ser de sangre o de elección: dentro del de sangre, matrimonial y extramatrimonial; y asimismo de vínculo doble y de vínculo sencillo, según sea por parte del padre y de la madre o de uno solo de ellos.”¹⁹

Díez Picazo-Gullón els descriuen dient:

“El parentesco se puede definir como la cualidad recíprocamente atribuida a dos personas ligadas entre sí por la existencia de un ascendiente común o por el matrimonio de alguno de los miembros de una familia con el de otra.”²⁰

Aquesta regla és acceptada totalment per la llei, i un exemple clar el trobem a l'article 323 CS, el qual, en determinar els parents que són cridats per la llei com a hereus en la successió intestada, distingeix entre els parents *per consanguinitat*, els adoptats i el cònjuge, i en els articles 324, 325 i 326 CS es defineix com es determinen altres aspectes del parentiu per consanguinitat. Cal dir, a més, que el parentiu per afinitat es té en compte en ocasions molt determinades. A les lleis civils catalanes en tenim alguns exemples, com l'article 147.1 CS. També es té en compte en determinades lleis fiscals, administratives i penals per establir incompatibilitats per a determinats càrrecs.²¹

Aplicant aquestes regles s'ha d'arribar a una primera conclusió: el nou cònjuge del pare o de la mare no és parent dels fills d'aquest ni per consanguinitat ni per afinitat, i per tant, hem d'acceptar el que diu Théry: “Le beau-parent est ignoré du

¹⁸ Des del punt de vista sociològic, Théry (1995, pàg. 29-20) proposa una interessant distinció entre parentalitat biològica, parentalitat domèstica (adopció) i parentalitat genealògica.

¹⁹ Lacruz, 2002, pàg. 17. Cornu (2001) distingeix entre *les liens de sang*, que defineix de la mateixa manera que el text citat de Lacruz (pàg. 23), i els *liens d'affection*, als quals afegeix (pàg. 25) els que qualifica de *lien de droit sans lien de sang*, que són el matrimoni, el parentiu per afinitat (*lien d'alliance*) i l'adopció. El mateix pel que fa al dret italià. Vegeu Sesta (2003), pàg. 529.

²⁰ Díez Picazo-Gullón, 2001, 8a ed., pàg. 45.

²¹ Així, per exemple, l'article 391 LOPJ, entre molts altres.

droit”,²² perquè no hi ha cap tipus de reconeixement de la situació des del punt de vista legal.

Per tant, el primer problema que ens posa la que aquí s’anomena *família recomposta* és el concepte, o si es vol, la definició. Hi ha dos nivells en els quals es posa l’accent per part dels autors que s’ocupen més àmpliament d’aquest tipus de situacions: el primer nivell es refereix únicament a la situació de fet que es crea²³ a partir del nou matrimoni del pare o de la mare que té fills; el segon nivell es refereix a si el nou cònjuge assumeix o no algun tipus de rol envers els fills del seu consort. En aquest sentit, Mahoney²⁴ diu que la resposta més senzilla a la pregunta de què és una família recomposta apareix en els documents censals, que la defineixen com la relació formada en aquells casos en què una persona es casa amb un progenitor que té la custòdia de fills menors i que a partir d’aquell moment conviu amb els fills; ara bé, la mateixa autora reconeix que aquesta definició és insuficient a l’efecte del dret de família, i diu que alguns autors han considerat que s’han d’introduir alguns criteris addicionals, de manera que els drets i deures només naixeran quan el nou consort del pare o de la mare, que aquí anomenarem *progenitor de fet*, assumeixi un paper actiu en la guarda i custòdia del menor, per exemple, quan s’ocupi de l’educació del menor, contribueixi a alimentar-lo, etc.

El dret anglès és més concret, en la mesura que sigui possible, en relació amb aquest tipus de relacions, perquè, en permetre una *residence order* a favor del progenitor de fet, es veu obligat a definir el que es qualifica de *step-parent*. D’aquesta manera la *Children Act* de 1989²⁵ definia el fill de família com aquell que, tot i no ser fill, és tractat per ambdues parts com un fill de la seva família. Segons Dewar,²⁶ perquè es produeixi aquesta situació, hi ha d’haver una família reconeguda a la qual pertanyin els menors i els adults,

²² Théry, 1998, pàg. 210. Aquesta és una conclusió comuna. Vegeu Fulchiron, 1995, pàg. 124. Garriga (2005, pàg. 18), per exemple, assenyalava que “l’absència d’un tractament legislatiu adequat és un fet comú a molts dels ordenaments jurídics del nostre entorn”.

²³ O com posa cruament en relleu Théry (1995, pàg. 26) quan constata que el canvi actual no consisteix només en el canvi de nom d’aquest tipus de família, perquè ampliant-lo a la “constel·lació familiar on circulen els fills”, s’integren en aquesta família no solament els fills de la primera unió, els pares naturals i els pares socials, sinó també els germans de vincle senzill i de doble vincle, els avis i els avis “socials”, etc. Des del punt de vista jurídic, vegeu la definició de Fulchiron, 1995, pàg. 121, nota 1.

²⁴ Mahoney, 1994, pàg. 7. Wardle (1993, pàg. 376) la defineix així: “A step-family consists of a married couple and one or more minor children residing with them who is the birth or adoptive child of only one of the spouses”.

²⁵ Es tracta de la disposició que conté la CA s105 (1.b). Vegeu-la a C. Lyon -Lyon. *Butterwords Family Law Handbook*, Londres: Butterwords, 1991, pàg. 818.

²⁶ Dewar, 1992, pàg. 452.

així com el matrimoni d'ambdues parts, de manera que per establir un lligam entre el menor i els adults hi ha d'haver cohabitació matrimonial sota un mateix sostre, en una casa en la qual el menor és acceptat com a membre. La reforma de la *Children Act*, efectuada l'any 2002, ja inclou una referència a l'*step-parent relationship*, de manera que quan el progenitor d'un menor, que en té la potestat, es casa amb una persona que no és pare o mare d'aquest menor, la llei reconeix que, malgrat que el progenitor originari manté la potestat sobre els fills que ha tingut abans d'aquest matrimoni, pot acordar amb el seu nou cònjuge que aquest tingui potestat (*parental responsibility*) sobre el menor, i també pot decidir-ho el tribunal.²⁷ Malgrat tot, el punt de partida és assenyalat clarament per Douglas,²⁸ que afirma que el simple fet de casar-se o de cohabitar amb el progenitor natural no fa néixer cap relació entre el fill i el cònjuge o company del pare natural, llevat que es produeixi la situació que he descrit abans, és a dir, la *residence order*, cas en el qual el fill és considerat com a fill de família i els nous consorts del seu pare o de la seva mare poden optar per algun dels supòsits que s'han vist i que es descriuran més endavant.

A Catalunya tenim una referència a aquesta situació en la Llei 18/2003, de 14 de juliol, de suport a les famílies, que en regular el que es refereix a la regulació de l'impost de successions i donacions considera "*relacions paterno-filials de fet les que s'estableixen entre una persona i els fills del seu cònjuge o de la seva parella estable*".²⁹ Així, Garriga diu que: "La família reconstituïda és el grup format per un progenitor, el seu cònjuge o parella, els fills d'almenys d'un d'ells i, si n'hi ha, els fills comuns".³⁰

Però totes aquestes mesures i formes d'interpretar aquesta situació porten a una conclusió poc encoratjadora, que és que, malgrat tot, com que el menor no és

²⁷ CA s 4A. Vegeu-la a Oldham, 2004, pàg. 178.

²⁸ Douglas, 2004, pàg. 61.

²⁹ L'article 17.2.b de la Llei 18/2003 estableix: "*En l'impost sobre successions i donacions: reduccions en funció del grau de parentiu amb la persona causant o la persona donant, especialment per als fills menors d'edat, les adquisicions mortis causa per la successió entre persones que mantenen una relació paterno-filial de fet s'igualen, als efectes de l'impost sobre successions i donacions, a les que correspondrien per als descendents i els adoptats o per als ascendents i els adoptants. A aquests efectes es consideren relacions paterno-filials de fet les que s'estableixen entre una persona i els fills del seu cònjuge o de la seva parella estable*".

³⁰ Garriga (2005, pàg. 10) afegeix que "hi ha diversos models en funció del seu origen i de la seva composició: poden haver-se originat després de la mort d'un dels progenitors, d'un divorci, separació o ruptura de convivència marital i també en casos de filiació determinada només respecte d'un progenitor. La família reconstituïda pot formalitzar-se mitjançant el matrimoni o no, i pot incloure fills d'unions anteriors d'un sol dels seus membres o d'ambdós i també fills comuns".

parent del nou consort del seu pare o de la seva mare, és a dir, el progenitor de fet, les conseqüències són les següents:

- 1a. Els delictes comesos contra el fill o filla del consort no són previstos en els articles 180, 4t i 192.1 CP, que considera com a agreujant en els delictes contra la llibertat sexual (art. 180, 4t CP) “*que el delicte sigui comès, prevalent-se de la seva relació de parentiu, per un ascendent, descendent o germà per naturalesa, per adopció o afins a la víctima*”. L'article 192.1 CP, en les disposicions generals relatives als delictes contra la llibertat sexual, estableix que la pena que correspongui s'ha d'establir en la meitat superior quan els autors o còmplices siguin “*els ascendents, tutors, curadors, guardadors, mestres o qualsevol altra persona encarregada de fet o de dret del menor o incapacç*” víctima del delicte.³¹
- 2a. Quan l'article 54.2 RPMDA³² estableix, a l'efecte del Reglament, la definició de família extensa que pot ser acollidora, només considera com a tal aquella família “*en què hi ha una relació de parentiu per consanguinitat o per afinitat entre el menor i la persona acollidora o els membres de la família acollidora*”. Encara més, considera com a acolliment en una família aliena el que és constituït “*amb persones o famílies que no tinguin cap relació de parentiu amb el menor*”. Si intentem aplicar aquestes definicions al supòsit de la paternitat o la maternitat de fet, el nou consort del pare o la mare serà considerat família aliena, a l'efecte de la constitució de l'acolliment.
- 3a. El progenitor de fet tampoc no es considera parent a l'efecte de delegar la resolució dels desacords que puguin sorgir entre els progenitors, tal com es recull a l'article 138.2 CF. El supòsit a què em refereixo és el del desacord que es produeix entre els progenitors naturals, un dels quals s'ha tornat a casar o s'ha casat havent tingut un fill; com que no és parent, no pot ser delegat pels progenitors naturals, que són els titulars de la potestat per resoldre els desacords que es puguin produir entre ells en l'exercici de la potestat.³³
- 4a. També per la mateixa raó, el nou consort del pare o de la mare pot casar-se amb els fills que aquest tingui d'unions anteriors, perquè l'article

³¹ Pel que fa al dret francès, vegeu l'opinió de Théry, 1998, pàg. 214. Pel que fa al dret americà i en relació amb l'incest, vegeu Wardle, 1993, pàg. 381.

³² RD 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el reglament de protecció dels menors desemparats i de l'adopció.

³³ Vegeu Ferrer Riba, 2000, pàg. 665, sobre la possibilitat d'aplicació limitada d'aquesta norma.

47 del CC no preveu que això produeixi un impediment matrimonial. I el mateix es pot dir de les persones que no poden constituir una unió estable de parella, perquè d'acord amb l'article 1 LUEP no ho poden fer aquelles persones que tinguin algun impediment matrimonial, i aquest no ho és. L'article 20.1.d i e LUEP disposa el mateix pel que fa als requisits personals per constituir parelles estables del mateix sexe.³⁴

Per això, pel que fa a la definició i consideració jurídica d'aquest tipus de situacions, hem de concloure que el progenitor social o de fet *és un estrany en relació amb els fills del seu cònjuge* i, en conseqüència, la família recomposta o reconstituïda *és ara per ara una situació de fet que no genera cap tipus de parentiu, ni vincles jurídics de cap classe*. La llei no preveu aquesta situació i no amplia el concepte de parentiu, ni tan sols la configura com una família. Només la Llei 18/2003 es refereix a les relacions paternofilials de fet a l'efecte de regular determinats impostos successoris.

III. SITUACIONS QUE DONEN LLOC MÉS FREQUËNTMENT A LES FAMÍLIES RECOMPOSTES

Douglas diu que, contràriament als vells contes de fades, atès l'increment de divorcis i nous matrimonis posteriors, avui és més fàcil que els nens visquin amb un pare de fet que amb una madrastra.³⁵ Quin és el supòsit de fet que produeix de manera més freqüent aquesta situació? Hem de tornar al que hem dit a l'inici d'aquest treball, amb referència als nous matrimonis de les persones vídues i divorciades, perquè aquestes són les situacions que produeixen més freqüentment les famílies recompostes. Però hem de ser sistemàtics, i per tant, els elements de la situació són, comunament parlant, tres:

1r. La desaparició, en la relació familiar, d'un dels progenitors. Això pot succeir per dues causes: la mort del pare o de la mare, que ha estat, com ja s'ha vist, la situació tradicional; o bé el divorci dels pares, una

³⁴ No és així en el dret francès. Vegeu Fulchiron, 1995, pàg. 124, que es refereix a l'art. 161 del Codi civil francès. Vegeu Cornu, 2001, pàg. 296; Malaurie-Fulchiron, 2004, pàg. 99. Cretney (2003, pàg. 52) assenyala que històricament es considerava "abhorrent" que un home es casés amb la seva fillastra, i posa en relleu les discussions sobre aquest tema a la *Law Commission*. La llei anglesa considera que una persona no es pot casar amb el seu fillastre, llevat que ambdues parts tinguin 21 anys i el fillastre o la fillastra no hagi estat considerat abans dels 18 anys com un *child of the family*, en el sentit que es dóna a l'expressió en el text. Les raons de la prohibició són evitar l'explotació del fillastre. Vegeu també Bromley's, 1998, pàg. 33.

³⁵ Douglas, 2004, pàg. 61. Le Bourdais i Desrosiers, 1995, pàg. 68.

situació més freqüent en l'actualitat, com ja s'ha vist en examinar les dades sociològiques aportades.³⁶

- 2n. Que un dels progenitors es torni a casar. Aquest sembla que és un requisit que han exigit de manera general els que s'han ocupat d'aquesta matèria.³⁷
- 3r. També s'hi ha d'incloure la constitució d'una parella de fet per part del progenitor convivent, independentment del sexe dels convivents.
- 4t. Que el progenitor que es torna a casar o que constitueix una parella de fet tingui la guarda i custòdia del fill menor.

Queda un supòsit més complex: el del progenitor natural que ha tingut un fill extramatrimonial i que posteriorment es casa amb una persona diferent del pare o de la mare biològics, que no l'ha reconegut i amb qui el menor, per tant, no té cap vincle jurídic. A parer meu, aquest no és un cas de família recomposta, perquè falta el requisit del matrimoni anterior dels pares biològics, per bé que es tracta d'un dels remeis emprats en molts casos per resoldre la integració del menor en la nova família.

Una altra situació complexa és la que es produeix en el cas que els pares no hagin estat mai casats però hagin tingut un fill en comú, sigui a través de la constitució d'una unió estable de parella, sigui simplement amb una relació de fet que no s'ha formalitzat de cap manera. Penso que es podria acceptar com a supòsit complementari o assimilat el cas de les parelles de fet que han tingut un fill en comú la filiació del qual ha estat determinada en relació amb ambdós progenitors biològics, però em resulta difícil parlar de recomposició de famílies que mai no ho han estat, com succeeix quan el menor no ha estat reconegut per un dels progenitors i, en conseqüència, no té cap vincle jurídic amb aquest.

De totes les maneres, el requisit del nou matrimoni del progenitor biològic tradicionalment ha estat considerat com a indispensable, per bé que, ateses les tendències actuals també es pot produir una família recomposta quan es constitueixi una parella de fet, encara que tradicionalment només es pensava en les segones unions matrimonials o en les posteriors. Efectivament, no hi ha cap raó per tractar d'una manera diferent les famílies matrimonials i les extramatrimonials en aquest aspecte.

Hi ha una darrera qüestió que complica aquest panorama: cal que el progenitor biològic del menor que s'incorpora a aquesta nova família deixi de tenir relacions amb el seu fill? La resposta ha de ser per força negativa: no cal que el progenitor

³⁶ Théry, 1998, pàg. 211.

³⁷ Sense dir-ho directament, Dewar, 1992, pàg. 452; Cretney, 2003, pàg. 562.

biològic hagi desaparegut; encara més, el menor pot continuar mantenint-hi relacions, pot aportar-li aliments, etc. i la família en la qual el menor està integrat de fet tindrà també les característiques de família recomposta. Mahoney diu que la presència o absència del pare biològic no és un factor essencial per determinar si el progenitor de fet es col·loca o no en lloc del biològic.³⁸ El que sí que és essencial és que el pare o la mare del menor hagin creat una nova unió amb una persona que, de fet, exercirà unes funcions que correspondrien al seu progenitor natural, de qui l'altre s'ha separat.

En realitat, com afirma Fulchiron, hi pot haver moltes situacions que produeixin aquest tipus de famílies,³⁹ de manera que ni tan sols es pot afirmar que hi hagi uns elements comuns entre les diferents situacions, ni que allò que històricament s'havia considerat una família recomposta avui continuï tenint les mateixes característiques, perquè avui no solament aquestes situacions tenen lloc amb motiu del divorci dels progenitors i més escassament per mort d'un d'ells, sinó que també s'hauria de tenir en compte la recomposició de les famílies de fet.⁴⁰

IV. S'OCUPA EL DRET D'AQUESTES FAMÍLIES?

Quan es llegeixen les obres sobre famílies recompostes, s'arriba a la conclusió que el dret només se n'ocupa per prevenir els perjudicis que els segons matrimonis es pensa que poden produir en els fills dels primers matrimonis. Certament, el que el dret reflecteix és la desconfiança tradicional envers els segons matrimonis,⁴¹ però no és cert que el dret no se n'ocupi; el problema és, doncs, en un àmbit diferent del que resulta de la regulació actual. El problema serà decidir si cal atribuir o no un estatut determinat al segon cònjuge del pare o de la mare que es torna a casar, la qual cosa no resulta tan senzilla, perquè això depèn de factors molt diversos: l'estabilitat de les noves relacions; si el progenitor biològic ha mort o encara viu; si resulta convenient o no per al menor incorporar-se de manera definitiva en una nova família, trencant els llaços que té amb una part de la família originària, etc. El que cal dir, doncs, abans de començar a estudiar les possibles solucions al problema plantejat, és que la regulació catalana actual conté unes regles que permeten afirmar que hi ha traces que el dret no viu totalment d'esquena a aquesta realitat. Per tant, deixant els casos que s'han produït històricament i dels quals ja m'he ocupat, la realitat és que el dret català és conscient del problema.

³⁸ Mahoney, 1994, pàg. 18.

³⁹ Fulchiron, 1995, pàg. 135.

⁴⁰ Cretney, 1995, pàg. 143 i s. També en aquest sentit, Garriga, 2005, pàg. 10.

⁴¹ Meulders-Klein, 1995, pàg. 202-203.

1r. *La consolidació de la família recomposta*. El sistema català assumeix clarament la tendència que va sorgir en els anys cinquanta del segle passat, en el sentit d'eliminar la situació d'incertesa que provoca el segon matrimoni del progenitor biològic, i per això permet que el nou consort o la nova parella de fet adoptin el fill del consort. Aquesta és una tendència que es manifesta en tots els ordenaments europeus, perquè permet obtenir finalitats de dos ordres diferents: i) d'una banda, permet esborrar la fatalitat, és a dir, normalitzar una situació que ha estat produïda per un fet que es pretén oblidar, que és la mort d'un dels progenitors o el seu divorci, i ii) de l'altra, permet assimilar la família nova a la família antiga.⁴² No és aquest el moment de jutjar sobre la bondat o no d'aquesta solució, que pot ser convenient o no per a l'interès del menor, com totes les adopcions, i també com totes, ha de ser valorada pel jutge tenint en compte aquest interès. Ara només em correspon posar en relleu que una política legislativa d'aquest tipus s'ha dut a terme en tots els països de la nostra àrea cultural. Així, a Anglaterra, la *Children Act 2002* autoritza el cònjuge o company del pare o de la mare biològics a adoptar el fill d'aquest, i això no altera l'estatus del progenitor natural casat amb l'adoptant.⁴³

Als Estats Units es tendeix a afavorir aquests tipus d'adopcions,⁴⁴ normalment, amb trencament dels llaços amb la família originària. En canvi, França és reticent a acceptar l'adopció plena dels fills del consort, la qual cosa no significa que la prohibeixi: efectivament, es permet l'adopció plena d'aquests menors quan la seva filiació estigui determinada només en relació amb el cònjuge, o bé quan s'ha privat de la potestat l'altre progenitor, o bé quan el progenitor biològic ha mort i no ha deixat ascendents en primer grau, o aquests s'han desentès del menor (art. 345.1 CC francès).⁴⁵ Per una banda, es pretén permetre la integració del menor en la família recomposta, i per l'altra, protegir el seu interès quan sigui convenient mantenir els lligams amb la família originària; per això no es pot dir d'una manera radical que el dret francès no consideri la possibilitat de l'adopció plena del fill del consort. Ara bé, com que l'adopció plena trenca els llaços amb

⁴² Théry, 1995, pàg. 19, i Théry, 1998, pàg. 212. Vegeu també Cretney, 1995, pàg. 152 i s., que assenyala que el 1975 els dos terços de les adopcions produïdes a Anglaterra eren adopcions de segons consorts.

⁴³ Cretney, 2003b, pàg. 842. Bainham (2005, pàg. 236) assenyala que l'adopció és un sistema controvertit, perquè obliga a trencar les relacions amb la família originària.

⁴⁴ Harvard Law Review, 2003, pàg. 2052 i s. Wardle, 1993, pàg. 380.

⁴⁵ El Codi francès va prohibir l'adopció quan la paternitat o la maternitat estigués determinada en relació amb el pare o la mare biològics, el consort del qual havia contret nou matrimoni, i es pretenia que aquest segon consort adoptés el menor. La Llei 96-604, de 5 de juliol de 1996, va acceptar les crítiques formulades per la doctrina a la redacció anterior i va admetre la possibilitat d'adopció pel segon consort del pare o la mare només en els casos que s'han reproduït en el text.

la família originària, el que resulta més senzill és utilitzar l'adopció simple, que juxtaposa dues relacions de filiació en una sola persona,⁴⁶ que es manté dins de la família originària, en la qual acredita els drets successoris corresponents (art. 364 del CC francès), però l'adoptant en té la potestat (art. 365 del CC francès).

En el dret espanyol, en general, s'ha optat per la solució radical, que consisteix en la integració del menor adoptat en la família adoptiva, amb trencament dels llaços amb la família originària, perquè, com és ben notori, només existeix un tipus d'adopció: la plena. Les referències que es fan a la possibilitat que el cònjuge adopti els fills del seu consort es troben quan la llei elimina el requisit de la proposta prèvia de l'Administració pública per iniciar l'expedient d'adopció (art. 176.2.2 del CC).

A Catalunya, la política legislativa que s'ha descrit es manifesta en dues institucions: la de l'adopció, a l'art. 117.1.a CF, i la de la tutela, a l'art. 179.1.c CF.

a) *L'adopció del fill del consort.* L'article 117.1.a CF estableix que poden ser adoptats

"[...] els fills del cònjuge o de la persona de sexe diferent amb qui l'adoptant conviu maritalment amb caràcter estable, sempre que no estigués determinada legalment la filiació respecte a l'altre progenitor o que aquest hagués mort o que estigués privat de la potestat o que estigués sotmès a una causa de privació d'aquesta o que hagués donat l'assentiment."

La lectura d'aquesta disposició ens permet dir que Catalunya no accepta directament i sense més ni més l'adopció per part del cònjuge o convivent del progenitor natural, sinó que se situa en una línia semblant a la que sosté el dret francès, encara que sense introduir la possibilitat de l'adopció simple, perquè aquesta forma el dret català avui no la recull. D'aquesta manera, s'ha de dir que per a la integració en la família "recomposta" d'un menor fill d'un matrimoni o d'una relació anterior caldrà que no es mantinguin els lligams amb la família originària.

Aquesta regla es pot deduir del que estableix l'article esmentat, en el qual perquè el cònjuge pugui adoptar el fill del seu consort, sigui matrimonial o no matrimonial, es requereix alternativament que concorri alguna de les circumstàncies que preveu aquest article, i que són les següents:

- Que la filiació estigui determinada només en relació amb el consort de l'adoptant. Això es produirà quan es tracti d'un fill no matrimonial del consort, no reconegut pel seu pare, o bé quan la maternitat no

⁴⁶ Aquesta adopció és la que sembla que recomanen els autors francesos. Vegeu Cornu, 2001, pàg. 437; Malaurie-Fulchiron, pàg. 451; Rubellin-Devichi, 2004, pàg. 594 i 640; Théry, 1998, pàg. 214.

s'hagi determinat. També es pot tractar d'un fill adoptat pel consort. Finalment, un altre supòsit es donarà quan s'hagi impugnat amb èxit la paternitat.

- Que l'altre progenitor hagi mort.
- Que l'altre progenitor hagi estat privat de la potestat o estigui sotmès a una causa de privació de la potestat.
- Que l'altre progenitor hagi assentit a l'adopció, d'acord amb el que disposa l'art. 122.1.b CF.⁴⁷

Com es pot comprovar, la inspiració francesa de l'article 117.1.a CF és indubtable, si bé, a diferència del que succeeix en el Codi francès, aquí no es té en compte l'existència d'ascendents del pare o de la mare morts, i s'afegeixen dues causes que permeten l'adopció: que el progenitor biològic estigui sotmès a una causa de privació de la potestat, amb els problemes procedimentals i de prova que això comporta, o bé que hagi assentit a l'adopció, un requisit lògic però que el jutge haurà de tenir en compte a l'hora de determinar si aquesta adopció resulta convenient per a l'interès del menor.

Els mateixos plantejaments que es fan respecte del segon matrimoni del pare o de la mare morts o divorciats cal reproduir-los en relació amb la constitució d'una parella de fet, perquè l'article 117.1.a CF es refereix també a la persona amb qui l'adoptant conviu "*maritalment amb parella estable*".

b) La tutela del fill del consort. L'article 179.1.c CF estableix que per exercir la tutela s'ha de preferir:

[...] el cònjuge del pare o de la mare del menor o incapacitat o la persona que, en morir un o altre, es trobi respecte a aquest en el supòsit de persona de sexe diferent amb qui conviu amb relació estable de parella; en ambdós casos, si la persona designada ha conviscut amb el menor o incapacitat durant els últims tres anys.

Això significa que perquè el cònjuge del progenitor pugui ser tutor dels fills d'aquest es requereix i) que sigui el cònjuge o la seva parella estable, constituïda d'acord amb la LUEP, i ii) que hagi conviscut amb el fill del premort que hagi de ser sotmès a tutela durant els tres anys anteriors a la constitució de la tutela.⁴⁸ Certament, aquesta disposició va una mica més enllà que les solucions previstes en altres ordenaments en el cas de la mort del pare o de la mare biològics. Abans cal, però, fixar el supòsit de fet en què aquesta disposició es podrà aplicar. Estem

⁴⁷ Vegeu el comentari de Pereda Gámez, 2000, pàg. 539-540.

⁴⁸ Vegeu el comentari que fa d'aquest article Durany Pich (2000, pàg. 805). Aquest autor assenyala la manca de concordança d'aquesta disposició amb el que disposa la LUEP, que no s'ocupa d'aquest supòsit.

davant d'una tutela, la qual cosa significa que el nou consort o parella de fet del progenitor biològic no ha adoptat els fills d'aquest, de manera que el nou matrimoni no ha comportat la integració del menor en una nova família. A més, significa que l'altre progenitor ha mort, o bé que ha estat privat de la potestat, perquè en morir el pare o la mare titular de la guarda i custòdia, lògicament aquesta es consolidarà amb la potestat del progenitor que no tenia la guarda fins a aquell moment.

La solució que dóna el dret català no té precedents en general en el dret comparat, si bé hi ha algunes situacions semblants. En el dret francès, Fulchiron diu que en el cas que mori el pare o la mare, si el progenitor biològic encara viu, la regla serà que li correspon l'exercici de la potestat, tant si el difunt l'havia exercit fins a la seva mort de manera exclusiva com si hi havia potestat compartida. També afegeix que la transferència al progenitor sobrevivent és automàtica, encara que no s'hagi ocupat mai del fill o que el fill estigui perfectament integrat en la seva nova família i conviski amb els seus germans, perquè —afegeix aquest autor— el pare o la mare de fet no es consideren com a pare o mare, i només és un tercer.⁴⁹ D'acord amb la *Children Act*, la situació que es produeix és semblant, perquè el progenitor biològic no ha perdut la responsabilitat parental sobre els seus fills, i en conseqüència, tindrà dret a recuperar la guarda i custòdia del menor; el fill només podrà continuar convivint amb la seva família de fet quan el progenitor de fet hagi demanat una *residence order*.⁵⁰ Als Estats Units es produeix una situació semblant, d'acord amb la jurisprudència produïda sobre casos en què el pare o la mare de fet demana la continuació de la custòdia dels fills del seu cònjuge premort; es considera que només és possible que el pare de fet tingui la guarda i custòdia del fill quan s'ha demostrat que el pare o la mare biològics no són capaços d'ocupar-se'n, per la seva conducta o per les circumstàncies, però això sempre que sigui convenient per a l'interès del menor. Mahoney diu que aquesta solució no es pren mai tenint en compte els drets del pare o la mare de fet, perquè en realitat no en tenen cap, sinó tenint en compte els interessos del menor, i a més, assenyala que una decisió d'aquest tipus no permet que el pare de fet impedeixi les relacions entre el pare o la mare originaris i els seus fills.⁵¹

Per tant, sembla que el dret català fa un pas endavant en aquest panorama comparat atribuint la tutela al pare o la mare de fet, independentment que estigui casat amb el progenitor biològic o que hagi format una parella estable. Ara bé, és clar que només haurem de constituir la tutela quan el progenitor biològic no tingui la guarda i custòdia, sigui perquè no existeix, sigui perquè no

⁴⁹ Fulchiron, 1995, pàg. 129.

⁵⁰ Cretney, 1995, pàg. 151.

⁵¹ Mahoney, 1994, pàg. 140.

és capaç d'exercir-la. Altrament, la solució serà la mateixa que en els sistemes jurídics que hem examinat, perquè en tots aquests sistemes, i en el nostre també, es dóna preferència a les relacions biològiques, ja que sembla que l'interès dels menors està més protegit pels seus progenitors biològics que per altres que no tenen cap vincle amb ells, llevat del de l'afecte, la qual cosa no deixa de ser una simple presumpció.

Però a la vegada, les situacions de fet que poden produir-se quan el pare de fet s'ocupa dels fills del seu consort premort poden abocar a una situació de guarda de fet, regulada en els articles 253-258 CF. D'aquesta manera s'evita el desemparament, però el que s'ocupi de fet del menor estarà obligat a donar a conèixer la mort del progenitor biològic a l'altre progenitor, o bé a constituir la tutela.⁵²

Deixant de banda l'anàlisi d'aquestes situacions, la conclusió a què ens porta l'estudi de les normes que en el dret català s'ocupen, bé que parcialment, de les relacions de fet entre els segons consorts o les parelles de fet del pare o de la mare que tenen fills d'unions anteriors, és que se segueix la tendència general manifestada en altres ordenaments jurídics, que, per una banda, pretenen consolidar la creació de les noves famílies, esborrant els efectes de situacions anteriors, i per això utilitzen el mecanisme de l'adopció plena, però per l'altra, no superen la idea generalitzada segons la qual els interessos del menor estan més ben protegits pels seus progenitors biològics, a menys que es demostrï el contrari.

2n. *Els aliments*. En parlar d'aliments cal tenir en compte que els problemes es poden identificar en dues situacions: la que es produeix mentre existeix convivència entre els progenitors biològic i de fet, i la que té lloc quan hi ha una crisi matrimonial i aquesta família recomposta desapareix. La tendència a què abans m'he referit es manifesta d'una manera molt clara a l'article 4.2 CF, que estableix que són càrregues familiars els aliments que s'han de prestar als parents que conviuen amb el matrimoni, entre els quals hi ha els fills del consort, però aquesta regla no té cap ressò en la situació de crisi.

a) *Els aliments als fills del consort com a càrrega del matrimoni*. Aquesta també és una especialitat del dret català, en relació amb els ordenaments que examinem, perquè, en general, es considera que com que els segons consorts del pare o de la mare biològics no tenen cap vincle de parentiu amb els fills dels seus consorts, no tenen obligació d'alimentar-los, amb algunes excepcions, com per exemple la del Codi holandès, que imposa "*al padrastrre aquesta obligació respecte el fill del*

⁵² En aquest cas, Mahoney (1994, pàg. 124) diu que encara que no tingui legalment la guarda i custòdia, el que contrau matrimoni amb una persona que té ja fills està involucrat d'alguna manera en la custòdia d'aquest fill, encara que és evident que es tracta d'una situació que no és equivalent a la potestat.

cònjuge o de la parella registrada mentre està vigent la relació entre aquests amb un règim jurídic molt semblant al deure d'aliments dels pares".⁵³

La regla del dret civil català coincideix amb aquells ordenaments que no imposen cap obligació d'aliments, però al mateix temps, la regla de l'article 4.2 CF s'ha de considerar com "una norma de divisió interna de responsabilitats entre cònjuges",⁵⁴ ja que l'article 260 CF no considera obligats a proporcionar aliments ni el pare ni la mare de fet en relació amb els fills del consort, ni recíprocament els fills en relació amb el segon consort del seu pare o la seva mare biològics. Però, a la vegada, ens trobem en una estranya situació en què es considera una càrrega familiar allò que no és una obligació, d'acord amb la norma de l'article 4.2 CF, que estableix que "*també es considera despesa familiar l'originada pels aliments, en el sentit més ampli, dels fills no comuns que visquin amb el marit i la muller [...]*".

L'article 4.1 LUEP considera també una despesa familiar les que siguin necessàries per al seu manteniment i el dels fills i les filles comuns o no que visquin amb ells.

l'article 23 LUEP atribueix aquesta qualificació de despesa familiar en el règim de les parelles formades per persones del mateix sexe a les despeses "*necessàries per a llur manteniment i el dels fills o les filles d'algun dels membres de la parella que visquin amb ells*".

Per confirmar aquesta solució legal, l'article 5.3 CF imposa als familiars que conviuen en un grup familiar l'obligació de contribuir a les càrregues que generen, igual com ho fan els articles 3.2 i 22.2 LUEP. En conseqüència, la conclusió serà molt peculiar, perquè el progenitor de fet no té l'obligació de proporcionar aliments mentre no hagi adquirit la potestat sobre els fills del consort, però té l'obligació de contribuir a les càrregues que genera la convivència d'aquests fills en el mateix nucli familiar, i a més, està afectat pel règim de solidaritat que l'article 8 CF imposa en relació amb les càrregues familiars i pel que fa als tercers creditors d'aquestes càrregues. I el mateix es pot dir en el cas de parelles estables (art. 5 i 24 LUEP).

El problema ha estat regulat en alguns casos en relació amb els deutes del règim econòmic matrimonial,⁵⁵ per bé que alguns autors consideren que l'obligació de contribuir s'imposa com a conseqüència del principi de solidaritat

⁵³ Garriga, 2005, pàg. 18, i les referències que hi cita.

⁵⁴ Així, Egea, 2000, pàg. 101, i Garriga, 2005, pàg. 18.

⁵⁵ En el dret francès sembla clarament exclòs el dret d'aliments entre els pares de fet i els fills del consort (Rubellin-Devichi, 2001, pàg. 775), per bé que Fulchiron afirma que alguna vegada els tribunals han considerat que el manteniment del fill del cònjuge forma part de les càrregues del matrimoni i que queda afectat pel principi de solidaritat respecte a tercers, que estableix l'article 220 del Codi civil francès (Fulchiron, 1995, pàg. 127).

que regeix les relacions familiars. L'exemple del primer cas, és a dir, la connexió entre aquests deures i l'estructura del règim econòmic matrimonial, l'ofereix l'article 1362.1.2 CC, que estableix que “*la alimentación y educación de los hijos de uno de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar*”. I aquesta mateixa regla afegeix que quan no hi convisquin (“*en caso contrario*”), “*los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación*”. Aquesta és una regla lògica, si tenim en compte la manera com es nodreix el capital de la societat de guanys, és a dir, fonamentalment i segons l'article 1347 CC, dels beneficis que els cònjuges obtenen del seu treball i dels seus béns; per tant, és normal que si el cònjuge obligat a alimentar els fills que ha tingut anteriorment al matrimoni no pot separar els béns necessaris per complir l'obligació d'alimentar-los, sigui la societat de guanys qui assumeixi aquesta obligació. Amb la lògica excepció del mateix article quan els fills no convisquin amb ell: llavors el Codi civil distingeix entre l'obligació de prestar els aliments i el finançament d'aquesta obligació: l'ha de finançar el pare o la mare obligat i per aquesta raó es genera un crèdit per part de la societat de guanys contra l'obligat, que s'haurà de liquidar en el moment de la liquidació de la societat; altrament, es produiria un enriquiment injust de qui estava obligat a pagar els aliments amb els seus propis béns i no ho ha fet.⁵⁶ Resta, però, l'article 1894 CC.

Alguns autors consideren que la raó de ser de l'article 4.2 CF és precisament la solidaritat familiar; així, Egea⁵⁷ diu que encara que pugui semblar estrany que en un capítol dedicat als efectes del matrimoni “s'incloguin despeses generades per altres parents”, això es justifica per “una voluntat explícita de reforçament del principi de *solidaritat familiar*, que el legislador català ha volgut plasmar en aquesta concepció àmplia dels efectes del matrimoni”. Ara bé, aquest principi de solidaritat familiar pot obligar qui no està obligat jurídicament? O dit en altres paraules, el segon consort del pare o de la mare no podria reclamar la devolució d'allò que ha pagat com a despesa generada pel fill del seu cònjuge? La meua opinió és que una cosa és que una despesa sigui qualificada com a familiar pel dret a l'efecte de determinar qui està obligat a contribuir-hi i com es respon davant de tercers, que no tenen cap obligació de conèixer les circumstàncies personals de la família amb qui contracten els corresponents subministraments, i una altra de diferent és que pel que fa a les relacions internes, es generi una obligació sense possibilitat de recuperació. Cal recordar que el segon consort és un tercer respecte dels fills del seu cònjuge, i per tant, aquests no poden demanar-li aliments, per la

⁵⁶ Vegeu el comentari que fa d'aquest article Peña Bernaldo de Quirós (1991, II, pàg., 683), en què posa en relleu les possibles incongruències amb el mateix funcionament de la societat de guanys.

⁵⁷ Egea, 2000, pàg. 101.

qual cosa penso que ens trobem clarament davant d'un pagament d'allò indegut que permetrà al cònjuge recuperar el que hagi pagat, llevat que es compleixin els plantejaments de l'art. 1894 CC i hagi prestat els aliments per ofici de pietat i sense ànim de reclamar-los.⁵⁸

b) *Aliments i crisi matrimonial*. Així com trobem normes relatives als aliments del fill de l'altre cònjuge que conviu amb el matrimoni, no hi ha cap regla que afecti les obligacions dels segons consorts quan es produeix un divorci o la separació dels cònjuges. Els ordenaments jurídics tenen clara la solució negativa.⁵⁹ Per tant, no es pot considerar que sorgeixi una obligació d'aliments quan no hi ha hagut aquesta obligació durant la convivència. Per altra banda, com afirma Wardle, en aquest cas l'obligació de contribució del pare o de la mare de fet difereix clarament de la del pare biològic: s'acaba quan s'acaba el matrimoni, mentre que la del pare biològic no té res a veure amb el matrimoni.⁶⁰ En el dret català, la raó és clara, perquè deixa de ser una càrrega pel fet de no haver-hi matrimoni.

La conclusió a què ens porta aquest repàs del dret actualment vigent és que certament podem trobar traces de regulació de la relació amb els fills del consort, però aquestes traces no porten a considerar que existeixi un estatut del pare o de la mare de fet que permeti afirmar que el matrimoni o la constitució d'una parella estable amb una persona que ja té fills produeixi drets i deures en ambdues parts: el progenitor de fet i els fills del seu consort o convivent. Aquests drets i deures només sorgiran si s'adopta el menor, o bé si es constitueix una tutela, però per raó de la institució utilitzada per consolidar les relacions, no per raó de la paternitat de fet, que continuarà essent de fet.

V. PROPOSTES PER A UNA SOLUCIÓ DELS PROBLEMES

El panorama que he descrit en els apartats anteriors comporta una conclusió poc encoratjadora: el problema existeix i augmenta atesa la tendència al divorci en les societats modernes, entre les quals no pot deixar d'incloure's la catalana.

⁵⁸ Aquesta és la posició de Peña (citada a la nota 58), quan diu que "el Código civil establece el derecho de reintegro contra el patrimonio de un cónyuge por alimentos de estos hijos". Evidentment, aquí no podem aplicar la doctrina americana, segons la qual, encara que el segon consort no té obligacions alimentàries en relació amb els fills del seu cònjuge, sí que assumeix la cura dels fills, de manera que es col·loca *in loco parentis* i assumeix l'obligació de manteniment i adquireix un dret correlatiu. Vegeu Mahoney, 1994, pàg. 16 i s., sobre la doctrina relativa a *in loco parentis*.

⁵⁹ Per al dret americà, vegeu Mahoney, 1994, pàg. 35; per al dret francès, Fulchiron, 1995, pàg. 131, etc.

⁶⁰ Wardle, 1993, pàg. 379.

Per tant, haurem de trobar vies per intentar resoldre els problemes plantejats, malgrat que encara no tinguem solucionada legalment la situació.

D'entrada, s'ha de dir que en la regulació de les relacions dels pares de fet amb els fills del seu consort o convivent hi ha dos principis implicats: el de *la protecció dels menors* i el de la mateixa *protecció dels pares de fet*, que poden exercir unes funcions que no tindran cap contrapartida en la relació amb els menors, la qual cosa comporta que no es produiran drets i deures entre ells. La tendència que s'observa en les propostes d'algunes lleis i en les interpretacions que els autors que s'han ocupat del tema han formulat és mantenir les solucions en l'àmbit del dret de família, la qual cosa fa que es presentin molts problemes de coordinació amb unes normes que estan pensades fonamentalment i bàsicament per a unes relacions que tenen com a base el matrimoni i les relacions de consanguinitat que es creen dins i fora del matrimoni. Perquè el matrimoni encara continua essent el sistema més usat habitualment per les persones per crear una relació familiar. A partir d'aquesta realitat, tenim dues opcions: o bé criticar el model tradicional de família, considerant que ara per ara resulta insuficient per resoldre els problemes plantejats no solament en el cas de les famílies recompostes, sinó en altres de més variats, o bé interpretar el sistema de relacions familiars que ara està en vigor en general i mirar de cercar una via dins del sistema per incloure-hi la protecció de les famílies recompostes. La primera via segurament és la millor, però no és la més factible, perquè és una veritat constatable que la llei només consolida un model familiar quan la societat l'ha acceptat i l'ha experimentat. Per tant, la primera pregunta que ens obliga a fer la realitat que vivim és si no estem ficant a la bossa del dret de família realitats que segurament no són dret de família en un sentit estricte, perquè o són relacions de fet, com la mateixa Llei catalana 18/2003 les qualifica, o són relacions personals, i integrar-les en les relacions familiars significa forçar el concepte, tant de les relacions de fet dels pares i mares no biològics, com de les relacions familiars.⁶¹ Intentaré reflexionar sobre la manera com s'apliquen aquests dos principis als quals he al·ludit abans, per mirar d'aproximar les solucions a les realitats possibles.

1r. *El principi de la protecció del menor* ha estat utilitzat tradicionalment per permetre l'adopció dels fills del consort per part del segon cònjuge. Sembla que aquesta és una via que en la majoria dels casos hauria de permetre protegir raonablement l'interès del menor, en tant que se l'integra en una família constituïda segons un model tradicional. Però deixant de banda el problema de l'estabilitat mateix d'aquesta família, no sembla que aquesta solució pugui ser

⁶¹ Com passa quan el dret català vol incloure en l'àmbit de les relacions familiars les institucions d'ajuda mútua (Llei 189/1998, de 28 de desembre) o els contractes de protecció de la gent gran (Llei 22/2000, de 29 de desembre). Aquestes no són relacions familiars, perquè precisament es contrauen fora de l'àmbit de la família.

l'única possible, perquè l'adopció pot resultar inconvenient per a l'interès del menor, que perdrà els lligams jurídics que l'uneixen amb la seva família originària, amb les conseqüències que això comporta en relació amb les relacions personals i els drets successoris que pugui tenir amb altres parents. Però és que a més pot succeir perfectament que el menor no sigui adoptable, perquè no es dóna cap de les condicions alternatives que preveu l'article 117.1.a CF. Per tant, si l'adopció no és possible o no és convenient, no queda cap més solució que continuar mantenint una situació de fet en què la potestat la tenen els progenitors biològics, per bé que només un d'ells, el convivent, té la guarda i custòdia. O bé la potestat la tindrà només un dels progenitors, perquè l'altre ha mort o ha estat privat de la potestat, però el cònjuge del progenitor no té cap legitimació per actuar representant el menor o simplement tenint-ne cura en algun cas concret.

Hauríem, doncs, de buscar solucions als problemes següents: què passa amb la custòdia efectiva del menor? Posem un exemple: si el menor ha de ser sotmès a una intervenció urgent, el pare o la mare de fet no tindran la competència per decidir, perquè l'article 7.2.b de la Llei 21/2000, de 29 de desembre, exigeix el consentiment del "representant del menor" quan es tracti de donar el consentiment per a actuacions mèdiques,⁶² i el pare o la mare de fet no poden representar el menor si no l'han adoptat o si no en són els tutors; el cas que ara plantejo com a exemple és la pura situació de fet. Una altra situació deriva de la regla de l'article 1903 CC, relativa a la responsabilitat dels pares pels danys causats pels fills sota la seva potestat; és evident que aquesta regla no s'aplica al fill del convivent, i per això el pare o la mare de fet només podrien ser demandats per culpa pròpia, d'acord amb l'article 1902 del CC, amb la qual cosa es produeix una autèntica paradoxa, perquè el progenitor no convivent sembla que ha de continuar responent amb el convivent,⁶³ mentre que qui realment hi conviu no respon sinó per culpa pròpia en la guarda efectiva del fill del seu consort.

Però cal dir també que l'interès del menor no queda gaire protegit, quan no pot reclamar aliments als pares de fet ni durant la convivència amb el seu progenitor biològic ni en el cas que aquesta convivència s'extingeixi, sigui per mort o per divorci, mentre que el cònjuge sí que pot exigir al seu consort que l'ajudi amb les càrregues del matrimoni, encara que es tracti de contribuir a les despeses dels que no són fills de l'obligat a contribuir, perquè el principi de solidaritat a què es

⁶² L'article esmentat en el text diu: "En el cas de menors, si aquests no són competents, ni intel·lectualment ni emocionalment, per a comprendre l'abast de la intervenció sobre la pròpia salut, el consentiment l'ha de donar el representant del menor, havent escoltat, en tot cas, la seva opinió, si és major de dotze anys". El mateix diu l'article 9.3.c de la llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica, reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica. Sobre aquest tema, vegeu Mahoney, 1994, pàg. 125-127.

⁶³ Roca, 2003, pàg. 106.

refereix Egea és operatiu en les relacions entre cònjuges, però no sembla que ho sigui en les relacions entre els fills del cònjuge i els pares de fet.

2n. *La protecció del pare o la mare de fet* ens obliga a examinar algunes altres qüestions relacionades, però, amb les anteriors. El cònjuge obligat a contribuir hauria de gaudir d'indemnitat quan aquesta obligació no està fonamentada en les relacions paternofiliars amb els fills del seu consort, però aquesta no és la solució que preveu el Codi de família. L'obligació de contribuir del pare o de la mare es fixa en la contribució a les càrregues del matrimoni (art. 4.2 CF) o les despeses generals que genera la convivència (art. 4.1 i 23.1 LUEP), però no té cap acció reconeguda per a la recuperació del que ha gastat.

Per tant, ens podem preguntar si el pare de fet podria exercir accions d'enriquiment injust davant de qui, havent de contribuir per ser titular de la potestat, com és el progenitor que no hi conviu, no ho fa i deixa que un tercer sense obligació hi contribueixi. Perquè hem de tenir en compte que tant l'article 4.2 CF com els articles 4.1 i 23.1 LUEP defineixen els aliments als fills no comuns de la parella com a "*despeses familiars*", a les quals es contribueix de la manera que estableixen l'article 5 CF o els articles 3.2 i 22.2 LUEP, però aquests articles no diuen res sobre l'obligació de pagar aquestes despeses. D'aquí només sorgeixen que preguntes que resulten difícils de contestar en aquesta ponència. Així, pel que fa a les propostes legislatives, es pot reflexionar sobre la conveniència o no d'obligar la persona que es troba *in loco parentis*, perquè és el nou consort o el company del pare o de la mare, a contribuir subsidiàriament si el progenitor que continua essent titular de la potestat no paga. Per tant, podria ser protegit amb una espècie de dret de regrés contra el progenitor que s'ha estalviat tot el que hauria d'haver pagat en el cas que l'altre progenitor no s'hagi tornat a casar o hagi constituït una parella de fet. Perquè una altra solució provoca també un enriquiment injust: aparentment el progenitor casat de nou ha experimentat un cert enriquiment quan algú contribueix al manteniment dels fills que ja tenia en casar-se de nou; però aquesta conclusió no és correcta, perquè no és ell qui l'experimenta, ja que continua contribuint. Per tant, la contribució a les despeses del matrimoni o de la convivència no significa l'obligació de contribuir, en el sentit que el pare o la mare de fet no seran els finançadors finals d'aquestes despeses. I aquesta situació pot solucionar-se amb la norma prevista a l'article 269 CF.

Certament, els progenitors poden acordar el que creguin més convenient per al manteniment dels seus fills en el cas que cessi la convivència, però aquests acords tenen uns límits clarament establerts en el CF, perquè mentre no hi hagi una privació de la potestat, la separació dels pares o la manca absoluta de convivència no eximeixen aquell progenitor que no conviu amb el fill de les seves obligacions com a titular de la potestat. Certament, l'article 139 CF flexibiliza la rigidesa d'altres sistemes jurídics i permet acords sobre l'exercici de la potestat, amb els

límits que estableix l'article 139.4 CF en relació amb determinats aspectes de la potestat. Certament, el pagament dels aliments també es pot delegar mitjançant tècniques de dret d'obligacions; ara bé, l'article 269 CF és suficientment explícit quan diu que qualsevol persona que presti aliments, si l'obligat no ho fa, pot repetir contra aquest “*les pensions corresponents a l'any en curs i a l'any anterior*” i subrogar-se de ple dret en els drets de l'alimentat contra aquell que havent de pagar, no ho fa.

Una altra cosa són les conseqüències d'un nou divorci. El dret comparat té solucions molt diverses per a aquesta problemàtica,⁶⁴ a diferència del dret espanyol, que no preveu aquesta possibilitat. Perquè en aquest cas es pot produir una desprotecció del menor, tant pel que fa a la contribució als seus aliments,⁶⁵ que efectuava el cònjuge del seu pare o de la seva mare, i per altra banda, es pot haver generat una relació afectiva entre aquest i els fills de l'altre consort que faci convenient el reconeixement d'un dret de visita o, com a mínim, l'establiment d'un sistema que permeti les relacions entre aquestes persones.

VI. A MANERA DE CONCLUSIONS

Resulta molt difícil fer una proposta en aquesta matèria. Es tracta d'una situació molt làbil en la qual els diferents interessos presents, la consideració social, les conseqüències d'una legislació massa rígida i la quantitat de supòsits de fet que es poden produir fan difícil legislar de manera uniforme i trobar solucions que no tinguin al seu torn inconvenients difícilment superables.⁶⁶ Per aquesta raó em sembla més prudent analitzar les possibilitats que amb la legislació actual es poden oferir i veure si requereixen alguna modificació.

1r. *L'adopció* pel nou consort del pare o de la mare és una possibilitat normalment utilitzada amb la intenció de “normalitzar” la nova família. Ja hem vist que, en general, aquesta no es considera ara la millor solució, per les connotacions de tot tipus que comporta. Alguns autors, però, s'inclinen per utilitzar fórmules flexibles d'adopció, en la via seguida pel legislador francès, que manté encara l'adopció simple per a aquests casos, encara que no sense

⁶⁴ Garriga, 2005, pàg. 19-21.

⁶⁵ Diverses reflexions recents sobre aquest tema efectuades a França arriben a la conclusió que el fonament d'una obligació d'aquest tipus és incert i que produeix molta confusió, de manera que, si bé es pot justificar, per raons pràctiques, que el dret reconegui al marit o company del pare o la mare un cert nombre de potestats que li permetin exercir les obligacions de manteniment, no sembla possible imposar una obligació d'aliments més enllà de les relacions familiars. Vegeu Dekeuver-Défossez, 1999, pàg. 170.

⁶⁶ Vegeu les consideracions que Garriga (2005, pàg. 34) fa sobre els avantatges i els inconvenients de diferents solucions que ella mateixa presenta.

crítiques.⁶⁷ De totes maneres, la reclamació de més flexibilitat en l'adopció formulada per Dewar el 1992⁶⁸ no ha estat atesa en la reforma de la *Children Act* el 2002, i Garriga,⁶⁹ per bé que suggereix la necessitat de reformar l'adopció, la planteja com una reforma dels requisits exigits ara per ara, però no creu convenient introduir una forma més simple, segurament per la mala premsa que l'adopció simple ha tingut entre nosaltres com a conseqüència dels abusos produïts durant la seva vigència. Malgrat tot, penso que s'hauria d'explorar una fórmula d'adopció flexible que permetés la protecció del menor i assegurés la posició del segon consort del pare o la mare biològics, sense excloure, però, els lligams amb la família originària, que certament molts cops és convenient mantenir.

2n. Es podria pensar per al segon consort una solució anàloga a *l'acolliment*, però no en situacions de desemparament, sinó únicament amb la finalitat de proporcionar un estatut jurídic al pare o la mare de fet. Aquest tindria un títol que el legitimaria per prendre les decisions corresponents, però sense eliminar les relacions del nen amb el seu pare o la seva mare biològics. Reconec que això suposa una alteració greu dels supòsits de protecció del menor, perquè un menor que conviu amb el seu pare o la seva mare naturals i a més amb el seu nou consort o company, no es troba en situació de desemparament i, per tant, no sembla escaient atribuir a aquest darrer un títol de legitimació que comporti, en definitiva, un concepte pejoratiu del progenitor natural no convivent.

3r. Admetre que el menor pot quedar sota *la guarda i custòdia* del pare o la mare de fet, quan això sigui convenient per al seu interès o bé quan els pares naturals ho hagin acordat. Això seria tant com legitimar els pactes de delegació no de la potestat, sinó de la guarda. Aquesta no és una solució estranya en el nostre entorn, tal com ja hem vist, i és acceptada en l'ordenament català, que l'admet a l'article 139 CF. Certament, Bainham⁷⁰ té raó quan indica que aquesta espècie de *menage à trois* només pot ser eficient quan les tres parts estan interessades en el menor i cooperen, però que, altrament, es pot produir una desresponsabilització del progenitor no convivent. En tot cas, la mesura s'hauria de prendre sempre en interès del menor, la qual cosa no sempre és fàcil de determinar.

No penso que sigui fàcil regular aquesta qüestió. La primera i principal pregunta no es pot respondre: cal atribuir efectes a aquestes situacions descrites a les pàgines anteriors? Les respostes són molt variades, i no penso que n'hi hagi una de sola. L'obligat recurs al principi de l'interès del menor no ens resol tampoc

⁶⁷ Théry, 1998, pàg. 213, i Rivier, 2003, pàg. 184.

⁶⁸ Dewar, 1992, pàg. 483. Trobem una proposta semblant a Wardle, 1993, pàg. 381.

⁶⁹ Garriga, 2005, pàg. 35.

⁷⁰ Bainham, 2005, pàg. 236-237.

de cap manera aquests problemes. Potser cal ser prudents i de moment recórrer a l'autonomia de la voluntat, tal com ha estat ara per ara regulada a l'article 139 CF, per veure quina és la pràctica i com es van resolent els casos que sens dubte arribaran cada cop més als tribunals.

Potser caldrà tenir en compte el que diu Wardle,⁷¹ el qual, considerant que els pares o mares de fet són autèntics pares i que els fills són autèntics fills, suggereix que el dret hauria de reconèixer aquestes situacions com a autèntiques famílies, que requereixen una regulació, i no l'exclusió.

VII. BIBLIOGRAFIA

- BAINHAM, A. (2005): *Children. The Modern Law*, 3a ed., Bristol: Family Law.
- BERNARD, C. (1999): "Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant", *RJT*, 33, 348.
- BORRELL I SOLER, A.M. (1944): *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2a ed., t. IV, Barcelona: Bosch.
- CARBONNIER, J. (1998): *Droit civil 2. La famille*, 19a ed., París: PUF.
- CORNU, G. (2001): *Droit civil. La famille*, 7a ed., París: Montchrestien.
- CRETNEY (2003a): *Family law in the Twentieth Century. A history*, Oxford: Oxford University Press.
- CRETNEY, S.; MASSON, J.; BAILEY-HARRIS, R. (2003b): *Principles of Family Law*, 7th ed., Londres: Thompson-Sweet&Maxwell.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. (1999). *Rénover le droit de la famille. Propositions sur un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps. Rapport au Garde de Sceaux, ministre de la Justice*, París: La Documentation Française.
- DEWAR, J. (1992): *Law and the Family*, Londres: Butterworths.
- DOUGLAS, G. (2004): *An Introduction to Family Law*, 2nd. ed., Oxford: Oxford University Press.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. i FERRER RIBA, J. (dir.) (2000): *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, a Lamarca, C. i Ruisánchez (coord.), Madrid: Tecnos. S'han utilitzat els comentaris d'Egea (art. 4), Durany Pich (art. 179) i Pereda Gámez (art. 117).
- FAUS CONDOMINES, J. (1964): "Los capítulos matrimoniales en la comarca de Guissona", a *Centenario de la Ley del notariado. Conferencias, artículos y trabajos*, secció IV, vol. VII, Barcelona, pàg. 13.
- FULCHIRON, H. (1995): "Le droit français face au phénomène des recompositions familiales", a Meulders, Klein i Théry (dir.): *Quels repères pour les familles recomposées. Une approche pluridisciplinaire internationale*, París: LGDJ, pàg. 121.

⁷¹ Wardle, 1993, pàg. 386.

- GARRIGA, M. (2005): “Les relations paterno-filiales de fet”, *RJC*, pàg. 9.
- HARVARD LAW REVIEW (2003): “Developments in the Law. The Law of Marriage and Family”, vol. 116, pàg. 1996.
- LACRUZ BERDEJO i altres (2002): *Elementos de Derecho civil. IV Familia*, revisat per Joaquín Rams, Madrid: Dykinson.
- LE BOURDAIS, C. i DESROSIERS, H. (1995): “Évolution de la recherche sur les familles recomposées au Canada”, a Meulders, Klein i Théry (dir.): *Quels repères pour les familles recomposées. Une approche pluridisciplinaire internationale*, París: LGDJ, pàg. 61.
- LOWE i DOUGLAS (1998): *Bromley’s Family Law*, 9th. ed., Londres: Butterworths.
- MAHONEY, M. (1994): *The Stepfamilies and the Law*, The University of Michigan Press.
- MALAURIE, P. i FULCHIRON, H. (2004): *La famille*, París: Défrenois.
- MARTIN, C. (1995): “Le lien familial à l’épreuve de la désunion et de la recomposition: bilan des travaux français”, a Meulders, Klein i Théry (dir.): *Quels repères pour les familles recomposées. Une approche pluridisciplinaire internationale*, París: LGDJ, pàg. 95.
- OLDHAM, M. (2004): *Blackstone’s Statutes on Family Law 2004-2005*, 13th ed., Oxford: Oxford University Press.
- PAZ ARES, DÍEZ PICAZO, BERCOVITZ i, SALVADOR. (1991): *Comentario del Código civil*, Madrid: Ministerio de Justicia. S’ha utilitzat el comentari a l’article 1362, de Peña Bernaldo de Quirós.
- ROCA, E. (2003): *Derecho de daños*, 4a ed., València: Tirant lo Blanch.
- RIVIER, M.C. (2003): “L’introuvable statut du beau-parent”, a Dekeuwer, Défossez i Choain (ed.): *L’autorité parentale en question*, París: Septentrion, Presses Universitaires.
- RUBELLIN-DEVICHI (dir.) (2001): *Droit de la famille*, París: Dalloz, Dalloz Action.
- RUIZ BECERRIL, D. (1999): *Después del divorcio. Los efectos de la ruptura matrimonial en España*, Madrid: CIS.
- SESTA, M. (2003): *Diritto di famiglia*, Pàdua: CEDAM.
- THÉRY, I. (1995): “Les constellations familiales recomposées et le rapport au temps: une question de culture et de société”, a Meulders, Klein i Théry (dir.): *Quels repères pour les familles recomposées. Une approche pluridisciplinaire internationale*, París: LGDJ, pàg.13.
- THÉRY, I. (1998): *Couple, filiation et parenté aujourd’hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, París: Odile Jacob, La Documentation Française.
- WARDLE (1993): “The Evolving Rights and Duties of Step-parents: Making New Rules for New Families”, a Eekelaar i Šarčević (ed.): *Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, Dordrecht, Boston i Londres: Martinus Nijhoff Publishers.

LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y LAS CUESTIONES DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL

ANTONI BOSCH I CARRERA

NOTARIO

PROFESOR ASOCIADO, UNIVERSITAT INTERNACIONAL DE CATALUNYA

SUMARIO

I. Las familias reconstituidas.....	241
1. Las reformas en el Derecho de familia.....	241
2. Efectos sociales de las reformas en el Derecho de Familia	243
3. Constitucionalidad y algunos problemas que plantea la existencia de segundas familias.....	244
II. Aplicación de los principios generales del derecho de familia a las familias reconstituidas	248
1. El principio de actuación en interés de la familia.....	248
2. El principio rector del Derecho de Familia de protección del interés del hijo menor o incapaz	250
III. Los gastos familiares y su contribución.....	251
1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares.....	251
2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares.....	252
IV. El patrimonio del hijo en las familias reconstituidas	260
1. Composición del patrimonio	261
2. Clases de administración del patrimonio	262
3. Naturaleza del patrimonio del menor o incapaz sujeto a potestad.....	263
4. Constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de personas sujetas a potestad	264
V. La administración del patrimonio de los hijos sometidos a potestad	265
1. La administración ordinaria de los progenitores en caso de separación	265
2. La administración judicial del patrimonio de hijos sujetos a potestad. El administrador especial.....	268
3. La administración especial del patrimonio de los menores y los incapaces: los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS).....	269

I. LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

1. Las reformas en el Derecho de familia¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1. *La protección constitucional de la familia reconstituida*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. *La protección legislativa de la familia reconstituida*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. El principio de actuación en interés de la familia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. LOS GASTOS FAMILIARES Y SU CONTRIBUCIÓN

1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares

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

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

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

Las diferencias que luego se estudian con más detalle son:

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

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

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

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

2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares

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

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

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

Los pactos podrán tener distinto contenido.

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

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

B) Otros pactos

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

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

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

C) La contribución no dineraria a los gastos familiares

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

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

D) Contribución dineraria

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

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

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

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

E) *Forma del pacto*

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

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

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

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

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

2.3. *Enunciado de los gastos familiares*

A) *Planteamiento*

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

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

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

B) Elemento cualitativo del gasto familiar

A) LOS GASTOS NECESARIOS

El artículo 4.1 del CF²⁹ dice que:

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

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

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

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

C) Elemento cuantitativo o determinación de los gastos familiares

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

²⁹ Prácticamente igual el art. 4 de la LUEP.

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

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

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

A) ENUNCIADO GENERAL

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

B) LOS GASTOS POR ALIMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D) LOS GASTOS EN ATENCIONES SANITARIAS

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

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

A) *Enunciado general*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) ENUNCIADO GENERAL

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

B) GASTOS FAMILIARES OBJETO DE CONTRIBUCIÓN

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

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

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

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

cc) ¿Qué se entiende por equitativamente?

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

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

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

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

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

IV. EL PATRIMONIO DEL HIJO EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

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

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

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

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

1. Composición del patrimonio

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

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

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

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

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

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

2. Clases de administración del patrimonio ⁴¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Situación extraordinaria: el patrimonio es administrado judicialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3. Diligencia de los padres

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. La administración especial del patrimonio de los menores y los incapaces: los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS)

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

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

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

Las administraciones especiales están previstas en tres situaciones:

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

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

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

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

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

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

Vamos a ocuparnos de la primera situación.

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Requisitos para la administración especial

A) Bienes adquiridos por el menor o incapacitado sujeto a potestad⁶³ por título gratuito

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

B) Disposición de una administración especial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARIO

I. Introducción	275
II. <i>Fattispecie</i> . Datos prejurídicos.....	283
III. Diferencia del derecho de visita de los abuelos respecto del de los padres. Fundamento y finalidad de aquél.....	286
IV. Naturaleza del derecho de visita de los abuelos	290
V. Sujetos de la relación jurídica de visita	296
VI. Contenido del derecho de visita abuelos-nietos	310
VII. Determinación del regimen de relaciones personales abuelos-nietos.....	315
VIII. Protección del derecho de visita de los abuelos.....	325
IX. Aspectos procesales.....	329

I. INTRODUCCIÓN

1. Actualidad social y jurídica de las relaciones personales de los abuelos con sus nietos

Razones sociológicas y jurídicas han puesto de actualidad en los últimos años el derecho de visita y de relaciones personales de los abuelos con sus nietos, institución (relativamente) vieja con proyecciones nuevas (especialmente, en el marco individual y social de las familias residuales y reconstituidas). En los últimos años ha habido un notable incremento de casos judiciales relativos a reclamaciones de relaciones personales de abuelos con sus nietos, que han saltado a la prensa diaria –la cual ha destacado, sin embargo, los aspectos anecdóticos más que los sustanciales y jurídicos–. Incremento este y actualidad aquella que son consecuencia directa no sólo de una evolución y cambios sociales perfectamente conocidos (nuevas estructuras familiares, crisis de la pareja con repercusión en otros ámbitos de la familia) sino también de una nueva consideración del menor, cuya personalidad y socialización actual y futura interesan de forma señalada a la sociedad y al Derecho, que le prestan atención creciente.

Todo ello ha determinado: a) una jurisprudencia numerosa y variada, que ha ido consolidando una doctrina (jurisprudencial) cada vez mejor definida, sólida y coherente; b) una preocupación mayor por parte de los legisladores (nacionales y foráneos), e incluso en el ámbito de los Convenios internacionales; c) un paralelo aumento de la atención de la doctrina a estas cuestiones y la

aparición de numerosos trabajos y comentarios jurisprudenciales sobre este derecho de visita.¹

Esos cambios y preocupación creciente de tan amplio espectro (jurisprudencial, legislativo, doctrinal) requieren ser examinados un poco más de cerca, aunque muy brevemente (apenas noticia mínima y remisiones pertinentes), en cuanto afectan a lo que diga más adelante.

2. De institución pretoriana a una amplia atención legislativa

2.1. Origen jurisprudencial

El llamado “derecho de visita” accede al mundo jurídico por vía jurisprudencial, siendo ésta una clásica institución pretoriana. Sólo más tarde aparece en los cuerpos legales.

A) *En Francia* reconoció por primera vez un derecho de visita a favor de los abuelos la S. *Cour Cass.* 8 de julio 1857 (en que casaba la de Montpellier de 17 febrero 1855); en ella, si bien se dice aún que en principio el padre puede prohibir a sus hijos «*la visita de personas, incluso de su familia, cuya influencia crearía poder temer*», afirmaba que ese derecho no es discrecional, y que a menos que haya motivos graves y legítimos, de los que el padre no puede ser «*el único y soberano juez*», no puede oponerse a las relaciones de sus hijos con los abuelos de éstos.² Los Tribunales franceses fueron aceptando poco a

¹ Entre otros trabajos, cabe citar los de Botana García, “Derecho de visita de los abuelos”, *Actualidad Civil*, nº 5 (marzo 2004), p. 548 y ss.; Carbajo González, “El derecho de relación con parientes y allegados del art. 160 C.c.”, *La Ley*, 2002, p. 1502 ss.; Carcaba Fernández, “El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos”, *Jurisprudencia Práctica*, nº 154, Madrid (Tecnos); Gaya Sicilia, “El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos”, *A.D.C.*, 2002-I, p. 91 ss.; Hernández Ibáñez, “Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil”, *A.C.*, 2002-2 (7-13 enero), p. 25 ss.; Rivera Alvarez, “El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: art. 160.2º y 3º C.c.”, *R.D.Pr.*, 2000-9, p. 635 y ss.; Salanova Villanueva, “Aproximación al derecho de visita”, *A.C.*, 1995-2, 495 ss.; y “Notas al derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos (A propósito de la S. Sala 1ª T.S. de 7 abril 1994)”, *A.D.C.*, 1996-I, p. 943 ss.; Verdura Izquierdo, “Anotaciones sobre el régimen de visita de parientes y allegados”, *La Ley*, 2002-7, p. 1569 ss.; y los comentarios a sendas sentencias T.S. en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* de Ruiz-Rico Ruiz-Moron (coment. S. 11 junio 1996, *C.C.J.C.* nº 43, p. 75 ss.), Navarro Castro (S. 20 sept. 2002, nº 62), Carbajo González (S. 26 diciembre 2002, nº 63). La obra más reciente y monográfica es la del prof. García Cantero, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Madrid (Civitas), 2004.

² Dice esa sentencia: “[...] existe entre los hijos y demás ascendientes una reciprocidad de intereses y de vínculos, de derechos y deberes, que tienen su fundamento en la naturaleza y su sanción en la misma ley civil y que, aunque subordinadas a la patria potestad, no podrían ser sacrificadas sin razones imperiosas, de las que el padre de familia será el primero, aunque no el

poco esa posición, y desde entonces numerosas decisiones han admitido un derecho de visita, con alcance y contenido cada vez mayor, no sólo a favor de los abuelos (la S. *Cour Cass.* de 27 julio 1938 reconoció derecho de visita a unos abuelos naturales, y la de 17 mayo 1972 al segundo marido de la abuela), sino de otros parientes.

B) No regulado el derecho de visita en el *Derecho italiano*, incluso para los padres, la S. *Corte Cassazione* de 17 octubre 1957 negó, en el plano jurídico (legalidad constituida) la existencia de un derecho de los abuelos de visitar al nieto menor; pero en aquella sentencia se insinuaba, y se ha insistido y es posición habitual de los tribunales inferiores, que puede constituir abuso del derecho de patria potestad el de negar a los abuelos el mantener relaciones personales con sus nietos, que son sanas y beneficiosas para éstos. Luego, la S. *Corte Cassazione* de 24 febrero 1981 lo ha aceptado,³ así como la jurisdicción ordinaria.

C) *Derecho belga*. Aun sin apoyo legal en norma concreta que lo reconociera, los tribunales belgas no han dudado en conceder un derecho de visita a los abuelos desde principio del s. XX:⁴ a él no se pueden oponer los padres, titulares del derecho de guarda, salvo razones graves basadas en el interés del hijo, que deben salvaguardar: la autoridad paterna y el derecho de los ascendientes deben armonizarse y ejercerse simultáneamente en interés del menor, y en caso de litigio los tribunales ejercen su poder regulador (S. *Cour Cass.* 30 septiembre de 1930, que dice que una y otro emanan del mismo origen o fuente).

D) *En Alemania*, en cambio, a partir de la S. *OLG.* de 31 mayo 1921, la jurisprudencia denegó un derecho propio de los abuelos a mantener relaciones

único juez; la prohibición por parte de éste de toda relación entre los menores y los ascendientes de que se trata, si bien puede justificarse en casos excepcionales por consideraciones graves, como un acto legítimo de la autoridad paterna, puede también en otras hipótesis, comprometer al mismo tiempo el interés de los menores y violar los deberes y las conveniencias morales que deben respetar; el abuso no podría revestirse con un velo de derecho para escapar del control de la justicia”.

³ Esa sentencia dijo que el progenitor, en el correcto ejercicio de la patria potestad, no puede, sin un motivo serio en relación con el preeminente interés del menor, negarle toda relación con sus parientes más próximos, como los abuelos, habida cuenta del daño potencial que podría derivarse del impedimento de unas relaciones afectivas que son conformes a los principios del ordenamiento jurídico, si se mantienen en términos de frecuencia y duración tales que no comprometa la función educativa que compete al progenitor.

⁴ Derecho que De Page estima basado en “la ley natural” y la *Cour Cassation* belga funda “sur la loi (*droits reconnus aux ascendants*), comme un *démembrement du droit de garde*” (S. 18 diciembre 1950).

personales con sus nietos; posición que fue criticada por cierta doctrina.⁵ También el Tribunal Constitucional Federal denegó ese derecho a los abuelos y el enfocar en ese sentido la protección constitucional de la familia.⁶

2.2. Legislaciones recientes

En las dos últimas décadas ha irrumpido esta institución en los ordenamientos europeos, de manera que la muy mayor parte de ellos recogen de una forma u otra este derecho de visita y relaciones personales de los abuelos con sus nietos. El *Code civil* francés, que lo había regulado ya en 1970 (ley de 4 junio), se ha vuelto a ocupar de la cuestión en 2002 (ley de 4 marzo 2002) y dado nueva redacción al art. 371-4:

“L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec les ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire d'obstacle à ce droit.— Si tel est l'intérêt de l'enfant, le Juge aux Affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

En Alemania, la *Kindschaftsrechtsreformgesetz* de 1997 ha reconocido directamente el derecho de visita a favor de los abuelos, lo que ha dado lugar a la modificación de varios párrafos del BGB, de los que el más importante aquí es el nuevo 1685.1: “Los abuelos y los hermanos tienen también un derecho a relacionarse con el menor cuando ello contribuye al bien del mismo” (cfr. también el § 1626 y el 1684: los apartados 2 y 4 de éste se aplican a aquéllos).⁷ El *Código civil holandés* prevé en el art. 377-f) de su libro I que los tribunales pueden regular un derecho de visita entre el niño y otra persona que tenga una fuerte relación personal con el mismo (distinguiendo según éste tenga más o menos de doce años: en este caso el tribunal atenderá al criterio e interés del menor en esas relaciones). La británica *Family Law Act 1996* establece que “the general principle that, in absence of evidence to the contrary, the welfare of the child will be best served by – (i) his having regular contact with those who have parental responsibility for him and with

⁵ Krüger y Birk encuentran fundamento suficiente para justificar un derecho de comunicación de los abuelos con sus nietos en el concepto amplio que hay en el § 6.1 G.G., y que la protección prevista en la Constitución a esa familia debe incluir la preservación de su consistencia por medio de tales relaciones personales, y que sería inhumano negar jurídicamente esas relaciones en forma de un derecho de comunicación (el derecho de visita de los sistemas latinos). Véanse más amplias referencias, y citas puntuales, en mi libro *El derecho de visita*, Barcelona (J.M. Bosch, Ed.), 1997, p. 122 ss.

⁶ En Suiza, en cambio, se ocupó el legislador de regular las relaciones entre padres e hijos, pero fueron los tribunales los que se ocuparon de justificar las relaciones abuelos/nietos, que el legislador había denegado, en principio (Marthaler, *Le droit de visite des parents separees de leurs enfants*, Neuchâtel, 1963, p. 32 ss.).

⁷ Cfr. Rainer Frank, “Parentage Law Reformed”, en *The International Survey of Family Law* (editor, A. Bainham), 1997, p. 170-171.

other members of his family; [...]”. En términos semejantes, el *Código sueco sobre los padres, los hijos y la guarda*, de 1983,⁸ el Código de familia de la *Federación Rusa* de 1995,⁹ y las leyes correspondientes *húngara* (1986), de la *República checa* (1998), de *Croacia* (2003), de *Macedonia* (1996).¹⁰

En *Estados Unidos de América* hasta hace un par de décadas sólo unos cuantos Estados de USA reconocían como derecho propio el deseo e interés de los abuelos en visitar y comunicarse con sus nietos. En la actualidad, todos los Estados norteamericanos, con la excepción del de Distrito de Columbia, reconocen generosamente *visitation rights* a los abuelos, aunque subordinado (en términos variables) al *best interests of the children* –pormenorizadamente regulado por el *Statutory Law* de más de la mitad de los estados y por la jurisprudencia-. Pero el Tribunal Supremo federal ha declarado inconstitucionales esas leyes por contrarias a los derechos que corresponden a la *parental responsibility* de los padres (caso *Troxel*, 2000).

En el orden internacional, además de otros Convenios de orden más general (cfr. nota 34), es importante por su especificidad la *Convención del Consejo de Europa* “sobre las relaciones personales concernientes a los niños” (*Convention on Contact concerning Children*, en la versión inglesa), de 15 mayo 2003, aún no suscrita ni ratificada por España (en 21 septiembre 2004). Invoca en su Preámbulo la necesidad de “*preservar las relaciones personales entre los niños y sus padres, y con otras personas que tengan lazos familiares con los niños, de acuerdo con la protección asegurada por el art. 8 de la Convención sobre la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950*”; incluye, entre las definiciones, lo que entiende por “*relaciones personales*”

⁸ El Código sueco concede relaciones personales al menor con personas próximas a él, distintas de sus padres, entre las que se encuentran, en primer lugar, los abuelos. Amplias referencias en Ake Saldeen, “Rights of Unborn Child and Question of Custody, Access and Residence”, *The International Survey...*, cit., p.484.

⁹ Este Código de Familia establece en el art. 55.1 que “*un niño tiene derecho a tener relaciones con sus padres, abuelos, hermanos y otros parientes ...*”; y el art. 67 dice que además de ese derecho del niño, también esos parientes tienen derecho a relacionarse con aquél, pudiendo llegar a reclamarlo ante los tribunales.

¹⁰ Hungría introdujo en 1986 el derecho del menor a mantener relaciones personales con sus abuelos, hermanos adultos y excepcionalmente con tíos, y de todos éstos con aquél. La Ley de la familia checa (1998) establece que puede concederse un derecho a relacionarse el niño con sus abuelos y hermanos si no viven juntos. En términos semejantes la Ley macedonia de 1996 (art. 47 y 79) y la Ley croata de Derecho de familia de 2003, en la que los tribunales pueden decidir acerca de las relaciones de los abuelos con sus nietos (también respecto de otros parientes próximos), y el tribunal se atenderá al mejor interés del menor (art. 107). Más amplias y concretas referencias en el aludido *The International Survey of Family Law*, años y lugares correspondientes.

(comprenden: “a) la estancia del niño con la persona con quien no convive, o el encuentro entre el niño y esa persona; b) todas las formas de comunicación entre el niño y esa persona; y c) toda comunicación de información relativa al menor, a esa persona, o a la inversa”); se refiere a las relaciones entre un hijo y sus padres (art. 4), y dedica el art. 5 a “Relaciones personales entre un niño y personas distintas de sus padres”: “1. Dejando a salvo el interés superior del niño, puede establecerse relaciones personales entre éste y personas distintas de sus padres que tengan con él lazos de familia.- 2. Los Estados Partes [contratantes] pueden extender esta disposición a personas distintas de las mencionadas en el párrafo 1, en cuyo caso podrán decidir libremente los tipos de relaciones personales que deben aplicarse”. En los artículos siguientes se regula el derecho del niño a ser informado, consultado y a expresar su opinión; la resolución de los litigios en esa materia; los acuerdos concernientes a estas relaciones personales y las medidas de salvaguarda y garantías que establecer concernientes a las relaciones personales. Más adelante se hará referencia a tales normas. El “*Rapport explicatif*” es muy interesante, y será también citado.

3. Derecho español: de un modesto origen jurisprudencial a la Ley 42/2003

Con muy pocos antecedentes jurisprudenciales sobre derecho de visita de los padres respecto de sus hijos (SS.T.S. de 19 noviembre 1895, de 9 junio 1909 y 24 junio 1924) –y el paréntesis de la republicana Ley de Divorcio de 1932, cuyo art. 20 regulaba derecho de visita a favor del cónyuge no guardador de los hijos–, la primera vez que el Tribunal Supremo español se ocupó del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos fue –salvo error u omisión– en la S. de 14 octubre 1935, más como *obiter dictum* que de forma directa.¹¹ Por otro lado, el Tribunal Tutelar de Menores de Valencia en acuerdo de 15 diciembre 1939 concedió a unos abuelos maternos la posibilidad de comunicarse con su nieta, huérfana de madre, frente a la oposición de los abuelos paternos, con los que vivía la niña (el padre se hallaba en prisión).¹²

¹¹ Alegaba el recurrente (contra la sentencia de la Audiencia que le había privado de la patria potestad de sus tres hijos), que respecto de la menor no había en las actuaciones prueba alguna de malos tratos o castigos inmoderados, por lo que era improcedente que también respecto de ésta se le privase de la patria potestad. Esta sentencia, a la hora de justificar el correcto enjuiciamiento de la recurrida, dice que «*ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que afectaba, por lo menos a esa hija menor; el hecho probado de la prohibición de comunicarse con su abuela, que indudablemente, dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad dañosa para los sentimientos de la niña...*».

¹² Acordó ese Tribunal que los abuelos pudieran tener comunicación con la menor «*en los términos que según las circunstancias determine el Presidente del Tribunal*», acuerdo que se fundaba en las siguientes razones: «*Estimando que ni el padre de la menor, ni los abuelos paternos, pueden oponerse a no mediar justo motivo que en el presente caso no existe, a que*

Hasta las reformas de 1981 no se regula esta cuestión de forma directa. El art. 161 C.c. (redacción Ley de 13 mayo 1981) –que acusa la influencia de la ley francesa de 1970– establecía en su primer párrafo el derecho de los padres de relacionarse con sus hijos menores aunque no ejercieran la patria potestad; y en los párrafos 2º y 3º decía: “No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.- En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”. La Ley de Adopción de 21 noviembre 1987 cambió la numeración de ese artículo, que pasó a ser el 160, con la misma redacción en cuanto a los párrafos transcritos. Esta reforma resultó muy avanzada en nuestro sistema jurídico –excesivamente para algunos,¹³ posición que no comparto–, garantizando no sólo a los progenitores y otros parientes y allegados dichas relaciones, sino también al menor con titularidad propia y medios para reclamarlas en su propio interés. Creo, por lo demás, que no es necesario detenerse más en esos preceptos, de que se ha ocupado ampliamente la doctrina más reciente y la jurisprudencia (que habrá lugar a invocar).

La Ley 42/2003, de 21 noviembre, “de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos”, ha introducido un nuevo párrafo B) en el art. 90 C.c. (desplazando los siguientes) y ampliado el penúltimo, introducido un segundo párrafo en el art. 94, modificado parcialmente la medida 1ª del 103 y dado una nueva redacción a los párrafos 2º y 3º del art. 160 y al 161, amén de la reforma procesal (art. 250.1-12 LEC.) sobre aplicación del juicio verbal a esta materia. Omito la reproducción de las nuevas redacciones de tales normas por innecesario y conocidas (serán aludidas en su momento). Sin perjuicio de otras valoraciones, que no podré evitar, quede desde ahora mi opinión acerca de esta reforma y ley: creo que ha tenido una motivación política más que realmente jurídica –la ley era menos necesaria de los que algunos, los políticos y ciertos medios de comunicación, han dicho–, ha habido más oportunismo que oportunidad y necesidad, ya que todo lo que aquélla dice en el orden sustantivo estaba comprendido en el art. 160 C.c., que

la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es lógico y natural el cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta, en quien ven la representación de la madre, y por otra parte es también natural que si la Ley impone a los abuelos, no obstante la muerte de la hija, obligaciones de diferente carácter para con los nietos, tengan en justa correspondencia el derecho de tratarlos y de poder vigilar la salud moral y física de la nieta». Véase sobre estas cuestiones Rivero Hernández, *El derecho de visita*, Barcelona, cit., pp. 47-48 y 115-116.

¹³ Han criticado con más o menos energía la expresión legal, por amplia o por inconcreta, De Prada González, “La patria potestad tras la reforma del Código civil”, *A.A.M.N.*, 1982, p. 389; R. Bercovitz, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid (Tecnos), 1984, ad art. 161 C.c., p. 1076; Castán Vazquez, *Comentario del Código civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, ad art. 160, t. I, p. 556.

garantizaba suficientemente a los abuelos y a los nietos el derecho a relacionarse; y ha dejado sin resolver algunos de los más importantes problemas jurídicos y prácticos de aquellas relaciones (una protección suficiente y la garantía de su efectivo cumplimiento). Lo único útil de esta nueva legalidad –en mi opinión– es su regulación procesal (juicio verbal para los casos del art. 160 C.c. sobre todo), para lo cual pienso que no era necesario gastar tantas energías legislativas.

4. Derecho catalán. Régimen legal propio. No aplicación de la Ley 42/2003 en el orden sustantivo

El Derecho catalán reguló el derecho de visita y relaciones personales abuelos/nietos en la Ley 12/1996, de 29 julio, “de la potestat del pare i de la mare”, cuyo art. 4.2 decía: “*El pare i la mare han de facilitar la relació del fill amb les parents i altres persones i només la poden impedir quan n’hi hagi una causa justa*” (la ley 8/1995, de 27 julio, que modificó la 37/1991, de “atenció i protecció dels infants i adolescents”, se refirió en su art. 18 sólo a las relaciones de los padres con los hijos). Publicado el *Codi de família*, su art. 135.2 es prácticamente del mismo tenor que el recién transcrito de la ley 12/1996, con la sola adición de “especialment amb l’avi i l’avia”, tras la mención de los parientes. Es importante en este art. 135 CF. el núm. 3, relativo a la suspensión, modificación o denegación por el juez de las relaciones personales (todas, en general) por incumplimiento de los deberes que competen a las partes implicadas o cuando concurra justa causa, además de la posibilidad de adopción de las medidas necesarias para la efectividad de tales relaciones.

Complementan esas normas, básicas y preferentes, las de aplicación general en Cataluña en la materia –leyes procesales, L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor en lo menester (cfr. disposición final 21ª)–, y las Convenciones internacionales aplicables en España, en particular, la de Derechos del Niño, de 1989, y el Convenio para la protección de los Derechos Humanos de 1950, cuyo art. 8 protege la “vida familiar”, que comprende las relaciones entre parientes próximos, incluidos los abuelos y nietos.¹⁴

En todo caso, la estatal ley 42/2003 no es de aplicación directa en el orden sustantivo en Cataluña y para el Derecho catalán –que se sigue rigiendo por el art. 135 CF. y demás normas aludidas–, salvo en los aspectos procesales, ámbito en el que no resulta difícil su recíproca integración.

¹⁴ La S.T.E.D.H. de 13 julio 2000, caso *Scozzari y Giunta v. Italia*, tras dejar sentado que las relaciones entre los abuelos y los nietos están cubiertas por el art. 8 de la Convención, y que la “*vida familiar*” incluye esas relaciones, en cuanto los abuelos pueden jugar un importante papel en la vida familiar, ha dicho que el “*respeto*” a ésta última comprende la obligación del Estado (firmante de la Convención) de actuar de manera que permita que tales relaciones se desarrollen normalmente.

II. *FATTISPECIE*. DATOS PREJURÍDICOS

1. Las relaciones de los abuelos con sus nietos en las familias reconstituidas

Aunque puede haber lugar a relaciones abuelos/nietos (y sus problemas jurídicos) en situaciones de relativa normalidad familiar,¹⁵ la mayor parte de los casos en que se presentan como conflictivas (objeto de reclamación judicial o extrajudicial) es en relación con las que podemos llamar “nuevas familias”: las *familias residuales* o monoparentales, a falta de un miembro fundador por fallecimiento o por crisis de la pareja (casada o no), y las *familias reconstituidas* tras esa crisis; situaciones en que, deterioradas las relaciones entre sus componentes, en particular entre las distintas ramas y generaciones familiares, unos abuelos (padres del padre o madre que falta en aquella familia residual) se ven obligados a reclamar a su yerno o nuera, al padre o madre de sus nietos y guardador de éstos, el poder verlos y relacionarse con ellos.

Tal fenómeno social y jurídico no es, obviamente, de ahora: es la misma situación fáctica que aquéllas que dieron lugar a las primeras sentencias célebres y conocidas, la francesa de 1857 y las españolas que he citado poco ha. Quizá lo único nuevo es la proliferación de esa problemática y el número de asuntos judiciales de esta clase, con varia etiología (el cambio social, el aumento de las separaciones y divorcios, la muerte o ausencia de un progenitor), lo que lleva las tensiones a los ascendientes; y, de otro lado, porque los abuelos cada día se conforman menos con la negativa o dificultades que el padre o madre de sus nietos les ponen para relacionarse con éstos, y hacen valer jurídicamente su condición de parientes muy calificados, que no desaparece aunque las relaciones personales entre y con los progenitores de los niños se hayan deteriorado.¹⁶

Si bien las relaciones abuelos/nietos de que voy a hablar aparecen situadas en el ámbito de las familias reconstituidas y residuales,¹⁷ donde su presentación es más frecuente, hay que decir enseguida que, aun prototípica, no es situación exclusiva, pues social y jurídicamente apenas difiere de los casos que se dan en las familias

¹⁵ Digo “relativa”, porque no deben ser muy cordiales y fluidas las relaciones familiares cuando unos abuelos tienen que apelar a la aplicación de las leyes y acudir a los tribunales para poder relacionarse personalmente con sus nietos.

¹⁶ Cosa perfectamente natural, por otra parte, que se da y daría aunque no existiera Derecho y leyes; lo que delata la naturaleza y base prejurídica de este tipo de relaciones y, a un nivel más alto, las importantes componentes metajurídicas de las mismas, que trascienden a los procesos judiciales de forma muy señalada.

¹⁷ De los varios aspectos sociológicos y jurídicos e importantes problemas de las familias reconstituidas nada diré después de tratadas ampliamente en estas Jornadas por la prof. Roca.

no rotas jurídicamente, a las que se puede generalizar lo que diré ahora respecto de aquéllas.

2. Papel de los abuelos en la familia y en relación con sus nietos

Todos los que han meditado sobre esta cuestión –tribunales, legisladores, autores– destacan la importante función personal y social de los abuelos en la familia y en situaciones marginales de ésta, por la autoridad moral y carga afectiva que aportan, y más en cuanto a la ayuda y colaboración de varia índole que pueden prestar en momentos familiares conflictivos (matrimoniales o no) de sus hijos y nietos. En la sociedad actual, con mucha mayor longevidad de las personas y abuelos (y bisabuelos) que alcanzan mayor edad, y dadas las nuevas estructuras familiares y formas de vivir en familia, el papel de aquéllos ha cambiado notablemente –como ha puesto de manifiesto RUBELLIN-DEVICHI respecto de su país–:¹⁸ ya no tienen que sacar adelante a sus nietos sustituyendo a unos padres desaparecidos (haciendo a veces de padres más que de abuelos), sino que ocupan en la familia su papel propio, de abuelos, que llevan a los jóvenes, a los nietos, la experiencia de vida y el afecto de su edad, un calor que necesitan éstos siempre, pero más cuando la separación de sus progenitores o la falta de algunos de ellos producen un desequilibrio emocional en una personalidad en formación necesitada, además, de apoyos y referencias axiológicas firmes.

Los abuelos y la familia extensa, en general, ofrecen un espacio de socialización idóneo que favorece un desarrollo individual y social adecuado, la estabilidad personal y afectiva de los nietos menores de edad en momentos de tensión de la familia, particularmente necesario para los menores por razón de su juventud y más “*cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones* –dice el legislador estatal de 2003–, *sea por situaciones de crisis matrimonial, ya por abandono de relaciones familiares no matrimoniales*”. Los abuelos –dicen otros– desempeñan un papel importante en la familia (sobre todo cuando la familia nuclear está en crisis), en la estabilidad psíquica general, no sólo afectiva, del nieto menor de edad, a quien pueden proporcionar apoyo y equilibrio emocional frente a las tensiones próximas entre sus progenitores y puntos de vista avalados por su autoridad moral y distanciamiento de los problemas inmediatos de la pareja, así como referencias vitales distintas de las unilaterales provenientes de esos padres, sometidas a su vez a enfrentamientos personales, o de la otra rama familiar.

Así lo han visto también nuestros tribunales. La S.T.S. 11 junio 1996 dijo que “*ninguna justa causa impide* [en el caso juzgado] *las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien, este tipo de relaciones que*

¹⁸ Cfr. el interesante Prólogo de la prof. Rubellin-Devichi a la obra de Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris, 1989; obra esta de obligada lectura en cuanto al papel de los abuelos en la familia moderna.

insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores". La S.T.S. 20 septiembre 2002 habla del "carácter siempre enriquecedor de las relaciones de abuelos y nietas, que no pueden limitarse a los pertenecientes a una sola línea". Y la S.TSJC. de 19 febrero 2001 dice que "las legislaciones han sido conscientes de la importancia de extender ésta [la familia] al marco menos nuclear de su esencia, fomentando la relación ascendientes-descendientes, abuelos-nietos, como básica para el desarrollo de la personalidad social y cultural de los menores. [...] los abuelos, en la sociedad actual, desempeñan un importante papel de socialización respecto a sus nietos. La relación afectiva, el vínculo de sangre, el trasvase de una experiencia vivida y el interés en la transmisión de ideas y creencias constituyen hoy un acervo personal y cultural de innegable valor para quienes inician su andadura vital". Las citas podrían multiplicarse.

3. Formas de presentación jurídica y procesal de las relaciones abuelos-nietos

El derecho de relaciones personales de los abuelos con sus nietos – prefiero esta expresión a la de "derecho de visita", hoy insuficiente legal y funcionalmente por la variedad de formas de presentación y contenido (lo que no impedirá que emplee a veces este segundo término por inercia y para evitar reiteraciones)– es un caso concreto y manifestación particular de la cuestión más general de las *Relacions personals* que tipifica el art. 135 CF. Tiene un fundamento próximo al de las relaciones de los padres con sus hijos (el denominador común es el menor al que unas y otras afectan), si bien en aquel caso con más destacada justificación en las necesidades personales del menor y en las del desarrollo de su personalidad; pero con naturaleza y contenido un tanto distinto de éstas.

Por lo que aquí concierne, el derecho a mantener esas relaciones de los abuelos con sus nietos tiene, a su vez, una doble forma de presentación práctica, con el correspondiente reflejo procesal:

- a) como un supuesto y con carácter general (dable en cualquier situación familiar), regulado en el art. 135.2 CF (y 160-2º C.c. esp.), que en el aspecto procesal conduce hoy al juicio verbal (art. 250.1-12º LEC, redac. ley 42/2003); y
- b) como caso particular y con régimen jurídico especial, cuando las relaciones abuelos-nietos se insertan y se reclaman o acuerdan en el proceso de nulidad, separación o divorcio matrimoniales, que en el

orden sustantivo regulan los arts. 76.1-a y 79 CF. (como los 90, 94 y 103 C.c.), y en el procesal el cap. I y IV, tít. I, libro IV (arts. 770 y ss.) LEC.

III. DIFERENCIA DEL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS RESPECTO DEL DE LOS PADRES. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE AQUÉL

Así como es difícil hablar del derecho de uso sin referirlo al usufructo, y de los “auxilios necesarios para la vida” de los hermanos sin compararlos con los alimentos entre parientes *stricto sensu*, es ya tópico en la jurisprudencia y en la doctrina el señalar idéntico paralelismo y comparar el derecho de visita abuelos/nietos con el de los padres respecto de sus hijos, más general y frecuente, mejor estudiado, a modo de género próximo, para encontrar luego la diferencia o diferencias que lo especifican.

1. Visión del problema por los tribunales y la doctrina

A) *Los tribunales españoles* ponen el acento en que las relaciones que se concedan a los abuelos son distintas y no pueden ser tan amplias como las que corresponden a los padres. Así, la S.T.S. de 11 junio 1996: “*el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía el menor con su padre, ...*”; y la S.AP. Valencia de 20 junio 1991 dijo que “*en ningún caso puede ser ésta [las relaciones abuelos-nietos] vía de sustitución de la relación con el padre, ni cauce para tratar así de compensar la falta de contacto con el mismo [...], dado que estamos ante ámbitos diferentes y se ha de evitar precisamente toda confusión al respecto desde la perspectiva del menor*”. La S.AP. de Toledo de 3 junio 1994 dijo que no puede pretenderse que el derecho de visita de los abuelos “*sea semejante o igual que si el titular es uno de los progenitores que, aunque separado del otro cónyuge, mantiene no sólo la titularidad sino también el ejercicio de la patria potestad, pues en esta situación el derecho de visita responde a la necesidad vivencial y afectiva más importante del orden natural, y además dimana del propio ejercicio de la patria potestad como medio de velar por el hijo y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guarda y custodia del mismo*”.

En la práctica el régimen de relaciones personales señalado a los abuelos suele ser parco, a veces muy limitado: la S.T.S. 20 septiembre 2002 (una de las más benévolas) concedió a unos abuelos relacionarse personalmente con sus nietas el último fin de semana de cada mes desde las 19 horas del viernes a las 21 h. del domingo, así como cinco días durante las vacaciones de Navidad (entre las que debía incluirse al menos el día 24 o 31 diciembre o 6 enero), tres días durante Semana Santa y 15 días en verano, eligiendo el padre esos periodos

y con la obligación de preavisar a los abuelos. En términos semejantes, incluso más restringidos, en las jurisdicciones inferiores.¹⁹

B) Los *autores españoles* se limitan, en general, a decir que se trata de derechos y situaciones diferentes y que no pueden equipararse las relaciones de los abuelos a las de los padres, distinciones que unas veces se hace en la cantidad y calidad de esa relación,²⁰ y otras se apunta un fundamento diferente, el del afecto en cuanto a los abuelos frente a la patria potestad desmembrada en una guarda y un deber de vela en el caso de los padres.²¹ SALANOVA VILLANUEVA²² menciona como una de las fundamentales diferencias a ese respecto el que a los abuelos les basta con que sus relaciones no perjudiquen al menor, pero en caso de demostrarse la existencia de perjuicios para el niño su interés no tiene peso suficiente para desplazar aun parcialmente al del menor; mientras que en el caso de los padres, siempre que las alteraciones que afecten al menor no sean traumáticas en exceso, deberán consentirse sus relaciones con éste, con las debidas cautelas. El prof. GARCÍA CANTERO destaca que los abuelos “*se relacionan con sus nietos en virtud de un título autónomo respecto de la patria potestad*”.²³

Pienso, por mi parte, que la diferencia fundamental entre unas y otras relaciones va más allá del contenido y amplitud de las mismas, y aun del juego del interés a que alude la autora recién citada. Creo que hay que pensar en la razón que justifica ambas clases de relaciones y el derecho de visita, en general.

¹⁹ La S.AP. Barcelona (Secc. 18ª) de 13 dic. 2002 estableció un régimen de visita consistente en tener los abuelos la compañía de su nieta los sábados alternos desde las 16 a las 21 horas, suspendiendo la Sala la presencia de una tercera persona de confianza de la madre (porque afectaría negativamente a la necesaria fluidez de las relaciones abuelos-nieta). Y la S.AP. Valencia (Secc. 10ª) de 14 febrero 2003 concedió a una abuela poder visitar y tener en su compañía al nieto los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, donde lo recogería ella misma o persona de su confianza, hasta el domingo por la tarde a las 20 h., en que lo recogerían sus tías; en cuanto a llamadas telefónicas se estaría al informe pericial, y los fines de semana en que por enfermedad u otra razón no haya lugar al régimen de visitas ordinario se compensarán con otros tantos alternos. La ya citada S.AP. Toledo 3 junio 1994, junto a pocas y breves estancias del nieto con los abuelos, permitió llamadas telefónicas todos los viernes del año a cierta hora.

²⁰ Cfr. Navarro Castro, Gaya Sicilia, Hernández Ibáñez y Verdera Izquierdo, trabajos y lugares citados.

²¹ Véase Carcaba Fernández, “El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos”, cit., p. 27-28; y Rivera Alvarez, *op. loc. cit.*, p. 644.

²² “Notas al derecho de los abuelos...”, cit., *loc. cit.*, p. 961.

²³ Obra citada, p. 132.

2. (Diferente) fundamento del derecho de visita de los abuelos con sus nietos

En algún trabajo anterior he intentado una “construcción unitaria” y he buscado un *fundamento* unitario y justificación común a ambas figuras y relaciones.²⁴ Creo que tienen, ciertamente, una importante base común, muchos elementos idénticos o muy próximos; pero hay también elementos distintos que impiden identificarlas, que obligan a distinguirlas y, aquí, a buscar esas diferencias. No se trata, pues, de meras diferencias cuantitativas o cualitativas en cuanto al contenido (visitas, comunicación, estancias, y su amplitud), sino de algo más profundo.

- A) El derecho de visita y las *relaciones personales de los padres con su hijo* encuentran su justificación esencial: a) en primer lugar, en la propia relación de filiación y de afecto que les une y que subsiste aunque no convivan ni los primeros ejerzan la patria potestad, y en la recíproca necesidad personal y vital del padre o la madre y del hijo (es decir, en la naturaleza de las cosas); b) luego, en un plano estrictamente jurídico, se fundan en el mandato constitucional de protección integral de los hijos y del deber de asistencia de todo orden que compete a los padres, con una obligación y proyección eminente, la de contribuir al mejor desarrollo de su personalidad; y de forma más concreta, c) en la obligación de *velar* por los hijos menores (y poder comprobar con esas relaciones su salud física y psíquica, sus preocupaciones y problemas, sus alegrías y tristezas). Ese fundamento comporta que para los padres constituya un deber más que un derecho y tenga los caracteres de función familiar (cfr. S.T.S. de 26 diciembre 2002), y para los hijos, un derecho sutil y al más alto nivel (el del art. 39. C.E.).
- B) Las *relaciones de los abuelos con sus nietos* se justifican, de un lado, en la relación de parentesco (muy fuerte y próximo) que les une, el afecto común que de ahí deriva –esa componente metajurídica subyacente a tantas instituciones de Derecho de familia– y ciertos derechos y deberes recíprocos; pero también, y sobre todo, en las necesidades personales del menor y en las del desarrollo, equilibrado y sin influencias unilaterales, de su personalidad (en época difícil, de formación y afirmación de la misma), requerimiento este particularmente grave en situaciones familiares marginales –con lo que también en este caso cumple ese derecho a relacionarse los

²⁴ *Derecho de visita*, cit., p. 377 y ss.; véase también mi trabajo anterior “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, en AA.VV., *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Pamplona (EUNSA), 1982, p. 220 y ss.

nietos con sus abuelos un carácter de función (familiar), ejercitada atendiendo al interés superior del menor, como ha puesto de manifiesto la S.A.P. de Toledo de 1 diciembre 1998²⁵, más que en las necesidades de los abuelos (por lo que para ellos no es tanto un deber, como sí para los padres). Es decir, se basa, en última instancia, en lo que llamamos el *interés del menor*, aquí con dimensión específica, que se convierte por ese conducto en parámetro fundamental de la propia justificación de su existencia y entidad, y, con ello, de su concesión efectiva, su régimen concreto, su modificación, suspensión y demás.

- C) Hay, por tanto, *junto a datos básicos y justificación común* del derecho de visita de los padres y el de los abuelos (parentesco, afectos, derechos y deberes recíprocos, necesidades personales del menor, sea hijo o nieto), otros *elementos diferenciales* –obligaciones específicas graves que competen a los padres de forma más directa y enérgica y no a los abuelos– que dan un fundamento particular y un tanto distinto uno de otro, lo que trasciende luego al régimen efectivo de las relaciones del hijo y nieto con unos u otros de aquéllos. Lo han dicho, con expresiones varias, numerosas sentencias de distintos tribunales (ya citadas).

3. Finalidad de esas relaciones

En cuanto a la *finalidad* de las relaciones abuelos/nietos, parece clara desde el primer momento: propiciar un desarrollo integral del nieto, en todos los aspectos, los afectivos y educacionales sobre todo, en un entorno personal y familiar adecuado; un desarrollo de su personalidad equilibrada y armónica, por encima de influencias unilaterales de otros miembros de la familia del menor con quienes la convivencia y compañía es más inmediata; diversificar y ampliar su mundo relacional más próximo (que los padres ya no monopolizan), enriqueciéndolo con nuevas perspectivas y afectos. Así lo han dicho decenas de sentencias, de las que citaré sólo la de la AP. Huesca de 24 mayo 1994: *“para que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse un desarrollo integral de su personalidad”* [del menor]. Resulta, por ese conducto, que las relaciones de los abuelos con sus nietos cumplen una importante función formativa (en su acepción más noble y amplia) del menor, una de las que la Constitución y las leyes ordinarias confían e imponen a los miembros más calificados de la familia: función familiar, pues (que subraya GARCÍA CANTERO).

²⁵ *“El derecho a relacionarse y comunicarse los hijos con los padres u otros parientes y allegados –dice esta sentencia–, [...] debe ser concebido, más que como una facultad en beneficio exclusivo de éstos, como una función o derecho-deber que ha de ser ejercitada atendiendo a ese interés superior de los hijos, siendo su finalidad primordial proteger y fomentar la relación humana y afectiva entre los menores y sus más cercanos parientes o allegados, procurándoles la formación y el desarrollo integral que su personalidad necesita”.*

IV. NATURALEZA DEL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS

Quiero desdogmatizar esta cuestión; no quisiera caer en la tentación–encerrona que suele ser la “naturaleza jurídica” de una institución. Pero creo inevitable apuntar aquí algunas cuestiones e interrogantes:

- a) el derecho de visita abuelos/nietos ¿es efectivamente un derecho, un derecho subjetivo?
- b) en su caso, ¿qué tipo de derecho?; ¿derecho de la personalidad o derecho fundamental, como han sugerido algunos autores y sentencias?
- c) la protección que se dispensa a ese *quid* jurídico ¿es sólo la de un derecho subjetivo, aun muy particular?; ¿basta esta categoría jurídica para explicar sus problemas y justificar su régimen jurídico?

1. El derecho de visita, verdadero derecho subjetivo

1.1 Reconocimiento de su identidad de derecho

Hoy prácticamente nadie discute la naturaleza de verdadero derecho en cuanto al de relaciones personales que nuestro Derecho reconoce a los abuelos, no obstante los términos difusos de los arts. 135.2 CF y 160.2 C.c. Lo dicen más o menos explícitamente, con ese nombre, otros textos legales: arts. 135.3 CF y 18 LAPIA (8/1995); arts. 94-2º, 160, 161 C.c., y últimamente el art. 250.1-12 LEC. Dígase lo mismo de la doctrina, donde hay práctica unanimidad, lo que me exime de hacer citas concretas.²⁶

También la jurisprudencia habla de derecho, con bastante claridad: “*es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con su nieta de cuya relación sólo por justa causa se les puede privar*” (S.T.S. 7 abril 1994); “*la prudencia del juzgador [de instancia] se ha extremado al máximo ya que se ha tenido en cuenta que el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido su padre, ...*” (S.T.S. 11 junio 1996); “*en el art. 160-2º C.c. el derecho de los menores a comunicarse con otros parientes y allegados lo supedita a que no exista justa causa que impida esas comunicaciones ...*” (S.T.S. 20 septiembre 2002). La S.TSJC. de 19 febrero 2001 habla también del “derecho a relacionarse [los nietos] con los ascendientes”.

Obsérvese que en los textos legales y jurisprudenciales se refiere ese derecho tanto a los abuelos como a los nietos. Hoy y en nuestro ordenamiento (tanto en

²⁶ Una posición matizada, si no contraria, a la tesis general es la de Hernández Ibáñez (*op. loc. cit.*, p. 26) cuando dice compartir la opinión de Torres Perea, a quien cita: “[el art. 160.2 C.c.] no regula propiamente un derecho de los abuelos a favor de los abuelos, porque esta norma únicamente se aplicará cuando surja un conflicto entre abuelos y padres del cual será víctima el menor. Dicho artículo, más que regular el derecho a relacionarse los abuelos con los nietos, establece una pauta de solución a un conflicto de intereses”.

Derecho común como en el catalán), no cabe duda que tal derecho es doble, o con doble titularidad, de abuelos y nietos. Son derechos autónomos, además de recíprocos, cada uno con su régimen específico; pero no son derechos de idéntica naturaleza, pues el del abuelo tiene una fuerte componente de función –como dije, lo que le da un carácter de derecho-deber, ya que su ejercicio no es tanto en provecho del titular (el abuelo) cuanto en el del nieto, cuyo interés es preeminente (recuérdese de nuevo la S.A.P. Toledo de 1 diciembre 1998, recién citada).

En los ordenamientos españoles (común y catalán) no cabe la distinción que hace la Convención del Consejo de Europa de 2003 entre el derecho del menor y de otras personas (los abuelos, aquí) a esas relaciones (*a right to contact*), y “el derecho a reclamarlas” (*a right to apply for contact*), distinción que se ve con más claridad en el *Rapport explicatif* (cfr. núm. 47 a 49). En nuestro sistema jurídico se trata siempre de un derecho (el poder reclamar judicialmente esas relaciones es porque hay un derecho reconocido legalmente), aunque con las particularidades que veremos.

1.2 *Derecho genérico o en abstracto, y derecho actual*

Sin dudar ya de la existencia de ese derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos, obsérvese que los arts. 135.2 CF y 160-2º C.c. no garantizan a todo abuelo o abuela un derecho efectivo a tales relaciones: el padre y la madre no podrán impedirlos “sin justa causa”; luego pueden alegar para impedirlos una “causa justa” –distinta es la cuestión de su valoración y prueba–. Dado el contenido y alcance de la patria potestad y control por sus titulares de la vida, residencia y relaciones con terceros del hijo *in potestate*, hay *prima facie* una inicial subordinación del derecho de visita de los abuelos a la patria potestad y a los que la ejercen, quienes lo pueden impedir o no en función de una *justa causa*. Esta accede, así, a la categoría de elemento normativo del tipo que regula aquel derecho; dato jurídico importante del que no podremos prescindir.

Ello quiere decir, en términos jurídicos, que el derecho de visita abuelos-nietos que garantiza la ley –el que reconocen doctrina y jurisprudencia en los términos vistos– es sólo un *derecho potencial, en abstracto*, que no siempre se convertirá en *derecho actual* –es decir, un concreto ámbito de poder y de exigencia concedido a su titular y protegido por el ordenamiento jurídico–, ya que eso va a depender de la invocación o no por los padres de una “justa causa” para impedirlo, impedimento y causa sobre los que quizá deban pronunciarse los tribunales. El derecho potencial o abstracto sólo deviene actual y concreto si los padres tienen a bien conceder o permitir las relaciones abuelos-nietos no alegando justa causa para impedirlos, o si un tribunal se pronuncia en el mismo sentido (al desestimar que concurra esa justa causa). Hay, así, un doble momento jurídico, general (legal) uno, específico otro, en el reconocimiento de ese derecho de relaciones personales abuelos-nietos.

Se trata, pues, de una especie de derecho “de geometría variable” (porque la variabilidad no afecta sólo al contenido), en el que tanto su efectividad actual (si lo tiene o no en una situación y momento dado el abuelo reclamante) como su contenido y alcance dependen del interés del menor, de que haya una “causa justa” para vedarlo o para que se convierta en unas amplias o mínimas relaciones, y aun para modificarlas o suspenderlas (cfr. art. 135.3 CF), siempre según convenga al nieto (parámetro de valoración).

Esta es importante particularidad de este derecho de visita –que se da en algún otro, como el de alimentos, pero no respecto de la mayor parte de los derechos, ni siquiera en idénticos términos en el derecho de visita padres-hijos–: ese desdoblamiento en derecho *genérico o en abstracto*, que es lo único que sugiere y define la ley, y *derecho actual o concreto*. O, si se prefiere, resulta que el *tatbestand* de la norma y de este derecho no es ya la existencia de una relación básica de parentesco de segundo grado en línea recta (abuelo-nieto), sino ese dato inicial (presupuesto del tipo legal) más el concurso del *interés del menor* (en y a esas relaciones) *in concreto*, en tal situación específica; interés tipificado legalmente bajo la expresión “sin justa causa para impedirlo” –ya que esa causa se valora exclusivamente en función del *interés del menor*–. Y lo dicho en cuanto a la existencia efectiva (*derecho actual*) cabe decir también en cuanto a su contenido y ejercicio, punto en que el enunciado legal es totalmente inconcreto (“relaciones personales”; incluso en su traducción habitual en visitas, comunicación, estancias), y sólo con su concreción se traduce en un derecho efectivo (lo que su titular puede exigir, y debe permitir el guardador del menor).

La cuestión más importante a ese respecto, por otro lado, no es tanto la de que hay y es verdadero derecho en los términos sugeridos, sino la clase de derecho que sea.

2. Si derecho, ¿de qué clase?

Es evidente y conocida la distinta naturaleza de los derechos de familia respecto de los patrimoniales. No me preocupa esto. Ya he aludido también a la distinta naturaleza del derecho del abuelo (que se caracteriza por constituir una función familiar, derecho-deber) y el del nieto. Mi pregunta viene motivada por la frecuente afirmación de nuestra doctrina, y algunas sentencias²⁷ en el sentido de que este derecho de relaciones personales sería un “derecho de la personalidad”.

²⁷ Entre los autores que así opinan cabe citar a García Cantero, Salanova Villanueva, Botana García, Ferrer Riba, y yo mismo en anteriores trabajos. Como sentencias, véase, entre otras, las de la A.P. de Cádiz, de 4 junio 1992, y A.P. Huesca, de 13 junio 1992.

A) La principal dificultad a ese respecto está, quizá, no tanto en este derecho concreto cuanto en el concepto y alcance de los llamados “derechos de la personalidad”, que en algunos casos coinciden con los derechos fundamentales (constitucionales) y otras son meros derechos muy ceñidos a la persona, vinculados directamente a la entidad de ésta y a sus proyecciones más inmediatas. No es momento de detenerse en esta cuestión.

Si hablamos de derecho de la personalidad hay que referirlo, en todo caso, a ese derecho desde la perspectiva y titularidad del nieto y no del abuelo, dado que su justificación en necesidades personales e importancia para el desarrollo de la personalidad atiende al menor y no al abuelo. Aunque la calificación pueda ser discutible, por razón del abierto y difícil concepto de “derechos de la personalidad” (cuántos, cuáles, caracteres esenciales?), creo que cabe incluirlo en ese ámbito.²⁸ En una acepción amplia de los derechos de la personalidad, pienso que el derecho que nos ocupa alcanza ciertamente esa categoría: quizá no tanto como un derecho concreto, autónomo y tipificado entre aquéllos, sino como manifestación y proyección del derecho de y a la libertad de relación de la persona (que en el caso y en cuanto al menor, coincide con su derecho al desarrollo de su personalidad).

Desde luego, es un derecho personalísimo de su titular (abuelo y nieto), y muy vinculado y dependiente de las necesidades del menor, directamente relacionadas con el desarrollo de su persona, como individuo, y de su personalidad vulnerable y en formación, en todos los órdenes. No lo veo, sin embargo, en el mismo grupo que los derechos a la vida, integridad física, libertad, intimidad, etc. En el plano constitucional cabe situarlo más en el plano del art. 10.1 y del 39.2 C.E. (donde encuentra su mejor fundamento) que en el de los arts. 15 a 29. Todo ello comporta que ese derecho y su régimen jurídico quede incluido en lo que se viene llamando “orden público familiar”, que la normativa por la que se rige sea considerada como *ius cogens*, y la participación del Ministerio público en los procesos en que es objeto de discusión (cfr. art. 749.2 LEC y S.T.S. 7 abril 1994).

B) Este derecho, además de esas notas, queda delimitado por unos *caracteres muy particulares*, en lo que suele haber cierto consenso doctrinal: inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, relativismo, subordinación al interés del menor, independencia de su origen causal, de que hablé en otro lugar y en lo

²⁸ Decía yo a este respecto en 1997, a modo de conclusión: “*Basadas tales relaciones en los sentimientos más nobles, si alguna regulación jurídica merecieran debiera ser del orden de auténticos derechos de la personalidad, o a ese nivel, como algo tan ceñido a la propia persona y tan innegable que su reconocimiento a todo ser humano fuera independiente de otras calidades jurídicas, como las de padre o hijo, hermano, abuelo, y demás*” (*El derecho de visita*, cit., p. 404). Sobre la idea que tengo de los derechos de la personalidad, cfr. *Elementos de Derecho civil* (de Lacruz y otros), t. I-2º (edición de 1990), p. 37 y ss.

que creo que no es necesario detenerse ahora.²⁹ GARCÍA CANTERO habla, en su reciente trabajo,³⁰ de las notas de reciprocidad, inalienabilidad, indelegabilidad, irrenunciabilidad, ser de constitución judicial –aunque creo que esto último no necesariamente ni siempre–.

3. ¿Basta la calificación de derecho subjetivo, aun específico, para explicar los problemas del derecho de visita y justificar su régimen jurídico?

A las relaciones personales tienen derecho el abuelo y el nieto, cada uno por su lado. Son dos derechos autónomos y recíprocos (con sendos titulares) que confluyen en el mismo interés que los justifica, y respecto de uno y otro, por su propia entidad más que por aquella reciprocidad. El interés del menor, prevalente aquí de forma muy destacada, tiene en este caso un peso específico particular y decisivo: no sólo conforma su contenido y ejercicio sino que condiciona, como sabemos, la existencia o no como actual del derecho del abuelo (que le puede ser negado como derecho efectivo si concurre una justa causa).

El peso y entidad que aquí tiene el interés del nieto se traduce en que la interpretación y aplicación de las normas pertinentes sea eminentemente finalista, teleológica (art. 3.1 C.c.), en función del bien jurídico que proteger (el menor) y del interés más relevante que justifica aquellas relaciones; y la valoración de los datos y elementos de juicio de cada caso concreto se deba hacer desde esa misma perspectiva hermenéutica.

En las relaciones personales abuelos/nietos el centro de gravedad (y la tensión jurídica: efectiva mecánica funcional) se desplaza señaladamente desde el ámbito del derecho subjetivo al del interés jurídico y del bien protegido (persona y personalidad del nieto), de forma que tanto en su régimen

²⁹ Cfr. de nuevo mi *El derecho de visita*, p. 399 ss. En todo caso, se puede repetir lo que, a modo de conclusiones de esa obra, decía allí: “a) el parentesco directo del derecho y relaciones de referencia con los derechos de la personalidad, por su vinculación con el desarrollo de la del menor y su natural sociabilidad humana; b) el interés o beneficio del menor es el índice o parámetro delimitador de su vigencia y contenido; en otros términos: el bonum minoris delimita la vida y contenido del derecho de visita; c) la necesidad de una interpretación y aplicación de la normativa que rige este derecho desde esa óptica jurídica y axiológica, con todas sus consecuencias teóricas y prácticas (más importantes éstas que aquéllas); d) la conveniencia de una traducción de tales principios e ideas matrices en la adaptación de lo normativo (ley e interpretación) a lo realmente vivido, que es el régimen efectivo de la comunicación y las relaciones del y con el menor; e) la necesidad creciente de una protección adecuada de los valores (jurídicos y extrajurídicos) que informan la institución”.

³⁰ *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos ...*, cit., p. 134 y ss.

normativo como en su concreto ejercicio, esas relaciones se proyectan más allá del marco del derecho subjetivo estricto, y en su régimen y protección jurídica predomina el *interés* sobre el esquema funcional del *derecho*. El interés protegido, que condiciona esas relaciones personales, no es ya ni tanto el del solicitante que ejercita un derecho propio (padres, abuelos) cuanto el del menor (hijo, nieto); interés este de amplio espectro, y no sólo actual, sino futuro (el desarrollo de su personalidad) –donde hay también un interés social y público–. Hay, pues, una cierta disociación entre *derecho* (cuya titularidad corresponde a uno) e *interés* (de otro), en contra de los esquemas jurídicos y formales propios de esa categoría.

Todo ello trasciende en lo funcional a varios planos jurídicos, y es particularmente ostensible en cuanto a la legitimación para el ejercicio del derecho del nieto menor de edad y en la concreción de su contenido y de su ejercicio efectivo.

El Derecho, como es sabido, protege en ocasiones bienes e intereses legítimos por cauces que no son los del derecho subjetivo, para lo que proporciona mecanismos de actuación jurídica y de protección de intereses valiosos distintos de los del derecho subjetivo. El ordenamiento jurídico legitima, en esa actuación y protección de un bien jurídico, a quien no es titular del derecho y por razones ajenas al interés y a la titularidad de éste, porque detrás de esa situación jurídica hay otros intereses que trascienden el individual del derecho subjetivo y de su titular: unas veces hay un interés público, otras son intereses privados con proyección transindividual (por lo que su protección y ejercicio se aproxima a lo social y lo público).³¹

La implicación en las relaciones personales abuelos/nietos de importantes bienes de la persona y del correcto desarrollo del nieto y su compleja personalidad *determinan* –en conclusión– que no pueda limitarse a los concretos confines del derecho subjetivo la tutela y protección de aquellos bienes y esa personalidad; que se extienda la legitimación de su ejercicio fuera de los esquemas formales de la misma; la relatividad del contenido del derecho de visita del abuelo (dependiente del interés del nieto y sus particulares circunstancias, cambiantes), y su negación *in actu*, o modificación o suspensión por el mismo motivo (interés concreto del nieto); la insuficiencia de la figura del abuso del derecho para poner remedio a ciertos excesos, etc.

³¹ Se produce en nuestro caso, por todo ello, un desplazamiento del centro de gravedad desde el plano del derecho subjetivo al del interés jurídico y del bien que salvaguardar, de forma que estos últimos quedan protegidos por medio de la actuación de personas con un deber de actuar, unas veces, o con un interés legítimo, otras, en esa protección cuando el titular es menor y no puede ejercitarlos por sí mismo ni es suficiente el mecanismo de la representación legal.

V. SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE VISITA

Dos son los sujetos o protagonistas principales de estas relaciones: los abuelos, y el o los nietos. Estos últimos tienen un papel eminente, como he reiterado, y de ellos destaca el en qué consiste y cómo conocer su interés en tales relaciones. Junto a aquéllos ocupa también importante posición subjetiva el que en otro lugar he llamado *gravado*, que tiene que soportar, facilitar e incluso propiciar las relaciones personales entre abuelos y nietos.

1. Los abuelos

Tanto la expresión del art. 135.2 CF como la del actual art. 160.2 C.c. (redacción de 2003), permiten incluir sin ningún género de dudas como sujetos activos o titulares de este derecho a *todos los abuelos*, sea el parentesco por consanguinidad o por afinidad (consorte actual del abuelo biológico), tanto por naturaleza como los que lo sean a partir de una adopción (padres biológicos de un adoptante, respecto del hijo adoptivo, como padres adoptantes del padre/madre biológico del menor), puesto que a todos ellos alcanza el parentesco en vía recta ascendente. No cabe distinción entre abuelos según que el nieto sea hijo matrimonial o no matrimonial, ni entre abuelos que sean padre o madre matrimonial o no de su hijo.³²

No veo inconveniente en que, aun no citados directamente en aquellas normas, puedan incluirse también a los bisabuelos, no sólo por indirectamente aludidos (“*autres personnes*”, “*allegados*”), sino por ser de la misma calidad y tener su derecho idéntica justificación que el de los abuelos. Pienso que su régimen jurídico sería, si concurren los demás requisitos, el de los abuelos, mejor que el de las “*autres personnes*” o allegados. No conozco ningún caso de derecho de visita de bisabuelos en la jurisprudencia española, pero sí en la francesa, donde la S. TGI. Paris de 3 junio 1976 aplicó a bisabuelos la regla entonces vigente relativa a los abuelos.³³

2. Nietos

2.1 *Protagonismo personal del nieto. Su interés en estas relaciones*

El protagonismo del nieto en esta clase de relaciones se manifiesta no sólo en cuanto titular del derecho de visita y a mantener relaciones personales con sus abuelos (calidad de derecho autónomo de que ya hablé), sino en cuanto es su interés el preeminente y parámetro fundamental –como veíamos– en la

³² Así lo vio la S.A.P. Madrid, Sección 22, de 13 marzo 1998 en un asunto sobre derecho de visita de unos abuelos paternos de un menor, hijo de pareja no casada.

³³ La cuestión es hoy más clara en el Derecho francés tras la reforma de 2002 (4 marzo) del art. 371-4 del *Code*, que ahora habla de “ascendientes”: “*L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec les ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire d'obstacle à ce droit*”.

concesión efectiva de un régimen de visita (derecho actual) y en su contenido y ejercicio (inmediato y futuro).

El nieto no es nunca sujeto pasivo de estas relaciones con sus abuelos, porque su interés personal justifica la subordinación del contenido y alcance y del ejercicio todo del derecho y régimen de visita. La posición del menor es la de un sujeto activo, dotado de una personalidad propia y con interés muy particular, caracterizada por una subjetividad adecuada a su realidad ontológica de persona, y también específica, por razón de su edad, situación familiar y social y sus necesidades espirituales (que miran más a su futuro que a su mero presente). Posición activa esa del menor que se da no sólo en el caso y desde la perspectiva de titular de un derecho autónomo a reclamar y mantener relaciones con otras personas, sino también cuando se trata del derecho de su abuelo a relacionarse con él mismo: son planos y momentos jurídicos diferentes, por razones conocidas en las que no debo ya insistir.

El interés del nieto en este ámbito coincide con el *interés del menor* que informa, como principio general, nuestro Derecho de familia. La Constitución no sólo garantiza la protección integral de los hijos y obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (art. 39.2 y 3), sino que afirma que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*” (art. 39.4 C.E.). Muchos instrumentos internacionales ratificados por España –normas de Derecho interno a partir de su publicación en el B.O.E. (art. 1.5 C.c.)– han recogido en sus textos especiales pronunciamientos sobre la necesidad de protección de los menores, de los que el más relevante es el Convenio sobre Derechos del Niño (Naciones Unidas, 20 noviembre 1989), que junto a pronunciamientos más generales destaca el “*interés superior del niño*” y el compromiso de los Estados miembros para “*asegurar a los niños toda la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*” (art. 3); amén de otros convenios que hacen directa referencia al menor y al derecho de visita.³⁴

En cuanto al Derecho catalán, el *Codi de Família* se refiere al interés del menor en múltiples preceptos: arts. 82.2, 119, 133, 136.2, ... (que no necesito transcribir);

³⁴ Así, el *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores* (Luxemburgo, 20 mayo 1980), ratificado por el Estado español en 9 mayo 1984 y publicado en el B.O.E. el 1 septiembre 1984; y el *Convenio de La Haya número XXXIII relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (La Haya, 29 mayo 1993), ratificado el 30 junio 1995 y publicado en el B.O.E. el 1 agosto 1995. Siguen estando vigentes y aplicables en lo menester a los menores de edad la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Nueva York, 10 diciembre 1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 16 diciembre 1966); y, con diferente alcance y eficacia, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio.

también la *Ley 37/1991*, de 30 diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (art. 5, sobre todo), y la *Ley 8/1995*, de 27 julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, a lo largo de todo su articulado y, en particular, arts. 3 y 5. Cfr. también la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en lo aplicable (disp. final 21^a).³⁵

Por lo que respecta al derecho de visita y relaciones personales con un menor, el legislador catalán se refiere al interés del menor en el art. 135, núm. 2 y 3 CF. y art. 18 LAPIA.³⁶ Por otro lado, todas las opiniones doctrinales y resoluciones de nuestros tribunales están de acuerdo en que el régimen del derecho de visita queda subordinado al interés del menor (S. TSJC 19 febrero 2001, y otras que citaré).

No es fácil, sin embargo, determinar cuál sea o en qué consista tal interés. El *interés del menor* es presentado en el Derecho español como un *concepto jurídico indeterminado*, que debe ser determinado luego en cada caso individual (persona, situación), de acuerdo con las circunstancias concretas; de ahí la necesidad de apelar a la jurisprudencia, a las resoluciones de los tribunales (aplicación a situaciones de la vida real) para conocer su inteligencia y alcance. El *interés del menor* constituye, en efecto, un concepto jurídico indeterminado por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no define con exactitud, pero con ello intenta delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego (por los padres, por los tribunales) en el momento de su aplicación. Se trata, en este caso como en otros en que el legislador recurre a estos *standards* o conceptos indeterminados (la buena fe, la diligencia de un buen padre de familia), de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no otras. El hallazgo de esa solución, la única adecuada, sólo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso (cfr. S.T.S. de 28 abril 1964).

³⁵ La L.O. 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, que hace del interés y protección jurídica de éste el quicio y *ratio legis* largamente argumentada en su Exposición de motivos, enuncia ya en su art. 2 (“*principios generales*”) que “*en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”. Ese interés está presente a lo largo de todo su articulado, y de forma más explícita en el art. 9 (“*el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial...*”), art. 12.2 (“*serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) la supremacía del interés del menor;...*”), y varios otros preceptos que mencionan directamente el interés del menor (arts. 4, 9, 21...).

³⁶ El Código civil español se remite también a esa cláusula general con diferentes enunciados (“*en beneficio de los hijos*”, de los arts. 92 y 154; “*en interés de los hijos*” del art. 103-1^a; “*el interés del menor*” en el art. 161, etc.).

El *interés del menor* comprende en el Derecho y en la jurisprudencia españoles tanto a bienes materiales, patrimoniales, como a los espirituales o ideales, todos aquéllos a los que la persona considera (subjetivamente) valiosos; y afecta a la persona como una especie de “energía latente” en sus aspiraciones humanas, del tipo que fueren, materiales o ideales (éticas, religiosas, estéticas); afecta también a todos los sectores vitales, en todos los ámbitos individuales y sociales de la persona. De esa concepción cabe destacar la apertura o amplitud de la idea de *interés* en sentido jurídico, y cómo comprende, junto a los bienes y valores relevantes en el ámbito de la conciencia (lo inteligible y dominable por la voluntad), los que son objeto de impulsos inconscientes, las aspiraciones humanas sentidas o ideales, de todos los sectores vitales, incluidos los no racionales (los sentimientos afectivos, religiosos, estéticos y otros)³⁷.

Hay que destacar, por otro lado, el relativismo de ese interés del menor, en general, y también aquí (relaciones personales abuelos/nietos), así como las múltiples coordenadas de que depende, y las muchas formas de presentación posibles; amén de la gran influencia que tiene siempre el criterio personal (convicciones, concepción del mundo, de la vida y de la familia, etc.) de quien deba valorar ese interés en las circunstancias concretas.

Así lo han visto los tribunales en casos en que han debido pronunciarse al respecto:

- a) La S.T.S. de 11 junio 1996,³⁸ para justificar la concesión de un régimen de visita y relaciones personales de un menor con sus abuelos, dijo: *“ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien, este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías y ejemplos corruptores”*. Esta sentencia tomó en consideración especialmente el tiempo transcurrido desde

³⁷ Cfr. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid (Dykinson), 2000, *passim*.

³⁸ Unos abuelos paternos reclamaron frente a su nuera (viuda y antes separada de su marido fallecido) un régimen de relaciones personales con su nieto. La sentencia del Juzgado estableció un determinado régimen, que modificó la Audiencia por otro “*más acorde con la situación*” pues “*atendiendo a máximas de prudencia y normalidad, es aconsejable establecer que los actores podrán visitar a su nieto y tenerlo en su compañía todos los jueves del año desde las 18 horas en que será recogido en el domicilio de la madre, sea el habitual o el accidental en periodos vacacionales, hasta las 20 horas del mismo día, que será retornado al mismo lugar en que se le recogió*”.

la reclamación de dichas relaciones y el momento de dictarse esa resolución (siete años del menor al principio, catorce años luego): *“Las circunstancias, en efecto, se han transformado. Especialmente, debe tomarse en cuenta para valorar la nueva situación, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño [...]. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial [...]. De acuerdo con lo razonado procede casar la sentencia recurrida, en atención especialmente al cambio habido en la situación de hecho y ordenar que sea oído el menor, para que exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o periodo vacacional, pernoctando incluso en su domicilio con ellos...”*.

- b) La S.T.S. de 17 septiembre 1996 dijo: *“Hay un interés superior del menor [...], de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto [...] buscando su formación integral y su integración familiar y social...”*.
- c) La S.T.S. de 23 noviembre 1999³⁹ comienza haciendo suya la afirmación de una de las partes: *“difícilmente se puede argumentar que vetar esta relación personal con los abuelos beneficia al hijo y nieto de ambos; más bien aparece a lo largo del proceso el interés del padre para alejar a su hijo de aquellos que, necesariamente, pueden ubicarle en la cotidiana realidad de su madre ya irremediablemente perdida, pero cuyo recuerdo no se puede pretender hurtar a la memoria del hijo, como factor fundamental para el desarrollo de su personalidad”*. Reitera luego el razonamiento de la S. 11 junio 1996, antes transcrito, que reproduce literalmente, y concede a los abuelos cierto régimen de relaciones personales con su nieto basándose precisamente en el interés de éste. Cfr. también S.T.S. de 11 junio 1998.
- d) En cuanto a jurisdicciones inferiores, la S.A.P. de Lleida, sección 1ª, de 28 de febrero de 2000, ante el grave enfrentamiento entre la madre y la abuela materna del menor, comienza recordando *“la necesidad de conjugar aquel derecho [de relacionarse los menores con otros parientes, en especial, los abuelos, ex art. 160 C.c. y 135 CF.cat.], con su ejercicio en beneficio exclusivo del menor, superior criterio que aparece reconocido en*

³⁹ Unos abuelos demandaron en juicio de menor cuantía sobre adopción de medidas relativas a comunicación y visitas con el nieto de aquellos, huérfano de madre, al padre del niño. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial la estimó parcialmente, concediendo a los actores un régimen de visitas y breves permanencias del nieto en el domicilio de los abuelos maternos y una semana de vacaciones en su compañía durante el verano.

las normas legales que deben ser interpretadas a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. “La cuestión así planteada –continúa la sentencia– estriba en determinar si las tensas relaciones familiares constituyen justa causa para suspender aquel derecho de relación. Toda la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión parte de una interpretación restrictiva del motivo de oposición, equiparándola a los supuestos de motivos graves. De este modo, no es posible llegar a afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho, pues ni resulta proporcionado ni aparece justificado que la privación de aquella relación humana y afectiva entre el menor y sus más directos allegados pueda procurarle la adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad”.⁴⁰

Ante la dificultad (objetiva) para saber o encontrar en qué consiste el interés de un niño o un joven en una situación determinada, nuestras leyes toman en consideración la opinión o voluntad de ese menor, a quien ordenan “oír” –necesidad de audiencia que ha devenido principio general y que el Tribunal Constitucional relaciona con el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución (SS.T.C. 221/2002, de 25 noviembre, 178/2003, de 13 octubre, y 71/2004, de 19 abril)–. De ahí el especial protagonismo del nieto en estas relaciones con sus abuelos: interesa aquí la *necesidad de ser oído* el menor antes de adoptar decisiones a ese respecto, y el *alcance de su opinión y voluntad* en relación con el régimen de visitas.

2.2 Audiencia del nieto antes de determinar el régimen de visitas

A) En términos generales establecen los arts. 133.2 (respecto de los padres) y 134.3 CF (respecto del juez) la obligación de escuchar unos y otro a los hijos

⁴⁰ “Por lo demás –continúa esa sentencia–, es significativo que en ninguno de los informes se ponga de manifiesto que la relación entre Bernat y su abuela materna comporte o pudiera llegar a comportar una situación desfavorable para el menor o que llegara a repercutir en el proceso de formación de su personalidad; tan sólo se dice que el establecimiento de un régimen de visitas en aquel marco de conflicto pudiera afectar a su estabilidad, posibilidad que no certeza que en modo alguno puede ser considerado como motivo lo suficientemente grave para privar, impedir, anular o suprimir una relación declarada y reconocida legalmente y de la que posiblemente deriven en el futuro unos afectos y sentimientos que pueden desembocar en una aproximación de las posiciones que actualmente mantienen los litigantes. [...] Por último, y a mayor abundamiento, resulta indudable que diferir a un momento futuro el eventual restablecimiento de este derecho de relación no supone más que acentuar la ruptura de unos sentimientos afectivos que se han iniciado ya, puesto que han transcurrido más de dos años desde la última vez que D^a J. pudo ver a su nieto, con lo que retrasar todavía más la plena normalidad de aquella relación no supone otra cosa que favorecer el riesgo de una definitiva privación de aquella relación. Por lo tanto debe acogerse el recurso de apelación al no concurrir causa justa que sea motivo bastante para justificar la privación del derecho de relación...”.

de doce años o más y a los menores de esa edad si tuvieran suficiente juicio, antes de tomar decisiones que les afecten. (En términos semejantes, los arts. 92 y 154 C.c. esp.). Con más generalidad, los arts. 11.2-3 LAPIA y 9 de la LO. 1/1996 –ambas, en desarrollo del Convenio Derechos del Niño, de 1989–. Nada dicen, sin embargo, los arts. 135 CF y 160 C.c., al regular el derecho y régimen de visitas abuelos/nietos, cuestión que afectan a éstos notablemente y en la que los menores tienen particular interés.⁴¹ Lo ha dicho, en cambio, de otra forma la notable S.A.P. de Toledo de 1 diciembre 1998: *“Una de las consecuencias procesales más importantes del principio expresado [el del favor filii] es que el juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los menores, los cuales habrán de ser oídos...”*.

Por esta última razón resulta evidente que los padres, por su lado, cuando decidan privadamente, y el juez cuando resuelva sobre un régimen de visitas de abuelos y nietos, debe escuchar con atención la opinión y parecer de los hijos. En cuanto a hasta qué punto ello es exigible, y qué consecuencias puede tener el incumplimiento de tal deber de audiencia, la S.T.S. 11 junio 1996, en relación con un niño de 14 años, dijo, con cita del art. 12 de la Convención de Derechos del Niño de 1989, que los Estados firmantes garantizan *“al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño ya sea directamente o por medio de un representante ...”*. Recuerda luego la L.O. de 15 enero 1996, y en congruencia con todo ello y con el apoyo del informe del Ministerio Fiscal, procedió a casar la sentencia recurrida y a *“ordenar que sea oído el menor –que no lo había sido antes– para que exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o periodo vacacional, pernoctando incluso en su domicilio con ellos, sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad que tiene que compatibilizarse con estas relaciones y régimen de visitas, y adoptándose directamente tras la audiencia por el juez de la ejecución de las medidas concretas que considere convenientes para dar efectividad inmediata al ejercicio de estas relaciones personales”*.

⁴ Con más precisión que esas normas, el art. 6 del Convenio del Consejo de Europa sobre relaciones personales relativas a menores, de 2003, dice: *“El niño que según su Derecho interno tenga suficiente discernimiento tendrá derecho, salvo que resulte manifiestamente contrario a su interés superior, a recibir la información pertinente, a ser consultado y a expresar su opinión.– Se dará la oportuna trascendencia a esas opiniones y a los deseos y sentimientos expresados por el menor”*.

De esta sentencia cabe destacar la referencia que hace (e importancia que da) al transcurso del tiempo y mayor edad del nieto a lo largo del proceso y por su duración (siete años al inicio, catorce al final), lo que determina la distinta trascendencia de la audiencia del menor en esos diferentes momentos procesales; la interpretación y aplicación del art. 160 C.c. (que en ese caso se hacía) a la luz del Convenio de Derechos de Niño y de la L.O. 1/1996, en cuanto a la audiencia del menor; y la remisión al juez de ejecución de la sentencia del encargo de oír al nieto y determinar, en función de lo que diga y su voluntad respecto de las relaciones con los abuelos, del régimen efectivo de las visitas y esas relaciones.

De la obligatoriedad de esa audiencia ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 junio 2004 (precisamente sobre derecho de visita de los abuelos), con cita también de la Convención de los Derechos del Niño, que “*precisa de la audiencia de los menores, que no puede obviarse sin incurrir en denegación de la tutela judicial efectiva (SS.T.C. 221/2002, de 25 noviembre, 178/2003, de 13 octubre, y 71/2004, de 19 abril)*”.⁴²

B) Ese deber del juez de oír al menor, y el correspondiente derecho de éste a ser escuchado, ¿constituye un derecho fundamental del menor?; rango al que RUIZ-RICO RUIZ-MORON dice haber sido elevado por la Ley de 1996.⁴³ Otra vez me desorienta el término empleado, aquí el de “*derecho fundamental*”. Si se quiere decir que es muy importante, fundamental para el menor, no cabe duda que sí. Pero si se pretende equipararlo a los derechos fundamentales de los arts. 15 a 29 de la Constitución, surgen ciertas dudas, no sólo por no incluido en el elenco de los explicitados en la Norma fundamental, sino porque el que aparezca recogido en una Ley orgánica (la 1/1996) no le da esa calidad; ni tampoco por su presencia en un Convenio internacional ratificado por España (aquí, el de Derechos del Niño, de 1989) –sobre el valor de éstos, cfr. SS.T.C. 49/1988, de 22 marzo, y 28/1991, de 14 febrero–. Una razón de más peso para ser considerado derecho fundamental podría ser –y me parece el argumento más convincente– por su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C, a que aluden la S.T.S. de 28 junio 2004 (recién citada) y las SS.T.C. que ella misma cita (véase).

2.3 Relevancia de la opinión y voluntad del nieto-menor

La audiencia del menor, como tal, es algo instrumental, medio para un fin (respeto de su personalidad, conocer su opinión, sensibilidad y deseos, cómo

⁴² “*El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses –dice a su vez la S.T.C. 71/2004– integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante, derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la L.O. 1/1996 [...]*”.

⁴³ Comentario S.T.S. de 11 junio 1996, en C.C.J.C., nº 43, p. 75 ss. (p. 81).

entiende él su propio interés). Y si saber “oír” (escuchar con interés real) al menor puede ser a veces tarea no fácil,⁴⁴ mayores problemas plantea el dar o no valor relevante jurídicamente (y en qué sentido) a su voluntad, en las hipótesis, claro está, en que esa posición del menor pueda ser tomada efectivamente en consideración, y como tal opinión o voluntad suya, por razón de la edad y madurez del niño; en otros casos (la voluntad caprichosa o la actitud negativa de un niño de cuatro o seis años, por ejemplo) no podría ser atendida, al menos en principio y por ese solo motivo.⁴⁵

Desde luego, el resultado de la audiencia del menor no es formalmente vinculante para el juzgador –cuestión pacífica–, quien puede desatenderlo si hay razones suficientes (que debe expresar y justificar en la resolución judicial). Si lo prevalente, en última instancia, es el interés del niño, no puede ignorarse que en más de una ocasión su voluntad razonada y razonable (correctamente interpretada, por tanto: con auxilio en algún caso de especialistas que puedan profundizar en los recovecos del alma infantil o juvenil) puede ser expresión de unos sentimientos y sensibilidad e indicativos de una personalidad e intereses más valiosos que la propia voluntad *per se*: es a aquéllos (datos objetivos, sentimientos expresados), y no a ésta (voluntad, mero querer), a los que creo que debe dispensarse particular atención y darles la oportuna relevancia, en especial, a partir de cierta edad.⁴⁶ En todo caso, el valor que se conceda en cada supuesto a la opinión, voluntad o sentimientos del hijo dependerá, de un lado, de su autenticidad (es decir, que sean realmente suyos y no inducidos por otra persona), razonabilidad (coherencia, realizabilidad de sus deseos, frente a idealismos y utopías) y conveniencia para el propio menor (que quizá se queda en una visión de lo inmediato y se le escapa la de su interés a medio o largo plazo).

La opinión y voluntad del menor, por otro lado, puede y debe tener distinta relevancia según circunstancias concretas: por ejemplo, mayor a medida que el nieto tiene más edad (pues es más razonable atender a lo que diga, y menos oportuno violentar su voluntad); y más también cuando se trate de relaciones personales con abuelos (y otros parientes y allegados) que si son relaciones con

⁴⁴ A veces, la mediación de una persona próxima al niño o el asesoramiento de especialistas (psicólogos, asistentes sociales) puede ser muy útil, quizá imprescindible para conocer no sólo la real voluntad sino las motivaciones que se esconden tras las palabras del menor.

⁴⁵ El Convenio del Consejo de Europa sobre relaciones personales de los menores, en su art. 6 dice: “*Su opinión [del menor] debe ser tenida en cuenta debidamente, así como los deseos y los sentimientos constatados en el menor.*”.

⁴⁶ La preocupación de nuestro legislador al establecer que los menores deberán ser «oídos» antes de adoptar decisiones que les afecten, va en ese sentido, pues aunque las manifestaciones del menor no sean jurídicamente vinculantes para el juzgador (indiscutible), si no han de ser inútiles es precisamente porque pueden proporcionar una valiosa luz e información y ser atendidos los sentimientos que trasluzcan.

alguno de sus progenitores, que pueden serle impuestas en más de un caso (cfr. S.A.P. Toledo 3 junio 1994).⁴⁷

La jurisprudencia invocable es amplia y varia. Frente a sentencias que rechazaron la pretensión de relaciones de unos abuelos con su nieto por la oposición de éste, otras han resuelto lo contrario, razonando precisamente alrededor de la idea del interés o conveniencia para el nieto menor de edad (S.A.P. de Barcelona, Secc. 1ª, de 14 mayo 1992, ...). La S.A.P. de Barcelona (Sección 18) de 18 abril 2002, ante la rotunda negativa de una menor (10 años) a relacionarse con sus abuelos paternos y sus tías, aun habiendo argumentado sobre la importancia de esas relaciones para los nietos, optó por denegar esas relaciones “*en las circunstancias actuales*”, que desaconsejaban que pudieran realizarse en esos momentos. En todo caso, los tribunales, muy razonablemente, toman más en consideración el parecer y la voluntad del menor a medida que éste tiene mayor edad, como respeto de su personalidad y congruente con el principio de la capacidad evolutiva del menor (mayor a medida que madura con la edad): así, la S.A.P. Toledo de 3 junio 1994, recién citada.

4. Personas gravadas. Su posición jurídica

En principio, “gravado” en razón del régimen de visitas a favor de los abuelos es la persona encargada, por cualquier título jurídico, de la guarda jurídica del menor: es decir, aquella persona con que éste último convive y está a su cargo normal y habitualmente. Es, en principio, indiferente a nuestros efectos ese título jurídico. Lo que cualifica al “gravado” con el régimen de visitas es el ser guardador jurídico habitual del nieto, persona que rige o controla su vida. La titularidad jurídica de esa guarda sólo modula a veces su status en lo accidental, mas no en lo esencial de su posición jurídica en lo que aquí concierne.

Pueden ser, pues, “gravados”:

- a) El padre/madre (por naturaleza o adoptivo) a quién es confiada la guarda del hijo tras la crisis matrimonial, o aquél respecto del que se halla determinada la filiación del hijo (en la extramatrimonial). Pueden ser “gravados” el padre y la madre cuando convivan juntos, y con ellos su hijo respecto del que sea titular del derecho de visita el o los abuelos.
- b) La “*persona y, de no haberla, [la] institución idónea*” (art. 103-1ª-2º C.c.) a quién se encomiende la guarda y custodia de los hijos *in potestate*

⁴⁷ Dice esa sentencia que “*el progresivo crecimiento del menor exige, conforme a los criterios constitucionales de la dignidad de la persona y de sus derechos y libertades fundamentales, el reconocimiento al menor de un ámbito de libertad progresivamente creciente en el que será él, y no sus padres, quienes tendrán facultad de decidir sus propias creencias, relaciones personales, etc.; es decir, a partir de una determinada edad sólo podrán existir relaciones personales con determinados parientes si el propio hijo lo consiente*”.

tras la nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea como medida provisional o definitiva tras la sentencia firme.

- c) El tutor del nieto, sea en defecto de padres, ya en el caso de privación o suspensión de la patria potestad de ambos (o del que sobreviva).
- d) El guardador de hecho, mientras dure tal situación, si preexistiere un derecho de visita respecto del menor bajo ese tipo de guarda.
- e) La persona o personas que tienen al menor en acogimiento, bajo cualquier forma o causa.

En términos generales, el estatuto jurídico del gravado –su posición jurídica genérica en la que se inserta el “gravamen”–, viene definida por el título que ampara la guarda habitual del menor que ejerce: es decir, la patria potestad ejercitada conjuntamente por padre y madre o la residual del progenitor a quien se confía la guarda y custodia; la guarda jurídica de la persona o institución la tutela, la guarda de hecho, el acogimiento. Los derechos y deberes generales de ese “gravado” son, por tanto, los derechos de la patria potestad, la función tutelar, ..., en cuya virtud tiene consigo al menor y dirige su vida. Derechos y deberes aquellos, en el ejercicio de esta función, que definen su posición jurídica respecto del menor, y también respecto del titular del derecho de visita y relaciones personales en los conflictos que su ejercicio genere en relación con el menor.

La carga o gravamen más caracterizada –una de las que le competen como sujeto pasivo de una relación jurídica familiar– consiste en (tener que) consentir las relaciones personales de los abuelos con el nieto; tiene que facilitarlas material y moralmente –el art. 135.2 CF menciona precisamente el *facilitar la relación*–, incluso propiciarlas, ya que son en interés del menor, y los padres, tutores y demás deben actuar de acuerdo con él; a veces, proporcionar información sobre el menor (su salud, estado anímico, estudios, su disposición sobre las visitas). El dificultarlas en uno u otro aspecto puede suponer para el gravado el incurrir en cierta responsabilidad y tener consecuencias indirectas (por ejemplo, en algún caso, modificación del régimen de guarda y custodia).

En ese contexto y sentido, las relaciones personales del nieto con sus abuelos van a significar una limitación de su potestad o función tuitiva en tanto que cercenan el control y dirección que el padre, tutor o acogedor ejercen normalmente sobre la persona y vida del menor. Junto a ese “gravamen” o deber esencial, y como derivado del mismo, puede haber lugar en algunos casos a cargas o deberes secundarios: el ya citado deber de proporcionar cierta información al titular sobre el régimen de las relaciones personales o de trasladar el menor al lugar acordado por el Juez (a un domicilio concreto, al tren o al avión que le llevará hasta el abuelo), o pagar los gastos de desplazamiento cuando proceda, o tener que estar en un lugar o momento determinado para

recibir al menor que regresa de pasar un fin de semana con los abuelos (a título de ejemplo).⁴⁸

5. Legitimación para el ejercicio del derecho de visita abuelos-nietos

Siendo dos los derechos y titulares autónomos (los abuelos y el nieto), hay que distinguir la legitimación activa de unos y otro y la forma de articular el ejercicio de la pretensión de visita y relaciones personales por cada parte. En este mismo plano, tiene también interés práctico la cuestión de la legitimación pasiva en los procesos de esta clase.

5.1 Legitimación y ejercicio de la acción por los abuelos, en su propio interés

A la titularidad del derecho de visita corresponde la oportuna legitimación directa para su ejercicio (la legitimación por vía de representación ofrece como único interés el que se trata de un derecho personalísimo, con las consecuencias pertinentes). Cada abuelo y abuela tiene legitimación propia, y personalísima. Cada uno de ellos debe reclamar para sí las relaciones a que aspire, *proprio nomine* (S.A.P. Asturias, Secc. 4ª, 20 enero 2003). Hasta aquí, nada de particular.

Es interesante a este respecto la S.T.S.J.C. de 19 febrero 2001, recaída en asunto en que un abuelo había demandado un régimen de visitas con sus nietos, frente a la madre de éstos, para sí y para su esposa (abuela). Uno de los motivos de casación se fundaba precisamente en que se había concedido el régimen de relaciones personales a favor de la abuela, que no las había demandado, y a quien no representaba su esposo (abuelo). Entre otras razones para desestimar el motivo de casación (evitar una interpretación que conduzca al absurdo, la redacción de la demanda en plural aludiendo en todo momento al abuelo y la abuela), argumenta el Tribunal Superior que las relaciones personales reclamadas eran en beneficio de los menores más que de los abuelos, y a aquéllos convenía relacionarse con los dos y no sólo con el demandante (*“devendría ahora en un absurdo jurídico, amén de humano, que la relación se limitara por simple error procesal sin trascendencia a uno solo de aquellos abuelos, obligando al otro a un peregrinaje judicial que habría de conducir al mismo final”*); y que como la medida de relación y contacto beneficia también a los abuelos, la *“gestión procesal del abuelo paterno puede considerarse una gestión no negociada en interés del otro, a la manera como lo contempla el art. 3.4 CF.; y en el mismo sentido debe asumirse el espíritu que emana del art. 1 del mismo texto legal, en la medida en que proyecta el interés de la familia sobre la actuación unilateral del marido o de la mujer”*.

⁴⁸ Véase mi *El derecho de visita*, cit., p. 142 y ss. Lamento las autocitas que me veo obligado a hacer, mas es en esa obra donde he estudiado ampliamente las cuestiones que abordo aquí y donde pueden encontrarse otros datos y referencias.

No obstante la solución de esta sentencia, plausible por la aplicación de normas generales como las que cita y por su pragmatismo, hay que insistir, en evitación de problemas, en que cada abuelo por su parte, y actuando normalmente de consuno, reclamen ambos, si son dos, o junto con otros titulares si son también reclamantes, las relaciones a que aspiren.

5.2 *Ejercicio de la acción por o en interés del nieto menor de edad*

La legitimación del nieto no ofrece problemas, ella sola; sí, en cambio, el ejercicio efectivo de la acción por la minoría de edad del mismo; es decir, si su capacidad de obrar se lo permite.

En principio, la primera respuesta que viene a la mente es que en nombre de ese menor y para tal reclamación actúen sus representantes legales (padre y/o madre, tutor) (art. 155 CF). Queda en pie la cuestión de si en el ejercicio de tal derecho en nombre e interés del hijo actuarían sus padres o tutor como verdaderos representantes o cumpliendo un deber legal (la potestad del padre y de la madre constituye una función inexcusable en interés del hijo: art. 133.1 CF), cuestión en la que no entraré ahora.⁴⁹ Pero el problema más importante deriva de que en la mayor parte de los casos esos padres o tutor tendrán que ser demandados, pues frente a ellos y por mor de su oposición hay que reclamar judicialmente el derecho de visita, con lo que, siquiera sea por esta última razón (incompatibilidad de la posición procesal), no pueden ejercitar ellos la pretensión de relaciones personales en nombre e interés del menor.

Ello obliga a pensar en otros medios de reclamación en nombre e interés de éste. El primero es el del defensor judicial (art. 157 CF, y 247 y ss., para su régimen jurídico); otros son los que brinda el art. 134.2 CF, que permite al propio menor y a las varias personas que el precepto menciona reclamar al juez la adopción de medidas que le eviten perjuicios o que redunden en su beneficio (como es, en principio, la de las relaciones con los abuelos). Papel importante puede y debe jugar aquí el Ministerio fiscal, al que el mismo art. 134.2 menciona como legitimado para la petición de dichas medidas, amén de lo dispuesto en su Reglamento orgánico. Hago de nuevo remisión a esas normas generales.

Cuestión importante, aquí también –pues desborda este caso, y se presenta en otros igualmente relevantes–, es la de la intervención personal y reclamación por el propio menor (reconociéndosele capacidad de obrar autónoma y suficiente) de unas relaciones personales con sus abuelos frente a la oposición de sus padres (o tutor, etc.). A ese respecto cabe invocar que el ejercicio de los derechos de la

⁴⁹ Es el problema, importante en un plano más general, del ejercicio de los derechos de la personalidad (a cuyo ámbito pertenece éste de relaciones personales) por los padres cuando el hijo menor no tiene suficiente juicio para ejercitarlos él mismo directamente.

personalidad compete directamente al menor si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 155.2-a) CF, y 162-1ª C.c.), y el de relaciones personales que compete al nieto menor de edad es un derecho de la personalidad. Por otro lado, la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, contempla una potenciación de la capacidad de obrar del menor,⁵⁰ y dispone que “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*” (art. 2-2º). Leyes recientes, por otro lado, conceden al menor capacidad para ejercer sus derechos a partir de los 16 años.⁵¹ Todo ello demuestra que es posible y debe concederse capacidad para reclamar las relaciones que nos ocupan al adolescente a partir de cierta edad, incluso por debajo de los 16 años, si tuviere madurez suficiente.

5.3 Legitimación pasiva

¿Frente a quién ejercitar la pretensión de relaciones personales de los abuelos con sus nietos? Creo que habrá que distinguir, según quién accione.

A) Si las *reclaman los abuelos* –caso más frecuente–, todo parece indicar que deben dirigir su pretensión y, en su caso, demandar judicialmente, a los padres o tutor que controlan la vida del nieto. Así ocurre en la praxis forense, y parece indicarlo el art. 135-2 CF, cuando dice: “*El pare i la mare [...] només la poden impedir [la relación de sus hijos con el abuelo y la abuela] quan hi hagi una causa justa*” (en términos semejantes, el art. 160-2º C.c.). En tal caso esos padre y/o madre demandados lo son no tanto como representantes del hijo –sus intereses pueden ser, además, contrarios–, cuanto como titulares de una potestad y función que controla la vida del hijo y, en tal calidad, pueden oponerse a las relaciones con los abuelos.

¿Tendría que dirigirse la demanda también contra el hijo-nieto menor de edad? ¿Puede éste oponerse formalmente a la pretensión de los abuelos

⁵⁰ “*El ordenamiento jurídico español, y esta Ley en particular –dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero–, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.– No existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro*”.

⁵¹ Así, ese menor, y no su representante legal, debe dar el consentimiento para intervenciones médicas sobre su salud (art. 7.2-d, Ley catalana 21/2000, de 29 diciembre; en idéntico sentido, la Ley estatal 41/2002, de 14 noviembre, y la Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 mayo). En la misma línea, la R. DGRN. de 15 abril 2000 ha admitido la legitimación de una joven de 16 años para incoar expediente de cambio de nombre a pesar de la oposición de sus padres (invoca el art. 162-1ª C.c. y el art. 2 L.O. 1/1996).

reclamantes? GARCÍA CANTERO se hace esta última pregunta, sin respuesta.⁵² Pienso yo que en pura juricidad sí debe ser demandado el nieto, ya que es él, en persona, quien deberá “soportar” las relaciones con sus abuelos, y puede tener un interés legítimo opuesto al de los abuelos; es “la otra parte” interesada en esas relaciones, y además, será ése el conducto procesal para poder oponerse a unas relaciones que quizá no desea fundadamente. El nieto puede tener quince o más años, y su oposición debe tener un medio jurídico de hacerla valer, más allá de por el conducto de la “audiencia” legal y necesaria. El art. 134.1 CF le legitima para pedir al juez la adopción de las medidas oportunas para evitarle cualquier perjuicio (también el art. 158 C.c.). Correlativamente, a esa legitimación activa para pedir debe corresponder, razonablemente, una legitimación pasiva cuando otra persona reclama mantener relaciones personales con él. Por tanto, y aunque *prima facie* resulte insólito, creo que procederá dirigir la demanda también contra el hijo, que, en este punto, sí estará representado en principio, por quien ostente su representación legal; luego vendrá si ha lugar a nombrarle defensor judicial (art. 134.1 CF), y demás que proceda.

B) *Si acciona el nieto*, ejercitando derecho propio, al amparo de la legitimación activa suya antes vista, pienso que *demandados* deben ser: a) de un lado, *los abuelos*, ya que frente a ellos se reclama atención, relaciones personales, que van a exigir de ellos una importante proyección personal, alguna incomodidad (?) y ciertas responsabilidades; además, en esa línea, la nueva redacción de los arts. 90 y 94 C.c. exigen para los respectivos casos que los abuelos “presten su consentimiento” –parece también razonable–. b) Por otro lado, *demandados también los padres o tutor*, guardadores del nieto menor de edad, por la misma razón que cuando es el abuelo el que las reclama –porque son los padres quienes se pueden oponer, aunque sólo sea con justa causa (art. 135.2 CF)–. Cada uno de esos demandados quedará afectado por la reclamación formulada, en distinta calidad, y ambos deben ser parte en el proceso.

VI. CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA ABUELOS-NIETOS

1. En general, y especificidad en este caso y derecho

El art. 135.2 CF habla de *la relació*; y en el nº 3, *les esmentades relacions personals*; el art. 160-2º C.c. menciona “*las relaciones personales del hijo con sus*

⁵² Obra citada, p. 152, donde se pregunta: “*Antes de llegar a la mayoría de edad ¿está legitimado el nieto para oponerse radicalmente a las visitas solicitadas por su abuelo? Es una cuestión de prudencia que el Juez valorará. La negativa del descendiente puede tener un fundamento objetivo [...]*”.

abuelos ...”. En ambos casos y preceptos el término central es de gran amplitud semántica y jurídica –más, desde luego, que el viejo de “*visitas*”–. La S.T.S. de 28 junio 2004 hace el mismo comentario: “*la expresión relaciones personales adolece de una evidente vaguedad y se presta al debate, sin embargo, habida cuenta lo dicho, permite una evidente flexibilidad al juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso*”; hasta el punto que “*nada impide que pueda comprender ‘pernoctar en caso o pasar una temporada’ con los mismos*”.

El contenido genérico, o en general, del derecho de relaciones personales de los abuelos no difiere, en cuanto al tipo de éstas, del que corresponde a los padres respecto de sus hijos: visitas en sentido estricto, comunicación indirecta por medio de correo escrito o electrónico, teléfono, etc. y estancia del nieto durante unos días en casa de los abuelos. Poco hay que añadir, por lo que aquí concierne, a lo ya conocido a ese respecto, desde la insuficiencia y problemas concretos de las visitas *stricto sensu* –inevitables, sin embargo, en caso de imposibilidad de otros medios–, hasta la generalización de las estancias, que van de unas horas (los jueves por la tarde, por ejemplo) hasta semanas vacacionales. Son menos frecuentes otras formas de comunicación, aunque son acordadas en algunas sentencias.⁵³

Es particularidad específica (en la práctica, sobre todo) de las relaciones abuelos-nietos, relacionada con su justificación jurídica, el que, aun comparables cualitativamente a las de los padres, *cuantitativamente son menores*, tanto en las concedidas (a veces no ha lugar a estancias del nieto en casa de los abuelos) como en su duración. Es razonable, dadas las diferencias conocidas, y quedó dicho antes de ahora.

Una de esas diferencias podría ser la difícil exigibilidad por parte de los abuelos en algunos casos de información acerca de la salud física o psíquica, estudios, evolución personal y demás del nieto, que regulan algunos ordenamientos para los padres (parágrafos 1643.3 1711.3 del BGB) y que parece que serían procedentes en nuestro ordenamiento (cfr. art. 140 CF), y menos justificadas respecto de los abuelos (dado el fundamento y finalidad del derecho de éstos). Sin embargo, me parece justo que también los abuelos puedan obtener aquella información en casos en que no tienen acceso directo al nieto por cualquier motivo (distancia, salud,

⁵³ Entre otras, la de la A.P. Toledo de 3 junio 1994, que al señalar un “*mínimo régimen de visitas*” a favor de unos abuelos maternos, establece, además de otras relaciones –visitar el abuelo a su nieto y tenerlo en su compañía dos viernes al mes, desde las 18 a las 20’30 h–, las siguientes: “*B) Debiendo permitir el padre, como mínimo, las llamadas telefónicas por el abuelo y demás allegados de éste, todos los viernes del año y en el horario indicado [entre las 18 y las 20 horas]*”.

negativa del menor), no sólo por razón afectiva, sino para mejor conocer al nieto y estar en mejores condiciones de ayudarle (fin esencial de esas relaciones).⁵⁴

En última instancia, en cuanto a este tipo de relación, hay que insistir una vez más en su relativismo, y cómo depende de las circunstancias concretas del caso: de las personas implicadas, en particular, del nieto (edad, carácter, salud, afecto o rechazo de los abuelos, ...), de las objetivas (distancia de los respectivos domicilios, posibilidad o dificultad de traslado del nieto o de los abuelos, conocimiento y relación anterior entre ellos). Quiero destacar la trascendencia no sólo de la edad del nieto en un momento dado, sino de la influencia del mero transcurso del tiempo, que al variar (obviamente) su edad, determinará directa o indirectamente el tipo de relaciones e incluso su modificación. Han tenido en cuenta este dato (y destacado su influencia) las S.S.T.S. de 11 junio 1996 y 28 junio 2004 (ya citadas). Es evidente que todos esos datos concretos, y muchos más, condicionarán la clase de relaciones a que haya lugar, y su intensidad y duración. Pero tampoco esto es nuevo, pues se da exactamente igual que en cuanto a los padres.

En algún caso puede imponer el juez ciertas limitaciones o condiciones al ejercicio y goce de esas relaciones: que tengan lugar con la presencia o ausencia de determinadas personas, que no se desplace al nieto de una ciudad o país, que se adecue el régimen de vida del nieto a ciertos cuidados en atención a su salud o necesidades; incluso, a veces, a que no se hable de algo (cuestiones religiosas) o de alguien: así, en la S.T.S. de 20 septiembre 2002 (en que se apercibió a los abuelos para que no hablaran a sus nietos de la muerte de la madre, con posibilidad de suspensión o limitación de las relaciones en otro caso).

2. Responsabilidad civil por hecho ilícito del nieto en régimen de visita

Cuestión interesante, por problemática e irresuelta por la jurisprudencia, es la de la *responsabilidad* en caso de que el nieto, en régimen de visitas con sus abuelos, realice un acto ilícito y *cause daños a tercero*. ¿Alcanza la responsabilidad civil al abuelo con el que está pasando unos días? La cuestión está estudiada en relación con el derecho de visita de los padres, donde los autores que la han abordado (DE ANGEL YAGÜEZ, DIAZ ALABART, GÓMEZ CALLE) han llegado a la conclusión de que esa responsabilidad alcanza al padre o madre con quien el hijo se halla pasando unos días en régimen de visita; opinión que comparto. La S.T.S. de 11 octubre 1990, dictada con ocasión de unos daños causados en accidente de

⁵⁴ El art. 2 del Convenio del Consejo de Europa, al definir las relaciones personales, dice que comprenden: a) la estancia del niño con la persona con quien no convive, o el encuentro entre el niño y esa persona; b) todas las formas de comunicación entre el niño y esa persona; y c) toda comunicación de información relativa al menor, a esa persona, o a la inversa.

circulación por un joven de 16 años de padres separados, que había quedado, por convenio regulador, bajo la custodia de la madre, y en el momento de la causación de los daños se hallaba pasando unos días con su padre, desestimó el recurso y confirmó la condena del padre fundándose en que “*no se puede ignorar el carácter flexible del concepto bajo su guarda, que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio, pues en el presente, dada la edad del menor, 17 años, se le autorizaba a acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna*”.⁵⁵

Aunque esta sentencia se refiere a un caso en que el “visitador” es el padre del menor –y a esa situación se refieren prácticamente todos los autores que se ocupan de esta cuestión, citados–, pienso que la solución deberá ser igual, en principio (y salvo circunstancias concretas que obliguen a discurrir de otro modo), cuando se trate de abuelos que se relacionan con el menor: responsable será el abuelo por los daños causados por el menor durante el goce de esas relaciones, siempre que la situación fáctica permita hablar de una “guarda” mínima, en su consideración flexible. También en el caso de los abuelos se trata no ya de una mera relación de proximidad material, sino respaldada por una relación y función jurídica que se justifica precisamente en la conveniencia para el menor y en su contribución para el mejor desarrollo de su personalidad, lo que confiere al abuelo un papel y unos deberes (de vigilancia, control, educación, aunque sean relativos y distintos de los propios de la patria potestad) que hacen de él una pieza importante en la vida espiritual y social del menor, con lo que su contacto y relación es más trascendente que la mera proximidad física, convivencia material. Hay también en ese caso una especie de guarda jurídica (siquiera sea menor) que permite esperar de quien la ostenta, y exigirle, una atención, educación y control sobre el menor más o menos próximos al de otras funciones tuitivas sobre el mismo, con una parecida presunción de culpa *in vigilando* o *in educando* a la que hay latente en el art. 1903-2º y 3º C.c.; y si bien no se identifica con la guarda jurídica que compete a los padres o tutor, cabe perfectamente –por lo que tiene de jurídica y finalidad a que sirve– en el concepto amplio y flexible que le reconoce la S.T.S. de 11 octubre 1990, cuya posición comparto.⁵⁶

⁵⁵ Me ocupé de esta cuestión (con las citas pertinentes de los autores mencionados, y otros datos) en mi libro *El derecho de visita*, cit., p. 211 y ss., a que me veo obligado otra vez a remitirme.

⁵⁶ Quizá pudiera haber alguna excepción, en determinadas circunstancias; por ejemplo (y no es caso único), en el supuesto en que el abuelo acredite que no hubo por su parte culpa o negligencia en la atención, control y vigilancia del nieto causante de los daños durante la estancia con aquél y que el hecho ilícito puede incardinarse en la línea de conducta habitual del menor, directamente relacionada con la educación y formación que le venía dando el guardador jurídico. En este supuesto –que se aproxima pero no se identifica con el previsto en el último párrafo del art. 1903, pues no busca la irresponsabilidad frente al perjudicado,

3. Ejercicio y cumplimiento del régimen de relaciones personales

Guarda directa relación el cumplimiento con el contenido del régimen de relaciones personales abuelos/nietos, ya que sólo será correcto el primero si el ejercicio de las facultades y deberes que confiere se acomoda cumplidamente al contenido prefigurado por los interesados o por el juez.

En esa inteligencia, las partes implicadas en esas relaciones –los abuelos y los padres (en su caso, el tutor, guardador, ...)– deben cumplir con esmero fáctico y jurídico los deberes respectivos: a) el padre o madre del nieto deben –como dije– no sólo facilitar las relaciones personales *de quo*, sino propiciarlas, puesto que redundan en interés del menor, amén de cumplimentar otros deberes accesorios, entre los que estará en alguna ocasión el trasladar al nieto a una ciudad, estación, aeropuerto o domicilio, incluso pagarle los gastos de desplazamiento, quizá obligar al menor a que escriba o llame por teléfono a sus abuelos; y b) los abuelos han de limitar las relaciones con el nieto a gozarse en la recíproca compañía, conocerse mejor, ayudarle en lo necesario y posible, pero sin inmiscuirse en la educación y dirección de vida, que compete a los padres o tutor, y evitar el exacerbar el enfrentamiento directo o indirecto con estos últimos. Nada nuevo, pues.

El ejercicio de ese derecho, personalísimo de los abuelos –indelegable, por tanto, ni cedible su goce a otra persona–, ha de hacerse de buena fe (art. 111-7 C.c.Cat.), lo que comporta un puntual cumplimiento del régimen de visita y relaciones acordado, sin incurrir en abuso del derecho ni en otra clase de infracción, que tendría las consecuencias pertinentes (pueden dar lugar incluso a la modificación o suspensión de las relaciones de referencia). En ese mismo contexto de buena fe hay que situar el deber que a una y otra parte compete de contribuir a un correcto desarrollo de las relaciones personales, que el BGB recoge en el actual § 1684.2 y su “*cláusula de buen comportamiento*” (y el 1634.I, para las relaciones con los padres); y el que los abuelos deban hacer saber al padre o madre el cambio de residencia del nieto, si tiene lugar en el marco de las relaciones personales (estancia de éste con aquéllos) –si lo exige el art. 139.4 CF en las relaciones padres/hijos, con más motivo aquí–. Todo ello, según criterios jurídicos comunes para otros regímenes de visitas.

4. Duración institucional de estas relaciones

GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, p. 138) dice que la duración de estas relaciones es indefinida, más allá de la emancipación del nieto. Pueden durar, en efecto, toda la

sino que la traslada al guardador– sería éste último quien respondería frente al dañado por su propia culpa *in educando*. La dificultad para que prospere esta tesis puede estar de nuevo en la interpretación objetivista de esta responsabilidad del Tribunal Supremo, que en muy pocos casos –prácticamente ninguno, desde hace largos años– admite la irresponsabilidad de las personas aludidas en el art. 1903-2º por la prueba de su diligencia suficiente.

vida, mientras abuelos y nieto se amen, se necesiten y quieran relacionarse. Mas pienso que, más allá de la mayoría de edad del nieto, el mantenimiento de esas relaciones es puramente voluntario, devienen un mero hecho afectivo (no tienen otro apoyo que el deseo individual, el afecto recíproco); no son ya las relaciones exigibles y exigidas jurídicamente, acordadas por pacto o por un tribunal, que les da categoría jurídica (como aquí y ahora las contemplamos).⁵⁷

VII. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES ABUELOS-NIETOS

Las normas que regulan este derecho hacen un reconocimiento del mismo en general y en abstracto a favor de las personas que he mencionado: lo que he venido llamando “derecho de visita en abstracto”, frente al “derecho actual” o *in concreto*, de que gozarán efectivamente y que el padre y la madre del nieto no pueden impedir, salvo con haya “*una justa causa*” (art. 135.2, *in fine*; en términos semejantes, art. 160-2º C.c.). Por otro lado, los abuelos (como el padre o la madre, en su caso) no tienen unas genéricas relaciones personales *standard* o tipificadas en su contenido y alcance, sino un concreto régimen de visita y relaciones, más o menos amplio y variado: una cierta comunicación telefónica, unos días y horas para verse y reunirse juntos abuelos y nieto, una semana de estancia de éste en el domicilio de aquéllos (no cualquier semana, sino la primera de las vacaciones estivales, por ejemplo). Ese es su concreto derecho de relaciones personales *in actu* (conjunto de facultades o posibilidades de actuación jurídica).

Por tanto, para que haya lugar a éste es preciso, dado su conocido e inevitable relativismo, una específica determinación del mismo, en un doble sentido: en el *aspecto subjetivo*, con el efectivo reconocimiento o concesión a los abuelos del derecho actual y real, porque no hay ninguna justa causa que lo vede; y, en el *orden objetivo*, con un contenido igualmente concreto, en el sentido recién apuntado (un determinado régimen de relaciones). Casi siempre su determinación es conjunta, en un mismo acto y en ambos aspectos (subjetivo y objetivo). Y ello puede tener lugar en forma convencional o judicial.

1. Determinación convencional, o por pacto

Desde todos los puntos de vista es bueno que los interesados en un régimen de relaciones lleguen a un acuerdo, porque es más fácil que lo cumplan, que es lo que interesa. Por ello, la doctrina, los tribunales –cfr. SS.A.P. Toledo de 3 junio 1996 y Lleida 28 febrero 2000– y las leyes internas e internacionales (de forma

⁵⁷ Salvadas las distancias y diferencias pertinentes, la situación descrita en el texto se parece a la de noviazgo respecto del matrimonio, o a las relaciones afectivas que pueden mantener los ex-cónyuges después de un divorcio no traumático, comparadas con las matrimoniales.

clara y directa, la Convención del Consejo de Europa sobre derecho de visita, art. 8), propician esos pactos. En la práctica, y por lo que concierne a nuestro ordenamiento, pueden ser de dos clases: en *convenio regulador*, con ocasión de procesos matrimoniales; y *pactos autónomos*, extrajudiciales, que se cumplen directamente, o que son llevados luego a un proceso en que se reclaman tales relaciones personales.

1.1 *Convenio regulador*

Aun no previsto directamente hasta la reciente reforma de la Ley 42/2003, no había gran dificultad para introducir en el convenio regulador pactos en que se contemplara un régimen de visita para los abuelos –el art. 90 C.c. sólo mencionaba los extremos que “*al menos*” debía contener; términos igualmente abiertos en los arts. 76 y 77 CF–. Yo lo sostuve hace tiempo, y no creo necesario detenerme más en esta cuestión, ya superada.⁵⁸ En cuanto este pacto concreto (de relaciones abuelos-nietos) se integre en un convenio regulador queda sometido al régimen jurídico de éste (importa, en contenido y límites, el respeto del “*orden público familiar*” de que hablé).

La nueva redacción de los párrafos B) y antepenúltimo del art. 90 C.c. que esa ley ha dado –que por cuanto tiene de procesal es aplicable en Cataluña; en otro caso, por razonable– lo prevé y expresa directamente. No es muy afortunada la frase “*si se considera necesario*”, al inicio del párrafo B), porque no dice quién tiene que considerarlo necesario, aunque por el contexto en que se produce todo parece indicar que serán los cónyuges que se separan o divorcian los que deben estimarlo necesario o no. Más enjundia tiene la exigencia de consentimiento de los abuelos para quienes se pacte esas relaciones personales con sus nietos (art. 90, penúltimo párrafo, C.c.). Tal consentimiento, razonable y necesario –porque ahí se decide no sólo la concesión sino un régimen de relaciones personales más o menos amplio–, deberá prestarse en la audiencia ante el juez que aquella norma prevé –veo muy difícil que pueda expresarse firmando los abuelos el convenio regulador (acto jurídico exclusivo de los cónyuges)–. En ese momento procesal, previo a la aprobación por el juez del convenio, expresarán los abuelos su conformidad o no con el régimen que los cónyuges se han dignado concederles, y en vista de lo que manifiesten decidirá aquél. (También deberán ser oídos los nietos: regla general). La eficacia y alcance de lo así acordado es la propia del convenio regulador, a que me remito.

1.2 *Acuerdo por pacto, al margen del convenio regulador*

Este pacto puede tener lugar en casos de separación amistosa de los padres (casados o no) del nieto, en que acuerdan, junto al régimen de visitas del

⁵⁸ Cfr. *El derecho de visita*, cit., p. 238.

progenitor no guardador, otro para los abuelos; y en supuestos en que, al margen de crisis de la pareja y tras las oportunas discusiones, acuerden los abuelos con los padres (o tutor) unas relaciones concretas con su nieto o nietos. No hay ningún inconveniente (como antes sugerí) en que ese pacto extrajudicial se alcance en el curso de un proceso sobre relaciones personales reclamadas por los abuelos, y se incorpore al mismo de acuerdo con las normas procesales pertinentes.

El pacto sobre relaciones personales es vinculante, obligatorio para quienes lo firman, y como tal debe ser cumplido. Pero no es menos cierto –observación que hace algún autor, y es evidente– que esa obligatoriedad sólo durará mientras los firmantes quieran cumplirlo, pues nadie puede vedar el llevar la cuestión ante los tribunales si estima que el acuerdo es injusto, insuficiente o han variado las circunstancias desde el momento en que se pactó; amén de la necesidad de acudir a los tribunales si una de las partes deja de cumplir lo acordado. Hasta aquí, nada de particular.⁵⁹

Estos pactos, un tanto atípicos, requieren atención en cuanto a algunos extremos:

- a) Evidentemente, *no se trata de un caso de transacción*, aunque en su gestación y solución se le parezca mucho. La materia es intransigible, no se trata de un contrato (con ese ni con otro nombre), sino de un pacto (acuerdo de voluntades) de los que el Derecho de familia permite dentro de ciertos límites. El límite aquí es lo que se ha llamado “orden público familiar”, y afecta a lo que el derecho de visita (como la patria potestad y otras funciones familiares) tiene de indisponible. Por tanto, sólo cabe la concreción y modulación del régimen de visitas (tipo de relaciones, frecuencia, lugar y forma de cumplimiento, etc.). Pienso que no sería válido un pacto en que se redujeran tanto que supusieran una especie de renuncia o negación de las mismas (por ejemplo, si se pactara un encuentro de unos abuelos con su nietos, sin especial impedimento, de dos horas a años alternos).
- b) *Legitimación para suscribir tales pactos*. Lo plantea GARCÍA CANTERO⁶⁰ en relación con los padres de los menores –la legitimación de los abuelos no presenta dificultad–. Con qué personalidad actúa el padre en dicho pacto –pregunta este autor–, ¿en nombre propio o en el de su hija?; ¿procedería nombrar defensor judicial para ésta? Creo

⁵⁹ La S.T.S. 7 abril 1994 ha reconocido la validez de un pacto entre el padre de una niña y los abuelos señalando un régimen de relaciones personales, basándose en la analogía con el convenio regulador y en el interés de la menor, y desestimó el recurso de casación y la pretensión del padre de dejarlo sin efecto por incongruencia de la posición de éste, que antes había reconocido validez a aquel pacto.

⁶⁰ Comentario S.T.S. de 7 abril 1994, en *A.D.C.*, 1995-2, p. 1964.

que los padres actúan en nombre propio, porque son los que ceden parte del control sobre la vida y relaciones del hijo que legalmente les compete (cfr. art. 135.2 CF). Es dudosa la representación en ese caso del hijo, que no ostentan en asuntos relativos a derechos de la personalidad y asimilables; habrá casi siempre, además, conflictos de intereses que hacen inviable esa representación. Si el hijo tiene cierta edad y discernimiento suficiente, no sólo debe ser oído, sino que debe firmar ese pacto en nombre y con autonomía propia (que el ordenamiento le concede) –recuérdese lo dicho acerca de su capacidad de obrar si tiene madurez suficiente e intervención en los procesos sobre estas cuestiones, en apart. V.4.2–. Si el nieto no tiene ese discernimiento y autonomía funcional, y hay conflicto de intereses entre los padres, el hijo-nieto y los abuelos (a justificar en cada caso), procederá nombrar defensor judicial del menor que decida de acuerdo con el mejor interés de éste. No me parece suficiente la presencia del Ministerio fiscal en el proceso a que pueda incorporarse este pacto porque aquí no lo representa, aunque defienda sus intereses.

- c) Esos acuerdos privados *quedan sujetos a control judicial* a petición de cualquiera de los firmantes y en caso de incumplimiento. Compete al juez, como en el convenio regulador, un control de legalidad (si hay verdadero consentimiento no viciado, respeto de las prohibiciones legales y del orden público familiar sin infracción de normas de *ius cogens*, y demás) y control del contenido del régimen acordado (que se acomode, sobre todo, al interés del menor; si es razonable y equilibrado y cumplible, en función de la edad, salud y demás circunstancias del nieto, etc.).
- d) Tales pactos, igual que el convenio regulador y que las decisiones judiciales, son *revisables cuando concurran motivos suficientes* (tiempo transcurrido, que ha cambiado las circunstancias iniciales, problemas de salud u otros de los nietos, ...), y en los supuestos del art. 135.3 CF La revisión y modificación del régimen de visitas puede ser llevada a cabo por los que firmaron el pacto, o por el juez si alguno de éstos se opone. Todo ello, también, dentro de los cánones normales y conocidos.

2. Determinación judicial

Comprende ésta dos aspectos: a) si procede la concesión *in actu* o reconocimiento efectivo del derecho de relaciones personales a los abuelos reclamantes (conurrencia o no de “*justa causa*” para su denegación); y b) el señalamiento de un concreto régimen de tales relaciones personales para los mismos. (En cuanto a procedimiento, véase apartado VIII).

2.1 Derecho de visita actual a favor de los reclamantes. “Justas causas” aptas para su denegación

Lo dicen, en cuanto a la concesión, los preceptos conocidos (art. 135.2 CF, y 160-2º C.c.); también, para la denegación, el art. 135.3 CF: “*si les relacions poden perjudicar el menor o major d’edat incapacitat, o si concorre una altra justa causa*”. Igualmente la jurisprudencia: “*Es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con su nieta, de cuya relación sólo por justa causa se le puede privar*” (S.T.S. 7 abril 1994). En este punto, obviamente, la cuestión jurídica más importante y grave radica en determinar las *justas causas* que pueden legitimar su denegación (como en su caso y momento la restricción, suspensión, modificación, ...).

A este respecto, en línea de principio, parece que no puede haber otro criterio general de determinación de esas *justas causas* que el del interés de los nietos (relativo y difícil ya de suyo el concepto y alcance del *interés del menor*), dependiendo en lo demás de las circunstancias del caso, dato que potencia su relativismo. Ello nos obliga a hacer un breve examen de la jurisprudencia (mayor y menor) para ver qué casos ha tomado en consideración y criterios seguidos; y algunas hipótesis de posible presentación, discuriendo a la vista de esos principios.

En términos generales todavía, hay acuerdo en que las “causas justas” de denegación deben ser objeto de *interpretación restrictiva* (como cumple en todo caso de hechos o normas limitadores de derechos, y el nuestro importa no sólo a los abuelos sino a los nietos menores): así, la S.A.P. Lleida 28 febrero 2000, explícitamente; y *su prueba compete a la parte que las alegue*, es decir, a quien niegue a los abuelos el derecho y régimen de visitas (S.T.S. 21 julio 1993). Ello es congruente con el principio jurisprudencial de que “*el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica [...]*” (S.T.S. de 9 julio 2002).

Por otro lado, en la valoración de hechos y causas, y del interés del nieto, procederá el juez con objetividad, racionalidad y ponderación, sin regirse tanto por sus convicciones personales (ideológicas, sociales, jurídicas) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en una sociedad pluralista (art. 1.1 C.E.); deberá prescindir –hasta donde sea posible, porque aquí nada es aséptico– de sus principios (ideológicos y otros) personales más o menos conservadores o liberales, de sus convicciones políticas, religiosas o educacionales, su concepción autoritaria o liberal de la familia, los hijos o sus necesidades y, declinando de tales opiniones subjetivas, decidir de acuerdo con los principios y valores preponderantes en la sociedad y momento en que ha de pronunciarse.

Veamos ahora algunas de las posibles *causas justas* aludidas.

- a) *Perjuicio grave para el nieto*. Sobre esta cuestión ha dicho la S.T.S. de 9 julio 2002 que el derecho de visita “*sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30 abril 1991, 19 octubre 1992 y 22 mayo y 21 julio 1993)*”. Con ese telón de fondo, el hecho o causa de tal perjuicio puede ser de muy varia índole, referido unas veces al abuelo, otras al nieto; no es preciso que de trate de hechos no-éticos, ilícitos; basta que sean negativos para el menor, contrarios a su interés. Para ser “justa causa” ha de tratarse de hechos graves, actuales o que entrañen un riesgo cierto e inminente; no basta una apreciación subjetiva de quien la alegue. No es necesario que el perjuicio se haya producido; basta la existencia de un riesgo razonable y próximo (cfr. S.A.P. Barcelona 16 junio 1999, que suspendió unas relaciones con progenitor por causa de drogadicción); y debe haber una relación de causalidad entre el perjuicio (o el riesgo) y su impacto en las relaciones personales y en el nieto.
- b) *Conducta irregular o perniciosa del o de los abuelos*. Dicha conducta no interesa tanto en su presentación o valoración objetiva y en cuanto a los abuelos, sino por la repercusión que puede tener en el nieto –por lo que deberá tomarse en consideración la propia valoración subjetiva que de esa conducta haga éste último (variable según su edad, con trascendencia mayor a medida que aumenta)–. Se trata, de nuevo, del interés del menor, y que el hecho perjudique seriamente a éste, dato que valorará el juez *in concreto*.⁶¹
- c) *Fuerte enfrentamiento familiar?* No es, él solo, causa suficiente para denegar el derecho y un régimen de visita a los abuelos. Sólo lo sería si el enfrentamiento y pésimas relaciones entre los abuelos y su yerno o nuera fueran, por las circunstancias que lo adornan, tan graves y perturbadoras, que las relaciones con el nieto resultaran seriamente negativas para éste y desaconsejen, quizá temporalmente, suspenderlas; es decir, la *justa causa* no será ya tanto el mero enfrentamiento cuanto el interés del menor en relación con esa situación. Lo ha dicho gráficamente la S.T.S. 20 septiembre 2002: “*es indudable que esas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer [malas en el caso juzgado] no deben influir en la concesión del régimen de visita, pues es bien sabido que las relaciones entre los padres cuando se separan, o divorcian, en muchos casos no son buenas, y sin embargo este hecho no*

⁶¹ De esta causa (invocada por los recurrentes) se ocupó la S.A.P. Segovia 23 mayo 1996, y la desestimó en el aspecto (alegado) de la conflictividad existente entre los abuelos y los padres del menor, pero fue apreciada en cuanto al impacto y riesgo de desestabilización psíquica del nieto.

*puede afectar en forma alguna al régimen de visitas, lo que sí afectaría serían las relaciones de las menores con las personas que reclaman las visitas o comunicación. La animadversión se manifiesta especialmente en el padre, que llega a admitir que antes de la muerte de la madre de las menores despreciaba a la familia de su mujer, [...] posición anímica del padre que le hace árbitro de la realización de este derecho, pues basta que siga detestando a sus suegros para que éstos no puedan comunicarse nunca con sus nietos”.*⁶²

- d) *Hechos que desestabilicen emocionalmente al nieto.* Puede haber lugar a denegar las relaciones personales abuelos-nieto si ese hecho –en el fondo, el perjuicio psíquico a que alude la S. 9 julio 2002– es de gravedad tal que afecta seriamente al equilibrio psíquico del menor, valorado prudentemente por el tribunal (para lo cual se tomarán en consideración cuantos antecedentes puedan iluminar la situación, entre los que destaca las relaciones anteriores de los mismos abuelos con su neto); a ese respecto puede ser de gran utilidad el auxilio e informe de expertos. Esta causa fue acogida por la S.T.S. de 21 julio 1993.
- e) *Incompatibilidad con el ejercicio de la patria potestad.* Se invocó esta causa en otros tiempos, a lo que viejas sentencias respondieron que la negación de relaciones de los abuelos con sus nietos suponía un abuso del derecho y ejercicio de la patria potestad. Hoy resulta insostenible ese argumento *a se*, si no va acompañado de otros basados en el interés del menor. Entre las sentencias recientes que razonan en ese sentido está la de la A.P. Toledo de 3 junio 1994: “...se reconoce claramente la existencia de un derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con el nieto y éste con ellos, al que los padres no podrán oponerse so pretexto de incompatibilidad con el ejercicio de sus propias facultades como titulares de la patria potestad, sino solamente alegando y demostrando la existencia de motivos graves”.
- f) *Negativa enérgica del nieto.* En principio, la sola negativa del menor no es suficiente para denegar las relaciones que nos ocupan. Más importante que esa negativa son las razones que el nieto pueda aducir para oponerse drásticamente a mantener relaciones personales con sus abuelos –recuérdese lo dicho sobre la relevancia de la voluntad del menor en apart. V.2.3–. Y en este punto (hechos,

⁶² Cfr. en el mismo sentido las SS.T.S. de 11 junio 1996 y 17 septiembre 1996, y la S.A.P. Lleida de 28 febrero 2000 (ya citadas); y la S.A.P. Barcelona de 14 septiembre 2000, que estimó insuficiente para privar a unos abuelos de relacionarse con sus nietos “una situación de tirantez entre ambas familias y la constatación de dos discusiones entre la hermana y la madre de la demandada, con ocasión precisamente del intento de los abuelos de visitar a sus nietos”.

razones que invoque) es particularmente importante la edad y discernimiento del nieto. Ya tengo dicho que la S.A.P. de Barcelona (Sección 18) de 18 abril 2002, ante la rotunda negativa de una menor (10 años) a relacionarse con sus abuelos paternos y sus tías, optó por denegar esas relaciones “*en las circunstancias actuales*”. Es evidente que con la edad el menor no sólo va ganando en discernimiento y voluntad propia, sino que adquiere una independencia de criterio y una autonomía vital (el respeto de su personalidad, de hablan los textos legales) que impide el imponerle contra su voluntad unas ciertas relaciones que sí podrían serle impuestas a la fuerza unos años antes. (Recuérdese la S.A.P. Toledo de 3 junio 1994, citada en nota 47).

2.2 *Determinación objetiva de las relaciones personales*

Esta es la cuestión más ceñida a las circunstancias personales (de abuelos y, sobre todo, del nieto) y fácticas que pueden influir en la concreción del régimen de visita y relaciones. Las variables son tantas –muchas más que las que acabo de apuntar para la concesión o denegación del derecho *in actu*–, los datos a considerar tan numerosos, que no es posible decir nada con alguna validez general, que es lo que aquí interesa, salvo el que todos esos datos deben ser contrastados con el interés del nieto, criterio determinante siempre.

En este capítulo tendrá el juez que establecer, en su caso, el lugar y hora de entrega del nieto, el traslado a una ciudad, aeropuerto o domicilio, quién ha de pagar los gastos de traslado, y demás. También, las restricciones pertinentes en el ejercicio del derecho de visita, como las de la S.T.S. 20 septiembre 2002 (apercibimiento a los abuelos de no hablar a sus nietos sobre la responsabilidad de su padre en la muerte de su madre).

3. **Modificación y extinción de las relaciones personales abuelos/nietos**

La subordinación de las relaciones personales de los abuelos con sus nietos al interés de éstos últimos impone que cualquier régimen de las mismas, convenido o determinado por el juez, tenga cierto carácter de provisionalidad, y que sea susceptible de modificación o suspensión cuando así convenga al nieto. De ahí que sea frecuente aludir a su eficacia y exigibilidad *rebus sic stantibus*, que mencionan algunas sentencias.

El art. 80.1 CF prevé la modificación de las medidas establecidas en la sentencia que pone fin al proceso de nulidad, separación o divorcio “*en atenció a circumstàncies sobrevingudes, mitjançant resolució judicial posterior*”. Dado que las relaciones con los abuelos pueden establecerse en ese proceso, ésa es ya una causa y forma de modificarlas. De forma más específica, el art. 135.3 CF dice

también que la autoridad judicial puede suspender, modificar o denegar esas relaciones si el padre y la madre incumplieren sus deberes, “*i en tots els casos, si les relacions poden perjudicar el menor o major d’edat incapacitat, o si hi concorre una altra causa justa*”.

Señalado, pues, un concreto régimen de relaciones personales, su modificación ulterior va a tener lugar siempre por circunstancias sobrevenidas (de tipo fáctico o jurídico); con lo que la previsión del art. 80.1 pasa a coincidir con la del art. 135.3, más concreta (en cuanto que alude a ciertas causas). Y la de esta norma tiene, en Derecho catalán, tres posibles consecuencias: a) *modificación* del régimen de relaciones personales, que es alteración o variación del anterior, que pasa a otro nuevo, distinto cuantitativa o cualitativamente; b) *suspensión*, que comporta una privación temporal de las relaciones de los abuelos con el nieto; y c) *denegación* de las mismas, que sólo puede significar –si ha de ser algo distinto de la mera suspensión y de la no concesión inicial– una privación con vocación de definitiva, o de muy larga duración al menos, aunque quizá no irreversible porque una privación definitiva y total puede resultar contraria al del interés del menor, y no cabría excluir (aunque sea excepcional) una especie de recuperación de esas relaciones si así conviene luego al nieto.

Lo más frecuente será la *modificación* de las relaciones, a veces inevitable: por ejemplo, cuando el nieto crece con el tiempo, y no puede ser el mismo régimen de visita y comunicación a los seis meses o dos años que cuando alcance, años después, los seis u ocho; o en función de una enfermedad sobrevenida (o curada) del abuelo o del nieto; o por traslado temporal de uno u otro a ciudad muy distante, o al extranjero. En tales casos la alteración del régimen puede ser para aumentar o disminuir las relaciones, o para modificarlas en sentido cualitativo: por ejemplo, con estancias del nieto en casa del abuelo (con “pernocta” o sin ella), frente a unas simples visitas *stricto sensu* anteriores; o la permisión (o no) de comunicación telefónica (ampliada o restringida), correspondencia por medios varios, etc. Las posibilidades son tantas como las circunstancias, muchas y variadas, por lo que hay que remitirse al caso concreto, donde el interés del menor es de nuevo elemento y criterio rector, lo que impide apuntar regla general distinta de esta última.

En cuanto a las *causas legales* (es decir, distintas de la alteración de las circunstancias) de esas suspensión, modificación o denegación –de las tres, en cuanto consecuencias: el art. 135.3 CF no distingue–, cabe reducirlas a dos fundamentales: el *incumplimiento de “sus deberes”*, y el concurso de una *justa causa*, pues aunque esa norma menciona el que las relaciones personales perjudiquen al menor, en particular, tal perjuicio es una justa causa (la esencial, que absorbe a casi todas), y puede ser abordada junto con las otras en ese amplio capítulo.

Veámoslas sucintamente:

- A) *Incumplimiento de deberes*. La expresión del art. 135.3 en este punto parece ir dirigida al incumplimiento del padre y de la madre (sujetos explícitos del verbo *incompleteixen*), entre los que sobresalen (y es caso más frecuente de estos problemas) el impago de alimentos para los hijos,⁶³ y los que competen recíprocamente a los titulares y a los obligados en lo que respecta a las relaciones. Por lo que atañe a las relaciones de los abuelos, el incumplimiento afectará casi siempre a deberes en este último aspecto: que el padre o la madre obstaculicen o impidan las relaciones, o que los abuelos las lleven a cabo incorrecta o abusivamente de alguna de las muchas formas en que ello es posible (recuérdese lo dicho a ese efecto). En ambos casos habrá lugar a incumplimiento o deficiente cumplimiento “*de sus deberes*” (que no procede enumerar de nuevo), y será causa apta para la modificación, suspensión o incluso privación de las relaciones (ésta, si fuere muy grave la causa y el juez lo considera necesario en interés del nieto); mas ello no tanto como consecuencia directa del incumplimiento (al modo como opera en las obligaciones sinalagmáticas), cuanto por la incidencia que el mismo puede tener en el nieto, cuyo interés es también aquí criterio rector.
- B) *Concurrencia de una justa causa*. Examinadas ya las “justas causas” al estudiar la concesión o denegación de las relaciones personales en el anterior apartado VII.2 –incluida como primera de ellas “*el perjuicio grave para el nieto*”, especificada en el art. 135–, es innecesario repetir las ahora. Sólo cabe añadir que en función de su importancia y gravedad para el menor (cuyo interés resulta ser otra vez criterio determinante) y de acuerdo con las circunstancias del caso, dará lugar a la sola modificación (casi siempre para restringir las relaciones, o variar el tipo de ellas), o a la suspensión (por tiempo definido, o indefinido: por ejemplo, para cuando desaparezca la causa), o a la denegación, que es tanto como privación a largo plazo, casi definitiva –que creo compatible, tengo dicho, con una restauración de las relaciones, siempre y sólo en interés del nieto–.

⁶³ A ese respecto, y para las relaciones padres/hijos, la línea jurisprudencial mejor consolidada es la de que se trata de obligaciones no compensables (la de alimentos y la de consentir aquéllas), que dichas relaciones son un derecho-deber del padre en interés del hijo y que por ello no se las puede hacer depender del puntual cumplimiento de la obligación alimenticia (cfr. SS.T.S. de 26 diciembre 2002, y A.P. Barcelona, Sección 12ª, de 29 septiembre 2000).

VIII. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS

1. Necesidad de una protección eficaz

Quizá el mayor problema real (procesal, vivencial) que tienen planteadas estas relaciones (como las de los progenitores con sus hijos) es el de su protección efectiva en caso de incumplimiento por quienes deben propiciarlas (padres) o disfrutarlas (abuelos), para lo que el vigente Derecho español (catalán y estatal) no proporcionan, en mi opinión, protección y medidas suficientes –porque no lo son las normas generales: obsérvese lo que ocurre en la práctica y las reclamaciones ante los tribunales– ni lo ha resuelto la Ley 42/2003 (buena ocasión fue).

La protección efectiva de este derecho se alcanza, ciertamente, cuando, frente a la actitud negativa del “gravado”, que impide o dificulta seriamente las relaciones personales, se obtienen por vía judicial –única que cabe contemplar aquí–. Y aun en este caso tal protección nunca será plena y satisfactoria porque al abuelo y al nieto no se le podrá devolver las impedidas o dificultadas antes de recurrir al y obtenerlas del juez. Es evidente la notable dificultad que presenta esta materia, en la que a la genérica y típica del incumplimiento de las obligaciones de hacer, del tipo de prestación infungible, se une la específica complejidad proveniente de su particular naturaleza personal-familiar y las otras componentes metajurídicas que le acompañan. Pero, ello no obstante, parece claro que una vez establecido jurídicamente que unos abuelos tienen derecho a comunicarse y mantener relaciones personales con su nieto, y determinado formalmente el régimen concreto de esas relaciones, aquel derecho debe ser *protegido y cumplido a toda costa* y estas relaciones efectivamente gozadas, máxime cuando está por el medio el interés preeminente del menor, que hace que el efecto del incumplimiento trascienda el solo perjuicio del titular formal del derecho lesionado.

Todo lo que no sea eso –y mientras no haya una causa nueva y poderosa que justifique *in concreto* la no realización de la comunicación y relaciones personales– supone un fracaso del Derecho como instrumento de organización social y de justicia. No puede olvidarse que es principio constitucional el que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 C.E.), y que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, así como prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en ejecución de lo resuelto (art. 118 C.E.). Aunque no son absolutos tales mandatos constitucionales –la tutela judicial *ex art. 24.1*, por ejemplo, debe ser obtenida por los cauces sustantivos y procesales pertinentes–, ni siempre se puede garantizar con el mismo rigor su cumplimiento puntual, éste debe constituir el principio rector, y el cumplimiento de un régimen de visitas acordado por un Juez en resolución firme debe tener a su disposición todos los instrumentos jurídicos posibles en un ordenamiento para hacerse efectivo, pues el derecho de visita, en el que se hallan implicados bienes

jurídicos del menor y valores tipificados y protegidos en los arts. 10 y 39.2 C.E., es institución de *ius cogens* necesitada de especial protección. El incumplimiento de ese régimen de relaciones personales supone en alguna medida el fracaso del sistema jurídico que lo regula y protege y el incumplimiento o infracción –por quien sea, tribunales y/o particulares– del propio ordenamiento.

En aras del cumplimiento de aquel mandato constitucional y de este principio, debe emplearse todos los medios jurídicos para el efectivo cumplimiento de tales relaciones personales y consecución de los fines personales e institucionales a que los mismos atienden, con respeto, evidentemente, del principio de proporcionalidad y de la menor lesión de otros bienes e intereses jurídicos (sobre todo, los del nieto). Aunque es a veces difícil o imposible la coerción o imposición del deber ser jurídico, no creo que sea incoercible el derecho-deber de visita; al menos, no siempre. Sólo el cumplimiento específico del deber del obligado puede satisfacer no sólo el interés de los afectados (aquí, abuelos y nieto) sino el fin esencial que con tales relaciones se persigue, y justifica su concesión. Por ello, los medios e instrumentos habituales y consecuencias alternativas al cumplimiento específico de la obligación de hacer (indemnizaciones, sanciones), son desmembrados remedios que si pueden dar una satisfacción subsidiaria a uno de los perjudicados, dejan insatisfecho el interés primordial y el fin esencial a que atienden las relaciones *de quo* y su cumplimiento.

No es dato menos importante aquí que en el incumplimiento o retraso en el cumplimiento el tiempo juega a favor del incumplidor del régimen de relaciones personales, ya que puede influir progresivamente en la voluntad del menor, que cada día exigirá más respeto a medida que crezca, y puede llegar a ser decisiva; en alguna ocasión puede alcanzar la emancipación sin haberse cumplido el régimen de visita y la resolución judicial.

En atención a todo eso, creo que deben agotarse (subrayo el término) los caminos y medios jurídicos para lograr el efectivo cumplimiento y goce de aquellas relaciones –sólo así queda realmente protegido–, con respeto del principio de proporcionalidad y no lesión de otros bienes e intereses superiores que los que se pretende salvaguardar. Ante el fracaso o inviabilidad de los medios directos habrá que recurrir a medios indirectos, tanto de coerción (incluida la penal) como de “cumplimiento por equivalencia” o indemnización, de forma que, además de otros fines y funciones (castigar la conducta ilícita, reparar los perjuicios producidos) esos medios indirectos desincentiven el incumplimiento o contribuyan a mover el ánimo de la parte renuente o negadora e inclinarla al cumplimiento –lo que sólo se logrará cuando las consecuencias de esos medios indirectos sean para ella menos deseables que el cumplir lo que debe–.

Una última observación a este respecto. La cuestión del derecho de visita relativa a padres y abuelos ha llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

por aplicación de la Convención sobre los Derechos Humanos, cuyo art. 8 protege el derecho a la *vida privada*, ámbito en que ese Tribunal sitúa ese derecho. Con tal motivo han recaído varias sentencias del mismo que interesan aquí.⁶⁴ Aunque en general dicho Tribunal se muestra contrario a la ejecución compulsiva de las resoluciones judiciales, hay ya votos disidentes que no excluyen la ejecución *manu militari* en casos excepcionales.⁶⁵ El Tribunal exige a los Estados firmantes de la Convención que hagan todo lo necesario, aplicando su Derecho interno, para que el régimen de visitas acordado por resolución judicial se cumpla, hasta el punto de que ha habido condena de algún Estado por estimarse que no garantizó ni hizo lo suficiente en ese sentido.⁶⁶

2. Mecanismos y medios de protección

Las medidas indirectas antes aludidas serán, en primer lugar, *de tipo civil*: las que sugiere el art. 134 CF (y 158 C.c.), y las prevé la LEC para los casos de condena de hacer personalísimo (art. 709), incluidas las multas coercitivas (art. 711). Son específicas las medidas que contempla el art. 776, regla 2ª (no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el art. 709.3 LEC y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año), y con más dificultades en su aplicación, la regla 3ª (el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por una u otra parte podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas). En efecto: aunque es de más difícil aplicación que cuando se trata de relaciones padres/hijos (y aun entonces debe hacerse un uso prudente y razonable), en algún caso puede ser aconsejable modificar el régimen de guarda del nieto (su organización es considerada modificable siempre en interés del menor), y confiarlo a persona distinta de aquella que impide las relaciones *de quo*, si se estimara que este impedimento perjudica al menor más que el cambio de la guarda por sus padre o madre, o tutor. Por lo que respecta a la ejecución forzosa, es muy difícil y casi siempre poco aconsejable la ejecución *manu militari* de la resolución judicial,

⁶⁴ Entre los recientes y más conocidos están los casos *Scozzari y Giunta v. Italia* (S. 13 julio 2000) y *Ignacolo Zenide v. Rumania* (S. 25 enero 2000). Véase, con amplias referencias a esta cuestión y otras próximas, Salanova Villanueva, "Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Aranzadi Civil*, 2003, vol. I, p. 1945 ss.

⁶⁵ Así, en el caso *Ignacolo Zenide v. Rumania* (citado), en el que un voto particular, del juez Le Maruste, defendió que el interés de las menores justificaba en ese caso la vía de hecho.

⁶⁶ En asunto sobre cuestión muy próxima (derecho de una madre a recuperar su hija menor sustraída por su padre), pero dentro del ámbito del art. 8 de la Convención y protección de la vida privada familiar, la S. de 29 abril 2003 (aff. *Iglesias Gil contra España*) ha condenado al Estado español por violación de dicho art. 8. (Incluso a la indemnización a la demandante por perjuicios morales y gastos).

porque la violencia puede afectar más negativamente al menor; pero quizá no siempre sea desestimable esa medida coercitiva.

El art. 135.3 CF establece –con carácter general; también, por tanto, para las relaciones de los abuelos con sus nietos– que “[l’]autoritat judicial] *també pot prendre les mesures necessàries amb vista a l’efectivitat d’aquestes relacions personals*”. Esas “medidas” pueden ser muy variadas, ya que la “efectividad” de tales relaciones comprende tanto el goce real de las mismas por sus titulares (abuelos y nieto) como su correcto uso. El juez, con esa facultad, y según la situación y riesgos, puede disponer desde ciertas restricciones (que la relación y comunicación tenga lugar en sitio o con la presencia de persona determinada) hasta la prohibición de salida del territorio nacional, denegación de pasaporte, y aun medidas acordes con Convenios internacionales frente a la retención ilícita de los menores.

Otro medio de protección que puede ser útil, a veces inevitable en defecto de alternativa, es la *sanción penal*. Algunos ordenamientos ya la prevén con tipificación directa (el Código penal francés tipifica el delito de *non representation* en su art. 227.5). Es cuestión y procedimiento harto discutible, ciertamente, pero no debe ser desestimado *a priori* porque a veces será ése el último recurso para alcanzar lo que el ordenamiento jurídico y un Juez han determinado, y debe ser. Ello, incluido el aludido respeto al principio de proporcionalidad, no quiere decir que la criminalización de esas conductas incumplidoras sea general o frívolamente utilizada: deberá ser bien ponderada y aplicada limitada y correctamente al caso concreto. Mas, excepción esa aparte, me parece más frívolo e indeseable el banalizar este incumplimiento, resignarse al mismo (ocurre con excesiva frecuencia) y dejar impunes e inconsecuentes ciertas conductas ilícitas de personas que sólo reaccionan a cierto tipo de coerción (y el Derecho es o tiene altas dosis de coerción, evidentemente): son esas conductas ilícitas las que legitiman y hacen inevitables estos medios coercitivos de protección de un derecho.

En cuanto a las *medidas penales*, en nuestro ordenamiento hay que distinguir:

- A) “*Delitos contra los derechos y deberes familiares*” (cap. III, tít. XII, libro II), que sólo de forma indirecta permite incluir conductas incumplidoras que afectan a derecho de visita y relaciones personales de los abuelos: a) art. 223 C.P., en cuanto tipifica “*el que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentara a sus padres o guardadores sin justificación para ello*”: sólo puede comprender la no devolución del nieto por los abuelos, terminadas las relaciones procedentes, si los tribunales consideran que éstas constituyen una forma de *custodia* (cosa no fácil dados los criterios restrictivos de interpretación de la ley penal); más difícil me parece

su aplicación al padre o madre que impiden esas relaciones; b) el art. 225 bis (redacción L.O. 9/2002) tipifica “*la retención de un menor*”, y alcanza también a los abuelos (nº 5): el “*deber establecido por resolución judicial*” puede ser el de permitir las relaciones personales y cumplirlas correctamente; c) la falta del art. 622: infracción leve del “*régimen de custodia*” establecido por la autoridad judicial (idéntica dificultad que la dicha para el art. 223 C.P.).

B) Por otro lado, cabe pensar en el delito de desobediencia grave (art. 556 C.P.), que se ha aplicado muy pocas veces en nuestro país (sólo tengo noticia de la S. Sala 2ª T.S. de 27 octubre 1962), y para el que la jurisprudencia correspondiente (un tanto restrictiva) ayuda poco.

IX. ASPECTOS PROCESALES

Unas simples notas en este punto.

1. Reclamación de las relaciones personales en procedimiento ordinario

Una de las novedades de la Ley 42/2003 –creo que la más importante– ha sido en este orden procesal, con la adición de un ordinal más, el 12º, al apartado 1 del art. 250 LEC (“*ámbito del juicio verbal*”), del siguiente tenor: “12º. *Las [demandas] que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el art. 160 C.c. En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del tít. I del libro IV de esta ley [arts. 748 a 755]*”. Es obvio que aunque ese precepto alude sólo al art. 160 C.c. quedan comprendidas también las demandas relativas al art. 135 CF, sometidas al mismo procedimiento. El juicio verbal, de tramitación más rápida, puede evitar las largas dilaciones del anterior juicio de menor cuantía, con sus graves perjuicios en este ámbito.

La remisión que la norma transcrita hace a los arts. 748 y ss. LEC comporta, entre otras consecuencias procesales, la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en ese proceso (art. 749.2), la indisponibilidad del objeto del proceso (art. 751: no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, y el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio fiscal), el tribunal podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes (art. 752.1), y la tramitación del juicio verbal quedará sujeta a lo que dispone los arts. 753 y 754 LEC.

En ese proceso deberá ser oído el nieto de acuerdo con lo que dispone el art. 134.3 CF y normas complementarias.

2. Determinación de las relaciones personales abuelos/nietos en proceso matrimonial

En lo procesal se rige por lo dispuesto en los arts. 770 y ss. LEC. Cabe distinguir:

- A) *Proceso de separación o divorcio solicitado de mutuo acuerdo.* Se tramita según lo previsto en el art. 777 LEC; es preceptivo acompañar a la demanda una propuesta de convenio regulador, que contendrá, “*si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos*” (art. 90-B) C.c, que es aplicable –entendiendo– en Derecho catalán). Los abuelos para los que se haya propuesto ese régimen de relaciones personales deberán dar su consentimiento en una audiencia previa a la aprobación. Deberán ser oídos también los nietos si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años (art. 777.5 LEC).
- B) *Separación o divorcio contenciosos (no de mutuo acuerdo).* El procedimiento se rige por lo dispuesto en el art. 770 y concord. LEC (sobre todo, por lo que aquí concierne, el art. 774). También deben prestar su consentimiento los abuelos en cuanto al régimen de relaciones personales que se les deba conceder (art. 94-2º C.c, aplicable en Cataluña, por cuanto tiene de procesal), y ser oídos los nietos, en los términos del art. 777.5.
- C) *Medidas provisionales en estos procesos.* Si se trata de las previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio se aplicará el art. 771 LEC (el 772 para su confirmación o modificación al admitirse la demanda), y el 773 en cuanto a las derivadas de la admisión de la demanda de la misma clase. Aunque el nuevo art. 103 C.c. no dispone nada sobre relaciones de los abuelos con sus nietos durante esta fase procesal (tampoco el CF, pero se aplican los arts. 102 y ss. C.c.), parece razonable que se puedan establecer tales relaciones para mientras dura el procedimiento (mejor justificado en la nueva visión de las mismas tras la Ley 42/2003); de ser así, procederá, antes de ser aprobadas por el juez, la prestación del consentimiento por los abuelos y la audiencia de los nietos en los términos conocidos.
- D) *Ejecución.* El art. 81 CF dispone que “*les prestacions establertes per la sentència poden ésser exigides per la via de constrenyiment*”. Las “*prestaciones*” que menciona no pueden limitarse a alimentos y demás, y deben cumplirse por la vía de apremio en ejecución de sentencia todas las medidas acordadas judicialmente. En cuanto al procedimiento de ejecución, cfr. art. 776 LEC (Véase lo dicho en cuanto a protección de estas relaciones en el ámbito civil).

3. Medidas cautelares

Además de las que procedan según las reglas generales, quiero recordar aquí que los tribunales pueden imponer las pertinentes en función de la situación concreta (de tanto peso en estos casos). Así, la S.T.S. de 20 septiembre 2002, en relación con el temor de un padre a que la influencia de los abuelos pudiera ser nociva para las nietas, dijo que *“se puede obviar este inconveniente estableciendo medios correctores, imponiendo una limitación específica, consistente en la posibilidad de la suspensión o mayor limitación del régimen de visitas, apercibiendo previamente de ello a los actores de la obligación que contraerán de evitar en todo momento ante las niñas cualquier alusión que haga recaer ante el padre la responsabilidad de la muerte de la madre”*.

Merece la pena recordar también que el art. 10 de la Convención del Consejo de Europa (2003) sobre las relaciones personales concernientes a los menores establece que cuando las circunstancias del caso lo exijan, las autoridades judiciales pueden, en todo momento, subordinar las relaciones personales a medidas de salvaguarda y a las garantías pertinentes; y menciona seguidamente algunas de esas medidas y garantías para asegurar el ejercicio de las relaciones personales, y otras para garantizar el regreso del menor o evitar un desplazamiento no consentido.

4. Determinación de oficio de las relaciones personales

Aunque no lo hubieran dicho algunas sentencias, resulta razonable que la autoridad judicial pueda y deba acordar de oficio estas relaciones, por la importante finalidad que las justifica y el interés del menor que subyace. Normas concretas lo autorizan también (art. 134 CF. y 158 C.c.). Pues bien: en ese contexto normativo, la S.A.P. Barcelona, Sección 12ª, de 16 octubre 2002 ha dicho que *“tratándose de una menor, el tribunal puede acordarlo [una relación más amplia de una niña y su abuela], conforme a lo dispuesto en el art. 134 CF y se considera preferible esta solución a que la niña permanezca con su abuela o tía sólo una tarde, durante poco tiempo y sin pernocta”* (la parte recurrente alegaba que esas más amplias relaciones no habían sido pedidas formalmente). En el mismo sentido, la S.T.S. de 23 noviembre 1999, citando en su apoyo la de 11 junio 1998, dice que *“las medidas que los jueces pueden adoptar ex art. 158 C.c. se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que se adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor”* (en ese caso se trataba de relaciones de unos abuelos con su nieto).

5. Otras cuestiones procesales de interés

La S.T.S. de 3 mayo 2000 ha dicho con ocasión de relaciones personales de abuelos con nietos que la valoración del impedimento o “justa causa” en un proceso es cuestión de hecho no revisable en casación; y que *“en ningún caso los*

específicos regímenes de visita y relaciones personales a que se refieren las sentencias aludidas [del Tribunal Supremo] crean doctrina jurisprudencial alguna, y ello porque dichos regímenes de visitas se refieren a supuestos de hecho concretos y no a cuestiones jurídicas". En este último y mismo sentido, la S.T.S. de 11 septiembre 1996.

QUARTA PONÈNCIA

PARELLES DE FET: BALANÇ I PERSPECTIVES

LA REGULACIÓ DE LA PARELLA DE FET: LLEIS I MODELS

MIQUEL MARTÍN CASALS

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA

SUMARI

I. Introducció.....	335
II. la regulació catalana actual i els possibles models.....	340
1. El problema de les parelles heterosexuales excloses	342
2. Les dues modalitats de constitució: constitució formal i constitució factual.....	348
3. L'abast i els límits d'una regulació factual de la parella de fet.....	351
Bibliografia citada.....	357

I. INTRODUCCIÓ

És ben sabut que la regulació de la parella de fet, tant homosexual com heterosexual, és un dels temes més complexos i controvertits del dret de família actual. No existeixen línies de política jurídica indiscutibles, que es corresponguin amb una determinada ideologia i que indiquin un únic model de regulació a seguir. Les opcions estan modulades no només per conviccions polítiques sinó, d'una manera molt especial, per conviccions ètiques col·lectives i personals —vinculades o no a concepcions religioses— que no coincideixen necessàriament amb una determinada filiació política. Prova d'aquest fet és que als països del nostre entorn les formacions polítiques de signe molt similar han optat per criteris de política legislativa molt diferents. Així, per exemple, ni el legislador socialista francès (any 1999) ni els legisladors socialdemòcrata alemany (any 2001) o laborista anglès (any 2003) han optat, com es diu ara, “per obrir la institució del matrimoni” a les parelles homosexuals, com tampoc no ho han fet els legisladors del països nòrdics, amb una tradició legislativa que ha estat pionera en aquestes qüestions. És un fet innegable que a Europa, fins fa poc, , existia matrimoni homosexual només a dos països (Països Baixos 2001, Bèlgica 2003). Ara bé, aquesta dada no prejunta l'encert o el desencert del fet que Espanya hagi seguit aquesta mateixa línia l'any 2005. Si més no, aquesta opció no sembla haver estat contrària al sentit majoritari de la societat espanyola.

El baròmetre d'opinió del CIS del mes de juny del 2004 indicava no només que a Espanya existia una actitud molt respectuosa amb la convivència homosexual, sinó que el 79 % dels enquestats opinava que l'homosexualitat és una opció personal tan respectable com l'heterosexual (pregunta 16) i el 66,2 % es declarava a favor del matrimoni homosexual (pregunta 12).

PREGUNTA 14		
Siguiendo con este tema, ¿cree Ud. que las parejas homosexuales deberían tener derecho a contraer matrimonio?		
	%	(N)
SÍ	66.2	(1641)
NO	26.5	(656)
N.S.	6.7	(167)
N.C.	0.6	(15)
TOTAL	100.0	(2479)

Fig. 1.- Baròmetre del CIS - Juny 2004

Cal destacar també, pel que fa a les parelles heterosexuales, que amb molt poques excepcions, com ara els Països Baixos o França, els legisladors dels països de la Unió Europea, malgrat haver decidit regular molts aspectes de les parelles homosexuals, no han vist la necessitat de regular d'una manera anàloga les parelles heterosexuales (com és el cas d'Alemanya, el Regne Unit o —amb algun matís molt menor— dels països nòrdics). A l'Estat espanyol, en canvi, tant a Catalunya —que ha estat pionera— com a totes les comunitats autònomes que — amb petites variacions — han seguit el model presentat per la regulació catalana, s'ha optat sense un gran debat per establir una regulació molt similar per a un tipus i un altre de parelles i que permet, en el cas de les heterosexuales, que es puguin constituir també mitjançant una declaració de voluntat formal.

La recent aprovació de les lleis espanyoles que faciliten el divorci i permeten el matrimoni homosexual i la presentació en aquests darrers anys de diverses iniciatives que han anat des de la inscripció de les parelles al Registre Civil fins a una voluntat de regular en l'àmbit estatal les parelles de tota mena, són fets que han tornat a posar d'actualitat una matèria — la de la regulació de les parelles de fet i ara, com a tema estrella, el matrimoni homosexual— que a Catalunya havia perdut un cert interès després de la saturació que varen produir els debats previ i posterior a l'aprovació de la Llei d'unions estables de parelles (LUEP) l'any 1998. Un altre factor, no menys important, és el canvi de govern a Catalunya. El govern anterior treballava abans de les eleccions en la línia d'incorporar la regulació catalana de parelles en el llibre II del Codi civil de Catalunya, el corresponent a "Persona i família", i semblava que havia optat per una política jurídica de retocs mínims, per tal de no iniciar novament la polèmica a l'entorn de les diverses opcions de política jurídica.

En aquests moments, el tema també té una importància pràctica, perquè, a causa de la peculiar tècnica legislativa adoptada a la LUEP, l'aprovació d'una llei estatal de parelles pot trastocar el model de regulació adoptat per la LUEP. Cal recordar aquí que la DF 2a LUEP disposa que "[S]i la legislació de l'Estat preveu la inscripció al Registre Civil de les unions regulades per aquesta Llei els efectes que aquesta

els atorga s'han d'entendre referits a les parelles que s'hi inscriguin". El precepte sembla que s'ha d'entendre en el sentit que aquells convivents que no hagin adquirit la condició de parella subjecte a la LUEP (d'ara endavant, "parella LUEP") amb anterioritat a l'entrada en vigor de la nova llei estatal hauran d'inscriure's al Registre Civil si la volen adquirir, amb la qual cosa la inscripció al Registre tindrà caràcter constitutiu, des del punt de vista del legislador català, amb independència de si el legislador estatal dóna o no aquest caràcter a la inscripció. Si el legislador estatal no exigeix per a la inscripció uns requisits específics diferents o afegits als de la LUEP, les parelles heterosexuals podran accedir a la inscripció constitutiva tot acreditant (a) o bé els requisits de convivència prolongada (dos anys) o, si em permeten l'expressió, (b) els de convivència *qualificada* (pel naixement d'un fill comú), (c) o bé la voluntat de conviure manifestada en escriptura pública. Com és ben sabut, per a les parelles homosexuals existeix en l'actualitat només la constitució mitjançant escriptura pública, per a la qual cosa haurien d'aportar escriptura pública, la qual ja no tindria el caràcter de títol constitutiu sinó de requisit per a la inscripció en el registre.

En les pàgines següents m'ocuparé exclusivament de les parelles heterosexuals, punt en el qual, segons la meva opinió, se centren la majoria de les dificultats i contradiccions de la regulació actual. Intentaré plantejar alguns dels aspectes més bàsics d'aquesta regulació tot prenent com a punt de referència els principals arguments a favor i en contra dels diversos models de regulació d'aquesta matèria. En fer-ho intentaré, d'una banda, no ferir cap sensibilitat, i d'una altra, no deixar-me dominar per la censura o l'autocensura que imposen els criteris de l'anomenada "correcció política".

És ben sabut que l'avaluació de la legislació, tant en el seu vessant *ex ante* com en el d'acompanyament a la redacció d'una norma i en l'*ex post*, ha de formar part de tot procés d'elaboració de normes. L'avaluació *ex post* o retrospectiva és, com el seu nom indica, la que es duu a terme un cop la legislació ja està en vigor amb la finalitat d'assolir un coneixement detallat sobre els efectes de la legislació adoptada, fer-ne el seguiment i, si cal, plantejar-ne la reforma, però, malauradament, aquesta és una tasca que s'acostuma a descuidar. D'una manera anàloga a com el fabricant d'un producte té el deure de seguir-ne el comportament en el mercat i retirar-lo de la circulació quan causi danys als consumidors (*Produktbeobachtungspflicht*), el legislador competent s'ha d'assegurar que les normes que ha dictat continuen essent necessàries, compleixen la finalitat per a les quals foren creades i no produeixen efectes secundaris no desitjats. Si aquest no és el cas, les haurà de modificar o derogar.

Per aquestes raons penso que és imprescindible analitzar amb detall les dades sociològiques disponibles sobre les parelles de fet i contrastar-les amb el que assenyalen des de fa molts anys destacats sociòlegs (KIERNAN 2004, THÈRY 2001 o, entre nosaltres, per exemple, Constanza TOBÍO 2001 o Gerardo MEIL 2003).

Les dades més recents aportades per aquests sociòlegs responen a mostres, però l'anàlisi de les dades del cens del 2001 permeten extreure algunes conclusions. Em referiré a algunes de les més importants:

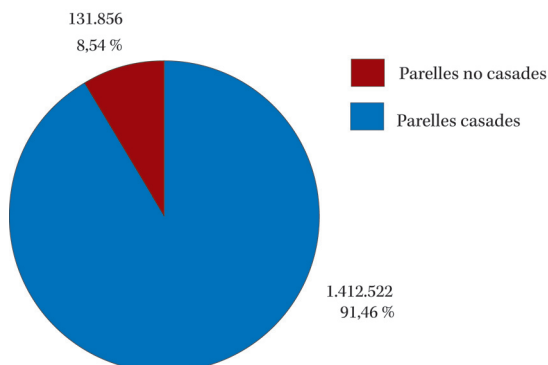


Fig. 2.- Parelles casades i parelles no casades

1) En un treball de fa gairebé deu anys exposava unes dades molt fragmentàries, però que poden ser significatives (MARTÍN CASALS 1995, 1718-1722). Aleshores, segons el cens del 1991, a Catalunya el nombre de parelles no matrimonials (heterosexuals i homosexuals) se situava al voltant del 4,15 %. Avui, segons les dades del cens del 2001 (**figura 2**), és del 8,54 %, és a dir, la taxa s'ha doblat, mentre que el nombre de parelles matrimonials (1.412.552, l'any 2001) sembla que ha descendit lleugerament (aproximadament un 3,3 %) en relació amb 1.505.754, del 1991).

Malgrat aquest espectacular augment de la convivència en parella no matrimonial, cal no oblidar que Catalunya, com la resta de l'Estat espanyol, se situa encara en la banda més baixa, que correspon als països del sud d'Europa, si bé el seu increment la fa distanciar clarament de països com ara Grècia i Portugal.

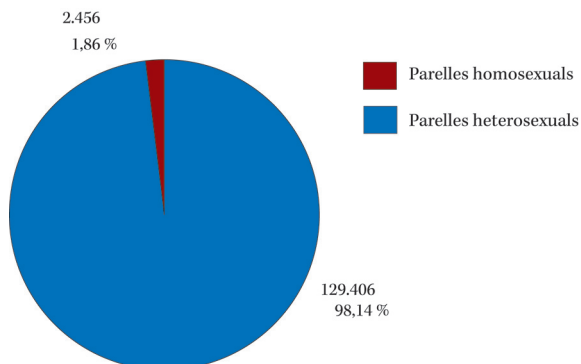


Fig. 3.- Parelles homosexuals i parelles heterosexuals

2) Pel que fa a la relació entre el nombre de parelles heterosexuals i el nombre de parelles homosexuals, les dades semblen contradictòries. Segons el cens del 2001 (**figura 3**), existeixen a Catalunya 2.456 parelles homosexuals, cosa que suposa

l'1,86 % de les parelles no casades i el 0,16 % del total de parelles existents (és a dir, de la suma de les casades i no casades). Les dades que va proporcionar l'Institut d'Estadística de Catalunya al Departament de Justícia en relació amb el cens del 1991 indicaven que aleshores existien a Catalunya 10.863 parelles homosexuals, quantitat que ara sembla impossible atès que la xifra d'aleshores seria superior al total de parelles de convivents homosexuals a l'Estat espanyol (10.474) del cens del 2001. En tot cas, tant si finalment acaben tenint raó els col·lectius de gais i lesbianes que consideren que la xifra del cens es troba infravalorada, es tracta d'un col·lectiu molt reduït i que, amb les dades existents a la mà, significa 1,6 parelles d'entre cada mil.

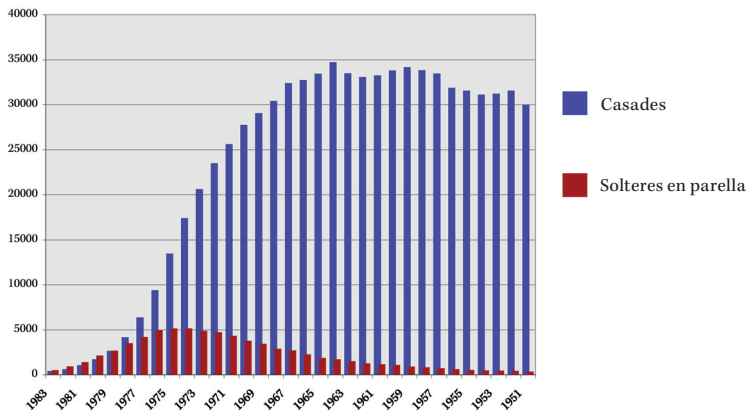


Fig. 4.- Parelles matrimonials i no matrimonials (per edat de la dona)

3) La **figura 4** pretén analitzar la relació entre parelles matrimonials i no matrimonials per edats, tot partint de l'edat de la dona. S'ha seleccionat la franja d'edat que va d'aquelles dones que tenien 18 anys l'any 2001 a les que en tenien 50. És curiós observar alguns aspectes:

- En la franja d'edat que va dels 18 als 21 anys, el nombre de dones que conviuen sense casar-se és lleugerament superior al nombre de dones que s'han casat. La xifra s'equipara als 22 anys i comença a distanciar-se amb un increment molt acusat a partir dels 25 anys, edat en la qual el nombre de dones que viuen casades pràcticament dobla el de dones que viuen en parella. A l'edat de 26 anys, la xifra de dones casades triplica les que viuen en parella, i a l'edat de 27 la quadruplica.
- Malgrat tot, en termes absoluts, el nombre de dones que viuen en parella sense casar-se continua augmentant fins als 26-27 anys, per començar a caure als 28 i de manera molt més significativa a partir dels 30 anys. Als països del nostre entorn es destaca també que la convivència al marge del matrimoni és més freqüent entre la gent jove que entre la gent gran, si bé s'ha anat estenent a la gent no tan jove en una proporció que en la majoria dels casos és superior a l'espanyola (KIERNAN 2004, 35 i s.).

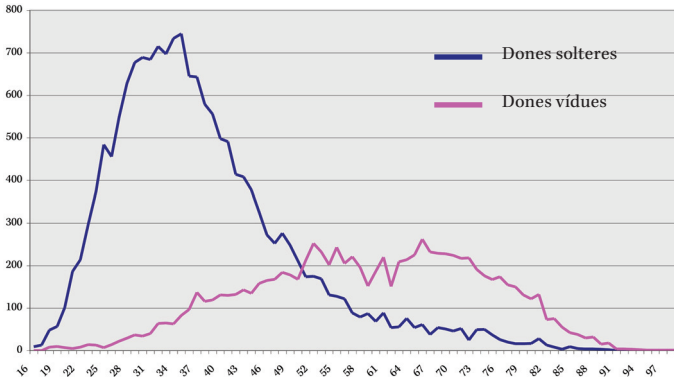


Fig. 5.- Parelles en què la dona és soltera o vídua (per edats)

6) La **figura 5** mostra la relació entre dones solteres i total de dones vídues que viuen en parella. Com es pot observar, a mesura que va disminuint el nombre de dones solteres que viuen en parella va augmentant el nombre total de dones vídues que viuen en aquesta situació. Entre els 50 i 51 anys hi ha un nombre molt similar de dones solteres i vídues que viuen en parella (aproximadament 200 de cada col·lectiu) i a partir d'aquesta edat es comença a invertir la tendència, si bé el màxim de dones vídues que viuen en parelles en xifres absolutes (252 a l'edat de 52 anys) no és ni una tercera part del màxim nombre de dones solteres que viuen en parella (745, a l'edat de 35 anys).

II. LA REGULACIÓ CATALANA ACTUAL I ELS POSSIBLES MODELS

Malgrat que les dades aportades confirmen que a Catalunya, com en altres països, la convivència en parella estable no matrimonial és un fenomen que es dona majoritàriament entre gent jove, els sociòlegs consideren que la millor distinció que es pot fer en l'actualitat no és entre convivència juvenil i convivència adulta, sinó entre convivència provisional o a prova i convivència amb projecte de futur.

La convivència provisional (*cohabitation au présent*) és una forma de vida associada a la tolerància pel que fa a la relació sexual i afectiva però sense un projecte a llarg termini de vida en comú o de formació de família. Aquest tipus de convivència està més estès entre els joves —com hem vist— però també es dona entre adults de més edat després d'un divorci o d'una separació o, fins i tot, després de la viduïtat.

La convivència amb projecte de futur és una forma de convivència que s'associa a un projecte de vida en comú, amb fills o sense, però, en tot cas, a llarg termini, i s'indica que en aquest tipus de convivència la conducta i els valors no són diferents dels que imperen en el matrimoni modern: el convivent es considera com una

mena de “cònjuge informal” i la convivència com una mena de “matrimoni sense papers” (*marriage sans papiers*).

El problema es planteja, però, pel fet que és extremadament difícil distingir entre aquests dos models sociològics de convivència amb dades quantitatives. Sovint moltes unions que han acabat essent unions a llarg termini o, fins i tot, matrimonis han començat com a convivències provisionals, amb una sèrie de transicions molt informals entre els diversos cicles o etapes vitals (THÉRY 1998, 32 i s. i *passim*; THÉRY 2001, 138). En termes generals, el que incrementa la convivència no és un rebuig categòric de la institució del matrimoni (THÉRY 1998 i 2001, *ibídem*) i, en el cas espanyol, el que frena la seva expansió no són tampoc conviccions morals o religioses, sinó el difícil accés a l’habitatge, que dificulta enormement als joves no només la possibilitat de casar-se, sinó també de viure en parella (TOBÍO 2001, 83-84).

Cal, per tant, intentar desmitificar tots els tòpics i, a l’hora de replantejar la regulació de les parelles de fet heterosexuales, veure en quina mesura es pot compaginar la protecció de la parella que concep la seva relació com un projecte de vida en comú semblant al matrimoni amb la protecció de la llibertat, autonomia i independència de la parella que concep la seva unió com una convivència lliure, al dia i sense projectes a llarg termini.

Com és ben sabut, la LUEP es caracteritza pel fet de regular amb un cert paral·lelisme però de manera no idèntica un determinat segment de parelles de fet el qual, per simplificar —i sense prejudicar posteriors matisacions—, es pot definir com el d’aquelles parelles que podrien contreure matrimoni si volguessin (les heterosexuales) o si els deixessin (és a dir, en el cas de les homosexuals si, com es diu ara, “s’obris el matrimoni”). Per tant:

- a) Una primera qüestió que cal analitzar, com a gran línia de política jurídica, és **l’exclusió de la regulació catalana d’aquelles unions en les quals tots dos convivents o només un d’ells estan separats legalment o de fet**. És ben sabut que aquests convivents, malgrat conviure maritalment, no poden constituir una parella LUEP ni per convivència perllongada en el temps (dos anys), ni per convivència qualificada (fill comú), ni per constitució formal (escriptura pública).
- b) Una segona qüestió és l’existència de **dues modalitats de constitució per a les parelles heterosexuales**, una de basada en dades factuais i una altra de basada en una declaració formal solemnitzada en escriptura pública, **a les quals la LUEP atribueix els mateixos efectes**.
- c) La tercera qüestió és **quin abast i quins límits ha de tenir una regulació factual de la parella de fet**, on un tractament detallat —que no es pot dur a terme aquí— portaria a analitzar quin ventall de drets i deures han de quedar inclosos en la regulació i sobretot de quin tipus:

drets i deures públics (drets socials, fiscals, equiparació amb els drets de què gaudeixen els cònjuges en matèria processal, etc.) i drets i deures privats. Ulteriorment, en els aspectes de dret privat, si s'han de regular drets i deures només dels convivents entre ells mateixos o també en la seva relació amb tercers; des d'una altra perspectiva, si aquests drets es refereixen a les relacions que es produeixin durant la convivència o com a resultat de la ruptura i, en aquest darrer cas, quins ha de generar la ruptura entre vius i quins la ruptura per causa de mort.

Certament, aquestes tres qüestions estan directament relacionades i resulta molt difícil exposar-les independentment.

Finalment, com a ombra que plana en tota aquesta qüestió, cal esmentar la consideració del matrimoni com a punt de referència, tant com a sostre de drets i deures que la regulació de la convivència no pot superar perquè es tracta, a diferència de la unió no matrimonial, d'una institució no garantida constitucionalment (cf. art. 32 CE), com de mirall al qual una concepció molt estesa intenta reflectir tota regulació en tenir present només el model sociològic de convivència, com diuen els sociòlegs francesos, del *marriage sans papiers* i no de la *cohabitation au present*.

1. El problema de les parelles heterosexuales excloses

És ben sabut que, darrere de l'exclusió dels beneficis de la LUEP d'aquelles parelles en les quals, tot i conviure maritalment, un dels seus membres continua estant casat (perquè en comptes de divorciar-se només s'ha separat de fet o judicialment), existeix la idea que aquestes parelles tenen una solució fàcil: la de divorciar-se. En aquest sentit, és una regulació que no és promatrimonial però sí prodivorcista. Des d'un punt de vista teòric, aquesta opció seria imposada en un dels models de constitució de la unió estable LUEP que adopta el legislador: el de constitució formal.

El model de constitució formal d'unió heterosexual no permet que una parella estableixi un nou *status* incompatible amb un matrimoni contret anteriorment i no dissolt.¹ Entre altres raons, perquè els cònjuges tenen un conjunt de drets i

¹ Com que parlar d'estat civil o *status* pot ser entès de maneres molt diverses, cal matisar què es vol dir. En primer lloc entenc *estat civil* no en el sentit clàssic que determinava la capacitat d'obrar de l'individu, sinó la subjecció a un estatut jurídic de drets i deures. En segon lloc, en parlar de *status*, no prejutjo si les parts de la relació jurídica, en l'ús de la seva autonomia de voluntat, poden alterar-los o no. Dit d'una manera més clara: no pretenc ressuscitar la concepció publicista del dret de família que tant predicament va tenir al nostre país per influència de la civilística italiana de la mà de CICU. Em refereixo simplement a l'estatut o conjunt de regles que regulen la major part dels aspectes d'una relació social sense que les parts les estableixin expressament. Les parts podran modificar o no aquestes conseqüències, però el legislador, a la vista d'un determinat comportament factual o negocial de les parts, les atribueix.

deures (cf. art. 66 i s. CC) entre els quals es destaca el de viure junts (cf. art. 68 CC, o encara que, expressament, no com a deure, creen la “comunitat de vida” de l’art. 1 CF). Malgrat que els membres de les unions estables de parella no tenen aquest deure, semblaria incongruent permetre establir un nou *status*, amb un conjunt de drets i deures durant la convivència, per a aquells que, per definició, infringeixen el principal deure matrimonial (o “una comunitat de vida” consubstancial a la idea de matrimoni). Aquest és el model adoptat en la majoria de països del nostre entorn només per a la parella homosexual; com que als seus membres els està vedat l’estatus matrimonial, cal atribuir-los-en un de substitutiu. Aquest estatus substitutiu pot ésser de menor contingut (cas anglès, cas alemany, per exemple), però també pot arribar a diferenciar-se del matrimoni en molt poca cosa més que en el nom, és a dir, en el fet de no poder-se anomenar *matrimoni* (com és, a grans trets, el cas de la majoria de regulacions de parelles inscrites dels països nòrdics i de les parelles inscrites dels Països Baixos).

L’opció d’excloure aquelles parelles heterosexuales que no es podrien casar no encaixa bé, en canvi, amb un model basat en dades factuais. Per atribuir uns determinats drets i deures, aquest model pren com a punt de referència el fet de la convivència en parella, a la qual el legislador afegeix dos índexs que, al seu entendre, permeten considerar que comporten la nota d’estabilitat necessària per requerir la seva tutela jurídica: que la convivència hagi durat un determinat nombre d’anys o bé que els convivents hagin tingut un fill comú. Aquest model, popularitzat per una de les regulacions més famoses i més estudiades, la de Nova Gal·les del Sud del 1984, no discrimina entre els convivents que es podrien casar i els que no es podrien casar.

Les dades més globals del cens no permeten esbrinar quin percentatge de parelles de fet ha renunciat a regular el legislador català pel fet d’haver establert que la Llei només es pot aplicar a aquelles persones que conviuen “sense impediment per a contreure matrimoni” (art. 1.1 LUEP). Aquestes dades del cens ens diuen només que les parelles heterosexuales són el 98 % de les parelles no matrimonials existents a Catalunya, però només distingeixen entre parelles de convivents “solters” i aquelles parelles en les quals “almenys un dels membres de la parella està o *ha estat casat*”. Aquest enfocament sociològic, des del punt de vista de la realitat jurídica catalana, no ens és de gaire utilitat, perquè no permet destriar quines són, si em permeten l’expressió, les parelles *luepeitzables* (és a dir, les que potser encara no són LUEP avui però són susceptibles de quedar regides per la LUEP, si més no, pel simple decurs del temps) i quines no ho són. Tanmateix, si es treballen més les dades dels cens que proporciona l’INE, és possible obtenir dades molt més reveladores.

	<i>Home casat</i>	<i>Home solter</i>	<i>Home vidu</i>	<i>Home separat</i>	<i>Home divorciat</i>	
<i>Dona casada</i>	1.412.522	4.103	866	1.188	521	
<i>Dona soltera</i>	4.480	70.577	635	5.393	6.235	
<i>Dona vídua</i>	2.639	2.548	1.688	1.209	1.124	
<i>Dona separada</i>	3.421	4.738	385	5.513	1.482	
<i>Dona divorciada</i>	899	5.639	403	2.032	4.138	
<i>Parelles LUEP</i>		78.764	2.726		11.497	92.987
<i>Parelles no-LUEP</i>	11.439	8.841	1.251	15.335	2.003	38.869
<i>Total parelles no casades (9%)</i>						131,856
<i>Total parelles casades (91%)</i>						1.412.522

Fig.6.- Qui conviu en parella a Catalunya?

La **figura 6** intenta esbrinar aquestes dades tot creuant l'estat civil de les dones que viuen en parella amb l'estat civil del seu convivent de fet. Simplement com a punts de referència, s'indiquen el nombre total de parelles matrimonials i el de totes les parelles no matrimonials, amb els percentatges respectius arrodonits. Però el que és més important:

- En **blau** s'indiquen aquelles parelles que són o que necessàriament seran LUEP (perquè no hem d'oblidar que, en la regulació actual, "si no hi ha impediment per contreure matrimoni" i la convivència és "marital" (cf. art. 1.1 LUEP), aquesta "condició" d'unió estable o parella LUEP s'adquireix de manera inexorable pel simple decurs de dos anys, sense que els convivents no puguin fer altra cosa que deixar de ser convivents o canviar de veïnatge civil si no volen ser LUEP. Són aquelles parelles en què la dona soltera, vídua o divorciada conviu amb un home que també és solter, vidu o divorciat. Tot plegat, 92.000 parelles, on destaca, com a col·lectiu més nombrós, el format per solters i solteres (70.577).
- En **rosa** s'indiquen aquelles parelles que no podran ser LUEP precisament perquè l'impediment de vincle matrimonial subsistent (cf. 46.2 CC) els ho impedeix. Es tracta, doncs, d'aquelles situacions en les quals un dels dos és casat o separat (sense divorciar). Cal dir, però, que, en determinats casos, les dades estadístiques no permeten fer una discriminació més acurada: per exemple, si tots dos diuen que estan casats, aquestes parelles passen a incrementar el nombre de casats

encara que no estiguin casats entre ells. Deixant de banda aquesta situació (que encara incrementaria més el nombre de parelles no-LUEP), resulta que el nombre total de parelles no-LUEP seria de 38.869.

Si convertim aquesta xifra en percentatges, veiem a la **figura 7** que el 29,48 % de les parelles catalanes, és a dir, gairebé una tercera part, han quedat orfes de regulació, perquè, si mantenen la situació en la qual viuen (és a dir, si no es divorcien els casats o separats), no els seran aplicables les previsions de la LUEP per més temps que convisquin.

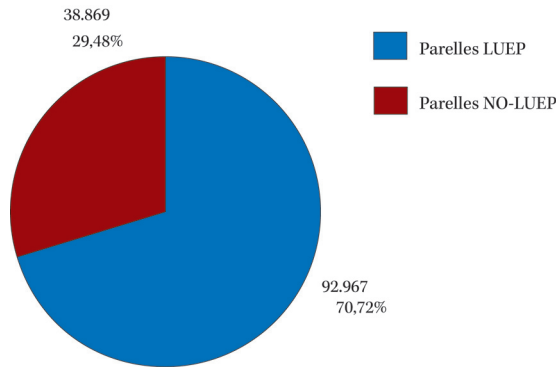


Fig. 7.- Parelles heterosexuales no casades: LUEP i no-LUEP

7) La **figura 8** mostra el percentatge de dones vídues que no quedaran protegides per la normativa de la LUEP pel fet que els seus companys són homes casats (és a dir, separats de fet) o homes separats (és a dir, judicialment) i no divorciats. Segons les dades que resulten del cens del 2001, el percentatge d'aquest col·lectiu és del 42 % de totes les dones vídues. Veiem, doncs, que l'exclusió de les dones vídues dels beneficis de la LUEP se situa al voltant dels 12 punts per sobre de la mitjana (mostrada a la **figura 7**), que es tracta d'un col·lectiu de 4.848 dones (**figura 6**) i que la majoria se situa per sobre dels 52 anys (**figura 5**).

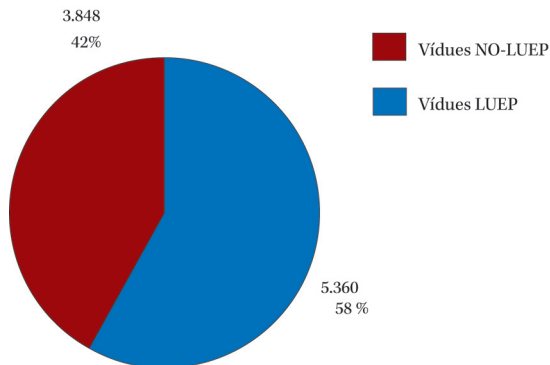


Fig. 8.- Parelles en què la dona és vídua no-LUEP / vídua LUEP

Penso que en una futura reforma cal replantejar l'exclusió d'aquells i aquelles que “no es podrien casar”. Si la raó de la LUEP i les lleis que han seguit el seu exemple a l'hora de conferir drets o imposar obligacions als membres d'una unió estable era protegir el convivent feble o, simplement, superar la injustícia que pot comportar la manca de regulació, hi haurà ocasions en què la necessitat de protecció o d'assolir un resultat just es donarà també en un supòsit en què vincle matrimoni preexistent i convivència en parella coexisteixen i se sobreposen. Certament, optar per un model factual amb totes les seves conseqüències comportarà la necessitat d'establir criteris per compatibilitzar un eventual estatus matrimonial que no s'ha dissolt amb els efectes que la llei atribueix a una situació de convivència de fet, però els tribunals ja han hagut de resoldre conflictes d'aquesta mena i sense l'ajut del legislador.

Cal recordar aquí, per exemple, el conegut cas de la STS 5.7.1999 [RJ 1999\5818], que va haver de resoldre el conflicte originat per la mort en accident de circulació d'un senyor que estava casat però en tràmits de separació i que vivia de fet amb una altra dona en el moment de l'accident. Les persones possiblement legitimades per reclamar indemnització, en virtut de la taula I del sistema de valoració de danys personals de la *Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* (LRCSCVM), eren, d'una banda, el cònjuge — respecte al qual la llei només exigeix que no estigui separat *legalment* (èmfasi afegit) en el moment de l'accident — i el convivent de fet, atès que el sistema de valoració disposa, amb una fórmula no gaire afortunada, que “las uniones conyugales de hecho [*sic*] consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho”. El Suprem va concloure en aquest cas que la indemnització prevista per la Llei s'havia de repartir a parts iguals entre el cònjuge encara no separat judicialment i el convivent de fet. Però... per què a parts iguals? Pel principi d'igualtat? Per un salomònic sentit de la justícia?

La qüestió la va perfilar més la STC 241/2000 (Sala Primera), de 16 d'octubre, en el famós cas de la “vídua cordovesa”, supòsit similar a l'anterior, en el qual els cònjuges feia 25 anys que s'havien casat, però no s'havien separat legalment, i el cònjuge mort en l'accident en feia ja 18 que vivia en relació de parella amb una altra persona. En aquest cas, l'Audiència Provincial de Còrdova, per resoldre el conflicte, no va partir de la salomònica igualtat, sinó que va prorratejar la indemnització global en funció no del temps efectiu de convivència (25 - 18 = 7 anys de convivència matrimonial i 18 d'extramatrimonial), sinó en funció de la durada de cadascuna de les dues relacions, és a dir, la de cònjuge i la de convivent que s'havia superposat a l'anterior. El Tribunal Constitucional denega a la convivent sobrevivent l'emparament que havia sol·licitat pel caràcter arbitrari i irraonable i per error patent d'aquest sistema de prorrateig, tot indicant que “la situación matrimonial, aún carente de convivencia efectiva, ha sido una situación personal libremente elegida por el fallecido y su esposa y que no se extinguió por

su consentimiento, sino por la muerte. Es el accidente, entonces, el que priva a la esposa de su marido y el que modifica el estado civil por ella querido”.

El Constitucional dóna per bo un criteri que atén una de les dades més rellevants en aquesta mena de situacions, com és ara la durada de la relació, un criteri que en termes generals hauria d'ésser més tingut en compte en les relacions de parella.

En tot cas, cal tenir present que, per moltes dificultats que ofereixi regular unions estables constituïdes d'acord amb un model factual i que prescindeixen del vincle subsistent, pot plantejar menys contradiccions que deixar la resolució dels conflictes en mans dels sentiments de justícia i equitat del jutge, sobretot si ens referim a les relacions dels convivents entre si i, de manera molt assenyalada, als conflictes que presenta la ruptura de la parella per crisi de convivència.

És ben sabut que l'anàlisi de la jurisprudència del TS (molt més abundant en aquest punt que la del TSJC) demostra que els seus criteris han estat erràtics, tot considerant que entre els convivents ha existit una comunitat ordinària (per exemple, SSTS 18.5.1992 [RJ 1992\4907], 29.10.1997 [RJ 1997\ 7341]), que la ruptura dóna lloc a la responsabilitat civil extracontractual (STS 16.12.1996 [RJ 1996\9020]) o a l'enriquiment injust (SSTS 11.12.1992 [RJ 1992\9733], 27.3.2001 [RJ 2001\4779]). Si bé el TS ha declarat reiteradament que unió de fet i matrimoni són dues realitats diferents i no assimilables i que del que es tracta és de “proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil” (cf., entre moltes altres, STS 10.3.1998 [RJ 1998\1271] i 27.3.2001 [RJ 2001\4770]), tot aplicant els principis general de dret, no només ha atribuït l'habitatge familiar al convivent més feble (STS 5.7.2001 [RJ 2001\4993] i 16.7.2002 [2002\6246]), sinó que ha arribat a confondre grollerament la convivència amb el matrimoni i atorgar pensions compensatòries mitjançant l'aplicació analògica de l'art. 97 CC (SSTS 5.7.2001 [RJ 2001\4993], 16.7.2002 [RJ 2002\6246]).

Així, l'exclusió de la LUEP d'aquells que no es podien casar pot fer que l'activisme judicial acabi atorgant més drets als que no poden acollir-se a una regulació de parelles que als que sí que ho poden fer. Aquest pot ser el cas quan s'aplica alguna d'aquestes doctrines generals, com ara la de l'enriquiment injust, de manera excessiva i desproporcionada i, fins i tot, conculcant obertament l'autonomia de la voluntat de les parts formalment expressada, sense que aparentment hi hagi cap part feble a la qual protegir. Com un dels exemples més destacats, cal recordar aquí el cas resolt per la STS 17.1.2003 [RJ 2003\4], la qual aplica la doctrina de l'enriquiment injust en una parella que havia conviscut gairebé vint anys i que havia tingut dos fills. La parella havia signat un acord en el qual, a més de posar fi a la convivència, s'establí amb càrrec al convivent el pagament d'una pensió mensual de 40.000 PTA per atendre el manteniment del fill comú menor d'edat i l'obligació de facilitar a l'exconvivent un habitatge durant un període de vuit anys. Malgrat l'acord, l'exconvivent beneficiada va reclamar que es declarés que havia

existit entre els convivents alguna mena de comunitat (parla alternativament de “comunitat de béns”, “societat universal de guanys”, “societat de ganancials”) i que fos quin fos el tipus de comunitat, “se procediera a la disolución y liquidación de la misma asignando a cada uno de los convivientes la mitad del valor de los bienes adquiridos en el período de duración de dicha convivencia”. Tant el jutjat de primera instància com l’Audiència Provincial van considerar que la demandant “no acreditó haber participado con dinero o aportación económica propia en la adquisición del referido patrimonio que figura, todo él, a nombre y adquirido por el varón, no constando tampoco que haya trabajado por su cuenta...”. Malgrat aquestes circumstàncies, el TS casa la sentència de l’Audiència Provincial i, després d’assenyalar breument que no cal recórrer a considerar que ha existit cap mena de comunitat, per aplicació de la doctrina de l’enriquiment injust, condemna l’exconvivent a pagar a l’actora un terç del valor de tots els béns que ell havia adquirit exclusivament durant el període de convivència.

Finalment, i per acabar ja aquest punt, cal concloure que no es pot justificar que la LUEP renunciï a oferir la seva protecció al col·lectiu de convivents que, sigui per la raó que sigui, no s’han divorciat o conviuen amb algú que no s’ha divorciat, ni en l’eventual existència de conflictes irresolubles o ni amb el simple argument retòric que si volen la protecció que els ofereix la llei, que es divorciïn. Això darrer seria com capgirar aquella tan coneguda expressió que tothom atribueix a Napoleó i, tot parafrasejant-la, dir que “si els convivents *passen* de la Llei de divorci, la LUEP *passa* d’ells”. Els ciutadans —sobretot si no són juristes— no *passen* de manera recalitrant de la llei, sinó que tendeixen a desconèixer-la. Com demostra el Baròmetre d’Opinió del CIS del juny del 2004, un 50,3 % dels ciutadans enquestats diuen que sí a la pregunta de si saben si alguna comunitat autònoma ha aprovat una llei de parelles de fet (pregunta 12). Ara bé, quan als que diuen que sí hom els pregunta, ulteriorment, si saben si a la seva comunitat autònoma hi ha o no una llei de parelles, només un 22,2 % diu que la seva comunitat autònoma té llei de parelles i un 54,1 % que no en té. Caldria veure encara si l’afirmació dels que diuen que la seva comunitat autònoma té llei de parelles es correspon amb la realitat. O el que encara és més important: si quan diuen que no té llei de parelles es correspon o no amb la realitat, la qual cosa és estadísticament molt improbable, perquè si més no onze de les disset comunitats autònomes tenien lleis de parelles al juny del 2004.

2. Les dues modalitats de constitució: constitució formal i constitució factual

L’any 1998 el legislador català, després d’analitzar els diversos models de constitució de la unió estable de parella, va optar per una barreja de models, que, en l’actualitat, dona lloc a una sèrie de contradiccions que no són fàcils de superar. Principalment pel fet que, com que comporten sempre les mateixes conseqüències amb independència de la modalitat de constitució, els efectes que

la Llei els atribueix poden ser excessius quan la unió s'ha constituït de manera factual, o poden ser insuficients pel desig de compromís que vulguin adquirir els que declaren formalment voler establir una unió estable. Com que ja m'he referit en un altre lloc (MARTÍN CASALS 2000, 1146) amb més detall als problemes que en relació amb la LUEP planteja aquesta barreja i confusió de models, no m'hi estendré aquí.

El mimetisme de voler equiparar les parelles heterosexuales amb les homosexuals ha portat altres comunitats autònomes (com ara Aragó, art. 3.1, o Navarra, art. 2.2) a estendre la doble via d'unió estable a les unions homosexuals, amb la qual cosa han estès el problema. En canvi, en altres lleis més recents, com ara la balear (2001) o la basca (2003), aquesta doble via d'entrada ha estat substituïda per una via diferent i s'ha abandonat la via formal de constitució mitjançant escriptura pública per ser substituïda per la inscripció en un registre que es crea expressament. Així, per exemple, l'art 1.2 de la llei balear diu que “[P]ara que sea de aplicaci3n esta Ley, los miembros de la pareja tendr3n que cumplir los requisitos y las formalidades que se prevé, no estar bajo ning3n impedimento que afecte a alguno de ellos o a su relaci3n, e inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de les Illes Balears. *La inscripci3n en este registro tiene car3cter constitutivo*” (èmfasi de l'autor). També recalca aquest extrem l'art. 3.1 de la llei basca, en dir que el registre de parelles que crea “...tendr3 car3cter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les ser3 aplicable la presente ley”.

Quin perill té fer dependre l'aplicaci3 de la normativa de les unions estables al fet que els convivents manifestin expressament la seva voluntat d'acollir-s'hi o hagin de complir algun requisit formal? Doncs que la regulaci3 que així s'estableixi continuar3 sense aplicar-se a un gran nombre de parelles i que els problemes que es plantegin hauran de continuar essent resolts, sense una orientaci3 clara, pels tribunals. Ja s'ha fet referència abans a quin és el grau de coneixement de la realitat jurídica de la convivència de fet segons el Bar3metre d'Opini3 del CIS de juny del 2004. Vegem ara a la **figura 9** no quines són les opini3s o els graus de coneixement, sin3 de quines dades disposem:



Fig. 9.- Parelles LUEP constituïdes mitjançant escriptura pública

La **figura 9** ens indica que, de moment, disposem de molt poques dades sobre les parelles LUEP que s'han constituït mitjançant escriptura pública des de l'entrada en vigor de la Llei. L'Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya ens ha indicat que entre el 1999 i finals del 2003 s'han constituït unes 2.400 parelles LUEP mitjançant escriptura pública. Hi ha dades per poblacions on destaquen les grans ciutats i alguna ciutat més petita (com ara Sitges, amb quaranta parelles constituïdes), si bé no hi ha dades que permetin diferenciar entre parelles heterosexuales i parelles homosexuals. En indiquen, però, que pensen que, un cop es dugui a terme una anàlisi més aprofundida de les escriptures fetes en aquests anys, la xifra podrà ser més alta.

A falta de poder fer qualsevol mena d'estimacions en relació amb les parelles LUEP homosexuals (totes haurien de ser per escriptura pública i no podem obtenir aquesta dada), les **figures 10 i 11** parteixen d'una realitat i d'una hipòtesi.

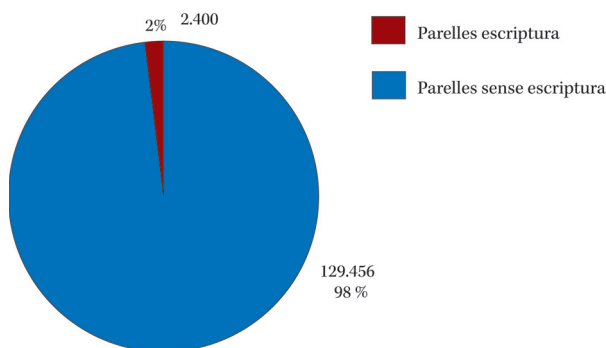


Fig. 10.- Percentatge de parelles que han optat expressament per la LUEP mitjançant escriptura pública (en relació amb el total de parelles heterosexuales + homosexuals)

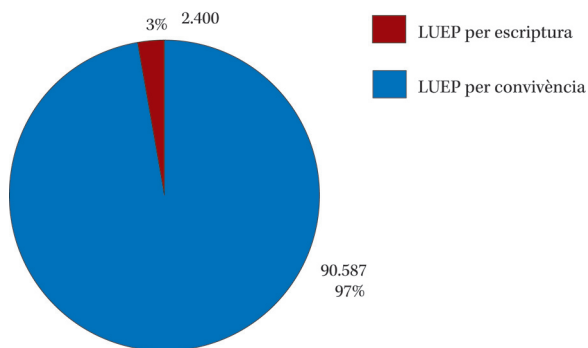


Fig. 11.- Hipòtesi de màxims de parelles LUEP heterosexuales constituïdes mitjançant escriptura pública

La **figura 10** ens indica el percentatge de parelles de fet heterosexuales i homosexuals que han adquirit la condició de parella LUEP per la via de l'atorgament d'escriptura pública: un 2 %.

La **figura 11** parteix d'una hipòtesi necessàriament falsa però il·lustrativa. Pren com a base el nombre total de parelles de fet heterosexuales *luepeitzables*, és a dir, susceptibles de convertir-se en parella LUEP per la simple convivència en el temps (o pel fet de tenir un fill comú) i vol esbrinar quin percentatge representarien les parelles que han optat formalment per acollir-se a la LUEP. Com que no es disposa d'aquesta dada, com a hipòtesi de màxims, es considera totes les parelles constituïdes en escriptura pública com si haguessin estat parelles heterosexuales. D'aquesta hipòtesi resultaria que en l'actualitat només un màxim del 3 % de totes les possibles parelles LUEP heterosexuales haurien optat per constituir la seva unió mitjançant escriptura pública.

3. L'abast i els límits d'una regulació factual de la parella de fet

3.1 *L'abast de la regulació*

A) Rebuig al mimetisme matrimonial

Certament, aquestes dades —fins i tot sense la possibilitat de diferenciar entre parelles heterosexuales i homosexuals— indiquen que la LUEP és efectiva entre els heterosexuales en la mesura que parteix d'un model factual. A més, aquesta efectivitat podria encara ésser superior perquè, com s'ha indicat anteriorment, el model factual no justifica que s'exclouï gairebé una tercera part de les parelles heterosexuales que conviuen a Catalunya simplement pel fet que no es podrien casar (vegeu la **figura 7**).

Ara bé, optar per un model factual amb totes les seves conseqüències comportarà no només la necessitat d'establir criteris per compatibilitzar un eventual *status* matrimonial que no s'ha dissolt amb els efectes que la llei atribueix a una situació de convivència de fet, sinó, sobretot, compatibilitzar l'abast d'aquesta regulació amb el respecte a drets constitucionalment garantits com la llibertat matrimonial (cf. art. 32 CE) i el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10.1 CE). En aquest sentit, s'haurà de tenir en compte que, com més densa sigui la regulació que la llei atribueix a la convivència, més ampli serà el camp de la possible col·lisió tant amb situacions anteriors que subsisteixen com amb els drets que hom vol preservar. Per aquestes raons, la regulació del model factual haurà de prescindir de regular la parella com si fos un matrimoni — o, el que a aquests efectes és el mateix, una unió de parella constituïda de manera formal, mitjançant declaració de voluntat — i atorgar-li els efectes que siguin necessaris per protegir-la en la seva especificitat de forma de família.

En contra del que la "correcció política" sovint porta a pensar, considerar que s'ha d'aplicar a les parelles de fet la regulació establerta per al matrimoni perquè

les dues situacions quedin equiparades no és una consideració progressista, sinó retrògrada i errònia. Retrògrada perquè —encara que hom no en sigui conscient— implica considerar que l'única família que el legislador ha de protegir és la matrimonial. Errònia perquè, com ha demostrat a bastament Encarna Roca (1990, 1055 i s.), aquesta concepció que identifica la família amb la família matrimonial ja fou superada pel constituent del 1978. Aplicar de manera mimètica la regulació del matrimoni a la parella de fet o pretendre que el legislador ho reguli així respon a una greu confusió entre matrimoni i família.

Com ha assenyalat Encarna Roca (1990, 1061 i s.), tradicionalment l'ordenament jurídic ha pres en consideració el matrimoni i el parentiu com a supòsit de fet per produir una sèrie de conseqüències jurídiques, com ara l'adquisició i pèrdua de determinats drets en l'àmbit del dret privat (aliments, pensions compensatòries, beneficis viduals), l'atribució de prestacions socials o d'un tractament fiscal determinat. Des de fa molt temps, però, la llei també ha considerat la convivència de parella no com una forma semblant o anàloga a la família, sinó com una de les formes d'establir una veritable relació jurídica familiar, tot atribuint-li una sèrie de conseqüències jurídiques en diversos àmbits, incloent-hi el civil.²

Aquesta realitat de la parella de fet com una de les possibles formes de família no podia ésser ignorada pel constituent del 1978 quan va atorgar la protecció constitucional a la família (art. 39.1 CE) i la va deslligar del matrimoni, tot recollint a l'art. 32 CE l'anomenat *ius connubii* o dret a contreure matrimoni, les condicions per al seu exercici i els efectes del matrimoni (ROCA, 1990, 1061 i s.). Tot confirmant aquesta tesi cal recordar, entre d'altres, la STC 222/1992, d'11 de desembre, en la qual el TC diu que “[N]uestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39). [...] El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el

² Com ara, per exemple, possibilitar adoptar [DA 3 Llei espanyola d'adopció del 1987]; possibilitar l'emancipació per concessió judicial quan qui exerceix la pàtria potestat convisqui maritalment amb una persona diferent de l'altre progenitor [art. 320.1r CC]; facultar per subrogar-se en l'arrendament d'habitatge [art. 16.1b) LAU]; donar lloc a la pèrdua del dret a percebre una pensió compensatòria [art. 101.1 CC, art. 86.1.b) CF] o de viduïtat [art. 174.3 LGSS]; atenuar o agreujar, segons els casos, la responsabilitat penal [art. 23 CP] o fins i tot eximir de la pena, en el delictes d'encobriment (art. 454 CP), i tenir transcendència en altres [cf. art. 424, 443, 444 CP].

art. 39...” (FJ 5º). Ara bé: afirmar aquesta necessitat de protecció de tots els models socials de família no significa afirmar que la protecció hagi de ser idèntica.

Per tant, la protecció social, jurídica i econòmica que, d’acord amb l’art. 39.1 CE, els poders públics han d’assegurar a la parella convivent no és necessàriament la del matrimoni, sinó la que li correspon com a família, i la raó de ser d’aquesta protecció es troba en la necessitat de remoure els obstacles que puguin impedir que la llibertat i igualtat dels ciutadans siguin reals i efectives (art. 9.2 CE) i possibilitar el lliure desenvolupament de la personalitat (cf. art. 10.1 CE).

Per totes aquestes raons, si bé la regulació aparentment més fàcil és l’extensió mimètica de la regulació matrimonial, no és la més encertada, perquè pot no correspondre a la diferent realitat familiar que és la unió estable de parella.

B) Un exemple de tracte diferent: els drets successoris del convivent sobrevivent

L’any 2002 el Consell de Europa, en cooperació amb la Comissió Europea i la Unió Internacional del Notariat Llatí, va organitzar la Sisena Conferència Europea de Dret de Família, la qual va tractar el tema de la protecció jurídica de la família en matèria successòria. En aquesta conferència es va destacar que, en la immensa majoria dels ordenaments jurídics europeus, el simple fet de la convivència com a parella de fet durant un cert temps no és suficient per atorgar al sobrevivent el dret a succeir en la successió intestada. S’apuntava que fins i tot un ordenament jurídic com el suec, que ha estat pioner en aquestes matèries, no reconeix drets successoris al convivent sobrevivent i hom justifica aquesta regla tant en el fet que la dissolució de la convivència de fet per mort és relativament estranya, com pel fet que per protegir el convivent sobrevivent (o simplement, que deixa de convida en vida) ja existeixen les disposicions de la Llei (1987 : 232) sobre la llar comuna — substituïda recentment per la Llei de convivència del 2003 [*Sambolgen*, SFS 2003 : 376)] □ , que estableixen un règim econòmic de comunitat diferida reduït però a la llar familiar i els béns de parament de la casa. Com a països que representen l’excepció s’assenyalaven Dinamarca, Eslovènia (on si concorren determinats requisits, el convivent sobrevivent s’equipara al cònjuge en la successió intestada) o la República Txeca, on, si bé el convivent sobrevivent no s’equipara al cònjuge sobrevivent, entra en el segon lloc en l’ordre successori (suposadament, després del fills) (PUELINCKX-COENE, 2002, 60 i s).

Una qüestió diferent és la d’aquelles països on la convivència s’ha constituït mitjançant una declaració de voluntat expressa i solemne de constituir la unió (parelles inscrites o registrades), si bé, com s’ha assenyalat, la majoria dels països (per exemple, Dinamarca, Suècia, Finlàndia, Alemanya, Regne Unit) reserven aquesta constitució formal a les parelles homosexuals, mentre que una minoria (Bèlgica, Països Baixos, França) admet que es puguin constituir formalment tant parelles heterosexuales com homosexuals. Als Països Baixos i Bèlgica, el convivent

sobrevivent heterosexual que ha constituït formalment el tipus d'unió previst gaudeix de la mateixa protecció que el cònjuge. A França, en canvi, el PACS o Pacte Civil de Solidaritat no atribueix cap mena de dret successori entre els convivents que el conclouen (HAHN, 2002, 27, diferents treballs a BOELE-WOELKI i FUCHS, 2003 i, més des de la perspectiva del dret internacional privat, l'excel·lent treball de GONZÁLEZ BEILFUSS, 2004).

Una de la conclusions de la conferència esmentada és que la majoria dels ordenaments jurídics europeus ha resolt parcialment el problema del convivent sobrevivent o bé possibilitant un estatut específic per al convivent homosexual, al qual s'accedeix mitjançant una declaració expressa i solemne, o bé permetent que els convivents homosexuals es casin. En canvi, la immensa majoria dels ordenaments jurídics europeus són refractaris a atorgar drets successoris a les parelles heterosexuals pel simple fet de la convivència, és a dir, sense l'existència d'una constitució formal (PUELINCKX-COENE, 2002, 72).

En les seves conclusions, la Conferència “no considera apropiat recomanar als Estats membres del Consell d'Europa que incloguin en la successió intestada al dret a succeir aquells convivents que no hagin manifestat de manera oficial la seva voluntat de convivència”, atès que “[D]e la situació de fet no es pot inferir que les parts hagin volgut que s'estableixi una protecció del sobrevivent de manera automàtica” (PUELINCKX-COENE, 2002, 72). Tanmateix, aquest equilibri entre el respecte entre la presumpta voluntat del causant i la protecció del convivent feble es pot assolir per altres vies, o bé successòries (legítima, no reducció per inoficiositat de les donacions fetes, etc.) o bé familiars (règim econòmic reduït a determinats béns, etc).

Això és el que ha fet l'art. 18 LUEP (*extinció per defunció*) en atribuir al convivent sobrevivent el dret al parament de la llar i, durant un any, a ésser alimentat amb càrrec al patrimoni del premort i a continuar vivint a l'habitatge comú. És a dir, ha traslladat a la parella no matrimonial els art. 35 (*parament de l'habitatge*) i 36 (*any de viduïtat*) del CF. El legislador català no dóna al convivent heterosexual el mateix tracte que el que dóna a l'homosexual a l'art. 34 LUEP (*successió intestada*), perquè considera que són dues situacions diferents i, més concretament, en declarar en el preàmbul de la Llei que “la parella homosexual no es pot casar encara que ho desitgi”, perquè en el cas de les parelles homosexuals la LUEP funciona com un succedani del matrimoni.

Ara que els homosexuals poden accedir al matrimoni, la raó decau i cal replantejar-ne la situació. Crec que el principal problema que es planteja no és la diferenciació entre l'orientació sexual de les parelles, sinó entre la seva forma de constitució. No hauria d'existir cap problema d'estendre drets successoris a les parelles heterosexuals que es constitueixin de manera formal, si es decideix mantenir aquesta forma de constitució, però sí que en planteja deduir de la simple convivència la voluntat d'afavorir el convivent sobrevivent. Si hom considera que

en l'actualitat no se'l protegeix prou, existeixen vies diferents de la seva crida com a hereu en la successió intestada. En cas d'insistir en la crida a la intestada, una regulació coherent de la convivència com a fet hauria de prescindir de l'eventual estat civil de les persones que conviuen, amb la qual cosa hauria d'atorgar drets tant als convivents que es podien casar com als que no i hauria d'arbitrar regles per resoldre l'eventual col·lisió entre els drets del cònjuge i els del convivent sobrevivents.

3.2 Límits

En un model de constitució factual de la unió estable, el legislador prescindeix d'un sistema d'accés a un determinat *status* mitjançant una declaració formal (*opt-in*), i estableix un conjunt de drets i deures que s'apliquen automàticament a aquelles que es troben en una determinada situació de fet (com ara haver conviscut durant cert temps o haver tingut un fill comú). Fins i tot, tot seguint un impuls pretesament igualitari, pot voler atribuir a aquesta relació convivencial els mateixos drets i deures que l'ordenament jurídic atribueix al matrimoni.

No sembla que calgui insistir més en el fet que això darrer no és possible, perquè el principi de llibertat matrimonial que deriva de la Constitució (art. 32 CE) implica no només una llibertat positiva, entesa com a dret a casar-se, sinó també un aspecte negatiu com a "dret a no casar-se" (FERRERES 1994, 163 i s.; MARTÍN CASALS 1995, 1714-1715), en el sentit que impedeix que el legislador pugui imposar als convivents els drets i els deures que deriven del matrimoni sense que aquests ho hagin manifestat lliurement.

Hom podria pensar aleshores que la llibertat matrimonial, en aquest aspecte negatiu, no es conculcaria si s'estableix que aquests drets i deures s'aplicaran als convivents només si no els exclouen, és a dir, si el legislador, malgrat partir de la premissa de l'equiparació entre convivència de fet i matrimoni si els convivents no diuen res, permet que manifestin la seva voluntat en contra i exclouin els drets i deures que deriven de la regulació (es a dir, un sistema d'*opt-out*).

No obstant això, de la mateixa manera que el legislador no pot limitar l'aspecte positiu de la llibertat matrimonial tot imposant obstacles irraonables, dilacions innecessàries o costos excessius a la seva realització, tampoc no pot limitar l'aspecte negatiu tot gravant el convivent que no vulgui els efectes amb la càrrega d'excloure'ls. Perquè aquesta limitació a la llibertat (art. 32 CE, però també i sobretot art. 10.1 CE) que suposa la càrrega d'haver d'excloure la regulació no suposi un obstacle irraonable, cal que l'efecte que s'imposa es justifiqui en la necessitat de protecció d'aquesta concreta forma de manifestació de família (cf. art. 39 CE). La protecció obliga, d'una banda, a revisar aquelles normes que atorguen la seva protecció únicament al matrimoni quan el que la justifica són precisament determinats aspectes de la situació familiar creada que poden ser comuns a altres formes de família; d'altra banda, obliga a estendre a la parella,

com a forma de família que és, aquelles normes que atribueixen prestacions i avantatges (però també gravàmens i desavantatges) a la relació familiar en la mesura que és relació familiar i no perquè és específicament matrimoni.

Aquesta tutela es concretarà en unes normes de dret social i fiscal i d'altres àmbits més específics, com ara les relatives a indemnitzacions per causa de mort o en els supòsits en què la llei atribueix la presa de decisions o l'atorgament del consentiment al familiar més pròxim, com ara en el cas del consentiment per substitució previst per l'art. 7.2 de la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica.

En la relació entre les parts, aquesta tutela del convivent feble ha de ser objecte de possible pacte per les parts. El legislador opta per establir unes regles que regiran a falta de pacte (per exemple, atribuir una compensació patrimonial per contribucions directes o indirectes que hagi fet un convivent per a l'altre; compensar costos d'oportunitat pel detriment que la convivència ha comportat per a un o l'altre, cf., per exemple, art. 13 i 14 LUEP) i les parts han de poder pactar altrament. La qüestió essencial, però, és quins són els límits que ha de tenir aquest pacte i, més concretament, si les parts han de poder excloure les normes per defecte que estableix el legislador. Es planteja aleshores un problema semblant al que presenta l'art. 15 CF. El tema ja ha estat tractat recentment per la doctrina (GARCIA RUBIO 2003, 1653-1673; EGEA FERNÁNDEZ 2003, 4551-4574) i ha estat objecte d'una altra ponència d'aquestes jornades. Malgrat això, i de manera telegràfica, em sembla que aquí caldria partir del principi general que aquests pactes són vàlids (art. 116-1 CCC i 1255 CC), amb els límits generals de l'autonomia de la voluntat i els que deriven de la tutela dels drets fonamentals. Ulteriorment, distingir entre els pactes conclusos en el moment de constituir la convivència en previsió de les conseqüències d'una ruptura eventual i futura (pactes preventius, *cohabitation agreements*) dels pactes que conclouen les parts quan decideixen separar-se (*separation agreements*). Respecte a aquests darrers, un límit ulterior es trobaria en el fet que el pacte no deixés un dels convivents en una situació en què no pogués subvenir a les seves necessitats i hagués de dependre de la solidaritat d'altres familiars o de la beneficència pública. En el segon cas, el de pactes preventius, a més a més s'hauria de tenir en compte el canvi imprevisible i sobrevingut de les circumstàncies que existien en el moment en què es va concloure el pacte. Com és ben sabut, en un moment en què en l'àmbit de les relacions contractuals patrimonials existeix la tendència a superar el formalisme dels vicis de la voluntat tradicional i es tenen en compte circumstàncies sobrevingudes, com ara l'anomenada *hardship* o d'excessiva onerositat, seria un contrasentit no considerar l'impacte que també poden tenir les circumstàncies sobrevingudes en l'àmbit dels negocis jurídics familiars.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- BOELE-WOELKI, K. i FUCHS, A. (ed.) (2003), *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Antwerp, Oxford i New York: Intersentia.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003), “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, a Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio-Manuel Morales Moreno i Fernando Pantaleón Prieto (comitè organitzador), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, Madrid: Civitas, tom II, p. 4551-4574.
- FERRERES COMELLA, V. (1994), “El principio de igualdad y el «derecho a no casarse»” (*A propósito de la STC 222/1992*), REDC, p. 163-196.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2003), “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, ADC, p. 1653-1673.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004), *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- HAHN, C. (2002), “The legal protection of the family in matters of succession — a comparative approach from the point of view of the European Commission”, a COUNCIL OF EUROPE, *Proceedings of the 6th European Conference of Family Law, The legal protection of the family in the matters of succession*, CONF/FAM (2002) PRO, PROCEEDINGS CONFFAM, 25-33.
- KIERNAN, K. (2001), “The rise of cohabitation and childbearing outside marriage in Western Europe”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15:1, 1-21.
- KIERNAN, K. (2004), “Unmarried cohabitation and parenthood in Britain and in Europe”, *Law & Políciy*, 26: 33-55.
- MARTÍN CASALS, M. (1995), “Informe de derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho”, ADC, 1709-1808.
- MARTÍN CASALS, M. (2000), “Comentari als arts. 1, 2, 3, 14, 19, 20, 21, 22, 31, disp. transitòria i disp. finals 2^a i 3^a de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella”, a Joan Egea Fernández i Josep Ferrer Riba (dir.), Albert Lamarca Marquès i Covadonga Ruisánchez Capelastegui (coord.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos.
- MARTIN, C. i THÉRY, I. (2001), “The PACS and marriage and cohabitation in France”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15,1: 135-158.
- MEIL LANDWERLIN, G. (2003), *Las uniones de hecho en España*, Madrid: CIS.
- Maria PUELINCKX-COENE (2002), “General report”, a COUNCIL OF EUROPE, *Proceedings of the 6th European Conference of Family Law, The legal protection of the family in the matters of succession*, CONF/FAM (2002) PRO, PROCEEDINGS CONFFAM, 51-73.
- ROCA TRÍAS, E. (1990), “Familia, familias y derecho de familia”, ADC, p. 1055-1091, p. 1061-1062.

- THÉRY, I (1998), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris: Odile Jacob - La Documentation Française.
- TOBÍO, C. (2001) "Marriage, cohabitation and the residential independence of young people in Spain", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15,1:68-87.

LA LLEI 10/1998, DE 15 DE JULIOL, D'UNIONS ESTABLES DE PARELLA: BALANÇ DE LA SEVA APLICACIÓ JUDICIAL*

JOAN EGEA FERNÀNDEZ

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI

I. Introducció	359
II. Una qüestió prèvia: l'absència d'una regulació processal homogènia i coherent	367
III. Requisits constitutius (arts. 1, 19 i 20 LUEP)	371
IV. Acreditació (arts. 2 i 21 LUEP).....	376
V. Autonomia de la voluntat. Límits (arts. 3, 15 i 22 LUEP)	377
VI. Despeses comunes (art. 4 i 23 LUEP)	380
VII. Adopció i tutela (art. 6, 7 i 25 LUEP)	382
VIII. Aliments (arts. 8 i 26 LUEP).....	383
IX. Extinció de la unió. Revocació de poders (arts. 12 i 30)	384
X. Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent (art. 13 i 31.1).....	389
XI. Pensió alimentària periòdica (art. 14 i art. 31.2).....	391
XII. Habitatge familiar (arts. 11 i 28).....	394
XIII. Efectes de l'extinció per mort	396
1. Drets de predetracció i dret a ocupar l'habitatge familiar durant l'any següent a la mort del company convivent (art. 18 i 33).....	396
2. Els drets de naturalesa successòria (art. 34 i 35)	397
3. El pacte de supervivència (arts. 44 a 47 CF)	399
XIV. Bibliografia	402

I. INTRODUCCIÓ

Des de la celebració de les Jornades, el mes de setembre de 2004, fins que la redacció revisada del text de la ponència ha quedat enllestida per a la publicació en el Llibre que recull el material d'aquelles, les Corts Generals han aprovat dues lleis que comporten un canvi substancial en el panorama legislatiu espanyol en matèria de dret de família, tant en relació amb el matrimoni, com de retruc, amb les parelles de fet. Em refereixo, d'una banda, molt especialment, a la *Llei 13/2005, d'1 de juliol, per la qual es modifica el Codi civil en matèria de dret a contreure matrimoni* (BOE núm. 157, de 2 de juliol) i, d'una altra, a la *Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria de separació i divorci* (BOE núm. 163, de 9 de juliol).

* Aquest treball s'emmarca en el projecte de recerca "El divorcio y los hijos. Ruptura y reconstitución". Ref: BJU2002-04218-C03-03, finançat pel Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Pel que fa a l'ordenament civil de Catalunya, és obvi que l'aprovació de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, ha de repercutir de forma particularment remarcable en la regulació dual que actualment fa la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (en endavant LUEP), encara que només sigui perquè ha deixat de tenir raó de ser l'argument emprat en el preàmbul de la llei, segons el qual l'especificitat de la regulació de les unions estables homosexuals es justifica perquè no poden contreure matrimoni. Això obligarà, en un futur immediat, a una intervenció legislativa del Parlament de Catalunya que ajusti el nostre ordenament a aquest nou marc legal. Partint de l'evolució sociològica que aquesta realitat convivencial ha tingut des de l'aprovació de la LUEP, i tenint present, també, aquesta nova normativa estatal, en aquest treball analitzaré bona part de la jurisprudència (de les Audiències i del TSJC) que ha generat l'aplicació de la Llei, a manera de balanç de la seva aplicació judicial per, a partir d'aquí, anar bastint unes modestes propostes de reforma.

Deixaré de banda el qüestionament global que un sector de la doctrina ha fet de la LUEP, en afirmar, per exemple, que el model convivencial o de *facto* s'hauria de limitar, com a màxim a la compensació, la pensió periòdica i els efectes derivats de l'extinció¹ o, directament, que cal adoptar solucions no intervencionistes, llevat en allò que afecta les parelles homosexuals².

¹ Vegeu en aquest sentit, Miquel Martín Casals (1995), p. 1800, i, més recentment, a la IV ponència d'aquestes Jornades "La regulació de la parella de fet: Lleis i models", on sosté que l'establiment d'un model factual comporta la necessitat d'establir criteris per a compatibilitzar l'abast d'aquesta regulació amb el respecte a drets constitucionalment garantits com la llibertat matrimonial (cf. art. 32 CE) i el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10.1 CE). Concretament, afirma que "[q]uan més densa sigui la regulació que la llei atribueix a la convivència, més ampli serà el camp de la possible col·lisió tant amb situacions anteriors que subsisteixen amb els drets que hom vol preservar. Per aquestes raons, la regulació del model factual haurà de prescindir de regular la parella com si fos un matrimoni -o, el que a aquests efectes és el mateix, una unió de parella constituïda de manera formal, mitjançant declaració de voluntat- i atorgar-li els efectes que siguin necessaris per a protegir-la en la seva especificitat de forma de família". Val a dir, que, com tindrem ocasió d'analitzar, la regulació de la LUEP resta força allunyada, encara, d'aquesta assimilació al matrimoni; així ho demostra, per exemple, l'abast limitat de la pensió alimentària de caràcter periòdic i els drets successoris, també força limitats en l'únic cas -les unions homosexuals- on, fins ara, es reconeixen. En un sentit semblant, José Antonio Martín Pérez (1998), pàg. 331, considera suficientment justificat que els convivents ostentin certs interessos legítims, especialment en el moment de la ruptura; a més entén que "[L]a equiparación total destruye el dualismo y hace una reductio *ad unum*, pero con fuente jurídica diversa: el negocio jurídico solemne, para el matrimonio; el contrato tácito o la mera convivencia para la unión de hecho".

² Aquesta és la posició que sosté, per exemple, F. Pantaleón Prieto (1998), pàg. 71, el qual és de l'opinió, a més (pàg. 74), que una norma que establís que entre els convivents hi ha obligació d'aliments, que hi ha règim econòmic matrimonial, que atorgués la pensió compensatòria en cas de ruptura o el dret a la llegítima seria inconstitucional, però que no ho seria, en canvi, l'atribució de drets successoris "*ab intestato*". La LUEP no segueix ben bé aquest criteri, però

perquè el legislador, en principi, no ha d'interferir entre les persones que lliure i voluntàriament han volgut quedar fora la institució matrimonial (donant per fet, és clar, que els fills queden protegits igualment ja que la potestat del pare i de la mare no depèn d'un previ matrimoni). Més recentment, d'una manera global, s'ha arribat a afirmar, fins i tot, que aquesta tendència d'equiparar les parelles no casades al matrimoni només en matèria de drets, però no tant en relació amb els deures i amb les obligacions (en referència, per exemple, a les presumpcions de frau de l'art. 11 CF, a la presumpció de donació de l'art. 12 CF, a la reserva successòria de l'art. 387 CS, etc.) és inconcebible en termes d'estricta constitucionalitat³.

En relació amb les qüestions sistemàtiques, només vull fer notar que, des d'un bon començament, l'Observatori de Dret privat de Catalunya ha proposat la inclusió la regulació de les parelles en el Llibre II (Família i Persona) del Codi Civil de Catalunya.⁴

En qualsevol cas, vist des d'una certa perspectiva històrica, és innegable l'efecte dinamitzador que, en el conjunt de l'Estat espanyol, va tenir l'aprovació de la Llei catalana d'unions estables de parella, atès que va servir de punt de referència per a la majoria de lleis autonòmiques (no totes, val a dir-ho, de naturalesa civil). A diferència de la LUEP, però, totes aquestes normes s'han decantat per no distingir entre les parelles homosexuals i les heterossexuals i, a més, la majoria condiona, també, la seva aplicació a la voluntat dels interessats de sotmetre's-hi, manifestada normalment a través de la inscripció en un registre específic. Tot seguit, assenyalaré alguns dels trets més remarcables d'aquestes lleis autonòmiques:⁵

tampoc ha acabat equiparant les unions estables al matrimoni; és més, si comparem el règim jurídic que dissenya la LUEP amb el que ha vingut configurant el Tribunal Suprem per a aquells territoris que no disposen d'una norma pròpia, la conclusió és que aquest, per la via jurisprudencial, i sacrificant la seguretat jurídica, ha anat força més lluny que el legislador català: sobre els criteris que manté actualment el Tribunal Suprem, podeu veure el treball de Cristina de Amunátegui Rodríguez (2004), pàg. 234., on critica la major generositat dels tribunals vers les reclamacions de les parelles de fet, en front de la rigorositat en l'exigència de la constància dels pressupòsits legalment establerts en les crisis matrimonials.

³ Matilde Cuenca Casas (2005). Pàg. 1 i ss.

⁴ L'any 2002, la ja dissolta Secció de dret de Família de l'Observatori de dret privat de Catalunya va fer una proposta de reforma (aleshores qualificada de mínims) de la vigent regulació de les unions estables de parella que pretenia unificar la regulació pels dos tipus de parelles, permetent també el pacte d'exclusió de la llei, dient que: "[E]ls convivents podran excloure per pacte en escriptura pública la seva submissió al règim d'aquest títol".

⁵ Majoritàriament, aquestes normes autonòmiques preveuen un règim jurídic voluntari per a les parelles de fet (sovint mitjançant la inscripció en un Registre específic); a banda de Catalunya, només Navarra i Aragó, entre les comunitats autònomes amb competència civil, Astúries i Canàries preveuen que també es puguin constituir fàcticament.

A Aragó, la Llei 6/1999, de 26 de març, sobre parelles estables no casades (reformada, per Llei de 3 de maig de 2004, que ha admès l'adopció conjunta per aquestes parelles) fixa un règim per a la crisi, semblant al de la llei catalana, és a dir, la pensió alimentària i la compensació econòmica pel treball i, pel que fa als drets successoris, es limita a una mena d'any de plor; la Llei Foral Navarresa 6/2000, de 3 de juliol, d'igualtat jurídica de les parelles estables, i la Llei basca, 2/2003, de 7 de maig, reguladora de les parelles de fet, admeten l'adopció, i, en el cas de crisi, també fixen un règim semblant al de la llei catalana, però els drets successoris es reconeixen, amb caràcter general, a totes les parelles equiparant-los als del cònjuge vidu; el mateix, llevat l'adopció, va fer, per a les Illes Balears, la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables; a València, la Llei 1/2001, de 6 d'abril, per la qual es regulen les unions de fet, a la Comunitat de Madrid, la Llei 11/2001, de 19 de desembre, sobre unions de fet, a Astúries per Llei 4/2002, de 23 de maig, de parelles estables, i a Canàries la Llei 5/2003, de 6 de març, de parelles de fet, com que les seves respectives competències no abasten els aspectes civils, deixen en mans de l'autonomia de la voluntat les conseqüències del cessament; a Andalusia, la Llei 5/2002, de 16 de desembre, de parelles de fet, es remet, quant als efectes de la crisi, a allò que hagin pactat les parts i, en l'àmbit successori, reconeix el dret del sobrevivent a l'atribució de l'habitatge habitual durant un any; per a Extremadura, la Llei 5/2003, de 20 de març, sobre parelles de fet, preveu una compensació econòmica per enriquiment injust semblant a la de la LUEP, així com la possibilitat d'acolliment. Finalment, el Decret de Castella-La Manxa 124/2000, d'11 de juliol, de creació i règim de funcionament del registre de parelles de fet, es limita a dir que les parelles registrades gaudiran dels drets i obligacions reconeguts per les lleis de l'Estat en els termes que aquestes assenyalin.

Llevat de disposicions aïllades en seus institucionals concretes, com ara els arrendaments urbans, l'adopció o el concurs, l'Estat encara no ha regulat globalment les parelles de fet. Així que, al marge de que la Llei 13/2005, d'1 de juliol, que estén el dret a contreure matrimoni a les parelles del mateix sexe, hagi vingut a resoldre la problemàtica més apressant, de moment, per als territoris de l'Estat que no disposen d'una regulació civil pròpia de les convivències *more uxorio*, continuaran sent els tribunals seguint la línia marcada per la jurisprudència del Tribunal Suprem, els encarregats de seguir donant resposta a aquesta manca de regulació, tot configurant un règim jurídic que s'ha caracteritzat per un clar decantament cap a l'equiparació de les parelles de fet al matrimoni. Per justificar-ho, el Tribunal Suprem s'ha valgut d'un argument que considero extremadament desencertat, ja que es basa en una concepció molt restrictiva i mancada de base constitucional, de les possibilitats diferenciadores del dret civil propi de les CCAA. Efectivament, per a concloure que les parelles de fet s'han d'assimilar a

les matrimonials –tal com, en part, han fet algunes comunitats autònomes- sosté que el principi d'igualtat dels espanyols inclou també la igualtat de drets en tots els ordenaments civils autonòmics;⁶ oblida, però, que la Constitució (juntament amb els Estatuts d'Autonomia) consagra, amb el reconeixement de competències a les Comunitats Autònomes, la llibertat de configuració normativa. En fi, a la STS de 21 de març de 2001 podem llegir:

“[D]e no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa que ha sido denostado por la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del art. 4.1...”

Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus autonomías tuvieran o no dicha Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles proclamado por el art. 14 CE”.

Certament, l'art. 14 CE garanteix la igualtat de tots els espanyols davant la llei, però això no treu que les comunitats autònomes, dins l'àmbit de les seves competències, puguin tenir regulacions diferents a les dels altres ordenaments autonòmics o a la del dret de l'Estat. O, és que el dret que els espanyols que viuen en parella tenen a ésser equiparats al matrimoni depèn de que prèviament alguna comunitat autònoma l'hagi reconegut? Per a mi, la clau no s'ha de cercar en la comparació entre els diferents ordenaments autonòmics, sinó, en tot cas, en si és constitucionalment sostenible, i fins a quin punt, tractar diferent el matrimoni i les convivències *more uxorio*.

Una altra sentència, en aquest cas de la Sala Social del TSJC (STSJC de 2 d'abril de 2000), en relació amb si una parella de fet amb un fill constituïa una unitat familiar als efectes d'una demanda de les prestacions d'atur, fa servir una argumentació semblant, en afirmar que “[m]ás que acudir a la legislación del Parlament de Catalunya, lo cual como único apoyo significaría hacer un distingo con el resto de comunidades, que no es correcto; y que hemos de acudir al concepto de familia que establece la Constitución y la interpretación que del mismo ha hecho el TC.”⁷

⁶ En la doctrina, M. Paz García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad constitucional” (en premsa), va més enllà i dubta, fins i tot, de què un grau tan elevat de diversitat normativa com el que es produeix en seu de parelles de fet no infringeixi el principi constitucional d'igualtat.

⁷ Cal tenir en compte que des de l'entrada en vigor del CCCat, el seu art. 111-4 disposa que les seves disposicions tenen el caràcter de dret comú a Catalunya, i que s'apliquen supletòriament a les altres Lleis.

En el dret comparat europeu, se segueixen models diversos. La majoria de regulacions, però, se centren en les unions homosexuals i es caracteritzen per l'establiment d'un règim de subjecció voluntària que les assimila força al matrimoni.

Holanda ha anat més enllà i després de que l'any 1998 aprovés una llei sobre les parelles registrades (homosexuals o heterosexuales), l'any 2001 va aprovar la Llei d'accés al matrimoni, que l'autoritza entre dos homes o dues dones. Un camí semblant ha seguit Bèlgica amb la Llei de 13 de febrer de 2003. Alemanya, per la seva banda, va aprovar l'any 2001 la *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (modificada el 6 de febrer de 2005), que atribueix a les parelles homosexuals gairebé els mateixos drets que el matrimoni, però sense incloure-les en la institució matrimonial. Això ja ho havia fet Dinamarca, amb la Llei de parelles registrades de 7 de juny de 1989 (modificada el juny de 1995 i el juny de 1999), Noruega, amb la Llei de 30 d'abril de 1993, Suècia, amb la Llei de 23 de juny de 1994, i Islàndia, amb la Llei de 12 de juny de 1996, les quatre, val a dir-ho, circumscrites també a les parelles homosexuals. A França, en canvi, la Llei de 15 de novembre de 1999 va regular l'anomenat "*Pacte Civil de Solidarité*", que es configura com un pacte contret entre dues persones del mateix o de diferent sexe per organitzar la vida en comú, però sense equiparar-les completament al matrimoni; aquesta mateixa llei defineix també el concubinat com a una unió de fet, tot i que no disciplina cap règim jurídic específic per a ell.

Passant ja a l'anàlisi de la jurisprudència generada a l'entorn de la Llei d'Unions Estables de Parella, cal advertir, primerament, que encara no ha transcorregut prou temps des de l'aprovació de la LUEP per a que hi hagi un cos consolidat de sentències de la Sala Civil del TSJC en aquesta matèria. Efectivament, s'han dictat unes vuit resolucions (incloent un Acte resolutori del seu President, en funcions governatives) que, genèricament, fan referència a les parelles de fet, de les quals, però, particularment per raons de temporalitat, només tres apliquen la LUEP.

En concret, dues es refereixen a procediments iniciats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei. Són les següents:

- *STSJC de 10 de març de 1997*. L'home va exercitar una acció declarativa del domini, juntament amb una de desnonament, contra la que havia estat la seva companya; aquesta oposava, en reconvençió, que li corresponia el dret d'ús de l'habitatge perquè així ho havien acordat verbalment en cessar la convivència i, a més, que la meitat li pertanyia en *pro indivís*; subsidiàriament, per si aquesta pretensió no era estimada, demanava 7,5 milions de pessetes (45.075,91 €) per l'enriquiment injust del company durant els set anys de la convivència. El TSJC considera que no havia quedat acreditat que hi hagués cap acord, ni que existís cap

mena de comunitat, així com que tampoc no concorrien els requisits de l'enriquiment injust.

- *STSJC de 15 de gener 2001.* Confirma la indemnització de 7.000.000 pta. (42.070,85 €) que l'Audiència havia fixat a favor de la dona i, seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem, plasmada, per exemple, en la STS de 3 de març de 1998, entén que, com que la convivència de fet és una situació no regulada per la llei ni pel costum, cal aplicar els principis generals del dret. Aplica, concretament, el principi de protecció del convivent perjudicat per la situació de fet, que deriva, segons apunta la pròpia sentència “[d]e normas constitucionales (art. 10 CE, principio de dignidad de la persona, art. 14 CE, principio de igualdad, art. 39 CE, principio de protección de la familia)” i també de normes de dret privat com l'art. 96 CC, la LAU i la doctrina del TC i del propi TS.

Tot i que la LUEP ja havia entrat en vigor en el moment de ser dictades, tres sentències més es refereixen a qüestions alienes, en principi, a dita llei. Em refereixo a:

- *STSJC de 10 d'octubre de 2002.* Declara la nul·litat d'actuacions d'un procediment seguit a Espanya per a la fixació d'un règim de visites entre el pare, que no tenia atribuïda la guarda, i el seu fill no matrimonial, perquè la sentència d'instància no havia tingut en compte que ja hi havia una anterior sentència del Batlle d'Andorra dictada l'any 1998.
- *STSJC de 13 de febrer de 2003.* Considera vàlid el pacte de supervivència estipulat l'any 1985 (abans, per tant, de l'entrada en vigor de la LUEP), per una parella de fet en la que, fins i tot, un dels convivents mantenia encara un vincle matrimonial anterior.
- *STSJC de 22 de maig de 2003.* El *petitum* es limitava, en aquest cas, a impugnar una compra feta a mitges pels convivents (que havien trencat la seva relació l'any 1999) al·legant que tot el preu l'havia pagat la dona. El TSJC considera que el fet que hi hagués hagut una convivència *more uxorio* i que l'acció de nul·litat s'interposés un cop havia cessat la convivència permeten presumir que darrera la compravenda s'hi amagava la voluntat de donar el preu.

Només en les tres resolucions següents –i, encara, amb alguns matisos– el TSJC aplica preceptes de la LUEP:

- *STSJC d'1 de juliol de 2002.* Tot i que quan van trencar la seva relació, l'any 1999, encara no feia dos anys des de l'entrada en vigor de la LUEP, com que la parella tenia una filla comuna, el TSJC va confirmar la SAP Barcelona (12^a) de 28 novembre 2001, que considera que hi havia unió estable de parella. Crida l'atenció, però, que la determinació efectiva

de la paternitat no s'hagués produït fins que ja estava en el tràmit d'apel·lació.

- *Acte resolutori del President del TSJC de 3 de desembre de 2003.* Es recolza en la doctrina assentada en la sentència de 13 de febrer de 2003 que estén la possibilitat d'establir pactes de supervivència a les parelles de fet.
- *STSJC de 12 de gener de 2004.* Planteja el tema de la compaginació del període viscut com a unió estable i el viscut immediatament després, ja com a parella matrimonial.⁸

Si el panorama jurisprudencial que ens ofereix el TSJC el completem amb les sentències de les Audiències catalanes, tindrem una visió més ajustada de quins són els aspectes que han centrat la litigiositat de la LUEP, certament no tan elevada com en el matrimoni, però que va en augment, ja que augmenta força aquest tipus de convivència.⁹ En aquest context, a més, destaca que només una sentència es refereix a les unions homosexuals.

En l'anàlisi de la jurisprudència sobre la LUEP, partiré de l'ordenació sistemàtica de la pròpia llei, que, recordem-ho, fixa dos règims separats, però de contingut força semblant, llevat en la forma de constitució (les unions homosexuals només es poden constituir en escriptura pública), la legitimació per a l'adopció (limitada, fins que no ha entrat en vigor la *Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació de la Llei 9/1998, del Codi de família, de la Llei 10/1998, d'unions estables de parella i de la Llei 40/1991, del Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya, en matèria d'adopció i tutela*, a les parelles heterosexuales) i els drets successoris (reconeguts només per a les unions estables homosexuals).

⁸ Per a més detalls, vegeu el meu comentari Joan Egea Fernández (2004).

⁹ D'acord amb les dades de la darrera actualització del cens per Instituto Nacional de Estadística (INE), l'any 2001 a Espanya vivien prop de 600.000 parelles de fet, de les quals 10.474 eren del mateix sexe (6.855 estaven formades per homes i la resta, 3.619, per dones). Això significa que, les unions homosexuals suposen el 0,09% dels més d' 11 milions de nuclis familiars que hi ha a Espanya. Segons aquestes dades, del total de nuclis familiars i parelles (11.162.722), 8,9 milions estan casats; 295.722 son parelles de fet en que ambdós són solters; i 268.001 es corresponen amb altre tipus de parelles de fet (en la que al menys un dels seus membres està o ha estat casat abans) "*El País, Sociedad*", 4 d'agost de 2004. Per a Catalunya, les dades que dona M. Martín Casals a l'altre ponència d'aquestes mateixes Jornades, "La regulació de la parella de fet: Lleis i models" són que, segons els cens de 2001, el nombre de parelles no matrimonials era de 131.856 (8,54%, taxa que ha doblat el 4,1% del cens de 1991), mentre que el nombre de parelles matrimonials se situava, el mateix any 2001, en 1.412.552 (un 91,46% amb un descens del 3,3% respecte de l'any 1991). Les dades específiques que aquest mateix autor dona per a les parelles homosexuals, també extretes del cens de 2001, són que en l'esmentada data hi havia a Catalunya 2.456 parelles homosexuals, la qual cosa suposa el 1,86% de les parelles no casades i el 0,16 % del total de parelles existents (casades i no casades).

II. UNA QÜESTIÓ PRÈVIA: L'ABSÈNCIA D'UNA REGULACIÓ PROCESSAL HOMOGÈNIA I COHERENT

Tot i que l'art. 9.3 EAC (que es correspon amb l'art. 149.1.6^a CE) reconeix que la Generalitat de Catalunya té competència exclusiva sobre “*normes processals... que es derivin de les peculiaritats del dret substantiu de Catalunya*”, la Disposició Addicional de la LUEP més aviat sembla partir de que aquesta és una competència estatal,¹⁰ ja que es limita a fer una remissió molt genèrica, gairebé supèrflua, quan afirma que: “[M]entre l'Estat no legisli sobre les matèries regulades en aquesta Llei i sobre la competència judicial corresponent, correspon a la jurisdicció ordinària el seu coneixement mitjançant els procediments establerts”.

Les discussions parlamentàries sobre la Llei d'enjudiciament civil constaten la voluntat de no regular els aspectes processals de les crisis en les convivències de fet; les esmenes del grup socialista per donar-hi cabuda van acabar, tan sols, en la inclusió de les qüestions referides a la guarda i custòdia dels fills no matrimonials i als aliments reclamats per un progenitor en nom del menor (arts. 748.4^a, 769.3 i 760.6^a LEC), a banda, és clar, en un altre àmbit, de l'art. 757.1 LEC, que legitima qui es trobi en una situació de fet assimilable a la de cònjuge, per demanar la incapacitació de l'altre membre de la parella, i de l'art. 790.1 LEC, que permet el jutge adoptar mesures d'assegurament de l'herència també quan manca el membre de la parella de fet.

Aquesta manca de previsió en matèria processal ha motivat que el Defensor del Poble, en el seu informe del 2003, recomanés la modificació de la llei d'enjudiciament civil, demanant que “[s]e estudeie la conveniencia y necesidad de abordar las reformas procesales necesarias para que las ‘crisis de convivencia’, con independencia de la forma que adopte la convivencia (matrimonial o unión de hecho), sean resueltas en la misma jurisdicción y en un sólo juzgado cuando hay identidad de partes, con las más amplias atribuciones civiles y penales, en aras de coadyuvar a la eficacia y celeridad de la justicia, artículos 24.1 y 2 de la Constitución Española”. Aquesta recomanació ha estat acceptada parcialment, el gener de 2004, però encara no hi ha hagut una resposta legislativa completa, més enllà de la que, en el concret àmbit de la violència de gènere, dóna la *Llei Orgànica 1/2004 de 28 de desembre de 2004, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere*, que atribueix als jutjats de violència sobre la dona la instrucció de les causes penals, per determinats delictes comesos contra la que sigui o hagi estat l'esposa, o contra la dona vinculada amb l'agressor per

¹⁰ M. Paz García Rubio, “Parejas...cit”, es decanta per una aplicació analògica de les normes processals matrimonials, i qualifica l'omissió del legislador estatal de deslleialtat constitucional en vers les CCAA.

una relació anàloga d'afectivitat, així com la resolució, en primera instància de les causes civils relacionades.

Hores d'ara, doncs, s'han d'aplicar les regles processals generals, és a dir, aquesta és una matèria que, si deixem de banda els casos excepcionals en què concorri també violència de gènere, està atribuïda completament a la jurisdicció civil (art. 9.2 LOPJ), concretament als jutjats de primera instància, davant els quals els membres de la parella poden exercitar (i acumular) tot tipus de pretensions, fins i tot les que no estiguin relacionades directament amb la crisi (art. 71.2 LEC). L'acumulació no és possible en el matrimoni (art. 770.2^a LEC), ja que la creació dels jutjats de família per RD 1322/1981, de 3 de juliol, va implicar que la seva competència objectiva quedés limitada als Títols IV i VII del Llibre I del CC¹¹ (i, cal entendre, els equivalents del CF). Per tant, en relació amb les parelles de fet, serà possible l'acumulació, sense pràcticament límits, allà on no hi hagi jutjat de família i, on n'hi hagi, la competència d'aquests només abastarà les matèries compreses en els esmentats títols del Codi Civil (en realitat només les relacions paterno filials).

A Barcelona, per acord de la Junta de jutges de 14 de setembre de 1999, aprovat per la Sala de govern del TSJC de 19 d'octubre del mateix any, les demandes en les quals s'exercitin accions previstes a la LUEP s'inclouen dins les classes de repartiment dels jutjats de família. Ara bé, tot i reconeixent que l'esmentat acord de Sala facilita una mica més les coses, aquella atribució competencial, com deia, comporta, en l'àmbit de les unions estables de parella, que els jutjats de família, en principi, no puguin conèixer de matèries que sent de naturalesa familiar, no vinguin incloses

¹¹ Literalment, aquest RD disposa que “[L]os nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV [matrimoni] y VII [relacions paterno-filials] del Libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de Familia, les sean atribuidas por las Leyes”.

¹² De fet, en relació amb el CC, per evitar que aquesta matèria quedi sostreta als jutjats de família, Joaquin M^a Andrés Joven (2003), pàg. 228 sosté que l'art. 142 CC (aliments) compren l'atribució de l'ús de l'habitatge. Aquest mateix autor admet també que, en el mateix procediment, la mare pugui reclamar els aliments, no només dels fills menors, sinó, aplicant anàlogicament l'art. 93 CC, dels majors d'edat que encara conviuen a la llar i que no són independents econòmicament (pàg. 230 i ss), i així ho fan la major part dels jutjats de família. Aquesta és una solució que entenc traslladable al dret català, però que, per raons de la seguretat jurídica, fóra millor que el legislador ho deixés resolt. D'altra banda, cal tenir en compte que, com ja ha quedat dit, el reconeixement del dret d'aliments entre les Unions estables de parella i l'atribució de l'habitatge familiar troben un cert suport en la Llei 27/2003, de 31 de juliol, reguladora de l'Ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica, ja que les inclou entre les mesures de naturalesa civil que enumera l'art. 2 (que afegeix un nou art. 544 ter a la LOPJ).

en la LUEP, com és el cas de l'atribució de l'ús de l'habitatge comú,¹² la qual cosa no té cap lògica.

En fi, pel que fa al procediment aplicable a les crisis de la parella, si ens atenim al tenor literal de la LEC, i partint d'una situació estàndard, podria resultar que s'haguessin de substanciar dos procediments diferents: (i) en allò referit als fills menors i (ii) les altres pretensions que afecten exclusivament els membres de la unió estable de parella, d'acord amb el procediment que correspongui en funció de l'objecte i de la quantia de la reclamació. És a dir, l'expressió els "*procediments establerts*" als que al·ludeix la disposició addicional de la LUEP són el judici ordinari y el verbal, segons la quantia (art. 249 i 250 LEC).

Així, per exemple, si allò que es reclama és l'atribució de l'ús de l'habitatge comú i la valoració d'aquest ús excedeix de 3000 €, s'haurà de seguir el judici ordinari (art. 249.2 LEC); el mateix s'ha de dir per a la pensió alimentària o la compensació econòmica (ambdues sí, expressament recollides a la LUEP) que excedeixin de l'esmentada quantia, i si no excedeixen el verbal (art. 250.2 LEC).¹³ Si només es demanen aliments entre convivents (cas certament estrany, atesa la facilitat amb que es pot trencar la unió estable) s'hauria d'aplicar el judici verbal (art. 250.1 8^a LEC), o si el plet es refereix a la guarda, custòdia i aliments dels fills menors, les normes de la LEC que regulen el procediment de menors (art. 748, 4^a, 769.3 i 770 6^a LEC).

La conclusió és evident: urgeix una regulació processal que abasti la completa problemàtica que planteja la ruptura de les unions estables de parella. La LEC només li dóna cabuda en els processos especials de família si hi ha fills menors.¹⁴ Aquest defectuós tractament processal ha estat denunciat també per les Audiències catalanes; concretament la sentència de l'AP Girona de 29 novembre 2001 (JUR 2002\32805) afirma, per exemple, que la nova LEC només pal·lia parcialment la mancança normativa anterior en allò que afecta als processos relatius a la guarda i custòdia dels fills menors (arts. 770.6 i 748.4 LEC). Per a obviar aquestes deficiències, defensa que allò més important és resoldre directament el fons de la qüestió plantejada, evitant caure en un excessiu formalisme que qüestionari el tipus de tramitació que s'ha seguit. Sovint, la via emprada ha estat el declaratiu de menor quantia, a través del qual, per exemple

¹³ En canvi, Joaquín M^a Andrés Joven (2003), pàg. 233, entén que es tracta d'una reclamació que no té un interès econòmic que sigui possible calcular, motiu pel qual considera que sempre s'han d'aplicar les regles del judici ordinari.

¹⁴ Cal tenir en compte que, pel dret de l'Estat, les SSTS de 30 de desembre de 2000 i de 27 de març de 2001 reconeixen la legitimitat del progenitor amb qui conviuen els fills majors dependents econòmicament per a demanar el aliments que pertocquen a aquests, sense que calgui que els propis fills hagin d'anar a un procediment independent per a reclamar-los.

(SAP Barcelona (18^a) de 29 setembre 2000 [JUR 2001\55]), s'atribueix la guarda i custòdia dels fills menors, l'habitatge, la pensió periòdica i la compensació econòmica.

La SAP Girona de 2 d'octubre de 2002 (AC 2002\1493) també qualifica de caòtica i poc definida la “[m]anera de tramitar este tipo de demandas que se daba bajo el imperio de la antigua normativa procesal, y a la que en buena parte tampoco ha puesto remedio la nueva LEC”. En aquest cas, la demanda es va tramitar per procediment declaratiu ordinari de menor quantia; el demandat, en la pròpia contestació, com si es tractés d'un divorci contenciós, sol·licitava que li fos atribuït l'habitatge familiar, una pensió periòdica i la compensació econòmica, quan havia d'haver-ho fet per via de reconvençió.

La normativa processal, tampoc no preveu que, si s'arriba a judicialitzar la crisi de la unió estable, els interessats puguin arribar a acords, però és obvi que poden fer-ho, encara que siguin acords parcials. Anàlogament a les regles que regulen els processos especials, caldrà l'homologació judicial dels acords que s'assoleixin en el curs del procediment¹⁵ i que afectin la guarda i custòdia del fills o els drets de relació i visita.

En conclusió, per omplir la manca de regulació processal del trencament de les unions estables de parella, el futur Llibre segon del Codi Civil de Catalunya hauria

¹⁵ Si la ruptura de la parella estable es produeix de mutu acord, no cal la intervenció judicial, ni tan sols en allò relatiu als fills. Ara bé, els acords relatius als fills no vinculen el jutge, el qual podrà valorar *ex novo*, què és més convenient pel menor. En canvi, el Dictamen núm. 265 del Consell Consultiu, de 5 de gener de 2005, ha considerat, al meu parer desencertadament, que l'art. 14 del (aleshores) Projecte de Llei era inconstitucional “en la mesura que no preveu la intervenció del jutge i l'audiència del menor..., per infracció, d'una banda, de l'article 39.2 CE en relació amb el 14 CE, i, de l'altra, de l'article 39.4 CE en relació amb l'article 96 CE, així com també, en connexió amb aquests darrers de l'article 12 de la Convenció de les Nacions Unides sobre drets del nen, de 20 de novembre de 1989”. El Consell Consultiu ha passat per alt que aquest precepte (com actualment l'art. 15 de la LUEP, per a les parelles heterosexuales) no fa res més que reconèixer l'àmbit de discrecionalitat que els pares i les mares posseeixen per la concreció del deure de vetllar i tenir cura dels fills menors en situacions en les que no existeixen discrepàncies sobre aquestes qüestions i, per tant, no acudeixen al jutge. Exigir sempre la intervenció judicial en els casos que hi ha acord, representaria una excessiva intrusió dels poders públics en l'àmbit de la llibertat individual i la fixació d'un control social a través del jutge que únicament pot ser legítim en cas de discrepància dels progenitors sobre el compliment dels drets i deures derivats de la potestat, o en cas de risc pel menor. Tot això, com deia, a banda de que les formes d'extinció de les unions estables de parella no exigeixen la intervenció judicial; en realitat, tampoc s'exigeix en la separació matrimonial de fet, ni en el cas que els progenitors, per qualsevol causa, mantinguin una vida separada, segons l'article 139 del Codi de Família. Evidentment, com deia al començament d'aquesta mateixa nota, quan un dels progenitors no compleixi l'acord i l'altre plantegi la seva executivitat judicial, el jutge podrà prescindir de l'esmentat acord i resoldre allò que més s'adeqüi a l'interès del menor.

d'incloure una norma que concretés el procediment en cas de judialització del trencament de la convivència; n'hi hauria prou, per exemple, amb una remissió al procediment previst per a les crisis matrimonials, modificant l'actual disposició addicional de la LUEP em el sentit següent: “*Mentre l'Estat no legisli sobre les matèries regulades per aquesta llei correspon a la jurisdicció ordinària el seu coneixement mitjançant els procediments regulats*, en el Capítol 4, del Títol, 1 del Llibre 4 de la Llei 1/2000, d'Enjudiciament Civil”.

III. REQUISITS CONSTITUTIUS (ARTS. 1, 19 I 20 LUEP)

Per a les unions heterosexuales, la LUEP admet tant la constitució voluntària com la merament fàctica (convivència durant dos anys, o menys de dos anys si hi han fills comuns); per a les unions homosexuals, en canvi, només s'admet la constitució en escriptura pública en la qual manifestin la voluntat d'acollir-se a la llei. En la resta de requisits constitutius s'ha volgut, al menys aparentment, que coincidissin per a ambdós tipus d'unions (art. 1 LUEP per a les *heterosexuales* i art. 19 i 20 LUEP per a les *homosexuales*), però el fet que la tècnica legislativa emprada hagi estat diferent en un i altre cas¹⁶ ha comportat algunes discordances difícils d'explicar. Així, mentre la lletra e) de l'art. 20 LUEP exclou els parents col·laterals per consanguinitat o per adopció “*dintre del segon grau*”, la remissió que fa l'art. 1 LUEP a l'art. 47 CC (impediment de parentiu) implica que aquella exclusió, en les unions heterosexuales, s'estengui fins el tercer grau. Igualment, mentre que per a la constitució d'una unió estable heterosexual regeix l'impediment de crim (haver estat condemnat com a autor o còmplice de la mort dolosa dels cònjuge de qualsevulla d'ells), aquesta circumstància no apareix entre les causes que impedeixen la constitució d'una unió homosexual.

La LUEP ha optat per un model que no permet que es constitueixi una unió estable si, prèviament, no s'ha dissolt el vincle matrimonial anterior. Això tenia un cert sentit en les unions homosexuals, perquè, de fet, les normes que les regulen han vingut a constituir, al menys fins l'entrada en vigor la Llei 13/2005, d'1 de juliol, una mena de substitutiu d'aquest, però, al meu parer, el perd quan es generalitza i es trasllada també a les unions estables heterosexuales. Efectivament, si allò que hom persegueix amb l'establiment d'un règim jurídic per a les unions estables és la protecció del membre més feble de la parella, impedit, per exemple, que l'altre s'apropii dels excedents que ha generat la convivència en parella, aquesta mateixa protecció s'hauria d'atorgar encara que

¹⁶ Per exemple, l'art. 1 LUEP, per a les unions heterosexuales, utilitza la fórmula remissiva “*sense impediment per contreure matrimoni*” que obliga a acudir a l'art. 47 CC, mentre que, per a les homosexuals, l'art. 20 LUEP opta per fer un llistat detallat dels requisits.

no s'hagués dissolt el matrimoni anterior.¹⁷ La LUEP es limita, però, a permetre que es computi el temps de la convivència transcorregut fins el moment en que l'últim dels convivents obtingui la dissolució o la nul·litat.

Passant a la *praxi* judicial, la problemàtica que, en relació amb la constitució de les unions estables, s'ha plantejat a les audiències catalanes s'ha centrat, de forma predominant, en la durada de la convivència (sobretot en relació amb el temps viscut en parella, abans d'entrar en vigor la LUEP),¹⁸ qüestió aquesta que, ara, per raons òbvies, ha perdut la seva raó de ser. En qualsevol cas, la Disposició Transitòria de la LUEP és prou clara, quan disposa que:

“El temps de convivència transcorregut abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei, entre membres de les parelles heterosexuales, s'ha de tenir en compte als efectes del còmput dels dos anys a que es refereixen els articles 1 i 2 només si els dos membres de la parella i, si escau, els hereus del difunt hi estan d'acord.”

Tot i la claredat de l'esmentada Disposició Transitòria, sorprèn que la SAP Girona de 29 de novembre de 2001 revoqui la sentència del JPI que havia resolt que no es podia aplicar la LUEP perquè la unió s'havia extingit abans de la seva entrada en vigor; per a això es recolza en la STSJC de 27 d'abril de 2000 que atorga la compensació econòmica de l'art. 41 CF a un matrimoni que havia deixat de con viure abans de l'entrada en vigor del CF, però que la resolució judicial es va produir quan ja regia el Codi de família. L'argument que dona és que com que la LUEP no té disposicions transitòries, cal acudir a les transitòries del Codi Civil espanyol i, a partir d'aquí, conclou que, atès que es tracta d'un dret declarat per primera vegada, tindrà efecte immediat, encara que el fet que l'origini s'hagués produït sota la legislació anterior. Aquesta no sembla, però, una resolució que s'acomodi massa a les previsions de la LUEP, perquè en aquest punt, la DT Única de la LUEP és clara: només permet comptar el període de convivència anterior si ambdós membres hi estan d'acord, i aquí era obvi que no hi estaven.

És més, l'argumentació sobre l'aplicació dels principis que regeixen les disposicions transitòries del CC espanyol (tot i que hi ha una norma

¹⁷ Com ha posat de relleu M. Martín Casals, en l'altra ponència d'aquestes jornades, l'exclusió de les parelles heterosexuales que no es poden casar no encaixa bé amb un model de constitució fàctica. De fet, com destaca aquest mateix autor, és un model inspirat en la regulació que va fer Nova Gal·les del Sud l'any 1984, que no discrimina entre les parelles integrades per convivents que es poden casar i els que no.

¹⁸ Un exemple d'això el trobem a la SAP Barcelona 25 novembre 2002 (JUR 2003\61811), que va confirmar la del JPI que, al seu torn, havia denegat l'aplicació de la LUEP a una parella que havia conviscut *more uxorio* des de l'estiu de 1999 fins l'abril de 2001, és a dir, uns 20 mesos. Afegeix, a més, que en cap cas no procedia reconèixer el dret d'aliments perquè, extingida la convivència, el dret desapareix.

pròpia a la LUEP) acabaria resultant sobrera, ja que, al cap i a la fi, denega la pretensió perquè tampoc no es complien d'altres requisits que exigeix la llei: ambdós convivents encara no havien dissolt el vincle matrimonial anterior. I no només això, sinó que entén que tampoc podia obtenir la pensió que reclamava, perquè no constava que hagués disminuït la seva capacitat per obtenir ingressos, tal com exigeix l'art. 14 LUEP.

Si hi ha descendència comuna no calen els dos anys (art. 1.2 LUEP), però sí que cal, és clar, la convivència. Fins i tot, la SAP Barcelona de 9 de juliol de 2002 estén les previsions de l'art. 1.3 LUEP de comptar el temps de convivència transcorregut mentre un dels membres encara estava lligat per vincle matrimonial, al cas de la parella amb descendència comuna (en el supòsit en qüestió, la convivència s'havia iniciat l'any 1995), és a dir, per a l'Audiència “[b]asta que exista una potencial posibilidad de obtener la disolución matrimonial o su nulidad, ello también regirá con mayor razón, para el caso en que teniendo descendencia común, sólo se exige el requisito de convivencia, pero sin necesidad de período alguno de los dos años requeridos”, per això afirma, més endavant que “[l]a actora obtuvo su divorcio mediante sentencia de fecha 29 de mayo de 2000, siendo la ruptura de la convivencia de los litigantes de fecha 2 de junio del mismo año, y ni aun en el supuesto de existir apelación ello no afectará a la cuestión principal de la disolución matrimonial sino a sus efectos, y la confirmación de dicha disolución por divorcio retrotraerá sus efectos al momento del dictado de la sentencia. Será pues en virtud de todo lo expuesto, y principalmente en el hecho que consecuencia de dicha convivencia tuvieron descendencia común, que se deriva la aplicación de la referida Ley 10/1998 de 15 de Julio, de Uniones Estables de Pareja que es de aplicación en Cataluña”

Fins i tot, la SAP Barcelona (12^a) de 28 novembre 2001, ratificada posteriorment per la STSJC d'1 de juliol de 2002, arriba a equiparar la possessió d'estat a la filiació legalment determinada, en un cas en què la parella va cessar la convivència l'any 1999, és a dir, quan encara no feia 2 anys des de l'entrada en vigor de la LUEP. L'Audiència, tot i admetre que la paternitat del senyor M. no estava oficialment declarada (de fet, constava inscrita com a filla de l'ex-marit de l'actora)¹⁹, va considerar que era filla del company amb qui vivia en unió estable, amb base en que “[e]l propio demandado manifestó en confesión que siempre había tratado a dicha joven como su hija y la había considerado como tal, lo que equivale a la posesión de estado de hija y permite que se aplique en el presente caso la citada Ley”.

Passant als requisits personals com és, per definició, en les unions heterosexuales, que ambdós membres de la parella siguin de sexe diferent, la

¹⁹ Certament, la paternitat de l'home convivent en parella l'acabaria determinant un jutjat de Mollet, (amb aplanament del demandat) l'1 de setembre de 2001, mentre es tramitava l'apel·lació.

SAP Lleida de 21 setembre 1999 (AC 1999\1651) planteja, tot i que en *obiter dicta*, un cas extrem, que no vull passar per alt. No es refereix, pròpiament, a una unió estable de parella, sinó que es tractava d'un transsexual que demanava que es declarés que era una dona i que es rectificqués, en aquest punt, la menció que constava en el Registre Civil; l'Audiència, però, aprofita per fer unes consideracions, merament hipotètiques, en relació amb si la convivència en unió estable de qui mitjançant una intervenció mèdica ha canviat de sexe, s'ha de considerar heterosexual o homosexual. En concret, afirma que seria absurd que, després d'haver estat autoritzat el canvi de sexe, un transsexual no podés contreure matrimoni, ni com a home, ni com a dona, és a dir, ni amb persones del mateix sexe ni amb les de sexe diferent i, a partir d'aquí, en referència a la unió estable, afirma:

“[L]a tendencia actual en la sociedad española es de mucha mayor tolerancia en estos supuestos hasta el punto que en Cataluña existe una Ley especial para las parejas de hecho (Llei 10/1998 de 15 de julio). En esa Ley se regula separadamente las parejas de hecho heterosexuales de las homosexuales, siendo que de considerarse que un transexual no puede casarse como mujer que es, en el caso de vivir en pareja de hecho con un hombre parece que debería de considerarse a la unión como homosexual, cuando en realidad no lo es sino que se trata de una pareja heterosexual. En definitiva, cabe pensar que la legislación actual no tiende precisamente a discriminar o limitar los derechos sino todo lo contrario, siendo que una situación como la transexualidad ha de suponer necesariamente una admisión plena de la capacidad de obrar como mujer de quien en eso se ha convertido incluso a los efectos de poder contraer matrimonio como tal ya que en nada quebranta normas de «orden público» o de «ius cogens».”²⁰

Un altre requisit constitutiu és que al menys un dels membres de la parella tingui el veïnatge civil a Catalunya (art. 1.2 i 20.2 LUEP).²¹ Aquesta és una exigència, però, que ha rebut fortes crítiques, que arriben, fins i tot, a qualificar aquests preceptes d'inconstitucionals,²² en base a que la competència per legislar

²⁰ M. Martín Casals (2000), pàg. 1216, en canvi, es decanta per la solució contrària, ja que proposa seguir el criteri del sexe genèric i no el que consta en el registre civil després del canvi.

²¹ Aquest requisit l'exigeixen també les lleis de Navarra i de Balears; la llei basca, en canvi, demana el veïnatge administratiu en el seu territori; València i Astúries ho substitueixen pel requisit de l'empadronament en la Comunitat Autònoma; Madrid i Extremadura exigeixen l'empadronament o la residència en la comunitat autònoma, d'almenys un dels seus membres; Andalusia exigeix la residència habitual.

²² Per exemple, M. Paz García Rubio, “Parejas... cit”, afirma, taxativament, que no té cap mena de dubte sobre que aquestes normes són inconstitucionals. En el mateix sentit, Rodrigo Bercovitz (2004), pàg. 598.

en matèria de normes de conflicte correspon a l'Estat. Entenc, però, que no es tracta pròpiament de normes de conflicte, sinó d'un mer requisit d'aplicació de la llei, equiparable, per exemple, a l'escriptura pública, a la convivència de 2 anys, o, fins i tot a que no concorri cap altre impediment matrimonial.²³ El conflicte de lleis es regeix, en el seu cas, per les normes contingudes al títol preliminar del CC espanyol (que, per cert, no conté cap regla que, específicament, s'adrexi a les parelles de fet, motiu pel qual la solució o bé és aplicar, analògicament, les normes de conflicte relatives al matrimoni –en la línia que ha anat evolucionant la jurisprudència del TS- o desmembrar la regulació en tantes normes de conflicte com institucions o pretensions es puguin veure afectades en la intervenció d'una unió estable de parella).²⁴

En la *praxi* judicial, la SAP Girona de 2 d'octubre de 2002 (AC 2002\1493) ha prescindit d'aquesta exigència del veïnatge civil i ha acabat aplicant la LUEP a una parella de nacionalitat suïssa que residia a Catalunya: el demandat sol·licitava que el jutge ratifiqués un acord prèviament pactat, pel que sembla en base a la LUEP, de pagar una pensió periòdica mensual de 50.000 pta. (3.000 €). Inicialment, el JPI havia desestimat la demanda perquè les parts no havien provat el seu dret personal. L'Audiència, tot i assumir el raonament del JPI de què un dels requisits d'aplicabilitat de la LUEP és que almenys un dels membres de la parella tingui el veïnatge civil català, revoca, en canvi, la sentència i conclou que les relacions patrimonials d'una parella de fet que ha conviscut durant força anys es regeixen, per analogia amb el matrimoni, pels arts. 9.1 i 2 i 107 CC espanyol, que portarien a aplicar la llei personal (la suïssa) a les relacions de família i als efectes de la convivència; ara bé, com que no havien acreditat quin era el dret suís, aplica la jurisprudència del TS, segons la qual, si els tribunals no poden fonamentar amb seguretat absoluta l'aplicació del dret estranger, han de jutjar d'acord amb el dret espanyol. A partir d'aquí, l'Audiència aplica el criteri de la residència i entén, sense cap més explicació, que s'aplica la llei catalana, tot afirmant que “[...] en Cataluña existe desde 1998 una regulación legal de las parejas de hecho. Teniendo en cuenta que los dos litigantes residen aquí, debe resolverse el conflicto mediante la aplicación, que podríamos llamar indirecta, de la normativa catalana”. El resultat final, com veïem, acaba sent l'aplicació de la LUEP a una parella que no reunia tots els requisits exigits per l'art. 1 (cap dels dos era català) i que, expressament, la pròpia llei volia excloure del seu àmbit d'aplicació.

²³ La SAP Navarra de 12 de juny de 2002, evita plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat al respecte i aplica la teoria del doble esglaó, interpretant “[e]l art. 2.3 como una norma material de Derecho navarro que operaría ‘después’ de haber aplicado la oportuna norma estatal de conflicto”.

²⁴ Pel que fa a les posicions crítiques amb la norma catalana, a més de la ja citada M. Paz García Rubio, “Parejas... cit”.

IV. ACREDITACIÓ (ARTS. 2 I 21 LUEP)

L'art. 2 LUEP admet que les unions heterosexuals es puguin acreditar mitjançant qualsevol mitjà de prova vàlid en dret; no ho condiciona, doncs, a la inscripció en cap registre. Ben mirat, aquesta és una norma perfectament prescindible, ja que les regles generals sobre prova porten al mateix resultat. Les unions homosexuals i també les heterosexuals que hagin estat formalitzades en escriptura pública s'acrediten amb la presentació d'aquesta.

Que em consti, només l'Acte resolutori del President del TSJC de 3 de desembre de 2003 s'ha plantejat, directament la qüestió de l'acreditació de la convivència en parella i ho ha fet després d'estimar, parcialment, un recurs governatiu interposat pel notari contra la negativa del registrador a inscriure un pacte de supervivència atorgat per una unió estable de parella afirmant que:

“[A]hora bien, en el caso presente, no se acredita la condición de pareja de hecho de los compradores otorgantes de la escritura, por lo que la estimación del recurso habrá de ser parcial, esto es, en el sentido de suspenderse la inscripción hasta que tal condición sea acreditada, bien por la vía que ofrece la Llei 25/1998, de 31 de desembre, de la Generalitat de Catalunya, con la redacción vigente resultante de la Ley 31/2002, de medidas fiscales y administrativas de la Generalitat para el año 2003, ya por simple instancia con firma legitimada notarialmente, como dice el Registrador de la Propiedad.”

Aquesta afirmació de l'Acte resolutori de 3 de desembre s'ha d'emmarcar en el seu context, és a dir, pel que sembla, l'escriptura no contenia cap manifestació dels interessats de que eren unió estable de parella, sinó que això, simplement, ho al·legava el notari en el recurs governatiu. Entenc que si haguessin fet aquesta manifestació en la pròpia escriptura, hagués estat suficient, ja que es podria considerar que, tot i que pròpiament no sigui un estat civil, la condició de viure en unió estable de parella es pot fer constar per l'afirmació solemne dels propis interessats (art. 363 del Reglament del Registre Civil). En qualsevol cas, remetre's, com fa l'Acte resolutori, a la via prevista a l'art. 31 de la Llei 25/1998, en la redacció donada per l'art. 9 de la Llei 31/2002, pot resultar distorsionador, tant si, com es desprèn de la STSJC de 13 de febrer de 2003, aquest és un pacte que també poden atorgar les parelles que, convivint *more uxorio* no compleixen els requisits exigits per la LUEP, com si només s'estén a les unions estables de parella.

En el cas resolt per la sentència de l'AP Barcelona, de 2 febrer 2004 (JUR 2004\81387), els germans del difunt havien iniciat un expedient de jurisdicció voluntària de declaració d'hereus “*abintestato*”, en el qual va comparèixer un tercer que reclamava, a l'empara de l'art. 34.1 b) LUEP, la meitat de l'herència perquè havia conviscut en unió estable de parella amb el causant. L'Audiència, però, no va entrar en si el sobrevivent havia acreditat o no la condició de membre

de la unió estable (aportava una acta de notorietat), sinó que es limità a revocar la sentència del JPI amb base en un defecte processal: havia acordat sobreseure l'expedient i remetre els seus promotors a la via contenciosa perquè fessin valer el seu dret, quan el que havia d'haver fet era declarar el procediment contenciós, directament.

Pel que fa als beneficis relatius a la funció pública, la LUEP fixa també un règim d'acreditació diferent segons es tracti d'unions heterosexuales o d'homosexuales. Efectivament, per a les unions heterosexuales constituïdes mitjançant escriptura pública no n'hi ha prou amb l'atorgament d'aquesta, sinó que cal que, en el moment que hom pretengui exercir els drets que atorguen aquells beneficis, hagin passat dos anys des de l'atorgament; i, per les constituïdes per la via de fet, no val qualsevol mitja de prova, sinó només l'acta de notorietat de que la convivència ha durat més de dos anys (art. 10 LUEP).²⁵ Per a les unions homosexuales, en canvi, no s'exigeix que hagin passat els dos anys des de l'atorgament de l'escriptura i, per tant, regirà l'art. 21 LUEP, segons el qual aquestes unions produeixen tots llurs efectes a partir de la data d'autorització de l'escriptura pública.

També hi ha unes regles específiques d'acreditació en l'ordre fiscal, que són les previstes a la Llei 31/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives (vegeu la transcripció d'aquest precepte a la nota 54).

V. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAT. LÍMITS (ARTS. 3, 15 I 22 LUEP)

L'art. 3.1 LUEP disposa que els membres de la unió estable heterosexual poden regular en document públic o privat i, fins i tot, en forma verbal les relacions personals²⁶ i patrimonials derivades de la convivència, així com els deures i drets respectius, en el benentès, òbviament, que el consentiment reuneixi tots els requisits de capacitat, informació i llibertat d'elecció. L'autonomia de la voluntat abasta també pactes sobre allò que podem anomenar el règim patrimonial de béns de la parella, que, evidentment, no són ni poden ser capítols matrimonials i, per tant, tampoc no poden tenir eficàcia respecte de tercers, atesa la manca de publicitat.²⁷

²⁵ Vol dir que encara que hi haguessin fills, cal esperar els dos anys? La resposta sembla que ha de ser negativa, si hom té en compte que allò que es vol evitar és la constitució fraudulenta de parelles per obtenir aquells beneficis funcionaris. Si hi ha fills, l'acta de notorietat s'ha de limitar a l'acreditació de la convivència, amb independència del temps que porti.

²⁶ Dificilment, però, veurem plantejades demandes judicials sobre pactes reguladors de les relacions personals del convivents constant la convivència, ja que les obligacions que d'ells es deriven -com en el matrimoni- són essencialment incoercibles.

²⁷ Així ho ha admès fins i tot pel dret de l'Estat F. Rivero Hernández (1998), pàg. 194 i ss., on clarament es decanta per l'aplicació analògica de les normes matrimonials.

El mateix abast té l'art. 22.1 LUEP per a les unions homosexuals. Ambdues normes admeten també el pacte sobre les compensacions econòmiques pel cas de cessament de la convivència, amb el mínim de drets que regula aquest capítol, els quals són irrenunciables fins que no són exigibles. És a dir, sembla que es permetin només els pactes que milloren els drets legalment reconeguts a la LUEP, però no els que els redueixen i, consegüentment, que no és possible pactar anticipadament l'exclusió de la seva aplicació.²⁸ Això ha estat criticat per la doctrina, que considera que si es compagina amb la constitució merament fàctica de les unions estables heterosexuales, hom pot concloure que l'ordenament català ha conformat una mena de matrimoni "*ex lege*".²⁹

Com a argument de reforç a favor de la no admissió de la renúncia anticipada a la compensació econòmica derivada de l'enriquiment generat pel treball per a la casa o per a l'altre convivent (art. 13), hom podria argumentar que admetre-la implicaria una vulneració del principi d'igualtat i afavoriria també els comportaments oportunistes del company que podria trencar la unió convivencial un cop ja hagués rebut els beneficis més importants (vg. la criança dels fills),³⁰ però tot això no s'adiu amb que, en seu matrimonial, no es posi –almenys expressament– cap límit. Una altra cosa és com es valora aquesta compensació, ja que, a la pràctica, s'ha anat acostant al règim de participació, però amb la particularitat que gairebé tot queda a l'arbitri judicial. Pel que fa a la pensió alimentària periòdica (art. 14 LUEP), com el seu propi nom indica, s'acosta molt a un dret d'aliments (es limita al cas que ho necessiti per atendre adequadament la seva sustentació), cosa que

²⁸ Poc abans de l'entrada en vigor de la LUEP, la SAP Barcelona (18^a) de 8 juliol 1998, en relació amb els pactes atorgats per una parella de fet, sembla admetre que, si es limiten a un contingut patrimonial, regeix en tota la seva extensió el principi de l'autonomia de la voluntat de l'art. 1255 CC; textualment afirmava que "*[L]os pactos que quienes constituyen una unión no matrimonial pudieran celebrar para regular sus relaciones, tanto durante la permanencia de la relación, como los efectos en caso de producirse el cese, tienen plena validez siempre que su contenido sea patrimonial, dado que, en definitiva, quienes así obran no hacen sino hacer uso de la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 CC*".

²⁹ L'any 2003, la secció d'Harmonització de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, fent-se ressò d'aquestes crítiques, va proposar afegir un apartat on s'establí que "*[e]ls convivents podran excloure en escriptura pública la seva submissió al règim de la llei*". En els treballs preliminars de la Secció de dret de família, això es justificava dient que s'intenta permetre "*[...] a certs convivents, que no volen casar-se per no sotmetre's a les lleis de l'Estat, el fet que tampoc no es vegin sotmesos a un altre règim jurídic. El límit de la seva exclusió podria estar en les normes de caràcter imperatiu. Però ha semblat preferible no fer cap referència a aquest aspecte, almenys en la norma proposada, sens perjudici del que resulti del joc dels principis generals sobre exclusió voluntària de la llei aplicable (cfr. art. 6.2 CC –ara caldria referir-se a l'art. 111-6 CCCat–) règim de normes imperatives i el que en cada cas hagin de dir els tribunals*".

³⁰ Joan Egea Fernàndez (2003), pàg. 4571.

justificaria que no es pogués renunciar anticipadament. El mateix s'hauria de dir de la renúncia anticipada al dret a consentir l'alienació de l'habitatge familiar propietat de l'altre o als drets successoris que la LUEP reconeix al company sobrevivent que ha conviscut en unió estable de parella de caràcter homosexuals (pacte de *no succedendo*).

En canvi, com deia, en relació amb el matrimoni, el Codi de família no al·ludeix a l'existència de cap dret irrenunciable i, per tant, sembla deixar oberta la possibilitat de renúncia prèvia a la pensió compensatòria i a la compensació econòmica per raó del treball. Aquesta és, però, una qüestió sobre la que no correspon entrar en aquest treball.

Recentment, en seu matrimonial, la STSJC de 19 de juliol de 2004, en un supòsit de separació contenciosa relatiu a un conveni que no fou ratificat davant el jutge per l'esposa (no era, doncs, pròpiament, un cas de pacte en previsió de ruptura matrimonial), ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre els pactes de renúncia a la compensació econòmica de l'art. 41 CF, i ho ha fet aplicant el criteri de què *“[l]os convenios que los cónyuges alcanzan fuera del proceso tienen plena eficacia cuando se trata de bienes de los que puedan disponer libremente, porque son convenios entre personas adultas y con plena disponibilidad patrimonial, que pueden renunciar a la pensión compensatoria y a la indemnización del art. 41 CF, aunque no cabe hacer lo propio en materia de alimentos futuros”*. Això sí, exigeix que la renúncia sigui *“[c]omo toda dejación de derechos, expresa y explícitamente manifestada, sobre todo cuando concurren –como es el caso, según veremos– sobradamente en la persona renunciante cuantos elementos relaciona la Ley para el surgimiento del derecho”*.

Com ja ha quedat exposat a l'apartat 2 d'aquesta ponència, en el cas de cessament de la convivència, hom pot pactar també sobre la guarda, relació i visites en relació amb els fills o filles comuns (art. 15 LUEP). Tanmateix, a diferència del que disposen els arts. 76.1a, 78 i 82 CF per al règim de guarda i visita dels fills en la crisi matrimonial, com que, si hi ha acord dels convivents progenitors, l'extinció de la unió estable no precisa d'intervenció judicial, tampoc precisen cap validació judicial els acords sobre les relacions i visites. Ara bé, si, per la raó que sigui, l'acord no es compleix i cal acudir a la intervenció judicial, el jutge pot prescindir de l'acord³¹ i decidir allò que més convingui l'interès del menor. En el cas que el cessament de la convivència es judicialitzi, regirà el mateix criteri que pel matrimoni, és a dir, el jutge haurà de validar els acords (conveni) en allò que afecti els fills menors o decidir directament, si els progenitors no han assolit cap acord en aquest punt, atenent a l'interès del menor i havent-lo escoltat

³¹ En el mateix sentit Josep M^a Bachs Estany (2003), pàg. 189

prèviament.³² Aquest és el sentit de la SAP Girona de 29 de novembre de 2001 (JUR 2002\32805) segons la qual:

“[t]anto en los casos de parejas de hecho como matrimoniales, ni en el caso de ratificación ni en aquellos otros en que ésta no ha llegado a producirse, no puede perderse de vista que en tales convenios es preciso distinguir entre aquellas cuestiones respecto a las que las partes pueden pactar libremente al ser disponibles, relaciones patrimoniales que exclusivamente les afecten a ellos aquellas medidas personales que, por comprometer el interés de menores, deben ser examinadas y aprobadas judicialmente, previo informe del Ministerio Fiscal”.

Per acabar aquest apartat, només advertir que la fixació de límits a l'autonomia de la voluntat dels qui conviuen en unió estable de parella –tot i la manca de concreció- contrasta amb el que preveuen els art. 4 i 8 de la Llei 19/1998, de 28 de desembre, de situacions convivencials de ajuda mútua (LSCAM), doncs, mentre la LUEP considera irrenunciables els drets en ella reconeguts, fins que no son exigibles, l'art. 8.2 LSCAM admet expressament que, en el propi títol de constitució, es pugui renunciar a la pensió periòdica prevista pel cas de defunció.

VI. DESPESES COMUNES (ART. 4 I 23 LUEP)

L'art. 4 LUEP evita emprar el qualificatiu 'familiar' per referir-se a les despeses generades durant la convivència en unió estable i parla, simplement, de despeses 'comunes' de la parella, tot definint-les com “[l]es necessàries per llur manteniment i el dels fills i filles comuns o no que visquin amb ells, d'acord amb els usos i llur nivell de vida”. Del mateix tenor és, pràcticament, l'art. 23 LUEP, el qual només es diferencia de l'art. 4 en què substitueix el qualificatiu “fills comuns o no” pel de “fills d'algun dels membres de la parella”, ja que, fins que no ha entrat en vigor el nou règim de l'adopció no es podia parlar de fills comuns en aquestes parelles. A més, ambdós preceptes fan un llistat exemplificatiu que inclou: les despeses originades en concepte d'aliments, les de conservació i millora dels habitatges o altres béns d'ús de la parella i les originades per les atencions de previsió, mèdiques i sanitàries. A diferència del matrimoni, no s'inclouen les d'adquisició i millora de l'habitatge. Per això, la SAP Barcelona de 23 setembre

³² La Llei 3/2005, de 8 d'abril de modificació de la Llei 9/ 1998, del Codi de Família, de la Llei 10/1998, d'unions estables de parella i de la Llei 40/1991, del Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya, en matèria d'adopció i tutela, afegeix a l'art. 35 LUEP, per a les unions estables homosexuals, una regla calcada a l'esmentat art. 15 LUEP, ja que ara serà possible l'establiment de vincles de filiació adoptiva en aquest tipus de parella. El Dictamen del Consell Consultiu, anteriorment citat, ha qualificat aquest precepte, al meu parer de forma errònia, d'inconstitucional (vid. la nota 15 d'aquesta ponència).

2002 (JUR 2003\22930), basant-se en la diferent regulació que en aquest punt fan el Codi de família i la Llei d'Unions estables de parella, va revocar la del JPI que imposava al Sr. G. l'obligació de satisfer les quotes d'amortització del préstec hipotecari que gravava l'habitatge familiar; és a dir, mentre l'art. 4 CF disposa que, pel matrimoni, són despesa familiar les originades per l'adquisició i millora de l'habitatge de titularitat conjunta, la LUEP no inclou les d'adquisició, sinó que només considera comunes les despeses de conservació o de millora.³³ Literalment, l'esmentada sentència conclou que:

“[e]n estos casos, la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar trasciende de este procedimiento quedando regulado por el Derecho Civil Hipotecario, y queda sujeta a lo estipulado en el título constitutivo de dicho préstamo, sin que puedan novarse las obligaciones hipotecarias en mérito de este proceso si no se acredita el consentimiento del acreedor hipotecario. Y apareciendo en el caso que los dos son titulares del repetido préstamo, el pago de la cuota mensual correspondiente habrá de acomodarse a dicho título, sin que pueda ser variado el mismo por la sentencia dictada en este procedimiento, al ser materia ajena al mismo, lo que nos lleva a que tal pronunciamiento deba ser revocado”

La SAP Barcelona (16^a), de 30 de març de 2001 (JUR 2001\156920), referint-se també, encara que de forma indirecta, a la contribució a les despeses comunes de la parella, resol que l'aixovar domèstic i els mobles de la casa són de titularitat comuna i, per tant, que, en una acció de tercera de domini, la meitat d'aquests béns s'ha d'excloure de l'embargament (prescindint de que la factura s'hagués expedit a nom del concursat).

“[t]ales bienes que integran el ajuar doméstico y el mobiliario de la vivienda, por su procedencia y por su destino deben considerarse comunes, no resultando significativo, ni decisivo, el hecho de que las facturas vayan a nombre de uno u otro miembro de la pareja siendo de aplicación la presunción establecida en el art. 1441 CC, o más específicamente para el caso presente,

³³ La forma de contribució ve regulada, en defecte de pacte, a l'art. 3.2 LUEP que, amb una redacció no massa encertada, al·ludeix a l'obligació de contribuir-hi amb el treball domèstic i amb la col·laboració personal o professional en la professió o empresa de l'altre; en realitat, el que vol dir és que són una forma de contribució no un deure específic. Hagués estat més escaient una redacció com la que va proposar, l'any 2001, per la Secció de Dret de família de l'Observatori de dret privat de Catalunya (art. 5.2 de l'Esborrany), que unificava els actuals arts. 4 i 23 LUEP: “[S]i no hi ha pacte, el membres de la parella estable han de contribuir al manteniment de la casa i de les despeses comunes amb els recursos procedents de la seva activitat o dels seus ingressos i, si aquest no són suficients, en proporció als seus patrimonis. Es considera com una forma d'aquesta contribució la feina domèstica dels membres de la parella i la col·laboració personal o professional no retribuïda o amb retribució insuficient d'un d'ells a la professió o a l'empresa de l'altre”.

en el art. 40 CF, de pertenencia por mitades indivisas, al ser de titularidad dudosa”³⁴

VII. ADOPCIÓ I TUTELA (ART. 6, 7 I 25 LUEP)

L'art. 6 LUEP, vigent fins l'entrada en vigor de la Llei 3/2005, de 8 d'abril, afirmava que els membres de la parella heterosexual podien adoptar en forma conjunta. Aquest era un precepte que reiterava el que ja deia l'art. 115.2 CF i que tenia com a única finalitat deixar clar, a sentit contrari, que el membres de la parella homosexual no podien adoptar conjuntament (el capítol II de la LUEP, que és on es regulen les unions estables homosexuals, no contenia una norma equivalent). Efectivament, l'art. 115.2 CF admetia l'adopció conjunta pels cònjuges i també per “[l]a parella d'home i dona que convisquin maritalment amb caràcter estable”, és a dir, fins i tot anava més enllà de les unions estables de parella en sentit estricte, perquè no exigia que els convivents reunissin els requisits establerts per la LUEP. Però, a l'hora era una norma incompleta, ja que oblidava que un membre de la parella podia adoptar el fill de l'altre, tal com ja admetia l'art. 117.1^a CF.

Com deia, tot això, ha canviat amb l'aprovació de la Llei 3/2005, de 8 d'abril de 2005, que deroga l'art. 6 LUEP i modifica diversos preceptes del Codi de família per tal d'eliminar els obstacles que impediien l'adopció per parelles homosexuals.

La finalitat de la llei, segons es desprèn de l'exposició de motius, es profunditzar en una concepció de l'adopció en la que es prioritzi, per sobre de tot, l'interès del menor, en el sentit de concebre-la, fonamentalment, com a una institució de protecció de menors. Tot això sense oblidar, no cal dir-ho, que l'adopció també té un paper destacat en l'àmbit de la reconstitució familiar (per exemple a través de l'adopció del fill del cònjuge o del company en relació estable de parella) o de la integració familiar, com passa en l'adopció de parents orfes i, fins i tot, en l'adopció del tutelat.

La Llei es fonamenta en què allò que cal assegurar en qualsevol adopció, sigui quina sigui l'orientació sexual de la parella que adopta, és el superior interès del menor i aquesta és una tasca que, si es tracta de menors desemparats, correspon, en una primera instància, a l'entitat pública competent en matèria de protecció de menors i, en qualsevol cas, a l'autoritat judicial, que ha d'examinar, cas per cas, si la sol·licitud s'adequa a aquest interès.

³⁴ Entenc, però, que com que la resolució es fonamenta en la titularitat dubtosa (que en realitat no ho era, perquè hi havia les factures que l'acreditaven) no esqueia l'aplicació de l'art. 40 CF.

En els esborranys preparatoris del projecte de llei hom va valorar la conveniència, o no, d'excloure l'adopció internacional (ja que la majoria de països d'origen dels fills són, per ara, partidaris de no tramitar aquestes adopcions), es va optar, però, per no establir cap limitació en aquest sentit, confiant que no tindrà una repercussió negativa per a la resta de les adopcions internacionals.³⁵

Finalment, a banda de l'adopció, la llei modifica l'art. 179 CF i inclou, en la tutela de l'incapacitat, la delació a favor de la persona amb qui conviu en relació estable de parella i cas del fill o filla menor o incapacitat a favor de qui conviu en relació estable de parella amb el pare o mare d'aquest, tan si es tracta d'una parella heterosexual o homosexual. Corregeix doncs la manca d'harmonització que fins ara hi havia entre el Codi de família i l'art. 25 de la LUEP.

VIII. ALIMENTS (ARTS. 8 I 26 LUEP)

A diferència del que passa en l'adopció i en la tutela, on la LUEP ve a reiterar el que ja preveu el Codi de família, l'obligació d'aliments entre el convivents en unió estable de parella només ve fixada a la LUEP, la qual cosa porta, necessàriament, a fer una interpretació integradora dels arts. 8 i 26 LUEP i els art. 260 i 263 CF, entenent que si la persona necessitada conviu en unió estable de parella, el seu company o companya és qui, en primer lloc, està obligat a prestar-li aliments. El cert és, però, que, havent cessat la convivència, aquesta és una regla que esdevindrà pràcticament inoperant, atesa la facilitat que hi ha per extingir la unió estable,³⁶ i que allò més normal és que, mentre dura la convivència, els aliments s'identifiquin amb el deure de contribució al sosteniment de les despeses comunes. Res no treu, evidentment, que, en virtut de la seva autonomia privada, els convivents fixin l'obligació d'alimentar-se mútuament, fins i tot per a després del cessament de la convivència, però el més normal serà que aquest tipus d'acord es canalitzi per la via de

³⁵ Aquest és un dels punts que ha merescut també una recomanació del Consell Consultiu, en el Dictamen núm. 265. Concretament, suggeria que es preveïés, de forma expressa, una cautela que evités que, mitjançant una posterior adopció d'un menor originàriament estranger, es podés vulnerar l'article 21.c) de la Convenció de Nacions Unides sobre drets del nen produint un frau de llei. En la meua opinió, és evident que qualsevol utilització fraudulenta de la llei resta prohibida per l'article 6.4 CC i que, per això, és superflu repetir-ho en aquesta Llei. És més, l'article 4 LAPIA ja disposa que tota la legislació catalana en matèria de protecció de menors s'ha d'interpretar i aplicar d'acord amb els tractats internacionals vigents, entre els quals destaca la Convenció de les Nacions Unides sobre protecció dels drets dels infants.

³⁶ En aquest sentit, Nieves Martínez Rodríguez (1998), pàg. 348, ho qualifica més de discussió teòrica que de problema pràctic. Vegeu també el complet estudi de M. Paz García Rubio (1995), pàg. 193 a 226.

la pensió periòdica dels arts. 14 i 31.2 LUEP. Hom pot concloure, doncs, que la referència genèrica als aliments en seu d'unions estables de parella pot considerar-se supèrflua ja que, d'una banda, mentre hi ha convivència, els aliments es veuen absorbits per l'obligació dels membres de la unió estable de contribuir al manteniment de la casa i a les despeses comunes (arts. 3.2 i 22.2 LUEP), i, d'una altra, perquè, en cessar aquella, el membre de la parella que ho necessiti (si concorren les circumstàncies previstes als esmentats arts. 14 i 31.2 LUEP) té dret a una pensió alimentària periòdica, que té també una funció alimentària.

De fet, a la pràctica jurisprudencial, no trobem que s'hagin plantejat reclamacions en relatives al dret d'aliments en sentit estricte. Únicament s'hi refereix, que em consti, la SAP Barcelona de 25 novembre 2002 (JUR 2003\61811) la qual el circumscriu, precisament, al temps que dura convivència.

Igualment, com veurem més endavant (a l'apartat 13.1), l'art. 18 LUEP, per a les unions heterosexuales i l'art. 33 LUEP, per a les homosexuals, atorguen al sobrevivent un dret de predetracció (sobre les robes, el mobiliari i el parament de l'habitatge, excloent les joies, els objectes artístics i d'altres de valor extraordinari, així com els mobles de procedència familiar del premort) i el dret d'habitar tot l'habitatge comú. Són drets que també participen d'una certa funció alimentària, tot i que no vinculada estrictament a la situació de necessitat, sinó que s'atribueixen directament a la mort del convivent. És a dir, s'ha traslladat a les unions estables de parella l'any de plor (actualment de viduïtat) del dret català històric.

Finalment, en relació amb els fills, s'aplica, no cal dir-ho, el règim general dels aliments i, mentre dura la convivència, aquests queden igualment subsumits en el règim de les despeses comunes (art. 4 LUEP).

IX. EXTINCIÓ DE LA UNIÓ. REVOCACIÓ DE PODERS (ARTS. 12 I 30)

No cal un pronunciament judicial que declari extingida la unió estable de parella, al contrari que la separació o el divorci, on, si prescindim de la separació de fet, es preveu un procediment judicial específic, com és la declaració de la separació o la dissolució del vincle. Precisament perquè les unions estables de parella no creen un vincle jurídic semblant al matrimonial, la seva extinció es pot produir de forma extrajudicial. I això, fins i tot en el cas que s'haguessin constituït en escriptura pública, ja que l'obligació que tenen ambdós membres de la parella de deixar-la sense efecte (art. 30.2 LUEP) és una conseqüència de l'extinció (tampoc no es concreta cap conseqüència jurídica pel cas d'incompliment), no un requisit d'aquesta.

Tot i que els arts. 12 i 30 LUEP deixen ben clar que l'extinció de la unió estable de parella no exigeix intervenció judicial,³⁷ sorprèn que la SAP Barcelona de 23 setembre 2002 (JUR 2003\22930), d'una banda, s'acollís al procediment de separació matrimonial amb la fórmula: “*VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección 18ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Separación Matrimonial núm...*”, i, d'altra banda, sobre tot, que el seu primer pronunciament fos: “[d]ebo declarar y declaro la extinción de la unión estable de pareja, la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros hubiera otorgado a favor del otro y las siguientes medidas...”.³⁸ En canvi, la SAP Barcelona (Secció 12ª) de 12 novembre 2001 (AC 2002\543), més acuradament, censura, amb rigor, una resolució semblant, adoptada en aquest cas pel JPI, retraient-li que:

“[l]a sentencia apelada dispone la extinción de la unión estable de hecho y como consecuencia el cese y revocación de todos los poderes otorgados. Esto no fue pedido por nadie, por lo que el juzgado no debió haber entrado en ese tipo de pronunciamientos, completamente innecesarios, porque las uniones de hecho no constituyen matrimonios y su separación o cese no ha de ser acordada ni homologada por la autoridad judicial”

Òbviament, si l'extinció de la unió estable es produeix pel matrimoni d'un dels membres de la parella, és evident que s'extingeix també quan ambdós es casen entre ells; el que passa és que, en aquest cas, estem davant l'extinció de la unió estable sense que hi hagi hagut cessament de la convivència (aquesta continua, ara, amb caràcter matrimonial). A partir d'aquí, si més endavant es produeix la crisi matrimonial amb la consegüent demanda de separació o de divorci, la qüestió que es pot plantejar és si als efectes de la compensació econòmica o de la pensió compensatòria, el temps de convivència prematrimonial, en unió estable, es pot afegir, o no, al temps que han conviscut ja com a cònjuges. Aquesta és la problemàtica que aborda, precisament, la STSJC de 12 de gener de 2004, referida a una parella que va contreure matrimoni l'any 2000, després d'haver conviscut com a parella de fet durant tretze anys i que, molt poc temps després, concretament al cap d'un any de casats, es van separar presentant la pertinent demanda.³⁹

³⁷ Les causes d'extinció segons aquests preceptes són: el mutu acord, la voluntat unilateral notificada fefaentment, la defunció, la separació de fet de més d'un any, i que un dels membres de la parella hagi contret matrimoni. Hi ha països on sí que és necessària la intervenció judicial; per exemple, a Holanda, tot i que s'admet el trencament de la unió de mutu acord, si l'extinció la demana un de sol, ho ha de resoldre el jutge. A Suècia [Cap. 2 Secc.1] l'extinció *inter vivos* de la unió també és judicial.

³⁸ Joaquin M^a Andrés Joven (2003), pàg. 237, al meu parer erròniament, considera, per contra, que si la parella de fet s'ha constituït d'acord amb una llei autonòmica, “[l]a sentencia deberá establecer expresamente la extinción de esta relación”.

³⁹ Vid. un comentari més extens a Joan Egea Fernández (2004).

L'esposa demanava una pensió compensatòria (art. 84 CF) de 300.000 pta. mensuals [1.803,04 €] i una compensació econòmica pel treball (art. 41 CF), de 75.000.000 pta. [450.759,07 €]. El JPI havia estimat en part la demanda decretant la separació, atribuint a la dona l'ús de l'habitatge, una pensió compensatòria de 12.000 € (limitada a 5 anys) i una compensació econòmica pel treball de 12.000 €. L'Audiència de Barcelona (Secc. 12^a) la va modificar en dos punts: va suprimir el límit temporal de la pensió i va incrementar la compensació econòmica a 20.000 €. El marit va interposar recurs de cassació al·legant interès cassacional.

Entre altres motius, el marit denunciava, en cassació, que l'Audiència no havia tingut en compte que l'art. 41 CF només s'aplica al matrimoni i que no era possible aplicar-lo analògicament al període de convivència *more uxorio*. El TSJC desestima aquesta pretensió i avala la unificació dels dos períodes que havia fet l'Audiència, afirmant que “[e]l matrimonio y la convivencia tuvieron una duración importante y parece poco equitativo fijar una cantidad de sólo 12.000 €”. A partir d'aquí, la sentència s'estén en consideracions, d'altra banda òbvies i més aviat supèrflues, ja que ningú no ho havia discutit, afirmant, per exemple, que la compensació econòmica no només es dona pel treball per a l'altre, sinó que n'hi ha prou amb el treball per a la casa, i pel que fa al temps en què va treballar per a la llar, considera que, com que la redacció de l'art. 41 CF i la del art. 13 LUEP són pràcticament idèntiques i persegueixen la mateixa finalitat, no calia un còmput separat, perquè podria portar a una solució contrària al principi d'igualtat. Aquesta és una argumentació que no comparteixo, ja que ambdues lleis preveuen règims jurídics que no són intercanviables. Com posa de relleu el vot particular del Magistrat Lluís Puig i Ferriol, la dona demandant no havia al·legat l'aplicació de la LUEP (de fet, no era aplicable), el TSJC havia d'haver quedat vinculat pel *petitum* i limitat, per tant, a l'art. 41 CF, que es circumscriu al matrimoni. Concretament, en aquest punt, el TSJC afirma:

“[L]a denúncia anterior no pot prosperar, per una doble circumstància: a) Pel fet que la Llei de parelles de fet de 15 de juliol de 1998, comprèn un article (el tretze) que rubrica com a compensació econòmica, que té un redactat idèntic al del 41 del Codi de família, per la qual cosa no era necessari que la sentència de l'Audiència que ara es qüestiona calculés la indemnització que ha atorgat, computant per separat els anys de convivència i el temps de duració del matrimoni i b) Pel fet que la remissió que fa l'article 3 del Codi civil a la realitat social del temps en que les normes han d'ésser aplicades impediria no computar el temps de convivència 'more uxorio' per tal d'atorgar la compensació econòmica que ara es tracta. Considera la Sala que en el supòsit que el Parlament de Catalunya no hagués dictat la Llei de parelles de fet, en la societat actual, seria contrari al principi d'igualtat previst en la Constitució espanyola no donar protecció al membre de la parella que sofrís un empobriment injust a conseqüència del període de convivència.

Les anteriors consideracions comporten el rebuig del motiu del recurs, essent en aquest moment escaient insistir en què la mòdica quantitat atorgada per l'Audiència pel concepte analitzat, fa encara més improcedents les al·legacions del recurrent”.

Per raons semblants, no comparteixo tampoc els arguments emprats pel propi TSJC per rebutjar la temporalitat de la pensió compensatòria: el recurrent sostenia que, atès que l'art. 16 LUEP limitava la pensió al termini màxim de tres anys i que el matrimoni havia durat poc temps, la pensió havia de tenir una durada limitada temporalment. El Tribunal Superior, per contra, rebutja la pretensió, tot i que admet que la pensió del CF i de la LUEP són força diferents (exclusivament alimentària la de la LUEP), acaba sumant ambdós períodes de convivència (en unió estable i l'estrictament matrimonial) per concloure que “[d]esprés de dotze anys de convivència els litigants van decidir exterioritzar amb el fet de contraure matrimoni, la duració de l'afectivitat que els unia, i, a més varen fer palesa la seva voluntat que la normativa matrimonial regulés la nova situació”.

En la meua opinió, el canvi d'estatus (d'unió estable a parella matrimonial) no permet concloure, sense més, que la voluntat dels contraents era que, en cas de crisi matrimonial, les normes matrimonials regissin també pel període anterior de convivència en parella de fet, per a això, caldria que la norma ho digués expressament, i aquest no és el cas, de moment, del dret català. Si que s'hi refereixen expressament, als Estats Units d'Amèrica, els principis del *American Law Institut*, els quals, en la secció 5.04 (6), preveuen que els Tribunals, per fixar els *compensatory spousal payments*, han de tenir en compte qualsevol període immediatament anterior al matrimoni en el qual les parts haguessin conviscut com a *domestic partners*.⁴⁰

⁴⁰ El seu tenor literal és el següent: “§ 5.04 *Compensation for Loss of Marital Living Standard*.

(1) A person married to someone with significantly greater wealth or earning capacity is entitled at dissolution to compensation for a portion of the loss in the standard of living he or she would otherwise experience, when the marriage was of sufficient duration that equity requires that some portion of the loss be treated as the spouses' joint responsibility.

(2) Entitlement to an award under this section should be determined by a rule of statewide application under which a presumption of entitlement arises in marriages of specified duration and spousal-income disparity.

(3) The value of the award made under this section should be determined by a rule of statewide application that sets a presumptive award of periodic payments calculated by applying a specified percentage to the difference between the incomes the spouses are expected to have after dissolution. This percentage is referred to in this Chapter as the durational factor, and should increase with the duration of the marriage until it reaches a maximum value set by the rule.

(4) The presumptions established under this section should govern unless there are facts, set forth in written findings of the trial court (§ 1.02), establishing that the presumption's application to the case before the court would yield a substantial injustice. An award may

La justificació constitucional que dóna el TSJC, en afirmar que “[d]istingir entre períodes de convivència *more uxorio* i període de convivència matrimonial no sembla massa conforme al tant invocat principi d’igualtat de rang constitucional” obvia la pròpia jurisprudència constitucional (sentències 184/1990, de 15 de novembre; la 29/1991, de 14 de febrer; la 66/1994, de 28 de febrer o la 214/1994, de 14 de juliol) segons la qual el matrimoni i las unions de fet no són realitats constitucionalment equiparables, ja que el matrimoni és un dret constitucional i la unió de fet no està reconeguda en la CE; a la pràctica, això significa que ha de ser el legislador qui determini en quina situació han de quedar les parelles de fet. Més ben dit, si aquesta formulació del TSJC s’estengués als propis preceptes de la LUEP, portaria a què uns quants d’aquests s’haguessin de considerar inconstitucionals, perquè no fixen una completa equiparació amb el matrimoni. En qualsevol cas, el fet que, en relació amb la compensació econòmica, el legislador català hagi previst una regulació pràcticament mimètica a l’establerta per a la crisi matrimonial, tampoc no treu, com apunta el vot particular, que, mentre la llei no disposi altrament, no s’hagin de demanar expressament ja que es contenen en lleis diferents.⁴¹

Finalment, pel que fa als efectes de l’extinció de la unió estable, l’art 12.3 LUEP considera ineficaços (revocats) els poders un dels membres de la parella hagi pogut atorgar a favor de l’altre durant la convivència. Precisament, la SAP Barcelona (Secc. 14^a) de 27 de novembre de 2000 (JUR 2001\110077), tot i que es refereix a un cas en què, per raons temporals, no s’aplicava la LUEP (el trencament de la convivència es produí el mes de juny de 1991) ha tingut que resoldre també sobre aquesta qüestió. Els fets eren els següents: l’any 1989, la dona, que havia de viatjar als Estats Units perquè havia obtingut una beca per a una estada de recerca, va atorgar poders a favor del seu company amb el que havia estat convivint des de feia un any. Aquest, valent-se dels poders, va posar el pis d’ella al

be made under this section in cases where no presumption of entitlement arises, if facts not present at the dissolution of most marriages of similar duration and income levels establish that a substantial injustice will result if there is no compensation, and those facts are set forth in written findings of the trial court (§ 1.02).

(5) The duration of an award of periodic payments made under this section should be determined as provided in § 5.06. Subsequent modification of the award’s amount or duration is allowed as provided under §§ 5.07, 5.08, and 5.09. An award of periodic payments that would otherwise arise under this section may be replaced, in whole or in part, by a single lump-sum payment, as provided in § 5.10.

(6) In determining the duration of a marriage for the purpose of this section, the court should include any period immediately preceding the formal marriage during which the parties lived together as domestic partners, as defined in § 6.03.”

⁴¹ El termini d’un any per a la seva reclamació compta (art. 16.2 i 32.2 LUEP) des del cessament de la convivència (no de l’extinció de la unió), per tant, la pensió alimentària i la compensació econòmica seguiran vives en moment de la separació o divorci i es podrà reclamar el seu pagament, sempre sota el principi de rogació.

seu nom, simulant una compravenda; molt pocs dies després la dona va revocar formalment els poders. Tot i que es tracta d'un cas, com deia, anterior a l'entrada en vigor de la LUEP, vull destacar que, a partir de l'aplicació analògica de l'art. 102 CC, l'Audiència arriba al mateix resultat que si regís l'art. 12.3 LUEP: si en el matrimoni l'admissió de la demanda de nul·litat, separació o divorci comporta la revocació dels poders atorgats a favor de l'altre, el mateix ha de ser per a les unions estables, ja que desapareix la confiança que és el fonament de l'apoderament. Així en el seu FD 3er es pot llegir:

“[D]el sucinto relato anterior puede ya inferirse la nulidad del contrato de 27-6-1991, que la sentencia apelada se limita a proclamar. Y ello no porque en principio el poder otorgado en su momento en favor del Sr. LL. fuese ineficaz o ilícito pues dentro de la autonomía de la voluntad cabe tal posibilidad en nuestro derecho, al ser el representado quien libremente determina el ámbito de actuación del representante, sino porque cuando usó del poder, éste había perdido ya toda su validez y vigencia. Al efecto hay que señalar que si el apoderamiento surge a la vida del derecho con la sola voluntad del representado esta misma y única voluntad es causa suficiente para provocar su extinción debiendo entenderse producida en este caso la revocación, sin necesidad de acto formal, por dos circunstancias: 1º Porque el mismo fue otorgado sólo en consideración a la marcha de la Sra. P. a los EEUU por un tiempo prolongado como admitió el Sr. LL. al absolver la posición cuarta (f. 271) y 2º porque, en cualquier caso, producida la ruptura sentimental carecía de todo sentido el mantenimiento del poder (así se prevé en los casos de cese de convivencia matrimonial en el art. 102 del CC), al desaparecer la confianza en la que se funda el apoderamiento. Si a lo anterior unimos que en el momento en que se hizo uso del poder existía un claro conflicto de intereses (STS 12-2-1999 [RJ 1999\654] ó RDGDN de 2-12-1998 [RJ 1998\10481]) entre la actora y el demandado en la medida en que el posible beneficio de uno de los contratantes se traducían en el correlativo perjuicio del otro, fácil es colegir que el contrato adolecía ya de nulidad en virtud de lo dispuesto en el art. 1259 del C.C. Pero es que, además, la falta de causa lícita es también manifiesta tal y como se recoge en la sentencia impugnada”.

X. COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DEL TREBALL PER A LA LLAR O PER A L'ALTRE CONVIVENT (ART. 13 I 31.1)

Els articles 13 i 31.1 LUEP tenen un contingut que, com abans s'ha dit, coincideix, pràcticament, amb el previst a l'art. 41 CF per a al cas de separació, divorci o nul·litat del matrimoni. En cessar la convivència, el membre de la unió estable que al·lega haver patit una desigualtat patrimonial amb enriquiment de l'altra part, com a conseqüència d'haver treballat per a l'altre o per a la llar

comuna sense retribució o amb una retribució insuficient pot reclamar, per aquest motiu, una compensació econòmica. La compensació, no pertoca, doncs, si s'ha pagat un sou suficient pel treball, ni si s'han rebut participacions de la societat que explotava comercialment el restaurant on treballava, per valor de la meitat de capital social⁴² (cas de la SAP Barcelona de 25 novembre 2002 -JUR 2003\61811). En el cas de les parelles de fet no subjectes a la LUEP (per exemple, perquè algun dels convivents manté encara el vincle matrimonial amb una altra persona), s'haurà d'acudir a la via del principi general de la prohibició de l'enriquiment injust, en el procediment corresponent.

Tant l'art. 3.2 com l'art. 22.2 LUEP conceben el treball domèstic i la col·laboració personal i professional per a l'altre membre de la parella també com a formes de contribució al manteniment de la casa (despeses comunes). De fet, la col·laboració del cònjuge (amb més raó encara la del company en unió estable) en l'activitat professional de l'altre no té, en principi, cap vinculació directa amb el deure de contribució a les despeses familiars, sinó que més aviat s'adiu amb una relació de tipus laboral o societària, per la qual cosa les qüestions de valoració s'haurien de resoldre segons els criteris del mercat laboral⁴³ o d'acord amb allò que s'hagi pactat en el contracte de societat, tenint en compte, també, el pes que en aquestes relacions té, per la pròpia naturalesa de la relació, la confiança del col·laborador. Sobre això la SAP Girona de 13 de març de 2001 afirma “[S]e solicita la suma de cinco millones de pesetas con fundamento en el art. 13 de la Ley Catalana de parejas de hecho de 15.7.98. Dicha legislación aplicable a las parejas que han convivido “more uxorio” exige dos requisitos para el otorgamiento de la meritada cantidad compensatoria, a saber, trabajo para el hogar común o para el otro conviviente. Pues bien; a la corta duración de la convivencia more uxorio de los aquí litigantes, poco mas de dos años, debe traerse a colación que, parte de la actividad que la recurrente tuvo para su compañero en el negocio que éste regentaba de zapatería, fue finalizada de común acuerdo entre ambos en sede de relaciones laborales, donde aquella se dio por saldada y finiquitada. Examinado en patrimonio del Sr. C., tal y como refleja asimismo la propia Sentencia, es claro que ningún enriquecimiento tuvo consecuencia directa de la dedicación de la recurrente

⁴² És més, sorprenentment, l'Audiència afegeix que com que li havia estat reconeguda una pensió periòdica, quedava exclosa la compensació. Observi's, però, que la premissa hauria de ser precisament la contrària: primer s'ha de fixar la indemnització i després, si escau, es fixa la pensió periòdica, tenint en compte aquella indemnització.

⁴³ Tot això, sens perjudici del que disposa l'art. 1 del Reial Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, que exclou del seu àmbit d'aplicació “e) *Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción*”.

emite a las faenas del hogar. Si a ello añadimos que poco o nada ha cambiado la situación económica de la recurrente, en relación al momento anterior a conocer al Sr. C., deberemos de concluir con la Sentencia de instancia en que no es de recibo el otorgamiento de la suma que se solicita con base en un precepto cuya aplicación no viene al presente supuesto, extrema de la Sentencia que debe ser mantenido.”

En relació amb la fixació de la quantia de la compensació, la STSJC d'1 de juliol de 2002 confirma la resolució de la SAP Barcelona (12^a) de 28 novembre 2001 segons la qual, com que l'ordenament no dóna unes específiques regles de quantificació, s'ha d'acudir a allò que es consideri raonable i prudencial. En aquest cas la convivència havia durat 13 anys i l'home tenia un negoci de venda d'animals del qual no constava exactament la importància econòmica, però era evident que li permetia atendre, sense problemes, les elevades quotes mensuals generades per diversos préstecs que ell havia contret. A partir d'aquí, l'Audiència resol que: “[c]onsiderando la duración de la convivencia, que la demandante ahorró también cerca de tres millones de pesetas, se considera procedente limitar la indemnización a tres millones de pesetas”. És més, reforça aquest criteri argumentant que per la via de l'enriquiment sense causa s'hagués arribat a la mateixa solució, encara que no fos aplicable la LUEP.

Precisament, en aquesta sentència d'1 de juliol de 2002, el TSJC fixa els fonaments de la compensació econòmica (en un *lapsus calami* parla de pensió compensatòria), recolzant-se en la següent argumentació:

“[L]a pensión compensatoria [sic] nace para equilibrar en lo posible las desigualdades que pueden generarse durante una convivencia estable, cuando uno de los convivientes se dedica al cuidado del hogar y de los hijos o ayuda en el negocio percibiendo en este caso una insuficiente remuneración, mientras el otro dirige y administra el comercio con el ahorro –de todo tipo– añadido que supone la anterior dedicación. La pensión compensatoria [sic] intenta impedir o limitar que, al cese de aquella convivencia, quien ha ayudado propiciando el mantenimiento y el desarrollo del negocio, quede sin la capitalización de sus esfuerzos, mientras el otro retenga el activo patrimonial íntegro. Se trata pues de lograr un justo equilibrio patrimonial, medido a la hora de la crisis de convivencia, pero con la vista puesta en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral pero convergente no remunerado o remunerado insuficientemente hasta entonces.”

XI. PENSIÓ ALIMENTÀRIA PERIÒDICA (ART. 14 I ART. 31.2)

En aquest punt, les audiències catalanes no solen apartar-se de la literalitat de la llei. A títol d'exemple, podem citar la SAP Girona de 2 d'octubre de 2002 (AC 2002\1493) i l'esmentada SAP Barcelona de 25 novembre 2002, quan desestimem les respectives pretensions es limiten a reproduir l'art. 14 LUEP. En ambdues queda

clar que els pressupòsits de la pensió de la LUEP no coincideixen exactament amb els que l'art. 84 CF fixa per a les parelles casades (on, bàsicament, s'exigeix que es produïeixi un desequilibri perjudicial de la seva situació econòmica en relació amb la que tenia durant el matrimoni").⁴⁴ Sembla que la seva finalitat es limita a facilitar la inserció del convivent necessitat en el mercat laboral i d'aquí que es posi el topall dels 3 anys. Sorprèn, però, que l'Audiència de Girona, tot i admetre que no concorrien els pressupòsits que exigeix la LUEP, resolgui que, com que el demandant havia admès una pensió mensual de 50.000 pta [300,51 €], s'havia d'augmentar a 80.000 pta [480,81 €] durant tres anys. La jurisprudència, majoritàriament corrobora la naturalesa alimentària de la pensió (vid., per totes, la sentència AP Barcelona de 14 de febrer de 2002 [JUR 2003/198515] i l'anteriorment citada de 25 de novembre de 2002). D'especial interès és la SAP Barcelona de 9 de juliol de 2002 que en un cas en què la parella només havia restat sotmesa pròpiament a la LUEP, un mes (des del 29 maig de 2000, data en què es va divorciar del seu anterior matrimoni, fins el 2 juny que va trencar la convivència la unió estable de parella) però que vivien efectivament des de l'any 1995 i amb fills comuns des de 1999, atorga una pensió alimentària periòdica de 1.503 € mensuals, doncs té en compte el període de convivència anterior i admet que s'apliqui subsidiàriament la regulació dels aliments continguda en el Codi de família.

Una altra sentència, la de la APB (12^a) de 28 novembre 2001, barreja el fonament de la pensió amb el de la compensació quan confirma la pensió periòdica que havia fixat la sentència apel·lada (50.000 pta durant 3 anys) justificant-ho perquè si s'apliqués –diu– el criteri del l'art. 14 a) LUEP "*[e]s patente que la dedicación de la señora E al señor M y a su negocio, ha disminuido su capacidad de obtener otros ingresos que los que le entregase dicho señor, claramente insuficientes*".⁴⁵

Per la seva banda, la SAP Girona de 23 de març de 2001 desestima la sol·licitud d'una pensió periòdica en base a que l'escassa durada de la convivència (poc més de dos anys) no havia generat desequilibri. Tot i això, sorprenentment, afirma que "*[E]l art. 14 de la Ley de parejas de hecho mencionada es aplicable en este extremo, como también lo es el art. 97 del C. Civil*", i sorprèn doblement, primer

⁴⁴ En aquest sentit, Javier Pereda Gàmez (2003), pàg. 315 ha assenyalat que "[n]o cabe que el legislador autonómico establezca una pensión por 'desequilibrio' en el sentido del art. 97 CC si tal pensión tiene por objeto compensar el hecho de perder el nombre, la fama o pertenencia al unión o a la familia extensa del otro conviviente... Ciertamente hay que tener en cuenta que no es lo mismo indemnizar estas pérdidas que fijar una pensión para la atención primigenia de las necesidades más vitales."

⁴⁵ Per a mi, és obvi que la capacitat per a obtenir ingressos a la que al·ludeix l'article 14 LUEP fa referència a partir del trencament, no a mentre dura la convivència (això ja ho cobreix la compensació econòmica).

perquè la LUEP exclou tenir que acudir a cap altra norma i, segon, perquè posats a cercar similituds amb els efectes de la ruptura matrimonial podia haver al·ludit a l'art. 84 CF, en lloc del Codi espanyol. Més correctament, la SAP Barcelona de 6 de maig de 2002 exclou l'aplicació de l'art. 97 CC, en un cas que les parts havien conviscut com a unió estable de parella durant 6 anys, no havien al·legat la LUEP i resol: “[*que no procede la pensión compensatoria pedida como tal en las uniones de hecho, como enseña constante jurisprudencia cuya cita no hace falta siquiera por conocida. En ningún caso es aplicable la pensión del art. 97 CCLEG 1889\| 27 a uniones no matrimoniales. No se ha invocado tampoco en este pleito la ley catalana 10/98 de uniones estables de pareja, vigente ya al tiempo de la extinción de esta convivencia more uxorio, ni su art. 14, el cual establece una pensión periódica de naturaleza expresamente alimenticia. Y debió hacerse en debida forma por cuanto se trata de una pensión de naturaleza distinta, de efectos y presupuestos en buena parte distintos a la establecida por desequilibrio económico en el art. 97 del CC, pero que tiene un rasgo común con aquella, su carácter dispositivo. De suerte que no cabe interpretar que se está invocando este precepto ni esta pensión alimenticia cuando claramente se está fundando la pretensión en otro precepto que no puede aplicarse analógicamente*”.

Tot i que s'aparta del que hom pot considerar corrent jurisprudencial dominant,⁴⁶ la sentència que més encertadament tracta de la naturalesa de la pensió, és la de l'AP Barcelona (18^a) de 29 setembre 2000, la qual li atribueix una funció alimentària i indemnitzatòria, al mateix temps:

“[E]sta pensión presenta un cierto componente alimentario si se tiene en cuenta que será exigible cuando quien la reclama la necesita para atender adecuadamente su sustentación, y también un componente indemnizatorio, ya que además, para que nazca este derecho se requiere que la convivencia, directa o indirectamente (de la relación hayan nacido hijos que queden a cargo del reclamante) haya minado la capacidad de obtener ingresos”

A partir d'aquí, conclou que en aquell cas no procedia la prestació alimentària, doncs, la dona demandant treballava a l'Ajuntament de Badalona i vivia amb un tercer, que contribuïa a satisfer les despeses de la llar. Efectivament, tenint en compte que la convivència *more uxorio* amb un una altra persona extingeix l'obligació de pagar la pensió, és clar que aquesta ja no neix si la convivència ja existeix durant el procediment.

La pensió periòdica (com també la compensació econòmica) s'ha de reclamar en el termini d'un any a comptar des del cessament de la convivència (art. 16.2 LUEP); aquest però, en la majoria de casos, és un dies *a quo* força difícil de determinar i sobre el qual, en qualsevol cas, només ha recaigut, que em consti, una resolució

⁴⁶ Per tots, M. Martín Casals (2000), pàg. 1197.

judicial. Es tracta de la sentència de 30 de desembre de 2002 (JUR 2003/108081) que qualifica el termini d'un any des del cessament de la convivència, fixat per l'art. 16.2 LUEP per a la reclamació de la compensació econòmica i de la pensió alimentària periòdica, com de caducitat, i afirma que:

“[L]a configuración de tal término como de caducidad de la acción, que no de prescripción, se infiere de la circunstancia expresada ex lege del nacimiento de tales derechos con la limitación temporal de reclamarse en el término de un año desde el cese de la convivencia. En su consecuencia no cabe la apreciación de la causas interruptivas del instituto de la prescripción señaladas en el artículo 1973 CC, y de transcurrir el término legal de la caducidad se produce la decadencia efectiva de, tales derechos, dada la dejación de su ejercicio, sin que después pueda nuevamente reclamarse”.

XII. HABITATGE FAMILIAR (ARTS. 11 I 28)

Pel que fa al règim de l'habitatge, la LUEP no fixa un paral·lelisme entre el matrimoni i les unions estables de parella. No conté cap precepte sobre a l'atribució del seu ús en cas de trencament,⁴⁷ sinó que l'art. 11, per a les unions heterosexuales, i el 28, per a les homosexuals, tan sols posen límits als actes de disposició o gravamen realitzats en vida, exigint el consentiment de l'altre o l'autorització judicial. Els actes de disposició efectuats sense aquell consentiment o sense l'autorització judicial són anul·lables, a instància de l'altre convivent, en el termini de 4 anys a comptar des que en tingui coneixement o des que s'inscriuï en el Registre de la propietat.⁴⁸ En la pràctica judicial, que em consti, només la SAP Barcelona (18^a) de 2 de maig del 2000, ha plantejat un cas d'alienació de l'habitatge familiar sense consentiment del convivent no propietari (el tercer adquirent va exercitar l'acció de desnonament fent fora la mare i la filla); la mare, emparant-se en l'art. 11.3 LUEP, demandava una indemnització de 3.000.000 pta. [18.030,36 €] pels danys que havia patit, però l'Audiència desestima la pretensió perquè la convivència havia cessat abans de l'entrada en vigor de la LUEP, i aquesta no es podia aplicar retroactivament.

La doctrina catalana entén, majoritàriament, que, en defecte de pacte, l'art. 83 CF tampoc no es pot aplicar, per analogia, tot i que en el cas que hi hagin fills,

⁴⁷ Javier Pereda Gámez (2003), pàg. 318, arriba a afirmar que “[N]o es constitucional una ley autonómica que no prevé mínimamente la atribución del uso de la vivienda familiar para la protección del conviviente en situación ‘indigna’ por causa de la crisis familiar”.

⁴⁸ Els criteris pel còmput del termini, tal com proposava la Secció de dret de família, haurien de seguir l'ordre invers, és a dir, en primer lloc el Registre i si l'immoble no està inscrit, des que es té coneixement de l'alienació.

a l'empara de que el bé jurídic protegit és l'interès del menor, sí que ho admet.⁴⁹ Efectivament, a la pràctica, tots els casos d'atribució de l'habitatge que han passat per les Audiències catalanes es refereixen a parelles amb fills o filles menors. Així, l'anteriorment citada SAP Barcelona (18^a) de 29 de setembre de 2000 (JUR 2001\55) confirma la del JPI que resolia que “[s]e concede a la madre y los hijos menores el uso y disfrute de la vivienda conyugal [sic]”; en el mateix sentit, la SAP Barcelona (18^a) JUR 2003/198515) atorga la guarda i custòdia de la filla a la mare “[a]sí como el uso de la vivienda conyugal a madre e hija”. Igualment, la SAP Barcelona de 23 setembre de 2002 (JUR 2003\22930) estima parcialment un recurs d'apel·lació contra la sentència del JPI en allò que es refereix a la condemna al pagament de les quotes del préstec hipotecari que havia subscrit la parella, però manté el pronunciament del JPI que atribuïa l'ús de l'habitatge familiar i dels estris d'ús comú a la mare i als fills menors. La mateixa línia s'intueix en la SAP Girona de 2 d'octubre de 2002, en un cas, recordem-ho, que aplica indirectament la LUEP a una parella de nacionalitat suïssa, quan afirma que “[e]n cualquier caso, se ha acreditado que dicho domicilio es propiedad del demandante, no se ha demostrado de modo alguno que la apelante hubiera participado en el pago del precio del mismo. No existen hijos comunes que pudieran quedar bajo su custodia y su compañía. Además, como se razonará más adelante, tiene un patrimonio propio, por lo que no se aprecia motivo alguno para atribuirle el uso del domicilio. El hecho que el patrimonio de su antigua pareja pudiera ser superior al suyo propio, no justifica por sí solo que pueda prosperar su petición”.

En canvi, pel dret de l'Estat, tant la doctrina com la pròpia jurisprudència del TS en base a l'aplicació dels principis generals del dret (concretament el de protecció del convivent més feble), admeten que, en cas de trencament de la convivència en relació estable de parella, hom pot atribuir l'habitatge familiar al membre més feble de la parella.

En fi, si l'interès jurídic protegit pel conjunt de preceptes que, en la relació matrimonial, permeten atribuir l'ús de l'habitatge a un dels cònjuges, és afavorir aquell que, després del trencament de la convivència, quedi en situació de més feblesa (com s'evidencia també, en la STC 222/1992, d'11 de desembre, que va declarar inconstitucional l'art. 58.1 de la LAU en base a que la llei prenia en consideració, molt particularment, la situació fàctica d'haver conviscut en l'habitatge arrendat), hom hauria de concloure que aquest mateix interès hi és, també, en el cas de les unions estables de parella quan cessa la convivència. Així, caldria que la futura regulació del Llibre II del Codi civil de Catalunya que inclogués uns criteris d'atribució de 'habitatge familiar' pel cas de trencament de les unions estables de parelles. De fet, ha estat l'art. 2.7 de la Llei 27/2003, de

⁴⁹ M. Martín Casals (2000), pàg. 1167. Com hem vist a la nota 46, J. Pereda Gámez (2003), se situa en l'extrem oposat i considera que no preveure-ho és inconstitucional.

31 de juliol, reguladora de l'Ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica, el que, en afegir a la LECr un nou article 544 ter, ha inclòs, entre les mesures preventives de naturalesa civil que pot adoptar el jutge de guàrdia o, en el seu cas, el de violència contra la dona, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i la prestació d'aliments si hi han indicis fonamentats de la comissió d'un delictes o falta contra alguna de les persones esmentades a l'art. 153 del Codi Penal (entre les quals hi ha els convivents *more uxorio*). El que passa és que, com que la LEC no preveu cap procediment especial per a les parelles de fet, més enllà del que afecta la guarda i custòdia dels fills o els aliments reclamats en nom d'aquests (arts. 768.3º i 770.6º LEC), tindrà difícil cabuda, en aquests procediments, la presentació d'una demanda civil en el termini de 30 dies que permeti el manteniment de la mesura.

XIII. EFECTES DE L'EXTINCIÓ PER MORT

1. Drets de predetracció i dret a ocupar l'habitatge familiar durant l'any següent a la mort del company convivent (art. 18 i 33)

Com ja hem avançat en parlar del dret d'aliments, pel cas d'extinció de la unió estable per mort d'un dels convivents, l'art. 18.1 LUEP atribueix al sobrevivent de la unió estable heterosexual la propietat dels béns de la llar, és a dir, els béns d'ús comú i quotidià, excloent-los, per tant, de l'herència. A més, l'apartat 2 d'aquest mateix precepte atorga al supervivent el dret d'habitar tot l'habitatge comú, durant l'any següent a la mort del convivent, amb la facultat de prendre'n possessió, atorgant-li també el dret a ser alimentat amb càrrec al patrimoni del premort, d'acord amb el nivell de vida mantingut i la importància del dit patrimoni. Semblantment, per a les unions estables homosexuals, l'art. 33 LUEP estableix el mateix dret a viure en l'habitatge comú, però, a diferència de les unions heterosexuals, no inclou la facultat de possessionar-se'n (cosa que porta, per força, a reclamar-lo judicialment), ni el dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni. Aquestes són diferències mancades de tota justificació.⁵⁰

A la *praxi* jurisprudencial, la SAP Barcelona de 20 d'octubre de 2002 (JUR 2003\261255), després d'afirmar que el sobrevivent d'una parella heterosexual no està legitimat per intervenir en la declaració d'hereus *ab intestato* del seu company premort i, per tant, que tampoc pot demanar la nul·litat de la declaració d'hereus feta sense la seva intervenció, li reconeix el dret a retirar els estris que constitueixen el parament de l'habitatge comú, llevat les joies, els objectes artístics d'extraordinari valor o d'altres també de valor extraordinari, atès el nivell de vida de la parella i el patrimoni relict. La sentència, però, incorre en l'error de vincular el reconeixement de l'esmentat dret a que la mort del company hagués

⁵⁰ En el mateix sentit P. Ortuño Muñoz (2000), pàg. 1236.

comportat la disminució del nivell de vida de l'altre; en efecte això no s'ajusta a les previsions del precepte, doncs les úniques circumstàncies que s'han de tenir en compte per a la fixació d'aquest dret són: el nivell de vida mantingut per la parella i la importància del patrimoni del premort. Pel que fa al dret a ocupar l'habitatge comú, aquesta mateixa sentència rebutja la pretensió del sobrevivent de què el dret a l'ús es comptés des de l'acceptació de l'herència, ja que, d'acord amb l'art. 18 LUEP, el seu abast es limita a l'any següent a la mort “[p]ues ello desnaturalizaría el derecho que se concede como beneficio inmediato a la muerte, careciendo de sentido que debiera desalojar la vivienda tras la muerte y esperar a que acepte la herencia para gozar un año de la misma; ni tampoco puede entenderse que hasta la aceptación de la herencia pueda permanecer en la vivienda y un año a partir de la aceptación, pues ya no sería un derecho de un sólo año que recoge el legislador”.

2. Els drets de naturalesa successòria (art. 34 i 35)

Com és sabut, la LUEP només atorga drets successoris a les unions homosexuals (d'altra banda, molt més limitats que els que correspondrien al cònjuge). En concret, si un dels membres de la parella mor intestat, el sobrevivent, que no tingui mitjans econòmics suficients, té dret a una espècie de quarta vidual, si concorre amb descendents o ascendents del causant, (art. 34.1 a LUEP); si manquen els descendents i els ascendents –en concurrència amb col·laterals dins el segon grau- li correspon la meitat de l'herència (art. 34.1. b LUEP); i la totalitat, si manquen els col·laterals dins el segon grau (art. 34.1. c LUEP). En el cas que el difunt hagués atorgat testament (art. 35 LUEP), el sobrevivent té el mateix dret previst a l'apartat 1 a) de l'art. 34 LUEP, és a dir, fins a la quarta part del valor de l'herència, cas que no tingui mitjans econòmics suficients.

En la meua opinió no està justificada l'exclusió de drets successoris per a les parelles heterosexuales, ja que, si hom considera que la successió intestada reflecteix el criteri estàndard de testar o, el que és el mateix, positivitza la presumpció de quina seria la voluntat típica del causant mitjà,⁵¹ el lògic fóra concloure que no s'hauria d'haver distingit entre ambdós tipus de parelles. És clar que, el legislador pot haver pensat que el més prudent era deixar-ho a l'autonomia de la voluntat (és a dir, que qui vulgui afavorir la seva parella atorgui testament) que és l'argument més sovintment utilitzat pels que defensen que no s'han de reconèixer drets successoris a les parelles de fet,⁵² però, tampoc no ha

⁵¹ En aquest sentit ja s'havia manifestat també F. Pantaleón Prieto (1984), pàg. 175.

⁵² Per a una exposició més detallada dels arguments a favor i en contra del reconeixement de drets successoris a les parelles de fet, hom pot veure P. Salvador Coderch, M.R. Lloveras i Ferrer i C. Seuba Torreblanca (1994), els quals es decanten per reconèixer aquest drets, però qüestionen, a l'hora, que aquest reconeixement s'hagi de limitar a tutelar relacions de vida marital, podent incloure també el fillastre o les situacions de convivència amb dependència (excloent, òbviament, les relacions de caràcter onerosos).

estat aquesta l'opció elegida (si més no, només ho ha estat a mitges), doncs ha fixat una solució per a les parelles homosexuals i una altra per a les heterosexuales. D'altra banda, el reconeixement d'aquests drets successoris *ab intestato* en les unions estables homosexuals, no es pot fonamentar en la solidesa dels vincles afectius existents o, el que és el mateix, en la dependència afectiva perquè és obvi que aquesta mateixa afectivitat concorre també en les unions estables heterosexuales.⁵³ Això només s'explica perquè, fins ara, aquestes parelles tenien vedat el matrimoni, però a partir de l'entrada en vigor de la Llei 13/2005 aquesta desigualtat ja no es pot mantenir.

En la jurisprudència de les audiències catalanes, que em consti, només s'ha plantejat una reclamació de drets successoris; es tracta, recordem-ho, de la SAP Barcelona de 2 febrer 2004 (JUR 2004\81387) referida a un cas en què els germans del difunt havien instat un expedient judicial de declaració d'hereus *ab intestato*, en què va comparèixer un tercer manifestant que havia viscut en unió estable fins la mort del company (ho acreditava mitjançant acta de notorietat i no, tal com exigeix l'art. 21.1 LUEP, amb la corresponent escriptura) i reclamant la meitat de l'herència. L'Audiència revoca la sentència d'instància per raons processals, i no entra en el fons.

En qualsevol cas, encara que la LUEP no atribueixi drets successoris a les unions estables heterosexuales més enllà d'aquells modestos drets de predetracció, és evident que, per la via de la institució testamentària el causant pot afavorir el seu company; la qüestió que llavors es planteja és si el convivent sobrevivent que rep alguna atribució testamentària té dret a beneficiar-se del tipus reduït previst a la Llei de l'impost sobre successions i donacions. En aquest àmbit, precisament, la qüestió que van haver de resoldre les sentències del TSJC (Sala contenciós-administrativa) de 12 de juliol de 2002 (JUR 2002\278887) i de 19 de març de 2004, en les què els hereus impugnaven sengles resolucions dels Tribunals Econòmics

⁵³ Ara bé, es dona la paradoxa de que, tot i concebre's com una institució contractual onerosa, l'art. 8 de la Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans atorga (en la successió intestada de la persona acollida i en concurrència amb descendents, cònjuge, ascendents o col·laterals fins al segon grau, sempre que la convivència ha durat un mínim de quatre anys) el dret a exercir una acció personal i exigir (en el termini d'un any) dels hereus béns hereditaris o llur equivalència en diners, que representin una quarta part del valor de l'herència. Si no es dona aquella concurrència els acollidors tenen dret a tota l'herència. L'art. 9 atribueix el mateix dret a la quarta si la persona acollida ha mort havent atorgat testament. Semblantment, per a les situacions convivencials d'ajuda mútua, l'art. 8 de la Llei 19/1998, de 28 de desembre, en cas de mort d'un dels convivents, atorga al sobrevivent, que era mantingut total o parcialment pel premort en l'últim any de la convivència i que no tingui mitjans econòmics suficients per a mantenir-se, una pensió alimentària, a càrrec dels hereus d'aquell, per un període màxim de 3 anys. A més, la Disposició Addicional assimila les situacions convivencials d'ajuda mútua als parents del III Grup, en les adquisicions *mortis causa* d'un dels convivents en l'herència de l'altre.

Administratiu, que havien rebutjat la reclamació del convivent en unió estable de beneficiar-se del referit tipus reduït, respecte de la successió testada del seu company, van resoldre que com que la mort es va produir abans que entrés en vigor la LUEP, aquesta no es pot aplicar retroactivament, perquè “[...] *aún participando (la Sala) de esa sensibilidad social que le llevaria a asimilar los efectos jurídico-tributarios del matrimonio a las uniones de hecho estables o ‘more uxorio’, no puede obviar, ni tergiversar, el estricto sometimiento a la Ley a que está obligada, en tanto que la presión social no sea lo suficientemente intensa como para inducir al Poder Legislativo al cambio que en este caso sería necesario, en la norma fiscal*”.

A partir de la DF 1^a de la LUEP que anunciava que la Generalitat havia de regular un tractament fiscal específic per a cada una de les formes d'unió legalment previstes, l'article 31 de la Llei 25/1998 de 31 de desembre de Mesures Administratives, Fiscals i d'Adaptació a l'Euro, modificat, posteriorment, per l'art. 9 de la Llei 31/2002, de 30 de desembre de Mesures Fiscals i Administratives (amb efectes a partir del 1 de gener de 2003), va assimilar els convivents en unió estable de parella als cònjuges (incloent, òbviament, les atribucions successòries de caràcter voluntari).⁵⁴

3. El pacte de supervivència (arts. 44 a 47 CF)

En la mesura que constitueix una mena de pacte successori de caràcter mutual i com a tal irrevocable (que, certament, no atribueix un títol d'hereu, però sí un títol particular) o, el que és el mateix, un pacte en el qual els cònjuges o els membres d'una unió estable de parella es donen⁵⁵ mútuament la seva quota sobre el bé comprat a favor del que sobrevisqui, tractarem aquí també, en seu dels efectes de l'extinció per mort, del pacte de supervivència.

⁵⁴ “Article 31. Tractament fiscal de les unions estables de parella

1. D'acord amb el que estableix la disposició final primera de la Llei 10/1998, del 15 de juliol, d'unions estables de parella, i dins l'àmbit de competències assumides per la Generalitat en el marc de la Llei de l'Estat 21/2001, els membres de les unions estables regulades per la dita Llei 10/1998 tenen, en relació amb l'impost de successions i donacions, l'assimilació als cònjuges.

”2. Als efectes del que estableix l'apartat 1, el subjecte passiu convivent en una unió estable de parella ha d'acreditar l'existència d'aquesta unió, d'acord amb el que especifiquen les lletres següents:

”a) En el cas d'unió de parella estable heterosexual, mitjançant l'escriptura pública de formalització de la convivència atorgada com a mínim dos anys abans de la mort del causant o de la donació, o bé mitjançant acta de notorietat de la convivència i del transcurs del període mínim de dos anys d'aquesta, als quals fa referència l'article 10 de la Llei 10/1998.

”b) En el cas d'unió de parella estable homosexual, mitjançant l'escriptura pública atorgada conjuntament, a què fa referència l'article 21 de la Llei 10/1998.”

⁵⁵ Només cal recordar que, històricament, el dret català havia configurat els heretaments (institució contractual d'hereu) també com una donació, en aquest cas universal de tots els béns presents i futurs.

Prèviament, cal determinar, però, si aquest és un pacte que poden estipular les unions estables de parella i per tant si entra en l'àmbit que l'art. 3.1 LUEP atorga a seva autonomia privada. La sentència del TSJC de 13 de febrer de 2003 ha considerat vàlid un pacte de supervivència estipulat per una parella de fet en un contracte de compravenda de l'any 1985, abans per tant de l'entrada en vigor de la LUEP.

Els compradors havien fet constar, erròniament o falsament, que estaven casats i que el seu règim econòmic matrimonial era de separació de béns; en realitat, però, la dona estava casada amb una altra persona des del 18 de desembre de 1951, de la qual s'havia separat de fet i feia uns vint anys que vivia en relació estable de parella amb el seu company comprador. La dona va morir intestada el 16 de desembre de 1985 i el seu marit, que havia estat declarat hereu *ab intestato*, mitjançant acta de notorietat de 25 de abril de 1997, amagant que estava separat de fet de la causant, va demandar al company de la seva dona sol·licitant la nul·litat del pacte perquè els compradors no eren cònjuges. Tant el JPI com la AP Girona van desestimar la demanda basant-se en que el marit no podia ser declarat hereu perquè la condició de separat ho impedia. Posteriorment, va ser la germana de la causant la que va obtenir la declaració d'hereva i, a partir d'aquí, ara era ella la que demandava qui havia estat el company de la seva germana, sol·licitant que es declarés la nul·litat del pacte estipulat entre els convivents. Tant el JPI com l'AP Girona van desestimar la pretensió argumentant que el pacte es pot estendre a les unions estables de parella, d'acord amb el principi de llibertat contractual plasmat a l'art. 1255 CC. La germana va recórrer en cassació (per la via de l'interès cassacional) al·legant que la sentència de l'Audiència havia infringit els arts. 61 i 97 de la CDCC de 1984.

El TSJC confirma la sentència de la AP, en base a que la naturalesa familiar d'aquests pactes determina la possibilitat d'estendre'l a d'altres formes de família diferents de la matrimonial. Per fer-ho s'empara en la jurisprudència constitucional sobre el concepte de família (STC 222/1992, de 11 de setembre, reproduïda en resolucions posteriors del propi TC i també del TS). La seva argumentació és de base constitucional i es concreta en que: "*[s]i les unions no matrimonials encaixen en el concepte de família que es deriva de la Constitució, institucions pensades i regulades per a protegir determinats interessos patrimonials de la família matrimonial, es poden fer extensives a la família que es deriva d'una unió estable de parella*" (FJ 2º). Més específicament vincula aquesta naturalesa familiar al règim de separació de béns del qual considera que n'és un correctiu que voluntàriament poden establir els cònjuges a l'empara del principi d'autonomia privada i justifica que es pugui estendre també a les parelles de fet perquè les circumstàncies socials (models familiars) han canviat, respecte de les imperants en el context de la Compilació de

l'any 1960, en aquells moment, “[d]e forma gairebé natural, s’identificaven els conceptes de família i família matrimonial, fet que fonamentaria el criteri dels compiladors de limitar als cònjuges la possibilitat de pactar unes compres amb pacte de supervivència” (FJ 2º).

La mateixa interpretació s’ha de fer pel dret vigent tot i que, d’una banda, el tenor literal del Codi de família no sembli propiciar-ho,⁵⁶ ja que els arts. 44 a 47 CF, sistemàticament, es troben ubicats en seu del règim matrimonial de separació de béns i, d’una altra, perquè la LUEP tampoc ha inclòs aquesta figura en la seva regulació. Certament, partint de que la característica fonamental del règim econòmic matrimonial de separació de béns és la independència i l’autonomia dels patrimonis dels cònjuges, hom pot afirmar que el gaudi, l’administració i la lliure disposició dels propis béns, que segons, l’art. 37 CF correspon a cadascun dels cònjuges coincideix amb les facultats que, en l’àmbit patrimonial, tenen els convivents en unió estable de parella. Per això, en aquest punt, el legislador català ha pràcticament equiparat ambdós règims convivencials, fixant els mateixos correctius legals per a les unions estables de parella que pel matrimoni en règim de separació de béns: pel que fa, per exemple, a la responsabilitat solidària pels deutes generats per les despeses comunes (art. 5 i 24 LUEP, que es correspon amb l’art. 8 CF), la limitació a la disposició de l’habitatge (art. 11 i 28 LUEP que es corresponen amb l’art. 9 CF) i la compensació econòmica per treball per a la llar comuna o per a l’altre convivent en el cas de trencament (arts. 13 i 16 LUEP que tenen el seu paral·lel a l’art. 41 CF). No tindria sentit, doncs, que s’admetés aquest paral·lelisme en els correctius legals i no, en canvi, en els correctius que, com el pacte de supervivència, deriven de l’autonomia de la voluntat; així que la mera absència d’una regulació expressa de les compravendes amb pacte de supervivència en la llei d’unions estables de parella s’interpretés com una prohibició per a aquestes.

En aquesta línia, ja en plena vigència de la LUEP, l’Acte resolutori del President del TSJC de 3 de desembre de 2003⁵⁷ segueix el mateix criteri favorable a admetre que les unions estables de parella puguin comprar amb pacte de supervivència. En aquest cas, el President del TSJC, en funcions governatives, resol un recurs plantejat pel notari autoritzant de l’escriptura de venda contra la negativa del registrador (Registre de la Propietat nº 14 de Barcelona), a inscriure el pacte de

⁵⁶ Val a dir també que un sector de la doctrina, A. Cumella Gaminde (1995) pg. 211, ja havia apuntat la possibilitat de que les parelles de fet poguessin celebrar compres amb pacte de supervivència. Fins i tot, Martín Garrido Melero (1999), pàg. 212 l’havia admès en el context del Codi civil espanyol. I no només això, sinó que, històricament, aquesta mena de pactes s’havien admès entre altres parents o entre estranys; en aquest sentit, hom pot citar el testimoni que dona J. B. Vallet de Goytisolo (1980) p. 290.

⁵⁷ Per a una anàlisi més completa d’ambdues resolucions, vegeu, per tot, Esther Farnós (2004).

supervivència estipulat el 30 de juliol de 2003, quan una parella de fet va adquirir un immoble per meitats.

La interlocutòria reitera l'argument de que si les unions no matrimonials tenen cabuda en el concepte constitucional de família, les institucions pensades per a la protecció patrimonial de la família matrimonial han d'abastar també el model de família representat per les unions estables de parella (FJ 2º).

En aquest cas, però, el recurs governatiu s'estima només parcialment, perquè els compradors no havien acreditat que eren parella de fet, i això permet que el President del TSJC decreti la suspensió de la inscripció del pacte fins que s'acrediti aquella circumstància (FJ 3º).

XIV. BIBLIOGRAFIA

Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2004), "Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas". *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García (I)*. Murcia.

Joaquín M^a ANDRÉS JOVEN (2003), "Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos". *CDC (I)*.

Rodrigo BERCOVITZ (2004). "El ámbito de aplicación de las leyes sobre parejas o uniones estables de hecho". *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García (I)*. Murcia.

Matilde CUENA CASAS (2005), "Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio". *La Ley*. Núm. 6210, de 15 de març.

Antoni CUMELLA GAMINDE (1995), "Comentari als arts. 24 i 35 CDCC" a Anna Casanovas / Joan Egea/ M del C. Gete-Alonso/ A. Mirabell (coords). *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.

Joan EGEE FERNÁNDEZ (2004): "Quantificació de la compensació per raó del treball i de la pensió compensatòria en els casos en què hi ha hagut convivència prematrimonial" a <http://www.indret.com/> Núm. 4.

Joan EGEE FERNÁNDEZ (2003), Pensión compensatoria y pactos en previsión de la ruptura matrimonial. *Estudios Jurídico en Homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*.

Esther FARNÓS (2004) "Compres amb pacte de supervivència i unions estables de parella. Comentari a la sentència del TSJC de 13.2.2003 i a la Interlocutòria de 3.12.2003 del President del TSJC" <http://www.Indret.com> *Working Paper Dret català* núm. 10, Gener.

M. Paz GARCIA RUBIO (1995), "Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho". pàg. 193 a 22.

M. Paz GARCIA RUBIO, "Parejas de hecho y lealtad constitucional". A *Libro Homenaje al prof. Javier Serrano* (en premsa).

- Miquel MARTÍN CASALS (1995), “Informe de derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho”. *ADC IV*.
- M. MARTÍN CASALS (2000) “Comentari a l’art. 19 LUEP” a Joan Egea i Fernández i Josep Ferrer i Riba (Directors). *Comentaris al Codi de família a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*.
- Martín GARRIDO MELERO (1999), *Derecho de Familia*. Barcelona, pàg. 212
- José Antonio MARTÍN PEREZ,(1998), “Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite” a *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*. J.M. Martinell i M^a T. Areces Piñol (Eds). Lleida;
- Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (1998), “¿Están los convivientes de hecho obligados a prestar-se alimentos? A J.M. Martinell i M^a T. Areces Piñol (Eds). *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*. Lleida.
- P. ORTUÑO MUÑOZ (2000) “Comentari a l’art.18 LUEP”, *Comentaris al Codi de família a la Llei d’Unions Estables de Parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*. Joan Egea i Fernández i Josep Ferrer i Riba (Directors).
- F. PANTALEÓN PRIETO (1984), “¿Derechos sucesorios ‘ab intestato’ del compañero o compañera en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña?”. *La reforma de la Compilació: el sistema successori.. III Jornades de Dret Català a Tossa*. Tossa de Mar, 26-29 de setembre de 1984;
- F. PANTALEÓN PRIETO (1998), “Règimen jurídico de las uniones de hecho”. A J.M. Martinell i M^a T. Areces Piñol (Eds). *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*. Lleida;
- Javier PEREDA GÀMEZ (2003), “Algunas notas sobre las controversias sobre la vivienda familiar en las uniones estables de pareja”. *CPJ*;03-I;
- Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (1998) “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997: Convivencia de hecho de una pareja heterosexual. Terminación de la convivencia. Comunidad de bienes”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46.
- Pablo SALVADOR CODERCH, Marc-Roger LLOVERAS I FERRER i Joan Carles SEUBA TORREBLANCA (1994), “Amort et caritas. La parella de fet en el dret successori de Catalunya”. *El nou dret successori de Catalunya. VII Jornades de Dret Català a Tossa*. 24-26 de setembre de 1992. Universitat de Girona. Barcelona;
- J. B. VALLET DE GOYTISOLO (1980) “La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el derecho común y en el foral catalán” a *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*.

ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DE HECHO¹

EDUARDO ROJO TORRECILLA

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL,
UNIVERSIDAD DE GIRONA*

SUMARIO

I. Introducción	405
II. Textos y normativa internacional y comunitaria	409
III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las parejas de hecho y su impacto sobre la regulación jurídica laboral y de Seguridad Social	416
IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias	418
V. Normativa autonómica de parejas de hecho. Su impacto e incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y de los funcionarios	420
VI. Modificaciones legislativas y propuestas de modificación con impacto en la regulación de los derechos laborales y de la Seguridad Social en las parejas de hecho	422
VII. Negociación colectiva y diálogo social	427
VIII. Doctrina judicial. Interpretación de los preceptos legales y convencionales por los jueces y tribunales laborales	432
IX. Recapitulación final	434

I. INTRODUCCIÓN

Quiero iniciar este trabajo recordando que no existe un concepto de familia en el Derecho comunitario, y que la regulación del Derecho de familia es competencia de los Estados miembros, pero que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y el reconocimiento en sede legal del derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual están llevando, además de las nuevas realidades sociales, a los Estado de la Unión Europea (UE) a ampliar el concepto clásico de familia, vinculado al matrimonio, para extenderlo a otros diversos tipos de unidades convivenciales, entre las que se encuentran las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, a las que cada ordenamiento jurídico es libre de decidir si le reconoce los mismos derechos y obligaciones a sus miembros que a los de las parejas vinculadas por matrimonio.

¹ Versión revisada de la ponencia presentada en las “*Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa. Nous reptes del Dret de Família*”, celebradas los días 23 y 24 de septiembre de 2004.

La estructura territorial de cada Estado, y la pertinente distribución competencial entre el gobierno estatal y los gobiernos regionales (y locales) también influirá sobre la regulación de los derechos y deberes de los miembros de las parejas de hecho, y el caso de España es paradigmático al respecto, dado que ante la inexistencia de una regulación estatal de las parejas de hecho en el ámbito civil, al menos hasta el presente, han sido ya 11 Comunidades Autónomas las que las han regulado, con reconocimiento de derechos en el ámbito laboral al personal funcionario y laboral (este último sólo en algunos casos) dependientes de la Administración autonómica, pero no han podido regular los derechos y deberes de las parejas de hecho en el ámbito laboral *stricto sensu*, ya que ello es competencia, de acuerdo con el artículo 149.1.7 de la Constitución Española (CE), del Estado. Sobre la hipotética regulación del marco jurídico de las parejas de hecho en el ámbito estatal incidirá sin duda el anunciado propósito del gobierno español de regular jurídicamente la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, regulación a la que me referiré más adelante en mi exposición por el impacto que puede tener sobre la materia laboral y de Seguridad Social.

Avancemos ya aquí que la regulación laboral española no contiene referencia alguna a las parejas de hecho, y que cuando se efectúa alguna referencia a la compañera o compañero afectivo del trabajador o trabajadora se utiliza el término “cónyuge”, es decir el unido por vínculo matrimonial, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los que la regulación se extiende, además del cónyuge, a las personas que mantienen una relación de convivencia estable y con análoga afectividad a la conyugal. Véanse, sólo a título de ejemplo, los artículos 23, 153, 424, 443, 444, 454 y 617 del Código Penal; el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; el artículo 2 de la Ley 35/1955, de 11 de diciembre, sobre ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Y más recientemente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29-12-2004), cuyo artículo 1º dispone que la norma tiene por objeto actuar contra la violencia que,

“como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.

De ahí que todo estudio de la regulación laboral de las parejas de hecho deba partir del concepto de familia² definido a partir del marco constitucional

² Desde la doctrina civilista se ha destacado que más que hablar de familia, en singular, hay que hablar de familias, en plural, “en el sentido de que lo legal y socialmente pueda estimarse

(artículo 39.1) y de la interpretación que del mismo ha efectuado el Tribunal Constitucional (TC), así como de la regulación civil. En el bien entendido que el Derecho del Trabajo no protege tanto la familia en cuanto tal sino en razón del trabajo de alguno de sus miembros,³ por lo que debe plantearse, a los efectos de lograr la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la equiparación de la protección del matrimonio y de las uniones de hecho a efectos laborales, tal como se apuntó ya en algún interesante estudio doctrinal al respecto,⁴ y que pueda verse, en su momento, reflejado en el plano normativo con la regulación estatal de las parejas de hecho.

En el ámbito de la protección social, y tal como ha subrayado la doctrina laboralista,⁵ si bien se han abierto cauces para el reconocimiento de prestaciones a las parejas de hecho en materia de asistencia sanitaria (mediante una Resolución de 1984 de la Dirección general de la Seguridad Social), siguen teniendo prohibido el acceso al resto de prestaciones sociales. Es importante destacar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha equiparado los derechos de las parejas homosexuales con los de las heterosexuales desde el 3 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Por fin, no olvidemos algunos datos sociológicos que deben acompañar obligatoriamente nuestra reflexión jurídica. El primero, es el del número de parejas de hecho que pueden verse afectadas por la falta de regulación legal, que no convencional, de sus derechos y deberes. Según el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2001 (y es de prever que la cifra, al calor de las nuevas realidades sociales, se haya incrementado en los años posteriores) había 563.785 parejas de hecho en España, sobre un total de 9.510.817 parejas censada en

como tal, no responde a un patrón único: la familia sigue siendo hoy una sociedad primaria exigida por la propia naturaleza humana. Sin embargo, esta familia no siempre está compuesta por una pareja heterosexual unida por vínculos matrimoniales". Sánchez González, M^a Paz, "Las fronteras del concepto jurídico de familia". *La Ley*, núm. 6127, 15 de noviembre de 2004.

³ La doctrina laboralista ha destacado que, ante cualquier iniciativa de unificar criterios para la concesión de derechos derivados en materia de Seguridad Social que tengan su origen en la familia, "deberá tenerse en cuenta la prohibición de discriminación que contiene el artículo 14 de la Constitución (condición personal o social)". Pardell Veà, Agnès. "Familia y Seguridad Social: los últimos retoques legales". Ponencia (iné dita) presentada en las XV Jornadas catalanas de Derecho Social, 11 y 12 de marzo de 2004, pág. 4.

⁴ Argüelles, Ana Rosa. *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

⁵ Camas Roda, F., "Las parejas de hecho en el marco de la función pública, la legislación social y la de inmigración", en Roca Trias, E. (directora), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Madrid, CGPJ, 2004, pp. 293-367.

España. Se reconoce oficialmente la existencia de 10.474 parejas del mismo sexo, 6.996 formadas por hombres y 3.478 por mujeres.⁶

El segundo dato sociológico es la valoración que la ciudadanía española tiene de las nuevas formas de familia y de su opinión sobre el reconocimiento de los mismos derechos y deberes que las parejas vinculadas por matrimonio. Al respecto, el Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de junio de 2004 (número 2568) dedica una batería específica de preguntas a esta cuestión, y destaco las respuestas que me han parecido más significativas y que creo que tienen interés para el estudio que presento: más de un 80 % de los encuestados creen que la sociedad española es muy tolerante o tolerante con el hecho de que las parejas convivan sin casarse, y cerca de un 50 % se manifiesta en los mismos términos sobre la homosexualidad; un 47 % considera positivo o muy positivo que se haya producido un aumento del número de parejas que viven juntas sin estar casadas; cerca de un 70 % se manifiestan a favor, o muy a favor, de la regulación de una Ley de parejas de hecho, y un porcentaje aún superior, un 74'8 %, considera que dicha ley debe de reconocer los mismos derechos y obligaciones que tienen los matrimonios; ahora bien, no obstante esa manifestación general de igualdad, cuando se desciende al examen de las respuestas a preguntas más concretas los resultados guardan bastante diferencia, y son mucho menos favorables para las parejas de hecho, dato que demuestra a mi parecer una concepción tradicional de la pareja que todavía está fuertemente arraigada en la sociedad española: en efecto, cuando se pregunta en concreto sobre el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, la opinión mayoritaria (50'3 %) es que no se debe reconocer, mientras que sólo un 37'8 % responden de forma positiva. Por último, y en esta contradicción permanente entre respuestas generales y respuestas concretas, volvemos nuevamente al lado positivo para las parejas de hecho, y en concreto ahora para las homosexuales: un 67'7 % de los ciudadanos encuestados cree que a las parejas del mismo sexo se les deben reconocer los mismos derechos y obligaciones que a las parejas heterosexuales, y un 66'2 % está de acuerdo con que las parejas homosexuales tengan derecho a contraer matrimonio.

Para acabar esta introducción general quiero dejar constancia de la manifestación efectuada por el colectivo notarial sobre la necesidad de regular las parejas de hecho. La regulación jurídica de las nuevas formas de convivencia social es solicitada en su *Revista Escritura Pública* de octubre 2003. Su editorial afirma que sería conveniente regular un contrato de convivencia o unión afectiva para encauzar estos nuevos modelos de relación familiar, “que debería generar una situación jurídica en la que se desarrollasen y respetasen los derechos a la dignidad y la igualdad de sus actores”. De prosperar esta petición, la

⁶ Vid. “¿Cuántos somos en casa? Cifras INE, *Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística*, número 6/2004.

incidencia sobre el Derecho Laboral y de Seguridad Social sería relevante, ya que probablemente ampliaría todos los derechos de las parejas casadas a las parejas de hecho homosexuales o heterosexuales, ya que la normativa comunitaria prohíbe todo tipo de discriminación por razón de orientación sexual.

II. TEXTOS Y NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

1. El inicio del debate sobre la posible regulación de las parejas de hecho en el seno de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados, entre ellos la OIT, refiriéndose al personal que presta sus servicios, data de 1991 y con un acuerdo genérico alcanzado en 1998 respecto a los criterios propuestos que deben cumplir los miembros de dichas parejas para que se les reconozcan los mismos derechos que los reconocidos a las parejas de derecho. Las partes no deberán tener vínculos de sangre que prohíban el matrimonio en el país de residencia; no deben estar casadas en ese momento; deben ser la única pareja de la otra parte, con la intención de seguir siéndolo indefinidamente; deben tener capacidad jurídica y de obrar, y edad legal para contraer matrimonio; haber convivido como mínimo 12 meses y tener la intención de hacerlo indefinidamente; tener la responsabilidad conjunta por los gastos de subsistencia básicos y de asistencia social como mínimo durante 12 meses; dar fe de todo lo anterior mediante una declaración firmada ante notario. Además, no podrán volver a formalizar una nueva pareja de hecho hasta que hayan transcurrido como mínimo 12 meses de la terminación de la vida en común anterior.

En el ámbito de la protección social para parejas de hecho, sean del mismo o de distinto sexo, los documentos presentados en las reuniones del Consejo de Administración de la OIT constatan la carencia de regulación en los organismos especializados de la ONU, si bien está siendo objeto de estudio en la actualidad. Por su parte, otras organizaciones internacionales ya han dado tímidos pasos en este campo, y sirva como ejemplo el Banco Mundial, que reconoce desde 1998 a todas las parejas de hecho el derecho a las prestaciones del plan de seguro médico, y que reconoce también la licencia por motivos familiares para el cuidado de la pareja, estando en la actualidad siendo objeto de estudio la extensión de todas las prestaciones. Como otro ejemplo significativo destaco que el Fondo Monetario Internacional reconoce determinados derechos a las parejas de hecho, llamadas uniones consensuales, siempre y cuando estas constituyan una forma de matrimonio válido y legal en la jurisdicción donde se hayan concretado. Por fin, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) reconoce a las parejas de hecho el beneficio de las prestaciones del régimen de seguro médico.

En definitiva, nos encontramos en la actualidad en la fase de debate sobre la conveniencia de los que los órganos rectores de los distintos organismos especializados de la ONU, así como de otras instancias internacionales, aborden

el reconocimiento de las parejas de hecho, con su correlativo reconocimiento de derechos y obligaciones en el ámbito laboral, en el contexto de sus propios reglamentos o reglas de personal.⁷

2. En el ámbito comunitario, en primer lugar nos referimos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, texto consolidado (TCE). El artículo 13 permite al Consejo, por unanimidad, adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de orientación sexual. Dicho precepto supuso, en el momento de su incorporación al Tratado de Ámsterdam, un avance significativo con respecto a la regulación precedente, un punto de inflexión en la política comunitaria, y tal como ha subrayado la doctrina “ha obligado a los Estados miembros a tomar en consideración la prohibición de este motivo de discriminación en el ámbito de sus ordenamientos jurídicos en general y de las relaciones laborales en particular”.⁸

3. A continuación, es importante mencionar la Directiva Comunitaria 2000/78 de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato y la ocupación (DOCE L303, 2 de diciembre). La norma amplía otras medidas comunitarias ya existentes y extiende la prohibición de discriminación a los motivos de “*religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*” en el ámbito del empleo y la ocupación. La norma ya ha sido transpuesta al ordenamiento nacional, como explicaré más adelante.

4. Por su parte, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 (DOCE L269,5 de octubre), modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, incorporando buena parte de la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, entendiendo por tal “*la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular al estado matrimonial o familiar*”. Esta última norma había de ser transpuesta al ordenamiento nacional como máximo el 5 de octubre de 2005, sin que hasta el momento de haber cerrado este trabajo se haya producido dicha transposición formal.

5. Me refiero a continuación al impacto de la inmigración sobre las parejas de hecho y el derecho al trabajo de la pareja reagrupada.

⁷ Puede examinarse más detalladamente esta cuestión en el documento de la OIT “Parejas de hecho”, presentado por el Consejo de Administración en su 282ª reunión, de noviembre de 2001.

⁸ Chacartegui Jávega, Consuelo. *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

Es objeto de atención, en concreto, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a reagrupación familiar (DOCE L251, 3 de octubre). La norma entró en vigor el día de su publicación y fija un plazo de dos años para que los Estados miembros la transpongan a sus ordenamientos jurídicos, así como otro de cuatro para que la Comisión informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre su aplicación y proponga, en su caso, las modificaciones que estime oportunas. El texto comunitario es una norma de mínimos, en cuanto que no impide el mantenimiento o la adopción de disposiciones más favorables al reagrupamiento familiar por parte de los Estados miembros y de otras normas internacionales. La norma tiene por finalidad regular las condiciones en que puede ejercerse el derecho a la reagrupación familiar por parte de nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, solicitada por ellos o por los familiares nacionales de terceros países, afirmándose en el preámbulo de la misma que las medidas dirigidas al efecto deben adoptarse “*de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional*”, si bien el contenido del texto establece a mi parecer unos requisitos bastante restrictivos para poder ejercer plenamente ese derecho. La reagrupación sólo podrá ejercerse cuando quien reagrupe sea titular de un permiso de residencia con validez igual o superior a un año y tenga “una perspectiva fundada” de obtener su derecho a la residencia permanente.

Como regla general, el reagrupamiento podrá efectuarse con el cónyuge, los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, siempre y cuando tengan una edad inferior a la de la adquisición de la mayoría legal del Estado de acogida y no estén casados. Ahora bien, las restricciones a las que me refería anteriormente se manifiestan aquí en la posibilidad que se da a los Estados miembros de verificar, cuando se trate de la reagrupación de un hijo mayor de 12 años, y a efectos de la autorización de reagrupamiento, si cumple “*algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de aplicación de la presente Directiva*”. También se manifiestan en el hecho de que los Estados, “excepcionalmente”, puedan exigir que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se hagan antes de que estos cumplan los 15 años de edad.

Por lo que respecta a otros posibles supuestos de reagrupamiento familiar, la Directiva deja a cada Estado la facultad de decidir si autoriza la entrada de las pareja no casada del reagrupante que mantenga con este una relación estable debidamente probada, la de los ascendientes en primer grado del reagrupante o de su cónyuge “*cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen*”, y de los hijos mayores solteros de ambos “*cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud*”. Con el intento de evitar matrimonios forzados, se permitirá a los Estados que exijan que ambos cónyuges hayan cumplido la edad de 21 años, como

máximo, antes de que pueda producirse la reagrupación, previéndose igualmente la denegación de la solicitud de reagrupamiento cuando dicho matrimonio, o la relación de pareja, se haya formalizado, y quede debidamente probado, “*únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro*”.

El texto justifica el establecimiento de medidas restrictivas para las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas por el respeto de los valores y principios de los Estados miembros, y de ahí que no se autorice la reagrupación familiar de un nuevo cónyuge cuando el solicitante ya viviera con un cónyuge en el territorio del Estado de acogida, así como también que se autorice a los Estados a que limiten la reagrupación familiar de los hijos menores del nuevo cónyuge y del reagrupante.

Una vez obtenido el permiso de residencia por parte de la familia del reagrupante, de duración mínima de un año y renovable, sus miembros tendrán derechos educativos, formativos y laborales en los términos establecidos en el artículo 13, pudiendo nuevamente establecerse restricciones al acceso al trabajo por cuenta ajena o propia durante un período máximo de doce meses desde la concesión del permiso de residencia, período durante el cual “*los Estados miembros podrán estudiar la situación de sus mercados laborales*”. Las restricciones son aún más claras y evidentes cuando se trate de los reagrupados ascendientes e hijos solteros mayores de edad, ya que la norma dispone de forma clara y manifiesta que los Estados miembros, sin límite temporal, podrán limitar su acceso a una actividad por cuenta propia o ajena. Como regla general, la concesión del permiso de residencia autónomo del cónyuge se concederá a los cinco años de residencia, estableciendo reglas específicas en caso de viudedad, divorcio, separación o muerte.

Por último, es importante destacar que el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar de la pareja de hecho del reagrupante no le confiere automáticamente derecho de libre circulación, residencia y acceso al trabajo en otros Estados miembros, ya que como recuerda el apartado 10 de la Introducción, plasmado después en el texto normativo,

“los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. Cuando un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de dichas personas, tal autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en los casos cubiertos por esta disposición no concedan a dichas personas la consideración de miembros de familia por lo que respecta

al derecho a residir en otro Estado miembro, con arreglo a la legislación comunitaria pertinente”.

6. Es obligado referirse en este apartado a la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de octubre de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea.

El Parlamento europeo pide a los Estados miembros que se ponga fin “*al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas*”, y a la Comisión que presente una propuesta de Recomendación que trate de poner fin, como mínimo, a “*toda forma de discriminación en el derecho laboral*”.

7. Examinaremos ahora la incidencia de la doctrina del TJCE sobre la regulación de las parejas de hecho, y lo haremos a partir de la importante sentencia de 7 de enero de 2004, dictada en el asunto C-117/01.

El litigio se suscitó en Inglaterra, por la negativa del Servicio Nacional de Salud a conceder una pensión de viudedad a la mujer compañera de un transexual. Se trata de una relación entre una mujer que trabajó como enfermera para dicho Servicio y otra mujer (así consta en el registro civil) pero que pasó a ser hombre tras una operación de cambio de sexo, si bien no pudo modificar su partida de nacimiento para inscribir el cambio de sexo, ya que la normativa británica al respecto (en dicho momento) prohibía toda modificación registral de la partida, salvo errores de transcripción o materiales. Por consiguiente, la pareja de hecho no pudo contraer matrimonio. Dado que según la normativa de aplicación la pensión de viudedad sólo puede percibirla el cónyuge supérstite, y en dicha pareja no había cónyuges porque no había matrimonio, no tendría derecho a la pensión. La demanda, que finalmente llegó al TJCE, se interpuso por entender que la normativa de aplicación discriminaba por razón de sexo (prohibido por el artículo 141 TCE y la Directiva 75/117), pidiendo que se reconociera que el término “viudo” debe interpretarse en el sentido de que “*también comprende al miembro supérstite de una pareja que habría alcanzado esa condición si su adscripción sexual no hubiese sido el resultado de una operación de cambio de sexo*”.

El TJCE plantea que la cuestión de fondo es, de acuerdo con la normativa británica, la imposibilidad de contraer matrimonio las personas del mismo sexo, y que la negativa a poder modificar el sexo que figura en la partida de nacimiento impide a un transexual cambiar jurídicamente de sexo y poder contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto. Para el TJCE, que se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sentencias de 11 de julio de 2002, se vulnera el derecho a contraer matrimonio cuando se impida a un transexual contraerlo porque la normativa no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, y de ahí que ello vulnere el artículo 141 TCE. La sentencia remite al juez nacional para

que compruebe, a partir del razonamiento jurídico anterior, si se vulnera el artículo 141 TCE en un caso como el del litigio planteado y se pueda alegar este para que se reconozca el derecho del compañero del transexual a disfrutar de la pensión de supervivencia.

Para dar debida respuesta a esta sentencia, la normativa británica ha sido recientemente modificada para aceptar los efectos jurídicos del cambio de sexo por operación, aprobándose la *Gender Recognition Act* de 1 de julio de 2004.

En este punto, y refiriéndonos de forma incidental a la realidad española, es importante citar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de noviembre de 2003, que reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad al conviviente de hecho transexual, dado que este había procedido a su operación y posteriormente solicitado el reconocimiento judicial del cambio de sexo, entendiéndolo la Sala, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que *“desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos”*. En el supuesto en cuestión, 18 días antes de obtener firmeza la sentencia falleció el compañero de la accionante y la Sala, con una interpretación amplia y flexible de la normativa vigente, le reconoce el derecho a la pensión, en atención a todas las circunstancias del supuesto de hecho, la convivencia de los afectados y la decidida voluntad de adoptar las medidas necesarias para poder llegar a contraer matrimonio, afirmando que la Sala no trata de suplir *“el incumplimiento objetivo del requisito del matrimonio, legalmente impuesto para acceder a la pensión de viudedad, sino de otorgar excepcionalmente a aquella exigencia la flexibilidad necesaria en atención a las circunstancias del caso, a fin de evitar la desprotección en la que la accionante se encuentra tras el óbito del que no pudo formalmente llegar a ser su cónyuge”*.

8. Por último, hemos de referirnos al texto de la Constitución Europea, adoptada por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, presentada al Presidente del Consejo Europeo el 18 de julio de 2003, y que, después de un proceso posterior de nuevas negociaciones entre la Comisión y algunos Estados miembros, ha sido solemnemente firmada por los 25 Estados miembros el 29 de octubre de 2004 en Roma, ciudad que, recuérdese, acogió la firma del Tratado de 25 de marzo de 1957 por el que se instituyó la Comunidad Económica Europea.

A mi parecer, la nueva Constitución europea no introduce modificaciones sobre la normativa comunitaria actualmente vigente, dado que de una parte reafirma la regulación del TCE, y de otra se remite a la legislación de cada Estado en el ámbito matrimonial. Como se ha subrayado por la doctrina iuslaboralista que ha estudiado ya esta cuestión, *“la tutela que desde dicho texto constitucional*

europeo se brinda a la familia no se vincula a un modelo concreto, por lo que la mayor o menor amplitud de dicha protección va a depender sin duda de cuál sea la respectiva opción del Derecho interno”.⁹

Con todo, es importante reseñar que la UE reconoce, como derechos fundamentales, todos los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales suscrita en Niza el 7 de diciembre de 2000. Además, y esto es lo realmente importante, la incorporación de la Carta a la parte II de la Constitución le confiere pleno valor jurídico y fuerza de obligar, siendo remarcable que su preámbulo subraya que la Unión se funda sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Si vamos al apartado concreto que regula la cuestión objeto de nuestro estudio, no de forma específica referida a la política laboral sino con carácter general obviamente, nos encontramos con el reconocimiento en el artículo II-69, ubicado dentro del Título II regulador de las libertades, del derecho a contraer matrimonio y al de fundar una familia, con remisión expresa a “*las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”, que debemos relacionar con el artículo II-93, ubicado en el Título IV sobre la solidaridad, que lleva por título “*vida familiar y vida profesional*”, y en el que se garantiza “*la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social*”, y con el artículo II-112, apartado 6, que al referirse a la interpretación y aplicación de la Carta dispone que “*se tendrán en cuenta plenamente las legislaciones y prácticas nacionales, según lo especificado en la presente Carta*”. En el Acta final que recoge las “*Declaraciones de la Conferencia*” sobre determinados artículos de la Constitución,¹⁰ se dispone claramente que corresponderá a los Estados miembros decidir si amplían el concepto, y efectos jurídicos, del matrimonio a otras uniones de pareja, afirmándose que “*este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a las personas del mismo sexo. Este derecho es, por tanto, similar al previsto por el (artículo 12) de la Convención Europea de Derechos Humanos, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca*”.

No obstante, y por la incidencia que el nuevo texto puede tener sobre la regulación de las parejas de hecho, no podemos olvidar que el artículo 13 del TCE es recogido en el artículo II-81, dentro del Título III sobre la igualdad, que lleva por título “*no discriminación*”, y en el que se prohíbe de forma expresa toda discriminación, y en particular, entre otras, la ejercida por razón de orientación sexual.

⁹ García Ninet, Ignacio y Rivas Vallejo, Pilar. “*Vida familiar y vida profesional*”, en V. Álvarez Conde (director). *Comentarios a la Constitución Europea*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁰ *Vid.* Diario Oficial de la Unión Europea, C310, 16.12.2004, páginas 420 y ss.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO Y SU IMPACTO SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Es obligado referirse en primer lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 184/1990 de 15 de noviembre. Para el TC la Constitución no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que reconozca a quienes la integran los mismos derechos que quienes contraen matrimonio, y de ahí que al poder establecer diferencias de trato entre las parejas de derecho y las de hecho afirme que *“la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio, no es arbitraria o carente de fundamento”*. La misma doctrina es seguida en las sentencias dictadas con posterioridad, entre otras las números 29, 30, 31, 38 y 77 de 1991, y 66 de 1994. Por consiguiente, el TC entiende que el legislador dispone de una amplia libertad de decisión y que puede establecer razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida de ambos tipos de pareja.

2. En nuestro estudio es fundamental examinar con atención el Auto 222/1994 de 11 de julio, dictado por la Sala Primera (Sección primera).

El asunto versa sobre la solicitud de una pensión de viudedad derivada de accidente laboral, denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por no existir vínculo conyugal del solicitante con el causante, tal como exigía el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social.

Se alega la vulneración del artículo 14 CE (principio de igualdad ante la ley), y también del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). Se aduce que los homosexuales tienen la imposibilidad legal de contraer matrimonio, y por consiguiente no se les puede aplicar la diferencia de trato que el TC acepta entre matrimonio y pareja de hecho heterosexual. Se argumenta, en fin, que la homosexualidad y el transexualismo *“son relaciones sociales aceptadas en el ámbito jurídico de la Constitución por apreciación del libre desarrollo de la personalidad”*.

Para el TC (con cita de sus sentencias 184/1990 y 66/1994) la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión pública de viudedad, *“no pugna con el artículo 14 CE”*, ni tampoco las medidas de los poderes públicos *“que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”*. Esta tesis se ha defendido al referirse a las polémicas jurídicas entre matrimonios y parejas de hecho heterosexuales a las que nada impide contraer matrimonio. Ahora bien, en este Auto el TC va más lejos y afirma que *“no debe haber impedimento alguno para hacerla también extensible al binomio unión matrimonial, unión de homosexuales que conviven maritalmente”*. El TC afirma que la unión homosexual

“no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento”, al contrario del matrimonio (art. 32.1 CE). Cita en su apoyo la doctrina del TEDH y su sentencias de 17.10.86 y 27.9.90, que declaran que no se vulnera el Convenio de Roma, artículo 12, cuando no se permite el matrimonio homosexual en un Estado, ya que dicho Convenio se refiere al concepto de matrimonio heterosexual, y que es competencia de cada Estado regular esta cuestión.

Desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social, conviene retener que el TC se remite a su doctrina consolidada sobre “*el amplio margen del legislador para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones (ejemplo: la pensión de viudedad) en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales, y las necesidades de los diversos grupos sociales*”. Es decir, si las diferencias de trato se amparan en “causas y fundamentos razonables”, no serán contrarias al artículo 14 CE.

Me parece importante destacar que desde su primera sentencia sobre esta cuestión (año 1990), y ahora lo reitera el TC, el alto tribunal argumenta que no hay impedimento constitucional (y que enlazaría con las propuestas del Parlamento Europeo desde 1984) para que el legislador establezca “*un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio*”. Y en el terreno más concreto de las prestaciones de Seguridad Social el TC afirma con claridad meridiana que “*en su mano tiene el legislador la posibilidad de extender los beneficios de las pensiones de viudedad a las uniones de hecho estables, sean o no heterosexuales, pero todavía no se ha considerado oportuno*”,¹¹ y ello, como se dice en la STC 66/1994, no puede considerarse inconstitucional”. Esta tesis se ha seguido manteniendo por el TC en sucesivos pronunciamientos, de tal forma que ello ha conllevado la inadmisión a trámite de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por algunos Juzgados de lo Social de Barcelona.¹²

¹¹ Vid. Labaca Zabala, M^a Lourdes. “La desprotección de la familia no tradicional por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social. La pensión de viudedad”. *La Ley*, núm. 6103, 8 de octubre de 2004, en donde se argumenta que resulta coartado el derecho constitucional de todo ciudadano a elegir el tipo de unidad convivencial en el que quiere desarrollar su personalidad “si se continúa con la falta de desarrollo legislativo en el ámbito de las parejas de hecho cuando fallece uno de ellos”.

¹² Vid. Autos núms. 47/2004, de 10 de febrero, 77/2004, de 9 de marzo, 174/2004, de 11 de mayo, y 393/2004 de 19 de octubre, que pueden consultarse en www.tribunalconstitucional.es. Para el TC “no resulta en absoluto incompatible con la anterior doctrina, ni puede ser por tanto fundamento de una discriminación imputable a la disposición cuestionada, la existencia de las importantes novedades normativas que en los últimos años se han producido en la materia y que han ido destinadas a incorporar en plano de igualdad a las uniones no matrimoniales con las matrimoniales... sin llegar hasta la fecha, sin embargo, a una total equiparación”.

Vale la pena apuntar aquí, de forma incidental, que algunas sentencias en el ámbito de los juzgados de lo social han reconocido la pensión de viudedad aunque no existiera matrimonio legal, si bien posteriormente han sido anuladas en los ámbitos jurisdiccionales superiores. Una sentencia interesante, y que probablemente corra la suerte antes apuntada, es la dictada por el Juzgado de lo Social de Guadalajara el 23 de febrero de 2004, que reconoce la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho no registrada, por entender que había quedado probada su convivencia durante muchos años, con una hija fruto de esa unión, y que esta situación puede considerarse como la constitución de *“una familia aunque no plena, una unión parecida a la de la familia, sin su plenitud y cumpliendo una función social relevante, con una función semejante a la de la familia”*.

En conclusión de este apartado, podemos afirmar que el TC considera que la CE acoge y protege toda unión estable, ya sea basada en el matrimonio o fuera de él, aunque concede un amplio margen al legislador para que regula esta materia por vía legal por lo que respecta a la equiparación de todas las parejas. En cualquier caso, tal como queda claro de la lectura del Auto 222/1994, el TC *“siempre se refiere a familias basadas en parejas heterosexuales, sin que tenga cabida la de origen homosexual”*.¹³ De tal forma, para que cambie la situación actual será necesario que el legislador estatal extienda la pensión de viudedad a las uniones estables de hecho, aun cuando también se ha apuntado otra posible solución, cual sería la creación de una pensión de supervivencia para aquellas personas que no estando casadas convivan de forma estable y duradera, tesis que no comparto porque no creo que el objetivo del ordenamiento jurídico sea profundizar en las diferencias por razón del carácter de hecho o de derecho del vínculo que une a dos personas, aún cuando sea bajo la apariencia de dar cobertura a una situación anteriormente desprotegida.¹⁴

IV. MARCO LEGAL ESTATAL. EL CUMPLIMIENTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

1. Nos referimos en primer lugar a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31-12-2003), la conocida coloquialmente como *“ley de acompañamiento”*, que modifica numerosas normas legales y reglamentarias, y obviamente también afecta a la materia laboral y de empleo.

¹³ Morgado, Purificación *“La protección a la familia en la negociación colectiva”*, en AA.VV. *Estudio sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2004

¹⁴ *Vid.* Blanco, Lourdes. *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Ed. Trivium, Madrid, 1992.

Se transponen al ordenamiento jurídico interno las Directivas comunitarias 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, respectivamente. Dicha transposición, que implica la aplicación de los nuevos preceptos a todas las personas, tanto en el sector público como en el privado, ha requerido la modificación de diversas normas legales para adaptar los correspondientes preceptos. De tal forma, la ley ahora comentada modifica la Ley del Estatuto de los trabajadores (LET), la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, la Ley de integración social de los minusválidos, y la Ley de reforma de la función pública, dado que esta última regula la igualdad de trato para los funcionarios. Desde la doctrina laboralista ya se ha apuntado la hipótesis de que la nueva regulación, tanto estatal como comunitaria, implica la obligación de modificar los preceptos de la LET que regulan las licencias, permisos y excedencias sólo para los miembros de las familias de derecho y no de las hecho, considerando que dada la rotunda afirmación del derecho a la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, así como a la no discriminación por razón de orientación sexual, la normativa laboral pudiera estar vulnerando los principios de igualdad y no discriminación.

En este apartado cabe hacer mención a algunos aspectos significativos de la citada Ley.

De tal forma, el artículo 28, con seguimiento literal de la norma comunitaria, conceptúa como principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón, entre otros aspectos, de la orientación sexual de una persona, y conceptúa igualmente como acoso toda conducta no deseada relacionada con la orientación sexual, *“que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”*.

La sección 3ª del Capítulo III del Título II es la más relevante, ya que regula las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo. Por cierto que la norma estatal, tal como posibilita la norma comunitaria examinada y el TCE, permite medidas de acción positiva para corregir situaciones de desigualdad en que se encuentren determinados colectivos, y se hace cita expresa de la posibilidad de adoptar esas medidas *“para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de... orientación sexual”*.

La Ley 62/2003 modifica, como acabo de indicar, varias normas laborales, para incluir las actuaciones contrarias a un trabajador por razón de su orientación sexual como discriminatorias, prohibidas por el ordenamiento jurídico y objeto de sanción. De tal forma, se prohíbe dicha discriminación en el acceso al empleo, o una vez que ya esté empleado (artículo 4.2 c LET), en las actuaciones de las

agencias de colocación con fines lucrativos (artículo 16.2 LET), y en todo tipo de preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario (artículo 17.1 LET). Además, se considera como nueva causa de despido disciplinario, y por tanto se incorpora al artículo 54.2 g) de la LET, “*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*”, siendo importante señalar que serán tramitadas con arreglo al procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, al amparo del artículo 181 de la LPL, las demandas que se presenten por haberse presuntamente producido un tratamiento discriminatorio o acoso al trabajador demandante, y que de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la misma ley, si el demandante aporta indicios fundados de la discriminación corresponderá al demandado la carga de la prueba de que no se ha producido ésta.

La actuación empresarial discriminatoria contra el trabajador por razón de orientación sexual se considerará falta muy grave, que puede ser sancionada con multa de 48.080,98 a 90.151,82 €.

V. NORMATIVA AUTONÓMICA DE PAREJAS DE HECHO. SU IMPACTO E INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y DE LOS FUNCIONARIOS

1. No existe regulación estatal de las parejas de hecho, pero sí nos encontramos con 11 normas autonómicas sobre la materia, dictadas por Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Baleares, Madrid, Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura y País Vasco.

Las leyes autonómicas (salvo la aragonesa) regulan en un artículo los derechos reconocidos a las parejas de hecho, y se hace de dos formas: o bien mediante una cláusula genérica de equiparación a los derechos de las parejas que han contraído matrimonio, o bien mediante una cláusula en la que se mencionan qué derechos concretos se les reconocen. De este segundo modelo participa la ley catalana, cuyos artículos 9 y 27 (para las parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente) disponen lo siguiente:

“Beneficios respecto a la función pública.

En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes gozan de los beneficios siguientes:

a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración

pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.

b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra localidad.

c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras conviva. Esta reducción es incompatible con el ejercicio de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando”.

2. Con relación al ámbito de aplicación de las normas autonómicas, es decir a su afectación al funcionariado autonómico *stricto sensu* o también al personal laboral, hay tres leyes (País Vasco, Cataluña y Madrid) cuya redacción parece dar a entender claramente que se refieren sólo a los funcionarios, mientras que las restantes se refieren de forma más o menos clara a todo el personal que presta sus servicios para la correspondiente Administración autonómica.

Como ejemplo de la segunda, y mayoritaria, vía, cito la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, cuya disposición adicional primera dispone que los miembros de una pareja estable que estén sometidos al régimen estatutario de los funcionarios de la Administración autonómica..., o al régimen del personal laboral al servicio de ésta, “*se entenderán equiparados, en cuanto a derechos y obligaciones de los cónyuges, en el marco de la esfera competencial autonómica*”.

Como ejemplo de la primera vía, cito la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que equipara parejas de hecho y de derecho, en el ámbito de la función pública vasca, para reconocer a las primeras los derechos recogidos en el “*estatuto de los funcionarios del País Vasco, en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas y provisión de puestos de trabajo*”, si bien el contenido del artículo 17 da claramente a entender que la equiparación se producirá (como de hecho ocurre) también para el personal laboral, y también se pide (no puede hacer más la autonomía, por carecer de competencias legislativas laborales) que se extienda la equiparación a los trabajadores del sector privado. En efecto, la Administración autonómica, en el ámbito de sus competencias, “*velará por la plena equiparación de los derechos entre las parejas de hecho y las casadas en la aplicación de las normas laborales y de la Seguridad Social, tanto se trate del sector público como del sector privado*”. También la Comunidad andaluza desea la extensión de la regulación al sector privado, manifestando en la introducción de su ley que promoverá, en el ámbito de la economía privada, “*la equiparación de los miembros de cualquier tipo de pareja respecto a los derechos de formación,*

licencias, ayudas de acción social, condiciones laborales y similares que se recojan en los contratos y convenios, respecto a las personas que forman matrimonio”.

3. En casi todas las normas autonómicas examinadas hay una frase “de estilo” en la que se afirma que la regulación se ha efectuado al amparo de las competencias estatutarias de la respectiva Comunidad Autónoma, y dado que no hay competencias legislativas en materia laboral, ello ha impedido regular cuestiones que pertenecen a la esfera del derecho laboral y de la Seguridad Social.

En fin, en algunas leyes (ejemplo: la catalana de 1998) se requiere un período mínimo de convivencia para poder considerar la existencia jurídica de una pareja de hecho (uno o dos años), y en otras (ejemplo: la balear) no se requiere este requisito.

VI. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN CON IMPACTO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS PAREJAS DE HECHO

A) Examinó en primer lugar la Proposición de ley “por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho”, presentada por el grupo socialista del Congreso (BOCG-CD, Serie B, 8 de noviembre de 1996, Núm. 61-1), que no fue tomada en consideración en aquel entonces, pero que probablemente pueda inspirar la regulación jurídica de las parejas de hecho que se elabore en su momento en el ámbito estatal.

La proposición se sustentaba jurídicamente en la vía abierta por el TC en sus Sentencias 184/1990 y 222/1992, sobre la posibilidad de extender a las parejas de hecho determinados beneficios que se confieren en el ordenamiento jurídico sólo a las personas que forman una pareja de derecho. La norma modifica diferentes textos sectoriales, para poder equiparar las parejas de hecho y de derecho, al tiempo que regula cómo han de conformarse y acreditarse las parejas de hecho. Es importante señalar que la proposición parte de la tesis de que *“no puede haber identidad de efectos entre matrimonio y unión de hecho (con independencia de su orientación sexual) por tratarse de instituciones diferentes y que obedecen a opciones y planteamientos personales distintos”* y que la nueva regulación se ajusta a la necesidad de que una persona pueda desarrollar libremente su personalidad.

En el ámbito laboral se proponía la modificación del artículo 1.3 e) de la LET para excluir (circunstancia que, por cierto, todavía no se da en el marco normativo actual de 2004) de su ámbito de aplicación, por no haber relación laboral, no sólo al cónyuge del empleador sino también *“a la persona unida al empresario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, siempre que conviva con él”*. Igualmente, se proponía la modificación del artículo 40.3 para facilitar el derecho a la movilidad geográfica

de la pareja de hecho del trabajador que fuere trasladado por razones técnicas, económicas, organizativas o de producción.

En el ámbito de la Seguridad Social se proponían diversas modificaciones de la LGSS. En primer lugar, del artículo 7.2, para incluir a los convivientes de hecho entre los excluidos de la consideración de trabajadores por cuenta ajena, por su condición de familiares del empresario. En segundo término, se proponía la modificación del artículo 174.1 para reconocer el derecho a la pensión de viudedad a la persona que hubiere convivido con el fallecido, así como de los artículos 173 y 177 para equiparar el cónyuge y la pareja de hecho para percibir el auxilio por defunción y la indemnización especial a tanto alzado; en fin, la modificación del artículo 100 se propugnaba para extender el beneficio de la asistencia sanitaria a quienes convivan como pareja de hecho, es decir “*de forma permanente en análoga relación de afectividad a la conyugal con independencia de su orientación sexual*” (ciertamente, esta modificación sólo proponía elevar a rango de ley el criterio que ya se estaba aplicando a las parejas de hecho heterosexuales por los organismos competentes en virtud de la Resolución de 29 de diciembre de 1984 de la Secretaría General de la Seguridad Social).

Por su importancia a efectos laborales, cabe decir que el artículo 2 permitía la acreditación de la pareja de hecho (conceptuada en el artículo 1 y para la que se requería una estabilidad de, como mínimo, dos años, salvo que tuvieran descendencia en común y en cuyo caso bastaría la mera convivencia) mediante la inscripción en registros autonómicos, municipales o mediante documento público.

B) Examinó a continuación algunas propuestas recientes y que, a buen seguro, van a contribuir a modificar el marco normativo actual, aun cuando el alcance de esta modificación sea todavía incierto.

a) Proposición no de ley presentada por el grupo parlamentario socialista relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo (BOCG-CD, Serie D, 25 de junio de 2004, Núm. 43).

Se insta al Gobierno a que presente un Proyecto de Ley que modifique la legislación civil estatal para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se argumenta que la regulación jurídica de las parejas homosexuales ya se reconoce en normas estatales, autonómicas y locales, pero con alcance limitado, y que sufren discriminación con respecto a las parejas de hecho heterosexuales, ya que no pueden contraer matrimonio ni institucionalizar una familia. La norma quiere que se les facilite el ejercicio de esos derechos, a efectos de no excluir de la protección jurídica “*a aquellas personas que optan por una relación afectiva análoga a la conyugal pero con una persona de su mismo sexo*”.

La Proposición fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso del 29 de junio de 2004, con el voto en contra del Partido Popular.

Cabe señalar aquí que en la primera comparecencia del Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Congreso, el 25 de mayo, ya había anunciado que

el gobierno socialista promoverá las reformas legislativas necesarias en el ámbito del derecho de familia “para dotar de reconocimiento jurídico y de protección suficiente a las diferentes opciones de organización de vida familiar y libre desarrollo de la personalidad”, con referencia expresa a la regulación del derecho a matrimonio entre personas del mismo sexo y el ejercicio de cuantos derechos y facultades conlleva en condiciones de igualdad. También anunció “la regulación de las parejas de hecho, que se llevará a cabo mediante la aprobación de un nuevo marco legal para las parejas que deseen formalizar su convivencia”.

En parecidos términos se manifestó la Secretaria de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, en su comparecencia en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso el 30 de junio, reafirmando el compromiso del gobierno de elaborar una ley de parejas de hecho que se adapte a la realidad social actual y a las nuevas formas convivenciales, así como el de elaborar una ley que regule el matrimonio formado por personas del mismo sexo. Especialmente importante fue su referencia a la voluntad de modificar la Ley de protección a las familias numerosas a fin de incluir en ella a las parejas de hecho, obviamente excluidas hasta ahora ya que la aplicación de la ley parte del requisito previo de la existencia de un vínculo conyugal.

Como dato sociológico relevante, debe destacarse aquí la dura crítica formulada por el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española a esta propuesta. En una Nota de 15 de julio de 2004, se afirma que el matrimonio “es la base insustituible del crecimiento y de la estabilidad de la sociedad”, y que la equiparación de las uniones homosexuales a los verdaderos matrimonios “es introducir un peligroso factor de disolución de la institución matrimonial y, con ella, del justo orden social”, por lo que, para poder disfrutar estas parejas de derechos que les puedan corresponder como ciudadanos “lo justo es que acudan al derecho común para obtener la tutela de situaciones jurídicas de interés recíproco”. La beligerancia del documento se manifiesta de forma expresa cuando se recuerda a los parlamentarios católicos que “tienen el deber moral de expresar claramente su desacuerdo y votar contra el proyecto de ley que pretende legalizar las uniones homosexuales”.

b) En la misma línea que el anterior texto se presentaron Proposiciones de Ley de modificación del Código civil en materia de matrimonio por el Grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG-CD, Serie B, 23 de abril de 2004, Núm. 46-1), Grupo parlamentario mixto (misma fecha, Núm. 54-1) y Grupo parlamentario de Esquerra Republicana (BOCG-CD, Serie B, 21 de mayo de 2004, Núm. 77-1).

c) Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, 3).

La referencia a esta importante ley, cuyo proyecto mereció una valoración negativa por parte del Consejo General del Poder Judicial¹⁵ encuentra su razón de ser en este trabajo ya que la exposición de motivos afirma que los efectos del matrimonio “*serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en los procesos de adopción*”. En efecto, no cabe olvidar, como señalaba acertadamente el Consejo de Estado en su Dictamen de 16 de diciembre de 2004 sobre el Anteproyecto de Ley, que el matrimonio es una institución nuclear del ordenamiento jurídico, “*y no limita sus efectos a la esfera del Derecho Civil, sino que los despliega en los más diversos ámbitos (mercantil, laboral, administrativo, tributario, etc.)*”.

La disposición adicional única concreta que las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio “*se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*”. Por consiguiente, a partir del 3 de julio la normativa laboral será de aplicación a las parejas heterosexuales y homosexuales que contraigan matrimonio, pero seguirá sin existir una regulación estatal sobre la problemática laboral y de Seguridad Social de las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

d) En el ámbito de la regulación de las parejas de hecho, uniones de hecho o parejas estables (que son diferentes denominaciones que adoptan los textos presentados) hay que citar las presentadas por el Grupo Parlamentario catalán (Convergencia i Unió) (BOCG-CD, 23 de abril de 2004, Núm. 26-1), del Grupo parlamentario de Izquierda verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (mismo día, Núm. 45-1) y grupo mixto (mismo día, Núm. 55-1).

En todas ellas se propugna la modificación de los preceptos laborales y de Seguridad Social que sólo se refieren al cónyuge, al objeto de incorporar la referencia a la persona conviviente de hecho y con independencia de su orientación sexual. Las modificaciones propuestas son semejantes a las propugnadas en el texto presentado en 1996 por el grupo parlamentario socialista (y van más allá en algún caso de forma expresa, aunque creo que del texto socialista también se

¹⁵ El texto ha merecido una valoración negativa por parte del Consejo General del Poder Judicial. En su “Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo”, de 26 de enero de 2005, se critica que el legislador estatal no haya abordado la necesidad de una regulación básica de la materia de las uniones de hecho y que en cambio haya dado el salto “de abril la posibilidad de acceder a la institución matrimonial a las personas homosexuales”, circunstancia que a juicio del CGPJ evidencia “la caótica situación a la que puede llegar nuestro Derecho de Familia” (página 8). Para el CGPJ, la realidad social de uniones de hecho entre parejas homosexuales puede hacer aconsejable “que se les procure un tratamiento que les de seguridad jurídica, lo que puede implicar la necesidad de que esas uniones sean contempladas por el ordenamiento jurídico” (página 65).

puede inferir la equiparación en materia de permisos y licencias y excedencias) y que han sido objeto de atención con anterioridad. Sí que cambia el período que se requiere que la pareja de hecho esté constituida para poder acceder a los beneficios, ya que en la propuesta de CiU (que sigue la ley catalana de unión de parejas estables, de 1998) se requieren dos años, en la del grupo mixto la duración debe ser superior a un año, y en la de IU la unión será estable “*cuando haya durado al menos un año*” (salvo cuando haya descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia).

La tramitación de estas propuestas fue aprobada por todos los grupos parlamentarios en el Pleno del Congreso de 29 de junio. Desde el grupo popular, el más reticente durante los años anteriores a la regulación de las parejas de hecho, la Sra. Torné afirmó que la necesidad de dicha legislación es ya una cuestión social y jurídicamente madura en España, y manifestó la voluntad de su grupo parlamentario de aprobar una regulación de las uniones de hecho.¹⁶ Es importante destacar que el portavoz del grupo socialista, Sr. Pedret, recordó que en poco tiempo se va a aprobar en España una regulación del matrimonio de personas del mismo sexo, y que ello cambia la regulación de las parejas de hecho, “porque no se trata ya de amparar a aquellos que queriendo casarse no pueden, sino de ver la situación que debe regularse, pero de forma distinta, de aquellos que pudiendo casarse no quieren, sea cual sea la causa, y a los que no podemos casar por imposición legal”. Traigo esta cita a colación porque el proyecto de ley de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, objeto de atención con anterioridad, tendrá sin duda repercusiones sobre la futura regulación jurídica de las parejas de hecho, y buena prueba de ello es que las enmiendas del grupo parlamentario socialista a las diversas proposiciones de ley sobre uniones de hecho no aceptan la modificación expresa de las normas para incluir a las uniones de hecho, sino que se remiten a cada norma en concreto para que sea ésta la que regule los efectos sustantivos que puedan atribuirse a esta convivencia. Sirva como ejemplo tipo la siguiente enmienda: “*Los efectos sustantivos que puedan atribuirse a estas situaciones de convivencia inscritas serán los que, en cada caso, y de forma expresa, prevean las leyes*”, enmienda cuya justificación radica en la conveniencia de remitirse a las leyes sectoriales de las distintas Administraciones Públicas “*para determinar los efectos sustantivos a los que esta norma pudiera dar cobertura*”, y que nos dejaría, caso de ser aprobado, en la misma situación que nos encontramos en la actualidad, a la espera de la modificación normativa que pudiera producirse en las normas laborales y de Seguridad Social.

¹⁶ En el XV Congreso Nacional del Partido Popular, celebrado del 1 al 3 de octubre de 2004, se aprobó la ponencia “Comprometidos con las personas”, en la que se defiende la necesidad de “regular jurídicamente las nuevas formas de convivencia que no responden al matrimonio tradicional, mediante la elaboración de una Ley que regule estas nuevas realidades con todos los derechos y con pleno respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de terceros que pudieran verse afectados”.

d) En el ámbito político catalán es importante, por la trascendencia que puede tener en el futuro jurídico de esta materia, destacar que en el Acuerdo tripartito de 14 de diciembre de 2003 para un gobierno catalanista y de izquierdas en la Generalidad de Cataluña, en concreto en su apartado 5.10, se incluye, como medida que deberá ser concretada obviamente en sede legislativa, la equiparación de las parejas de hecho “*con independencia de su orientación sexual en el conjunto de ayudas y apoyos (servicios sociales, política de vivienda, formación, trabajo, etc.)*” Se plantea la revisión de la normativa autonómica para el incluir el trato de la homosexualidad con el reconocimiento de su derecho a matrimonio y adopción, y también incidir en la sociedad para que se acoja el respeto a los derechos individuales de los gays y lesbianas entre otros en el ámbito laboral.

VII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DIÁLOGO SOCIAL

A) Me refiero en primer lugar al Acuerdo suscrito por el Gobierno estatal y los agentes sociales el 8 de julio de 2004.

Únicamente se encuentra una referencia que puede entenderse referida, aunque indirectamente, a las parejas de hecho. Las partes se proponen, en los ámbitos del diálogo social, buscar soluciones que promuevan la integración laboral de las mujeres y que mejoren sus condiciones de trabajo, y que “*igualmente, promoverán la conciliación de la vida familiar y laboral. Y todo ello, en un sentido en todo conforme con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación*”.

B) Examinamos ahora los criterios defendidos por uno de los sindicatos más representativos, CC OO, para la negociación colectiva de 2004. Dentro del apartado 5.3, dedicado (y me parece muy significativo de lo que quiere indicar) a la conciliación de la vida familiar y laboral, se propone por el sindicato que todo lo regulado “*sobre permisos retribuidos, reducción de la jornada por motivos familiares y excedencias*”, deberá entenderse, y así habrá de quedar plasmado en el texto del convenio correspondiente, que “*será de aplicación en los mismos términos y condiciones para las parejas de hecho, cuando así sean reconocidas mediante la oportuna regulación por cualquier organismo competente*”.

C) A continuación, centramos ya nuestra atención en el examen de los convenios colectivos, siguiendo la muestra de 249 Convenios de los años 2001 y 2002 analizados en un importante estudio realizado por el Observatorio de la Negociación Colectiva de CC OO.¹⁷

¹⁷ Las referencias que utilizo a continuación se basan en el artículo de Morillo Balado, Rosario M. “Nuevos modelos de convivencia familiar: las parejas de hecho de igual o distinto sexo”, publicado en Escudero, Ricardo (coordinador) *La negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs, 780 a 804.

En el análisis de los convenios colectivos hay que estudiar qué derechos se atribuyen a las parejas de hecho estables, en cuáles se reconoce a las parejas homosexuales, y qué requisitos se exigen para acreditar la existencia de la pareja de hecho.

De los convenios examinados en la muestra, regulan las parejas de hecho un 35 % de los convenios estatales, un 32 % de los autonómicos, un 44 % de los provinciales, un 33 % de empresa, lo que da un porcentaje total del 37 %, es decir 92 sobre los 249 examinados. La expresión más utilizada es “parejas de hecho” (60 %), a la que se añade una amplia lista de términos utilizados (familia de hecho, pareja estable, persona con quien conviva sentimentalmente, convivencia *more uxorio*, pareja estable con convivencia continuada, etc.).

Sólo 5 convenios equiparan de forma total las parejas de hecho a los matrimonios. 26 convenios amplían a las primeras el disfrute de las licencias o permisos retribuidos a la pareja de derecho (o a uno de sus miembros según cual sea el supuesto planteado). 58 convenios concretan qué licencias y permisos se conceden a las parejas de hecho (es decir, no todas las reconocidas a los miembros de una pareja de derecho). Hay seis convenios que reconocen de forma expresa los derechos a las parejas homosexuales (aunque a mi parecer, y con arreglo a la normativa comunitaria y estatal, en la práctica se irá imponiendo por la vía de los hechos o de la intervención administrativa o judicial el reconocimiento a todas las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual). En algunos convenios se hace referencia de forma general al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa civil autonómica, circunstancia que implicaría en Cataluña también el reconocimiento de parejas homosexuales aunque no se recoja de forma expresa en el convenio.

La equiparación parcial de derechos es criticable, es cuanto que sigue dejando de peor condición a las parejas de hecho y a sus miembros que a los que forman parte de parejas de derecho. La crítica que debe hacerse en este punto a esos convenios también ha de efectuarse a otra serie de 100 convenios objeto de análisis y estudio por la Comunidad de Madrid, argumentándose con buen criterio a mi parecer que la plena aplicación de los principios de igualdad y no discriminación requiere que no se efectúe ese tipo de distinciones, y que la equiparación sea a todos los efectos, debiendo recogerse esa cláusula de equiparación “en apartados propios de carácter general que pudieran informar toda la interpretación del convenio colectivo”.¹⁸

En el 87 % de los convenios examinados en la muestra primeramente referenciada se requiere que las parejas de hecho acrediten esta circunstancia

¹⁸ Guía de criterios y cláusulas para la negociación de convenios, en materia de conciliación de la vida familiar y profesional, Madrid, 2003.

para poder acceder a los derechos recogidos en el convenio. Según la autora del trabajo, “llama la atención que una de las circunstancias más comunes para las que se exige acreditación es la convivencia en un mismo domicilio, aspecto este que en ningún momento se solicita para los integrantes de un matrimonio”. La pareja de hecho se acreditará bien mediante la inscripción en el registro correspondiente de parejas (estatal, autonómico o local), o el certificado de empadronamiento, o mediante acta notarial, y con alguna referencia genérica a “cualquier otro documento de carácter oficial que acredite su situación de pareja”.

Repárese en la importancia e incidencia de la normativa civil autonómica sobre las relaciones laborales en este punto, ya que numerosos convenios se remiten a la legislación de su autonomía sobre las parejas de hecho para que se acredite la convivencia, dato que significa que habrá que estar al cumplimiento de los requisitos de tiempo y forma en cada una de ellas, y al fijarse diferentes períodos previos de convivencia para poder acceder a la condición jurídica de pareja de hecho cabe pensar que la misma redacción de dos convenios colectivos de distinto ámbito territorial lleve a diferentes resultados en función de lo dispuesto en la normativa civil.

En algunos convenios se contiene la referencia explícita a un período mínimo de convivencia, es decir no se remite a la normativa civil sino que se regula en el propio ámbito laboral, y suele oscilar entre uno y dos años de convivencia previa al posible ejercicio de los derechos, pudiendo citarse como ejemplo “duro” el convenio del Ayuntamiento de Valladolid, que exige acreditar la convivencia durante más de cinco años, mediante el certificado del registro municipal correspondiente.

En las conclusiones del trabajo, y además de plantear la necesidad de ampliar el número de convenios que regulan esta cuestión, la autora sugiere que en sede provincial y autonómica sería conveniente inspirarse en las leyes civiles autonómicas y en los derechos que reconocen a sus funcionarios que forman pareja de hecho, para poder extender este modelo a todos los sectores económicos.

Mucho más optimista que el estudio anteriormente referenciado es el efectuado en Cataluña, con una selectiva muestra de convenios colectivos de los años 2000 y 2001, en donde los autores del trabajo llegan a la conclusión, que parece ciertamente exagerada si se compara con el estudio anterior, de que en los convenios colectivos de ámbito catalán existe “una total recepción de la problemática vinculada a las uniones de hecho, de modo que ampliando el alcance de la normativa laboral, se equipara prácticamente de forma plena el derecho al ejercicio de licencias y permisos”. Posiblemente esta última parte de la afirmación nos dé el exacto alcance de la tesis defendida, ya que el principio de igualdad y no discriminación debe entenderse con alcance general, como hemos apuntado

con anterioridad, y no sólo referido a unos aspectos parciales y limitados de la relación jurídico-laboral.¹⁹

D) Vayamos ahora al examen de algunas cláusulas interesantes de convenio.

a) En el artículo 52 del convenio provincial de la industria del metal de Valencia (2000-2002), en la interpretación efectuada por la Comisión paritaria el 15 de febrero de 2001, las situaciones previstas a favor de los cónyuges, *“se extenderán a las supuestos de las parejas de hecho, por lo que el permiso por matrimonio debe ser concedido también a las parejas de hecho, siendo el hecho causante del mismo el momento de la inscripción en el registro correspondiente”*. También en el grupo EROSKI, en junio de 2004, se han equiparado los derechos laborales de un socio trabajador casado con los de un socio trabajador que formaliza una pareja de hecho, y según la empresa se ha hecho a fin de ofrecer los cauces necesarios *“para que el principio de igualdad y la libertad de las personas y grupos sociales en que se integra sean reales y efectivas”*.

Otro modelo de cláusula de convenio, bastante más restrictiva y de dudosa constitucionalidad a mi parecer por vulneración del principio de igualdad, aunque es cierto que al no haber obligación de regulación idéntica para parejas de hecho y de derecho puede argumentarse que la mejora concedida de equiparación puede contener limitaciones para evitar situaciones fraudulentas, es el siguiente: se reconoce que las parejas de hecho disfrutarán de todas las garantías y derechos emanadas del convenio *“siempre que su situación esté regulada en el modo y manera que dicte la Ley. La licencia retribuida en el caso de matrimonio se disfrutará una sola vez en la misma empresa”*. Otro modelo, de más prolija redacción, es el que reconoce los mismos derechos *“que los cónyuges en matrimonio a las personas, con independencia de su orientación sexual, que conviven en unión de pareja afectiva y estable, previa justificación de estos extremos mediante certificación de inscripción en el correspondiente registro oficial de parejas de hecho. Dicha certificación podrá sustituirse en aquellas poblaciones donde no exista registro oficial por acta notarial o por certificación municipal de convivencia”*.

Vale la pena citar de forma detallada, por su interés, el Convenio colectivo de Telefónica para el período 2003-2005. Es un convenio muy importante porque de forma exhaustiva se regulan los derechos de las parejas de hecho en el apartado 12.2 dedicado a igualdad de género y no discriminación. Se afirma, para justificar la regulación, que la empresa es *“sensible a la realidad social creciente”* de *“nuevas formas de convivencia que surgen en nuestra sociedad”*, definiendo la pareja de hecho como *“la unión estable de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, y que conste inscrita en el correspondiente Registro Oficial”*.

¹⁹ AA VV, *La negociación colectiva en Catalunya: análisis 2001*. UGT/CRESC, Barcelona, 2002.

La norma convencional extiende la mayor parte de los derechos reconocidos a las parejas de derecho a las parejas de hecho. Hay una especificación sobre el permiso por “constitución de pareja de hecho”, que se equipara parcialmente al del matrimonio, ya que se concederá *“por una sola vez a los empleados que lo soliciten, sin que resulte aplicable con carácter retroactivo”*.

La condición de pareja de hecho se acreditará por dos posibles vías: certificado de inscripción en el registro de parejas de hecho autonómico o, supletoriamente, el del municipio de residencia del trabajador; en caso de inexistencia de Registro, que deberá acreditarse *“mediante la oportuna certificación administrativa”*, será suficiente *“la presentación de escritura pública otorgada por ambos miembros de la pareja declarativa de su constitución como pareja de hecho”*.

E) También se ha producido en alguna ocasión la equiparación de derechos en materia de previsión social complementaria. Valga como ejemplo que en el pacto de exteriorización de pensiones, suscrito entre Citybank y CC OO, UGT, CIG y FITC, el 11 de noviembre de 2002, se permite que las parejas de hecho (compañeros sentimentales) que convivan con el empleado fallecido, y previa acreditación de dicha convivencia, *“puedan recibir el importe acumulado por pensión”* (por muerte de la pareja de hecho).

F) Me refiero ahora a los acuerdos entre organizaciones sindicales y colectivos gays, por la incidencia que pueden tener sobre la negociación colectiva. En concreto, me remito al Convenio de colaboración de 23 de junio de 2004 entre UGT y la Federación estatal de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (FELGT). En la introducción se recuerda que el 38º Congreso Confederal de UGT proclamó que la homosexualidad, en cuanto que forma de vida y de expresión personal, o de reconocimiento amplio del concepto de familia (*“ámbito de convivencia de dos o más personas con un proyecto personal común”*), necesita de políticas específicas de apoyo y reconocimiento. En el ámbito de la negociación colectiva, ambas partes se comprometen, y me parece obviamente que la mayor implicación le corresponde al sindicato, a *“eliminar cualquier tipo de discriminación por razones de orientación e identidad sexual, permitiendo la total equiparación de las condiciones laborales básicas y de los derechos, incorporando de forma precisa la determinación de tales supuestos en los convenios colectivos”*. Por su parte, el sindicato reclama que se modifique la LET para equiparar los derechos de todas las parejas en todos los preceptos que sea necesario (ejemplo: excedencias o movilidad geográfica), y se plantea también la conveniencia de una ley estatal de parejas de hecho que reconozca a todas las parejas, con independencia de su orientación sexual, *“los mismos beneficios de carácter económico-patrimonial (fiscalidad, herencia, Seguridad Social, alimentos), derechos de adopción y beneficios laborales”*.

G) Por último, y en sede autonómica, cabe hacer referencia a las Recomendaciones y Orientaciones formuladas por el pleno del Consejo Andaluz

de Relaciones Laborales, el 27 de junio de 2003, en materias de igualdad y no discriminación dirigidas a los negociadores de convenios colectivos andaluces. El apartado 4 regula la “Conciliación”, y empieza afirmando que se “*promoverá*” el acceso a las medidas autonómicas y estatales que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral, y que los convenios colectivos “*podrán contemplar la situación de las parejas de hecho a los efectos de la aplicación de las medidas sobre conciliación de la vida familiar y laboral*”.

VIII. DOCTRINA JUDICIAL. INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES Y CONVENCIONALES POR LOS JUECES Y TRIBUNALES LABORALES

En este apartado presto atención a algunas interesante sentencias en las que los juzgados y tribunales laborales han debido pronunciarse sobre cuestiones referente a la problemática laboral y de Seguridad Social de las parejas de hecho.

A) La sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004 analiza el supuesto del posible derecho a percibir prestaciones en favor de familiares (artículo 176 LGSS) a una hija del causante fallecido, la cual, según consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, estaba casada y separada de hecho, no percibía pensión de su cónyuge, convivía con el asegurado y en su domicilio, con dedicación a su cuidado y a sus expensas, y cumplía el requisito de edad requerido por la normativa aplicable para acceder a la prestación. El TS no equipara esta situación de hecho a la separación legal, porque entiende que la dicción del artículo 176.4 de la LGSS es clara y terminante cuando dispone que a efectos del reconocimiento de estas prestaciones “*quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio*”. Para el TS, y es una reflexión jurídica de alcance, “*sólo cuando consta que se han agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución matrimonial para los cónyuges separados de hecho, lo que no ha sucedido en los supuestos de las sentencias comparadas, cabría pensar en la posibilidad de recurso a la protección social dispensada por las prestaciones de Seguridad Social por muerte y supervivencia a favor de otros familiares distintos de los viudos y huérfanos*”. Es decir, el TS deja una puerta abierta al posible reconocimiento del derecho para la pareja de hecho de un causante, si bien, al no darse las condiciones que pudieran permitirle entrar en el análisis teórico de esta cuestión, el TS concluye que “*no es necesario en el presente recurso de unificación de doctrina pronunciarse sobre este supuesto hipotético*”.

B) Interpretación de un convenio colectivo (RENFE, 2000, XIII Convenio) por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid respecto a qué debe entenderse por “pareja

de hecho”. La empresa alega que una pareja de hecho homosexual no constituye un núcleo familiar, pero sin embargo el Juzgado entiende que el convenio no hace distinción entre parejas de hecho por razón de su orientación sexual, y entiende que la decisión de la empresa vulnera el ejercicio del derecho de libre desarrollo de la personalidad individual previsto en el art. 10.1 CE.

C) El Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, en sentencia dictada el 17 de junio de 2004, ha reconocido el derecho de un trabajador de Telefónica a ausentarse, como permiso retribuido, para acompañar a su compañera de hecho a la realización de una prueba de amniocentesis, *“que debe de realizarse respecto del descendiente no nacido y que ha sido concebido por ambos”*. El interés de la sentencia radica en primer lugar en la extensión del permiso a un integrante de una pareja de hecho aunque en aquel momento no estaba reconocido en el convenio colectivo, y en segundo lugar que cuando el convenio hace referencia a enfermedades o intervenciones quirúrgicas de familiares la sentencia amplía este supuesto a la intervención que afecte al hijo no nacido, por lo que deberá concederse el permiso al miembro de la pareja de hecho que haya concebido el hijo con la madre.

D) Sobre el reconocimiento del derecho en materia de asistencia sanitaria al compañero de hecho del titular de la tarjeta sanitaria, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronuncia de forma interesante en su sentencia de 6 de mayo de 2004. El litigio se suscitó por la denegación por parte del INSS del reconocimiento de la condición de beneficiario de la tarjeta a la pareja del demandante, con la argumentación de que no existe equiparación jurídica entre el matrimonio y las parejas homosexuales, y que la normativa en la materia sólo reconoce el derecho a favor de quien convive maritalmente con el titular del derecho sin ser su cónyuge (es decir las parejas de hecho heterosexuales).

En apoyo de la extensión del derecho al compañero del mismo sexo del titular de la tarjeta sanitaria, la sentencia hace referencia de forma incidental a la prohibición de discriminación por razón de sexo recogida en el artículo 14 de la CE, en el mismo artículo de la Convención Europea de Derechos Humanos, y en la Directiva 2000/78/CE que prohíbe, tal como hemos explicado con anterioridad, la discriminación por razón de orientación sexual.

Ahora bien, la parte realmente relevante de esta importante sentencia, que debe ser objeto de especial atención, es la utilización de las normas civiles, tanto el Código Civil como la ley catalana de unión estables de pareja, para fundamentar su tesis favorable al reconocimiento de un derecho de protección social a una persona que convive con otra del mismo sexo, en análoga relación de afectividad que la que puedan tener las parejas de derecho o las parejas de hecho heterosexuales.

Es importante señalar, en primer lugar, que dado que el litigio se plantea en Cataluña el TSJ acude a la Ley 10/1998, de 15 de junio para recordar que esta pareja se encuentra reconocida en la normativa civil catalana, y que aunque esta norma no puede alterar la normativa estatal de Seguridad Social, en virtud de la existencia de títulos competenciales diferentes en materia civil y de protección social, sí puede y debe servir como criterio interpretativo, y más en concreto *“para interpretar el requisito establecido en la misma de que el beneficiario (del disfrute de la tarjeta) tenga una relación asimilada al matrimonio con el titular de la prestación, en el sentido de que se admiten tanto las parejas heterosexuales como homosexuales”*.

En segundo término, el TSJC va mucho más lejos en sus afirmaciones jurídicas y considera, con base en el artículo 3.1 del Código Civil y sin necesidad de acudir a la normativa autonómica sobre parejas de hecho, que *“aunque no haya sido objeto de este pleito, cualquier pareja de hecho con independencia de su orientación sexual que resida en cualquier lugar del territorio español, tiene derecho a la prestación de asistencia sanitaria aquí controvertida, si se cumplen los demás requisitos exigidos”*. Esperaremos con interés el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS.

IX. RECAPITULACIÓN FINAL

Para concluir nuestro estudio, es conveniente reordenar y sistematizar algunas de las ideas y tesis más relevantes que aparecen a lo largo del mismo.

Hemos podido comprobar que el ordenamiento comunitario hace referencia en pocas ocasiones al posible reconocimiento de las parejas de hecho como sujetos de derecho, consecuencia lógica por otra parte del hecho de la competencia atribuida a los Estados miembros en materia de derecho de familia. Ciertamente me parece importante que exista una referencia expresa, en el ámbito de la normativa de inmigración, a que se equipare la situación de la pareja de hecho del reagrupante a la de su cónyuge, pero el alcance de la norma es bastante limitado en cuanto que deja la cuestión en manos del ordenamiento jurídico de cada Estado, y así se comprueba en las recientes Directivas comunitarias que se han dictado en materia de inmigración.

Se ha constatado que no existe regulación estatal de las parejas de hecho y que, por consiguiente, ello impacta negativamente sobre la equiparación de los derechos laborales y de protección social de las parejas de hecho con las de derecho, dado que el ordenamiento jurídico laboral no contiene ninguna regulación específica referida a esas parejas, refiriéndose siempre al matrimonio como la situación jurídica que permitirá el disfrute de algunos derechos

(ejemplo: permisos retribuido con ocasión de su celebración o por enfermedad o accidente de la pareja) y el reconocimiento de prestaciones sociales (ejemplo: acceso a la pensión de viudedad). Sigue siendo plenamente válida todavía la tesis defendida hace varios años por el profesor Ignasi Camós de que en el ámbito específico de la Seguridad Social “la extensión de los beneficios del sistema a las uniones extramatrimoniales se ha limitado, con efectos generales, a la asistencia sanitaria”.²⁰

Dicho en otros términos, la normativa legal regula situaciones en la que la premisa previa es la existencia de una unidad matrimonial. Es necesario acudir a la negociación colectiva para poder ampliar a las uniones de hecho algunos o todos los derechos reconocidos a las parejas matrimoniales o a uno de sus miembros, si bien del examen que hemos efectuado de distintos grupos de convenios se resalta que todavía queda bastante por hacer en este terreno para que la equiparación se produzca con alcance general y no sólo referida al disfrute de algunas licencias y permisos. La misma situación de desprotección se produce en el ámbito de la Seguridad Social, salvo en el supuesto de asistencia sanitaria (tanto para las parejas de hecho heterosexuales como homosexuales a partir del 3 de julio de 2005), si bien cabe esperar que recientes sentencias y los principios generales en sede comunitaria y estatal de no discriminación por razón de orientación sexual lleven al legislador a reconocer el derecho a toda pareja de hecho, corrigiendo el retraso de adaptación de los sistemas de protección social a las nuevas dinámicas sociales; en dichas dinámicas, y ya lo apuntaba el profesor Rodríguez-Piñero en 1996 y su tesis sigue siendo plenamente válida en la actualidad, “las uniones de hecho aparecen no como fenómenos marginales fuera de la ley, sino como hechos sociales relativamente frecuentes en una sociedad pluralista y tolerante, que crean una problemática social que no puede ser ignorada en un Estado social de Derecho”.²¹

Ciertamente es en el ámbito autonómico donde más se ha avanzado en la equiparación de los derechos y obligaciones de todo tipo de parejas, en el bien entendido que las limitaciones derivadas de los títulos competenciales atribuidos a las autonomías han llevado a que esa equiparación se haya producido sólo de forma casi total para su personal funcionario y de forma parcial para el personal laboral *stricto sensu* al servicio de la Administración autonómica.

Concluyo. La nueva regulación del derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo implica un cambio sustantiva con respecto al mapa normativo

²⁰ “La regulación de la unión matrimonial y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social”, en Martinell J.M. y Areces M.T.(eds), *Uniones de hecho*. Edicions de la Universitat de Lleida, 1998.

²¹ “Uniones de hecho y protección social”, en Martinell J.M. y Areces M.T. (eds), *Uniones de hecho*. Edicions de la Universitat de Lleida, 1998.

actual, ya que supone el pleno reconocimiento de los derechos laborales y de protección social para todas las parejas matrimoniales, con independencia de su orientación sexual. La nueva regulación estatal supondrá la desaparición de la litigiosidad que hasta ahora ha existido para reconocer los derechos laborales y de Seguridad Social a los miembros de las parejas de hecho homosexuales que ya podrán contraer matrimonio. Sin embargo, y a la espera de una regulación estatal en la materia, no se prevén en el futuro inmediato cambios sustantivos relevantes sobre los derechos de las parejas de hecho y con independencia de su orientación sexual; de ahí que deba mantenerse una tarea vigilante por parte de los agentes sociales, y muy en especial de los representantes de los trabajadores, para tratar de conseguir por vía convencional que se respeten plenamente los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones de trabajo.

LAS UNIONES DE HECHO ANTE EL DERECHO TRIBUTARIO

LUISA ESTEVE PARDO

*PROFESORA TITULAR DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO,
UNIVERSITAT DE GIRONA*

SUMARIO

I. Introducción	437
III. Tratamiento del matrimonio y de la familia en Derecho Tributario.....	439
1. El tradicional planteamiento antielusivo de las normas tributarias.....	439
2. Normas tributarias protectoras de la familia	442
3. Características de los impuestos relevantes en la tributación del matrimonio y de la pareja de hecho: impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas.....	449
IV. Especificidades del Derecho Tributario respecto del tratamiento de las parejas de hecho.....	449
1. Los principios rectores en materia tributaria	449
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar.....	452
V. La legislación tributaria estatal.....	457
VI. La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a efectos tributarios por algunas Comunidades Autónomas.....	457
1. Los diferentes sistemas de financiación autonómica: el sistema general y los sistemas forales.	459
2. La equiparación realizada por las Comunidades Autónomas de régimen general	464
3. La equiparación realizada en las Haciendas Forales	466
VII. Conclusiones	466

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Tributario español ha venido ignorando hasta fechas recientes el fenómeno de las uniones de hecho. Esta falta de atención sobre la cuestión no se ha producido únicamente en el ámbito legislativo, sino que también los casos planteados ante los Tribunales han sido escasos y en un sentido opuesto al que se ha producido en otras ramas del Derecho.

En efecto, la legislación tributaria estatal no sólo no ha dado un régimen propio a las uniones de hecho, sino que ni tan sólo las ha considerado a efectos concretos o específicos, con una única excepción derivada, además, de sentencias del Tribunal Constitucional. Esta afirmación es aplicable tanto a las uniones de hecho puramente fácticas, como a aquellas que han formalizado de alguna manera su situación o a las que sin haberla formalizado, la legislación les aplica algunos derechos y obligaciones por constituir una unión estable que se considera digna de protección.

Otro tanto puede sostenerse respecto a la jurisprudencia. Los Tribunales apenas han abordado la materia fiscal en relación a las parejas de hecho, como sí han hecho, en cambio, de manera muy relevante y hasta frecuente en otras materias como, por citar los supuestos más conocidos, la subrogación en los arrendamientos o las pensiones de viudedad. Una llamativa excepción a esta tónica general la marcó la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 1996, que, entre otros aspectos, equiparó una pareja de hecho al matrimonio a efectos de la tarifa aplicable en el Impuesto sobre Sucesiones.¹ El hecho de que esta sentencia fuera posteriormente casada y revocada en este punto por el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de febrero de 2002, junto a las críticas doctrinales que recibió,² supuso que esta sentencia pasara a ser una originalidad sin mayor relevancia.

Al analizar el tema de las uniones de hecho en el Derecho Tributario es de singular importancia destacar una particularidad muy significativa de esta rama

¹ Esta sentencia resolvió el caso de una mujer que heredó a un hombre con el que había convivido *more uxorio* durante los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante. En este caso, la Audiencia Nacional estimó que debía adjudicarse a la mujer la mitad de los bienes, de los que era titular exclusivamente el causante, a título de disolución de la comunidad existente entre ambos, semejante a la sociedad de gananciales, y que por lo tanto, sólo la otra mitad de los bienes se le adjudicaban en virtud de su condición de heredera testamentaria. Sobre el valor de los bienes heredados, la Audiencia Nacional consideró además que debía aplicársele la tarifa correspondiente a los cónyuges y no la aplicable a las personas que no guardan vínculo de parentesco.

Ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se presentó un caso semejante, pero este Tribunal, en sentencia de 14 de septiembre de 1995, entendió de forma tajante que: “*El art. 20 de la Ley del Impuesto de Sucesiones, de 18 diciembre 1987, es suficientemente expresivo sobre el término empleado para bonificar tanto la base como la cuota del tributo y se limita a la condición de cónyuge excluyendo toda posibilidad interpretativa que permita considerar como tal a la persona que conviva con el causante.*” Además consideró que no existían motivos para presentar una cuestión de inconstitucionalidad contra este precepto, que según la recurrente, era contrario al art. 14 CE.

² Las críticas se efectuaron desde diversas ópticas. Para una crítica en general de la misma Banacloche, J., “Tributación de las herencias en las uniones de hecho”, *Impuestos*, 1997 (I), p. 978-983; Simón Acosta, E., “Impuesto sobre Sucesiones y uniones de hecho”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Vol. II, 1996, pp. 1488-1492, quien considera que tanto las premisas de las que parte esta sentencia como su encadenamiento lógico son inconsistentes y la Audiencia Nacional en esta sentencia “se desliza por el peligroso camino de la creación judicial del Derecho «contra legem»”; Uriol Egido, C., “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Secc. 2ª) de 2 de julio de 1996”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Vol. II, 1998, pp. 1193-1198. Sobre la concreta sobre la asimilación de la disolución de una unión de hecho a la disolución de una comunidad de bienes, Bayona Giménez, J. J., “Las uniones de hecho en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 1996)”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 1996, p. 129-140.

Por el contrario, Ruiz Garijo, M., “Efectos tributarios de la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 13, 2004, considera “encomiable” la labor de la Audiencia Nacional en su equiparación de las uniones de hecho al matrimonio.

del Derecho frente a otras, y ésta es que, en gran medida, el Derecho Tributario no ha venido desplegando un tratamiento tuitivo a la familia y, singularmente, al matrimonio. Más bien al contrario, en numerosas ocasiones ha contemplado el vínculo conyugal y las relaciones familiares para aplicarle ciertas restricciones o determinadas medidas antielusivas. En gran medida ello es debido a que los principios y valores que rigen en Derecho Tributario y orientan su regulación en esta materia son diversos a los que rigen en otros ámbitos, como tendremos ocasión de exponer. Bien es cierto que en los últimos años esta orientación ha cambiado y actualmente la protección a la familia es un aspecto destacado entre los objetivos que el legislador, tanto estatal como autonómico, se plantea a la hora de configurar diversos impuestos. Sin embargo, no deja de ser cierto, que a efectos fiscales ha venido resultando por lo general mucho más beneficioso no estar casado o estar separado que estar unido en matrimonio.

Actualmente, en nuestro sistema tributario, las parejas de hecho encuentran únicamente cierto reconocimiento –parcial y desigual- de mano de la actuación legislativa de las Comunidades Autónomas.

Resta, por último, aclarar la finalidad y el alcance de este trabajo. Su finalidad es exponer la actual regulación de las uniones de hecho en Derecho Tributario en comparación con el matrimonio y dar razón de los motivos, tanto de política legislativa como de distribución constitucional del poder tributario, que han dado lugar a la situación actual. Por otra parte, tampoco se van a detallar los criterios que, según el Tribunal Constitucional, debe tener en cuenta el legislador a la hora de asociar o no consecuencias jurídicas a las uniones de hecho, que se dan por sobradamente conocidos. Por lo que respecta al alcance de este trabajo, debe indicarse que no es enjuiciar desde los parámetros de justicia tributaria la actual legislación ni formular propuestas *de lege ferenda* de posible equiparación entre matrimonio y pareja de hecho, justificar sus diferencias o postular una regulación específica propia para las uniones de hecho. La pretensión de este trabajo, más modesta, es aclarar el estado de la cuestión y el conjunto de consideraciones y principios que, desde la perspectiva tributaria, hay que tener en cuenta para poder pasar a hacer juicios de valor o propuestas de modificación legislativa.

III. TRATAMIENTO DEL MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA EN DERECHO TRIBUTARIO

1. El tradicional planteamiento antielusivo de las normas tributarias

Tradicionalmente el Derecho Tributario ha venido contemplado las relaciones conyugales y familiares con recelo, motivado por la gran facilidad con que los vínculos familiares se prestan para realizar transferencias patrimoniales entre los miembros integrantes de la familia, eludiendo así lo establecido por las normas

tributarias. Las relaciones familiares han servido con frecuencia para distribuir las rentas y el patrimonio de la manera que resultara menos gravosa para los contribuyentes, pero en clara contradicción con la tributación según la capacidad económica pretendida por la regulación de los impuestos que gravan la renta, el patrimonio y sus transferencias.

Por ello, el sistema impositivo ha establecido una tupida red de normas con la que pretende contrarrestar estos comportamientos elusivos.

En la regulación del IRPF, establecida en el R.D. Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante TRLIRPF), se contienen numerosas normas establecidas con una clara finalidad antielusiva. Así, por ejemplo, el último párrafo del art. 9.1. TRLIRPF establece una presunción de residencia para los matrimonios al establecer:

“Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, residan habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél.”

Otro tanto hacen las normas reguladoras del cálculo de determinados rendimientos. El art. 22 TRLIRPF establece un rendimiento mínimo de capital inmobiliario, en el caso de relación familiar o conyugal, y determina que en caso de que el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario del bien inmueble o del derecho real que recaiga sobre el mismo sea el cónyuge o un pariente, incluidos los afines, hasta el tercer grado inclusive, del contribuyente, el rendimiento neto total no podrá ser inferior al 2 por 100 del valor catastral o del 1,1 por 100 cuando el valor catastral haya sido revisado y haya entrado en vigor a partir del 1 de enero de 1994. La finalidad de esta norma es evitar que, en caso de alguna relación antes indicada, se arriende un bien o se constituya un derecho real a un precio declarado inferior al pagado realmente o a un precio simbólico, de modo que se determina en todo caso un rendimiento mínimo sin permitir que se pueda deducir de gasto alguno.

Por su parte, el art. 28.2º TRLIRPF fija unos especiales requisitos reforzados para considerar como gastos deducibles los pagos efectuados al cónyuge y a los hijos en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional por cuenta propia en el IRPF. En este caso se establecen también una serie de cautelas específicas en la valoración de las retribuciones a los cónyuges e hijos menores de edad que convivan con el contribuyente, que consisten en aplicar valor de mercado en el caso de:

- a) retribuciones satisfechas a los mismos (según su cualificación y al trabajo que desempeñan) siempre y cuando resulte debidamente acreditado, con el oportuno contrato laboral y la afiliación al régimen correspondiente de la Seguridad Social, que trabajan habitualmente

y con continuidad en las actividades económicas desarrolladas por el contribuyente

- b) contraprestación estipulada en la cesión de bienes o derechos por los cónyuges o los hijos menores del contribuyente que convivan con él (esta regla no será aplicable cuando se trate de bienes y derechos comunes a ambos cónyuges).

En este caso lo que se pretende es evitar que se produzcan transferencias de los beneficios que puedan obtener un contribuyente empresario o profesional autónomo a su cónyuge o a sus hijos.

Un impuesto en el que las normas antielusivas tienen una larga tradición es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). Así, el art. 4 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante LISD), establece una presunción de transmisión lucrativa y prevé que, cuando de los registros fiscales o de los datos que obren en la Administración resulte la disminución del patrimonio de una persona y, simultáneamente o con posterioridad, un incremento en el patrimonio de su cónyuge, se presumirá que ha existido una transmisión lucrativa y, por tanto, se deberá liquidar el Impuesto sobre Donaciones. Además, a la hora de determinar la participación individual de cada causahabiente en el caudal hereditario a efectos de calcular la base imponible del impuesto, deben adicionarse una serie de bienes. Entre las adiciones a realizar, el art. 11 LISD establece, entre otras, la presunción que forman parte del caudal hereditario los siguientes bienes:

- los que hubiesen pertenecido al causante hasta un año antes de su fallecimiento, salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por aquél y de que se hallan en poder de persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante;
- los que durante los tres años anteriores al fallecimiento hubieran sido adquiridos a título oneroso en usufructo por el causante y en nuda propiedad por un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante.

No es difícil advertir que la finalidad de estas presunciones es evitar la salida de bienes del caudal hereditario realizadas al objeto de lograr una menor tributación de la correspondería en caso de obtenerlos *mortis causa*.³

³ Debe tenerse en cuenta que, dado que estas transmisiones fueron gravadas en el momento de su realización por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentos, este mismo precepto dispone que dicho impuesto será deducible de lo que corresponda satisfacer por el Impuesto sobre Sucesiones.

Otra medida antielusiva es la recogida en el apartado primero del art. 13 LISD que establece una excepción a la deducción de las deudas dejadas por el causante para calcular el valor neto patrimonial de la adquisición de cada causahabiente e impide que puedan deducirse las deudas del causante a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota y de sus cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos, aunque renuncien a la herencia.

Debe añadirse a lo anterior, que la normativa sobre operaciones vinculadas tanto en el IRPF como en el Impuesto sobre Sociedades (IS) también adopta el vínculo matrimonial para fijar algunos de los supuestos en los que se aprecia una especial vinculación entre determinados sujetos. Esta normativa, que se contiene en los arts. 45 TRLIRPF y 16 del R.D. Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS), permiten a la Administración tributaria valorar por su valor normal de mercado las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o bien un diferimiento de dicha tributación. Su objetivo es evitar que los sujetos que están especialmente relacionados entre sí pacten entre ellos en sus relaciones económicas una contraprestación superior o inferior a la que se pactaría en una situación normal de mercado, de manera que uno de ellos consiga tener gastos deducibles más elevados, o logre transferir a la otra parte una cuantía importante de sus beneficios o cualquier otra maniobra destinada a reducir la tributación que correspondería si no se operara a *precios de transferencia*.

A estos efectos, el art. 16.2 TRLIS considera que existe vinculación entre las partes en los siguientes supuestos, entre otros: una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores (letra c) y una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades (letra g).

En el caso de un matrimonio, por ejemplo, en que uno de sus miembros sea empresario o profesional individual, éste podría reducir la progresividad del IRPF desviando sus beneficios a una sociedad en la que su cónyuge sea socio, consejero o administrador o, conseguir el mismo resultado entregando bienes por debajo del valor de mercado o contratando la prestación de servicios de la sociedad de su cónyuge a precios más elevados que los normales en el mercado.

2. Normas tributarias protectoras de la familia

Pese al planteamiento antielusivo con el que el Derecho Tributario ha contemplado tradicionalmente al matrimonio y a la familia, actualmente mantiene una orientación más protectora de la familia, y no faltan los supuestos en los que

se le dispensa un trato fiscal claramente beneficioso. Eso sí, sin olvidar nunca, como acaba de exponerse, que la familia representa para la Hacienda Pública una fuente potencial de elusión tributaria a la que hay que tratar como tal.

La protección a la familia por el Derecho Tributario se viene traduciendo en el establecimiento de algunos beneficios fiscales, en una clara actuación extrafiscal del sistema tributario.

La utilización de los tributos con fines extrafiscales no es ninguna novedad. Dado que todo tributo incide siempre sobre la economía de los ciudadanos, por lo que inevitablemente la condiciona y afecta a la conducta de aquellos, el legislador tributario, consciente de ello, ha tenido en cuenta estos efectos para favorecer o, por el contrario, para desincentivar determinadas conductas. En ello consiste la utilización de los tributos con fines extrafiscales, así llamados porque la finalidad intrínseca del tributo, la que se conoce como finalidad fiscal, es recaudar u obtener ingresos.

La admisibilidad de la utilización de los tributos con fines extrafiscales depende de que se trate de fines y valores protegidos por la que la Constitución (37/1987, de 26 de marzo, FJ 13º;⁴ 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 6º; 134/1996, de 22 de julio, FJ 6º; 194/2000, de 19 de julio, FJ 8º). Al ser la protección social, económica y jurídica de la familia no sólo un valor reconocido en el art. 39.1 CE, sino un deber de los poderes públicos, la actuación extrafiscal del sistema tributario protectora de la familia no plantea problemas de constitucionalidad.⁵

Claro reflejo de esta fuerte orientación protectora de la familia es la Exposición de Motivos de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF, según la cual: *“Sin embargo, la Ley tiene muy en cuenta que el contribuyente forma parte de una familia cuya protección merece un tratamiento fiscal favorable para lo que, además de la*

⁴ *“Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, arts. 40.1 y 130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados. Por otra parte, dicha función está expresamente enunciada en el art. 4 de la vigente Ley General Tributaria, según el cual «los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional». A ello no se opone tampoco el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 de la Constitución, pues el respeto a dicho principio no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales.”*

⁵ Sobre la admisibilidad de la concesión determinadas ventajas fiscales y la polémica sobre su compatibilidad con los principios rectores del sistema tributario, véase Soler Roch, M^a T., *Incentivos fiscales y justicia tributaria*, Civitas, Madrid, 1983.

configuración del mínimo familiar antes referido, se articulan otras medidas tendentes a este fin (declaración conjunta, exención de pensiones por alimentos, deducción por inversión en la vivienda habitual, tributación favorable de las pensiones en favor de los hijos). Igualmente, el legislador ha tenido en cuenta los gastos de enfermedad y los de cuidado o atención que puedan afectar al contribuyente, a cuyo efecto se establece un mínimo personal y familiar especial para aquellas personas que se encuentran afectadas por una discapacidad de grado elevado o un estado carencial que implique la ayuda de terceras personas.”⁶ A ello debe añadirse que el Informe de la reforma del IRPF, de 2002, insistía en la necesidad de “(...) situar a la familia como eje fundamental de las políticas sociales”⁷.

Es preciso indicar aquí que la gran mayoría de ventajas fiscales actualmente aplicables a la familia no son relevantes para este trabajo en la medida en que hacen referencia a las relaciones paterno-filiales.⁸ Dado que en Derecho Tributario no se distingue en absoluto entre filiación matrimonial o no matrimonial, estos beneficios tributarios no tienen trascendencia a la hora de analizar la situación de las uniones de hecho en Derecho Tributario.

Entre estos supuestos en que la regulación fiscal otorga un tratamiento favorable al matrimonio y a la familia y que resultan relevantes para el análisis que aquí se lleva a cabo,⁹ merecen destacarse en primer lugar las normas del ISD.

La LISD establece dos tipos de medidas. En primer lugar, las reducciones cuantitativas en la base imponible que pueden aplicarse los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante en el ISD, de larga tradición en nuestro sistema tributario (art. 20.2.a) y b) LISD), así como los inferiores coeficientes multiplicadores sobre la cuota del mismo impuesto que pueden aplicarse también los mismos sujetos (art. 22.2 LISD).¹⁰

Las reducciones en la base imponible se aplican en función del parentesco de los causahabientes con el causante y también varían en función de la edad del causahabiente. Así, las reducciones previstas para los dos primeros grupos son:

⁶ El subrayado es mío.

⁷ Comisión para la Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, *Informe para la reforma del IRPF*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, p. 82.

⁸ Sobre medidas tributarias específicamente planteadas para la familia y su relación con el principio de igualdad tributaria, Núñez Grañón, M., *Las desigualdades tributarias por razones familiares y de residencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

⁹ Para una exhaustiva relación las normas tributarias que afectan al matrimonio y a la familia y el análisis sobre si las mismas resultan más beneficiosas para los matrimonios o para las parejas o uniones de hecho, Ruiz Garijo, M., “Efectos tributarios de la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio”, *cit.*

¹⁰ La graduación del gravamen por este impuesto en función del parentesco entre causante y causahabiente, si bien es un criterio que no sólo se ha venido utilizando tradicionalmente en nuestro sistema tributario, sino también en muchos países de nuestro entorno, se justifica

- Grupo I: adquisiciones por descendientes y adoptados menores de veintiún años, 15.956,87 euros, más 3.990,72 euros por cada año menos de veintiuno que tenga el causahabiente, sin que la reducción pueda exceder de 47.858,59 euros;
- Grupo II: adquisiciones por descendientes y adoptados de veintiuno o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes, 15.956,87 euros.

Estas reducciones, además, aumentan en caso de minusvalía del causahabiente afectado. Junto a estas reducciones por parentesco y edad, se prevé otra por percepción de cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros sobre vida, cuando su parentesco con el contratante fallecido sea de cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptante o adoptado. Esta reducción es del 100 por 100, con un límite de 9.195,49 euros.

Por lo que respecta a los coeficientes multiplicadores, que operan sobre la cuota resultante de aplicar a la base liquidable del impuesto una tarifa progresiva, están previstos en el art. 22.2 LISD y se aplican en función del patrimonio preexistente del causahabiente y de los grupos de parientes y otros sujetos a los que se aplican las reducciones antes descritas. Los coeficientes multiplicadores previstos en la LISD para los grupos I y II antes definidos son los más reducidos de todos y oscilan entre el 1 y el 1,4, para un patrimonio preexistente del sucesor de más de 4.020.770,98 euros, mientras que para los restantes sucesores (grupos III y IV), dichos coeficientes varían entre el 1,5882 y el 2,4.

A ello hay que añadir que a lo largo de los pasados años 90 se incorporaron nuevas reducciones sobre la base imponible de este impuesto, como son la reducción del 95 por 100 del valor de las empresas familiares o negocios profesionales en el caso de que se transmitan al cónyuge, descendientes o adoptados por sucesión *mortis causa* o incluso por donación¹¹ y la reducción del 95 por 100 del valor de la vivienda habitual con un límite máximo de 122.606,47 euros en caso de transmisión *mortis causa* al cónyuge, ascendiente o descendiente

únicamente por imperativos ético-sociales, pero no responde a los principios de igualdad ni de capacidad económica. A este respecto, véase Ramallo Massanet, J., “Elementos innovadores y cuantificación”, en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, La Ley, Madrid, 1988, pp. 43-72, esp. p. 71-72, en las que sigue a gran hacendista Neumark. Ya antes, Fernández-Cainzos, J. J., “El grado de parentesco en el ISD: un criterio discriminatorio”, en *Hacienda Pública Española*, nº 48, 1977, p. 145-160, esp. 149-155, se mostraba contrario a las reducciones de la base imponible del ISD en función del grado de parentesco por considerarlas discriminatorias desde el punto de vista de la capacidad económica.

Estas reducciones, sin embargo, no sólo se mantenido sin ser cuestionadas en términos generales, sino que varias Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias normativas que, en materia del ISD, les ha cedido el Estado las han aumentado notablemente hasta producir el efecto práctico de eliminar por completo el impuesto en las sucesiones entre ascendientes y descendientes.

¹¹ Art. 20.2.c) LISD.

del causante o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.¹²

Por lo que respecta al IRPF, su regulación vigente reserva la posibilidad de optar por la tributación conjunta (art. 68 TRLIRPF),

- a la familia matrimonial, es decir, la integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, por los hijos menores de edad y por los mayores incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad; y
- a la familia monoparental, que se define como la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro en el caso de separación legal o cuando no exista vínculo matrimonial.

A diferencia de su regulación original en la ley del IRPF de 1978, la configuración actual de la tributación conjunta puede resultar más beneficiosa en los casos en los que solo uno de los miembros de la pareja obtenga rentas o en los que la renta obtenida por el otro miembro de la pareja sean muy reducidas, lo que permite afirmar que la tributación actual de la unidad familiar está diseñada para los supuestos en que sólo uno de los cónyuges es quien sostiene económicamente a la familia.¹³

La regulación actual del IRPF contiene asimismo normas que permiten a los miembros de una familia y a los cónyuges aplicarse determinadas deducciones en la cuota en condiciones vedadas a otros contribuyentes, como sucede para la deducción por inversión en vivienda habitual en concepto de obras e instalaciones de adecuación. Esta deducción puede aplicarse también si la inversión se realiza por razón de la minusvalía del propio contribuyente, de su cónyuge, ascendientes o descendientes que convivan con él. Asimismo, según el artículo 69.3º TRLIRPF también tiene en cuenta la situación familiar del contribuyente para definir qué debe entenderse por vivienda habitual al disponer que:

“se entenderá por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas”.

Por último, el art. 99.6 TRLIRPF concede la posibilidad a los matrimonios no separados legalmente de compensar la cantidad que le resulte a devolver de su

¹² Art. 20.2.c) tercer párrafo LISD.

¹³ Sala Galván, G., *Las uniones de hecho en el IRPF*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 170.

autoliquidación del IRPF a un cónyuge con la cantidad que le resulte a ingresar al otro.¹⁴

Merece destacarse, asimismo, por su gran trascendencia práctica la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) de las aportaciones de bienes y derechos realizados por los cónyuges a la sociedad conyugal, así como de las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se realicen a su disolución y las transmisiones que por esta causa se hagan a los cónyuges, recogida en el art. 45 del R.D. Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos (TRLITPAJD).

En este impuesto, que grava las transmisiones patrimoniales onerosas realizadas por particulares –no empresarios o profesionales–¹⁵ sujeta,¹⁶ evidentemente, las que se producen dentro del matrimonio con la aportación de bienes a la sociedad

¹⁴ Esta norma permite que el contribuyente casado y no separado legalmente que esté obligado a presentar declaración por este Impuesto y cuya autoliquidación resulte a ingresar, al tiempo de presentar su declaración, solicitar la suspensión del ingreso de la deuda tributaria, sin intereses de demora, en una cuantía igual o inferior a la devolución a la que tenga derecho su cónyuge por este mismo Impuesto.

Para obtener esta compensación se requiere, además, que: el cónyuge renuncie al cobro de la devolución hasta el importe de la deuda cuya suspensión haya sido solicitada; que ambas cantidades correspondan al mismo período impositivo; que las autoliquidaciones se presenten de forma simultánea; que los cónyuges no estén acogidos al sistema de cuenta corriente tributaria y que estén al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias.

La solicitud determinará la suspensión del ingreso hasta que la Administración reconozca el derecho a la devolución a favor del otro cónyuge. Si no proceda la suspensión, la Administración practicará liquidación provisional al contribuyente que solicitó la suspensión por importe de la deuda objeto de la solicitud y exigirá el interés de demora calculado desde la fecha de vencimiento del plazo establecido para presentar la autoliquidación hasta la fecha de la liquidación.

La exigencia de estos requisitos y las consecuencias previstas en caso de que no proceda la suspensión buscan evitar que la posibilidad de solicitar la compensación se utilice como una vía para aplazar el ingreso de la deuda tributaria.

¹⁵ Las transmisiones que realizan estos sujetos quedan gravadas por el IVA (art. 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido).

¹⁶ El hecho imponible del ITP lo configuran según el art 7.1 TRLITPAJD:

“a. Las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

b. La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.

Se liquidará como constitución de derechos la ampliación posterior de su contenido que implique para su titular un incremento patrimonial, el cual servirá de base para la exigencia del tributo.”

conyugal y con las adjudicaciones de bienes a los cónyuges una vez que se ha disuelto dicha sociedad, para declararlas exentas en su art 45.B) 3 TRLITPAJD.

Por otra parte, el Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante IP) prevé la exención del patrimonio del sujeto pasivo necesario para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional (Art. 4.Ocho. Uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio). Dado que la tributación por este impuesto es estrictamente personal, en principio, los bienes y derechos de contenido económico integrantes del patrimonio quedarán sujetos a tributación en cabeza de su titular. Los bienes y derechos de titularidad conjunta de un matrimonio se imputarán a efectos del IP a cada uno de los cónyuges por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación.¹⁷ Pues bien, en el caso bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio, cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de *cualquiera de los cónyuges*, pese a que según las normas generales del impuesto sólo deberían imputarse la mitad al cónyuge empresario o profesional, estos bienes estarán completamente exentos.¹⁸

Por último, el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), un impuesto municipal, también prevé una medida a favor de los matrimonios y de las relaciones familiares al prever como supuesto de no sujeción al impuesto, los incrementos de valor de los terrenos urbanos que se pongan de manifiesto como consecuencia de las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y las transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes. Tampoco están sujetas las transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial.¹⁹

Para finalizar, es necesario realizar una importante precisión. A efectos tributarios, en las relaciones paterno-filiales y, en general, en las relaciones entre ascendientes y descendientes -relaciones familiares verticales-, es del todo irrelevante la existencia o inexistencia de vínculo matrimonial. Ello reduce el interés de la cuestión que aquí se analiza a las normas fiscales que afectan

¹⁷ Art. 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

¹⁸ Véase también el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el impuesto sobre el patrimonio, y en particular su art. 2.1.

¹⁹ Art. 104.3 del R. D. Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

estrictamente a la pareja o unión de hecho y a su comparación con las previstas para el matrimonio.

3. Características de los impuestos relevantes en la tributación del matrimonio y de la pareja de hecho: impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas

De la exposición anterior se deduce que los impuestos más significativos a la hora de analizar el tratamiento diferenciado que dispensa el Derecho Tributario al matrimonio y a las parejas de hecho son el IRPF, el ISD y el ITPAJD, y en medida mucho menor el IP y el IIVTNU.

Como observación de conjunto al tratamiento que estos impuestos otorgan al matrimonio, puede afirmarse que los cónyuges no reciben sistemáticamente beneficios fiscales por el hecho de haber contraído matrimonio, sino que junto a un conjunto de ventajas tributarias asociadas al matrimonio, ven como se les aplican también una serie de medidas elusivas que les colocan en peor situación tributaria que aquellos que no están unidos por el vínculo conyugal.

Los impuestos más relevantes, el IRPF y el ISD, son impuestos personales que gravan a las personas físicas de manera progresiva y tienen además la naturaleza de impuestos subjetivos, es decir, que tienen en cuenta las circunstancias personales del sujeto pasivo para determinar el cálculo del gravamen final al que se le va a someter. Se trata, por tanto, de impuestos especialmente aptos para considerar la familia y, en particular, el matrimonio y, en su caso, a las parejas de hecho estables.

Por otra parte, todos estos impuestos, excepto el IIVTNU –que es un impuesto municipal– son impuestos de titularidad estatal y que han sido cedidos a las CCAA de régimen general de financiación. Este dato es fundamental, como se verá más adelante, puesto que la cesión de estos impuestos a las CCAA es la que ha permitido que algunas de ellas hayan equiparado en alguna medida los miembros de las parejas de hecho a los cónyuges a efectos tributarios.

IV. ESPECIFICIDADES DEL DERECHO TRIBUTARIO RESPECTO DEL TRATAMIENTO DE LAS PAREJAS DE HECHO

1. Los principios rectores en materia tributaria

El principio de igualdad, que sin duda es el eje sobre el que se mueven los planteamientos del tratamiento jurídico que ha de dispensarse a las parejas de hecho en comparación con el previsto para el matrimonio, presenta en Derecho Tributario una cierta singularidad en un doble orden de consideraciones.

La Constitución española recoge en el art. 31.1 un *específico principio de igualdad en el ámbito tributario*. Las matizaciones que implica este específico

principio son diferentes al contenido y exigencias que derivan del genérico principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, ya que la misma Constitución ha concretado y modulado su alcance en su art. 31.1, fundamentalmente a través de los principios de capacidad económica y de progresividad.²⁰

Como regla general, la igualdad en el ámbito tributario se manifiesta a través del trato igual a situaciones en las que se manifiesta una misma capacidad económica, es decir, en el sentido que a igualdad de situación económica, se le debe dar el mismo tratamiento tributario. Sin embargo, la igualdad tributaria no agota su contenido en el principio de capacidad económica, ya que entre otros motivos, las discriminaciones no son arbitrarias, según el Tribunal Constitucional, si se establecen en función de un principio amparado por el ordenamiento.²¹

Por otra parte, el principio de igualdad debe aplicarse también teniendo en cuenta el principio de progresividad en los tributos, que exige la articulación del sistema tributario de modo tal que, a medida que aumenta la riqueza del sujeto, su contribución tributaria debe aumentar también, pero en proporción superior al incremento de su riqueza.

Por ello, en la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el contenido y requerimientos de los principios constitucionales en materia tributaria contenidos en el art. 31.1 CE, señaló con rotundidad que. *“Es por ello –porque la igualdad que aquí se reclama va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad– por lo que no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del art. 14 de la Constitución:*

²⁰ Por todas, STC 46/2000, de 17 de febrero, FJ 4º.

²¹ El propio Tribunal Constitucional resumió su doctrina sobre el principio de igualdad en el FJ 9º de su sentencia 76/1990, de 26 de abril: *“Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.”*

una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio. Precisamente la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta” (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4º)

Esta especial modulación es la que provoca que, en general, en cuestiones tributarias sólo puede invocarse el principio de igualdad del art. 31.1 CE y no el del art. 14 CE, y la diferencia entre ambos principios de igualdad radica en que, según el Tribunal Constitucional, *“El art. 31.1 de la Constitución establece el principio de que el sistema tributario ha de ser justo e inspirarse en los principios de igualdad y progresividad. La simple mención conjunta de estos dos principios evidencia que el primero de ellos no puede ser entendido en términos tales que impidan al legislador, al establecer el sistema fiscal que estima justo, introducir diferenciaciones entre los contribuyentes, bien sea atendiendo a la cuantía de sus rentas, al origen de éstas o cualesquiera otra condición social que considere relevante para atender al fin de la Justicia.”* (Auto del TC 230/1984, de 11 de abril), con la importante consecuencia de que al encontrarse el art. 31.1 CE sistemáticamente ubicado en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, no se encuentra entre las libertades y derechos cuya tutela queda protegida por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Así lo entienden las SSTC 159/1997, 183/1997, 55/1998, 71/1998 y 46/2000, entre otras, al afirmar que la determinación de un principio de igualdad específicamente tributario *“sí excluye claramente que, so capa de una invocación meramente «formal» del art. 14 CE, en realidad el recurrente de amparo venga a apoyarse en el art. 31.1. CE, precepto éste que, como se ha dicho, no puede servir de fundamento a una pretensión en este proceso constitucional, por imperativo del art. 53.2 CE y del art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, si bien “ello no significa que este Tribunal no pueda llegar a apreciar -como, por ejemplo, hizo en las SSTC 209/1988 y 45/1989- una infracción del art. 14 por la Ley Tributaria.”*²² (STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 3º)

Por otra parte, el hecho de que el principio de igualdad tributaria se concrete en el ámbito fiscal fundamentalmente a través del principio de capacidad económica o capacidad contributiva, tiene una importante consecuencia en la materia que aquí se trata. La capacidad económica se predica únicamente respecto de la persona física y no respecto de personas jurídicas o entidades, y además, la capacidad económica de las personas físicas debe ser *individualmente* considerada por el legislador, sin que pueda hablarse de la capacidad económica de parejas o grupos de personas. Así lo consideró el Tribunal Constitucional, precisamente en su sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre la tributación

²² Como se verá más adelante, estas SSTC 209/1988 y 45/1989, fueron las dictadas sobre la obligación de los matrimonios conjuntamente en el IRPF. *Vid. infra* epígrafe 3.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar

conjunta obligatoria en el IRPF. De ello se deriva necesariamente que también el análisis de la efectiva igualdad en el ámbito tributario deba realizarse únicamente respecto de individuos y no respecto de grupos o uniones de personas físicas.

Otros principios constitucionales que deben considerarse son los de de legalidad tributaria (art. 31.3 CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3. CE). Estos principios están especialmente reforzados en el ámbito del Derecho Tributario, lo que se traduce en que las normas tributarias tienden a tener en cuenta únicamente situaciones jurídicamente formalizadas o consolidadas,²³ ya que de otra manera se plantearían numerosos y difícilmente resolubles problemas para comprobar con certeza que ha dado el supuesto de hecho previsto en la norma tributaria. Un claro ejemplo de esta afirmación es la exigencia de que las anualidades por alimentos percibidas de los padres y las pensiones compensatorias a cónyuges deban estar reconocidas judicialmente para que puedan tenerse en cuenta a efectos del IRPF.²⁴

El hecho de que no exista actualmente normativa estatal sobre el régimen sustantivo a aplicar a las uniones estables de pareja, la ausencia de un concepto legal y fácilmente comprobable por inscripciones registrales de lo que constituye una unión de hecho y los problemas de prueba que conllevaría reconocer efectos tributarios a las parejas de hecho, ha favorecido e incluso justificado la inactividad del legislador tributario estatal en este punto.

Este conjunto de consideraciones es el que, sin duda, ha motivado que apenas existan pronunciamientos jurisprudenciales sobre uniones de hecho en materia tributaria.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar

Sin duda, una de las peculiaridades más llamativas del Derecho Tributario respecto de otras ramas del Derecho en relación a las uniones de hecho es que los casos que han llegado al Tribunal Constitucional en esta materia planteaban una situación de discriminación de los matrimonios respecto de las parejas de hecho, ya que aquellos recibían un tratamiento tributario más gravoso que estas. Los casos planteados se referían a la tributación conjunta por el IRPF de las llamadas unidades familiares.

La Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, estableció la obligación de las unidades familiares de tributar conjuntamente en el IRPF. Al ser este impuesto

²³ Agulló Agüero, A., “Consecuencias fiscales ante la equiparación de las parejas de hecho a la familia matrimonial: aspectos fiscales de las parejas de hecho”, en *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 183-202, esp. p. 184-185.

²⁴ Arts. 7.k, 16.2.f) y 62 TRIRPF.

progresivo y dado que la tarifa del impuesto entonces vigente era única, resultaba mucho más gravosa la tributación de la unidad familiar a la que venían obligados los matrimonios no separados que la tributación individual, especialmente en el caso en el que ambos cónyuges obtuvieran rentas.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la tributación conjunta de la familia no era ninguna particularidad de sistema tributario español. Esta ha venido siendo la regla general de los ordenamientos tributarios occidentales, especialmente en el caso de las rentas conyugales,²⁵ en gran parte por influencia del prestigioso Informe Carter²⁶ que aconsejaba atender a la capacidad económica de la familia en su conjunto,²⁷ ya que en su seno se dan economías de escala.²⁸

Sin embargo, la concreta articulación de la tributación conjunta obligatoria de la unidad familiar por la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, que –a diferencia de la normativa de otros países– no corregía los efectos que la progresividad producía sobre la acumulación de rentas de la unidad familiar, provocaba una mayor tributación de los matrimonios que de las uniones de hecho a igualdad de renta obtenida. Esta discriminación se planteó ante el Tribunal Constitucional a través de un recurso de inconstitucionalidad, resuelto en la STC 209/1988, de 10 de noviembre, y posteriormente mediante una cuestión de inconstitucionalidad, que resolvió la sentencia 45/1989, de 20 de febrero. Esta última sentencia, si bien no declaró la inconstitucionalidad la obligatoriedad de la tributación conjunta como tal obligación,²⁹ consideró que su configuración por la Ley entonces vigente sí lo era.

²⁵ Cfr. AAVV, *Family Taxation in Europe*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.

²⁶ *Informe de la Real Comisión de Investigación sobre la Fiscalidad (Informe Carter)*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975.

²⁷ De forma coherente con el planteamiento de hacer tributar la capacidad económica global de la familia, el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, en su regulación dada por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, establecía también la acumulación de los patrimonios pertenecientes a los cónyuges y a los hijos menores (art. 4.2).

²⁸ Las ventajas e inconvenientes de la tributación conjunta o individual de las familias ha sido intensamente estudiada por la doctrina tributarista. Véanse, entre otros, Soler Roch, M^a T., “La unidad contribuyente en el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nº 15-16, 1977, pp. 523 y ss.; Palao Taboada, C., “El tratamiento de la familia en la imposición sobre la renta”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nº 29, 1981, pp. 5 y ss.; Ramallo Massanet, J., “La unidad familiar como sujeto en el ordenamiento tributario español”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nº 29, 1981, pp. 43 y ss.; Pérez De Ayala, C., *La unidad familiar en el Impuesto sobre la Renta*, Tecnos, Madrid, 1986; González García, E., *Tributación individual frente a tributación conjunta en el IRPF*, Tecnos, Madrid, 1991.

²⁹ La opinión generalizada de la doctrina es que la opción por la tributación individual o conjunta es una opción política. Véanse las opiniones que recoge Nuñez Grañón, M., “Régimen tributario de las uniones de hecho”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 12, 1998, pp. 189 y ss., esp. p. 203-204.

La sentencia 209/1988, de 10 de noviembre, dispuso con claridad que “*el régimen tributario de la unidad familiar genera un trato discriminatorio con respecto a los demás sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta y más concretamente los que viven en común, en ausencia de vínculo matrimonial*”. El Tribunal Constitucional se hacía así eco de la consideración de quienes, sin discutir que quienes conviven disfrutaban de unas economías de escala que el legislador tributario puede tener en cuenta y obligarles a tributar conjuntamente por el IRPF, sin embargo, consideraban arbitrario que únicamente las unidades familiares basadas en el matrimonio estuvieran sujetas a esta obligación.³⁰ Ello no implica desconocer las razones de orden práctico que supondría someter a la tributación conjunta a todas las formas de convivencia, no sólo a las familiares basadas en uniones de hecho. Lo que se defiende, y así lo entendió también el Tribunal Constitucional, es que las razones de “practicabilidad” no pueden primar sobre los imperativos constitucionales de igualdad y capacidad económica.³¹

La respuesta del legislador a esta sentencia fue eliminar la obligatoriedad de la tributación conjunta³² y establecer el sistema actual que permite a las familias nucleares con base en el matrimonio y a las monoparentales optar bien por la modalidad de tributación separada –que es la regla general– o por la tributación conjunta.³³

La Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, estableció dos modalidades de unidad familiar que podían optar por la tributación conjunta (art. 87). La primera estaba formada por la familia “tradicional” basada en el matrimonio, mientras que la segunda la podían formar las familias monoparentales, es decir, el padre o la madre junto con sus hijos. En la medida en que los hijos menores no obtuviesen rentas o las que obtuvieran fueran reducidas, la opción por la tributación conjunta podía resultar para su progenitor más beneficiosa que la tributación individual, ya que en este caso no se produciría acumulación de rentas, pero sí

³⁰ Véase, entre otros, Pérez De Ayala, C., *La unidad familiar en el Impuesto sobre la Renta*, cit., p. 65; Falcón Y Tella, R., “Comentario general de jurisprudencia”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nº 62, 1989, pp. 283-284; Herrera Molina, P. M., “El principio de igualdad financiera y tributaria en la jurisprudencia constitucional” en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nº 67, 1990, p. 406.

³¹ Por el contrario, Palao Taboada, C., “El tratamiento de la familia en la imposición sobre la renta”, cit., p. 39, en este trabajo, anterior a la sentencia del TC, se inclinaba por justificar la exclusión de la obligación de la tributación conjunta de las uniones de hecho en estas “razones de practicabilidad, relativas a la dificultad de prueba en esta materia y a la inadmisibilidad de intromisiones en la esfera de la intimidad privada.”

³² También se suprimió la tributación conjunta de los patrimonios en el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio.

³³ Su aplicación exige una manifestación expresa de los contribuyentes en ese sentido.

se disfrutaría de la ventaja de acogerse a la tarifa de tributación conjunta cuyos tipos de gravamen neutralizaban el efecto progresivo del Impuesto. Y ello con independencia de las rentas que obtuviese el otro progenitor, que al no formar parte de la unidad familiar definida por la ley, tributaría individualmente.

Sin embargo, la posibilidad de que uno solo de los progenitores tributara conjuntamente con los hijos y el otro tributara individualmente estaba vedada a las familias matrimoniales. Ello motivó que se plantearan hasta tres recursos de amparo ante del Tribunal Constitucional por vulneración del principio de igualdad.³⁴ El Tribunal Constitucional los resolvió en las SSTC 47/2001, de 15 de febrero; 212/2001, de 29 de febrero y 21/2002, de 28 de febrero. Desgraciadamente, el Tribunal Constitucional en estas sentencias renunció a entrar al fondo de la cuestión –el posible tratamiento discriminatorio dado a los matrimonios en relación al otorgado a las parejas de hecho- y se limitó a desestimar los recursos de amparo a partir de un doble orden de consideraciones. Por una parte, el Tribunal estima que dado que, según la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, la tributación conjunta es una opción, una vez se ha optado por ella es imperativo sujetarse a las definiciones de unidad familiar que la ley establece (STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 9º).³⁵ Y por otra, señala que para que el art. 14 CE resulte vulnerado por el legislador, no es suficiente que en determinadas situaciones, determinados sujetos pasivos, con un nivel de renta determinado, puedan verse beneficiados en su declaración del IRPF por el hecho de no mantener una relación matrimonial; las leyes, continúa el Tribunal Constitucional, en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad (STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 7º). Y nada de ello ocurría en la regulación de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF.

Sin embargo estas sentencias no dejaron de tener repercusiones legislativas. El legislador, consciente de los problemas que estaba causando la determinación de las diferentes unidades familiares del art. 87 de la Ley 18/1991, de 6 de junio,

³⁴ Los tres son planteados por matrimonios a los que la Administración de Hacienda no ha admitido las declaraciones del IRPF que han realizado acogiéndose a la modalidad de unidad familiar que la Ley 18/1991, de 6 de junio, preveía para las familias monoparentales. En uno de los supuestos se pretendía que el padre tributara conjuntamente con un hijo y la madre con el otro hijo; y en los otros dos recursos la pretensión de los contribuyentes era que uno de ellos tributase individualmente, y el otro lo hiciese conjuntamente con todos los hijos.

³⁵ “(...) a diferencia de su antecesora, en la Ley 18/1991 la regla general es la tributación individual, configurándose como una mera opción para los integrantes de una unidad familiar la posibilidad de tributar acumuladamente. (...) como señala el Abogado del Estado, con arreglo al art. 86 LIRPF, la opción por la tributación conjunta implica la aceptación de las normas de carácter preceptivo que regulan dicho régimen de tributación, normas entre las que se encuentra el art. 87 LIRPF, que sólo permite a los cónyuges no separados legalmente configurar con sus hijos menores la unidad familiar prevista en su núm. 1.”

del IRPF, en la nueva ley del IRPF, Ley 40/1998, de 9 de diciembre, excluyó expresamente de la modalidad monoparental las situaciones donde exista un vínculo matrimonial y aclaró definitivamente que los matrimonios no podían acogerse a la segunda modalidad de unidad familiar formada por uno solo de los progenitores.

No obstante, apareció otro problema: la nueva regulación del IRPF dada por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, volvió al anterior sistema de la tarifa única aplicable a todos los contribuyentes –individuales o unidades familiares–, pero pasó a considerar las circunstancias personales y las cargas familiares de los contribuyentes a través de unos llamados “mínimos exentos” de tributación, articulados en forma reducciones cuantitativas. Pues bien, según establecía el art. 70, en caso de tributación de una unidad familiar, el mínimo personal conjunto era de 1.100.000 pesetas –el mínimo personal para contribuyentes individuales era de 550.000 pesetas– para las unidades familiares “matrimoniales”, mientras que este mínimo personal se fijaba en 900.000 pesetas para el progenitor de la unidad familiar monoparental. Evidentemente, con ello se pretendía tener en cuenta la menor renta disponible que le resta a una persona que debe atender a una familia con sus únicas rentas. Sin embargo, la configuración de la unidad familiar monoparental no permitía saber si el progenitor que tributaba conjuntamente con sus hijos era el único que los atendía, puesto que su definición también cubre a las familias basadas en uniones de hecho, por lo que si uno de los miembros de la unión de hecho tributaba individualmente y el otro tributaba conjuntamente con los hijos, el mínimo personal que pueden aplicarse entre los dos era de 1.450.000 pesetas, mientras que en el caso de matrimonios, ya tributaran estos individualmente, ya lo hicieran conjuntamente, la suma de sus mínimos personales nunca pasaría de 1.100.000 pesetas.

Para evitar el nuevo planteamiento de recursos que impugnaran esta ley por considerar que se discriminaba de nuevo a los matrimonios frente a las parejas de hecho, la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, se modificó el art. 70 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, para disponer que en el caso de tributación conjunta, el mínimo personal pasaría a ser de 3.400 euros por cada uno de los cónyuges, en caso de unidad familiar “matrimonial”, y de 5.550 euros para el progenitor de una unidad familiar monoparental. Ahora bien, en este último caso, si se produce la circunstancia de que *“el contribuyente conviva con el padre o la madre de alguno de los hijos que forman parte de su unidad familiar”*, su mínimo personal pasaría reducirse a 3.400 euros. De este modo, todas las familias en las que los progenitores conviven disfrutan del mismo mínimo personal conjunto, ya sean estas matrimoniales o basadas en una unión de hecho.

V. LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ESTATAL

Con esta disposición el legislador tributario estatal ha tenido por primera vez en cuenta a las uniones de hecho, si bien a los efectos de equiparar, en cierta medida, los matrimonios a las uniones de hecho y no viceversa, como sucede en otras ramas del Derecho.

Una de las causas de esta falta de actuación normativa radica en el hecho de que el principio de igualdad actúa de manera singular en el ámbito tributario. Pero, sin duda, la razón fundamental de esta inactividad es la falta de una norma estatal que regule de forma unitaria las parejas de hecho y que prevea de algún modo su formalización y los efectos jurídicos de determinadas situaciones de convivencia. Dado que el Derecho Tributario se apoya fundamentalmente en las formas jurídicas del Derecho Privado para conectarles determinados efectos tributarios, la ausencia de toda formalidad dificulta en gran medida en las normas tributarias puedan contemplar a las parejas o uniones de hecho puramente factuales o convivenciales.

Es interesante, por ello, hacer constar que para introducir la unión de hecho en el IRPF en la forma que se acaba de señalar, el legislador estatal no se ha dejado frenar por razones de orden práctico, tales como comprobar en cada caso la convivencia de los progenitores no unidos en matrimonio, una cuestión puramente fáctica que se deberá demostrar en cada caso. En cualquier caso, este puede ser un primer paso, si se quiere precavido, del legislador tributario estatal en orden a ir dando un cierto reconocimiento a las uniones de hecho a efectos tributarios.

VI. LA EQUIPARACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO AL MATRIMONIO A EFECTOS TRIBUTARIOS POR ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Frente a esta inactividad del legislador estatal, hasta el momento cinco Comunidades Autónomas (Andalucía, Catalunya, Madrid, Navarra y País Vasco) ya han procedido a equiparar en diversa medida y respecto a diferentes impuestos las parejas de hecho a los matrimonios.

Este movimiento normativo se ha producido una vez estas y otras Comunidades Autónomas han promulgado normas sustantivas sobre uniones estables de pareja, normas que, al formalizar en cierto grado a las parejas de hecho han salvado así el principal obstáculo que su "pura" situación fáctica plantea en Derecho Tributario en relación, básicamente, a la seguridad jurídica y al principio de legalidad.

Hasta 11 Comunidades Autónomas (Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Baleares, Madrid, Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura y País Vasco) han regulado el régimen de parejas de hecho o uniones estables de parejas.³⁶

La mayor parte de estas leyes contiene una cláusula de equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios en el ámbito del Derecho público y dentro de él, a algunos efectos tributarios. Las excepciones la conforman la ley asturiana, que no recoge ninguna previsión al respecto, y la ley aragonesa que excluye expresamente la normativa de carácter tributario de esta equiparación.³⁷

Las restantes nueve leyes autonómicas consideran en alguna medida aplicables a las parejas de hecho las normas tributarias previstas para los cónyuges.

La mayor parte de ellas, las leyes de Andalucía, Extremadura, Canarias,³⁸ Madrid, Valencia y Navarra, realizan esta equiparación destacando que se produce en relación a su *régimen tributario autonómico o tributos propios*. El efecto de hacer esta precisión es que la pretendida equiparación queda prácticamente vacía de contenido, puesto que, como ya se ha señalado anteriormente, los principales impuestos que dan un tratamiento específico a los contribuyentes unidos por vínculo matrimonial y respecto de lo que la equiparación sería efectiva, *son impuestos estatales*, y no tributos propios de las Comunidades Autónomas, con lo que la asimilación genérica realizada por las leyes de estas Comunidades Autónomas queda simplemente una manifestación de buenas intenciones, sin consecuencias prácticas.

³⁶ Por orden cronológico, se trata de las siguientes leyes: Ley 10/1998, de 15 de julio, de Catalunya, sobre Uniones Estables de Pareja; Ley 6/1999 de 26 de marzo, de Aragón, sobre Parejas Estables no Casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables; Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Illes Balears, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho y, por último, Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las Parejas de Hecho.

³⁷ Art. 18 Ley 6/1999, de 26 marzo, sobre Parejas Estables no Casadas: "*Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada.*" (el subrayado es mío).

³⁸ Que excluye expresamente de esta equiparación a la tributación conjunta respecto del tramo autonómico del IRPF.

Art. 12 Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias, de Parejas de Hecho: "*Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Canarias, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja de hecho, especialmente en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios. Lo anterior no será de aplicación a la tributación conjunta respecto al tramo autonómico del IRPF.*"

Sólo Catalunya,³⁹ Illes Balears y País Vasco realizan una formulación más amplia y establecen la asimilación en el marco de *sus competencias normativas* lo cual conlleva una fundamental diferencia respecto de la fórmula utilizada por las otras leyes autonómicas, puesto que, como se verá a continuación, tienen competencias para legislar sobre los principales impuestos que afectan al matrimonio y a las uniones de hecho.

Pese a estas genéricas declaraciones de equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a efectos fiscales, a día de hoy únicamente cinco Comunidades Autónomas, las de Madrid, Catalunya, Andalucía, País Vasco y Navarra, han concretado dicha equiparación mediante actuaciones legislativas sobre los impuestos afectados. La intensidad y amplitud de la equiparación, así como los diferentes impuestos afectados por la misma son diversas. La razón de esta diversidad debe buscarse en las diferentes competencias normativas que tienen estas Comunidades en materia tributaria, por lo que primero es necesario aclarar en cierta medida el sistema de financiación autonómica actualmente vigente.

1. Los diferentes sistemas de financiación autonómica: el sistema general y los sistemas forales

En el Estado español coexisten tres niveles territoriales de Hacienda, dotados todos ellos de autonomía financiera y poder tributario propio: la Hacienda estatal, la Hacienda autonómica y la Hacienda local.

La regulación del poder tributario de la Hacienda autonómica se contiene en el llamado “bloque de constitucionalidad” formado por la Constitución de 1978, los Estatutos de Autonomía y la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA). En él, se diseña un sistema dual de financiación autonómica:⁴⁰ el sistema general y el denominado régimen foral, establecido por razones históricas para País Vasco y Navarra (D. A. Primera de la Constitución Española de 1978), con unas diferencias entre ambos sistema de gran calado.

De forma elemental puede describirse el sistema fiscal de las *Haciendas Forales* como un sistema tributario propio, en el que se distinguen impuestos

³⁹ Es interesante destacar que Catalunya también ha otorgado cierto reconocimiento a efectos del ISD a las situaciones convivenciales de ayuda mutua (Disposición Adicional Primera de la Ley 18/1998, de 28 de diciembre), al equiparlos a los sujetos que integran el Grupo III (colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad) a efectos de las reducciones sobre la base imponible y de los coeficientes multiplicadores de la cuota de este impuesto.

⁴⁰ Debe hacerse constar que Canarias, Ceuta y Melilla revisten también ciertas peculiaridades en cuanto a su sistema de financiación y tributario, pero no se recogen en este trabajo puesto que no son relevantes para el mismo.

concertados e impuestos estatales. Estas Comunidades Autónomas –en el caso del País Vasco, sus Diputaciones Forales- ostentan la plena titularidad de los llamados tributos *concertados* –IRPF, IS, ISD, IP, ITPAJD⁴¹ y los tributos sobre el juego-. Esta titularidad se extiende a las competencias normativas, de gestión y a la recaudación. A diferencia de estos, los restantes impuestos indirectos *estatales* se rigen por las mismas normas sustantivas y formales vigentes en todo el Estado. En cualquier caso, el sistema tributario que establezcan los Territorios Históricos tiene que regirse por los principios de solidaridad, coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado y entre las instituciones de los Territorios Históricos. En cumplimiento de los principios de coordinación y armonización fiscal, las normas forales reguladoras de los impuestos *concertados* (IRPF, IS, IP, ISD y ITPAJD) son, en su configuración estructural, prácticamente idénticas a las leyes estatales reguladoras de estos impuestos, si bien algunos aspectos concretos de su regulación guardan significativas diferencias respecto a la normativa estatal.

Otro elemento esencial de este sistema de financiación es el llamado “cupo” o cantidad con la que estas Comunidades Autónomas contribuyen a los gastos del Estado por el coste de las funciones que no ejercen estas Comunidades Autónomas (defensa, seguridad, orden público, entre otras). Son las Leyes 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra –modificada por la Ley 25/2003, de 15 de julio-, y 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, las que fijan el “cupo”.

Por lo que respecta al *sistema general de financiación autonómica*, su sistema de recursos financieros es muy diferente, y entre ellos figuran los tributos propios, los tributos cedidos y las transferencias de ingresos del Estado

Dado que en 1980, al promulgarse la LOFCA, las principales materias imponibles como son la renta, el patrimonio y el consumo ya estaban gravadas por impuestos estatales, el margen que quedaba para que las Comunidades Autónomas establecieran los tributos propios era tan reducido, que los impuestos que han podido ir creando las Comunidades Autónomas son escasos y su trascendencia recaudatoria es muy limitada. De ahí que la importancia de los impuestos cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas sea mayor en su sistema de recursos financieros que los impuestos propios.

Los impuestos cedidos han figurado desde el inicio de este sistema de financiación son el ISD, el IP y el ITPAJD. Y es que debe recordarse que el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas no ha sido estable, sino que hasta el año 2001, en el que se estableció un sistema de financiación que por primera vez no predeterminaba

⁴¹ Salvo la tributación de las operaciones societarias, las letras de cambio y documentos de giro que las sustituyan, que se regulan por la normativa estatal.

una vigencia limitada en el tiempo, ha sido modificado en numerosas ocasiones, ya los sucesivos sistemas se autolimitaban a una duración quinquenal.

Y así, los impuestos que se han ido cediendo a las Comunidades Autónomas no sólo han ido aumentando en número, sino que también han aumentado progresivamente las competencias de las Comunidades Autónomas respecto de estos impuestos cedidos.

Actualmente los impuestos estatales total o parcialmente cedidos a las Comunidades Autónomas son el IRPF, el IP, el ISD, el ITPAJD, el IVA y algunos Impuestos Especiales. Como ya se indicó, todos los impuestos que tienen alguna trascendencia respecto de las parejas de hecho son, actualmente, impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas de régimen general de financiación.

Por lo que respecta a las competencias, debe advertirse que en todo impuesto se distingue un triple orden de titularidades: la titularidad de las competencias normativas, titularidad de las competencias de gestión y titularidad de la recaudación. Cada una de estas competencias pueden ser exclusiva de un sujeto o compartida con otro u otros.

En el caso de los impuestos cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas se cedió inicialmente y de forma completa las titularidades de gestión y de recaudación del ISD, del IP y del ITPAJD. Posteriormente se cedió de forma parcial la recaudación del IRPF (en un primer momento se cedió el 15 por 100 de su recaudación, para ampliarse en el siguiente quinquenio al 30 por 100. Actualmente está cedida el 33 por 100 de la recaudación).

Sólo a partir del año 1996 se cedieron algunas *competencias normativas* limitadas en aspectos muy concretos del IRPF, del ISD, del IP y del ITPAJD. Desde el año 2002, según establece la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, estas competencias normativas limitadas se han profundizado y extendido también a algún Impuesto Especial.⁴²

⁴² Las competencias normativas específicas que se ceden respecto los impuestos que interesan en este trabajo (IRPF, IP, ISD, ITPAJD) por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre son:

Artículo 37. Titularidad de competencias.

1. *La titularidad de las competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, corresponde al Estado.*

2. *La Inspección General del Ministerio de Hacienda realizará anualmente una inspección de los servicios y rendirá informe sobre el modo y la eficacia en el desarrollo de las diversas competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de que se trate respecto a los tributos cuyo rendimiento se cede. Dicho informe se unirá a la documentación de los Presupuestos Generales del Estado.*

Esta progresiva ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas respecto de los impuestos cedidos por el Estado –competencias

Artículo 38. Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) La escala autonómica aplicable a la base liquidable general.

La estructura de esta escala deberá ser progresiva con idéntico número de tramos que la del Estado.

Si una Comunidad Autónoma no aprobara para un periodo impositivo la escala autonómica, se aplicará la escala complementaria prevista en el artículo 61 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Deducciones por circunstancias personales y familiares, por inversiones no empresariales y por aplicación de renta, siempre que no supongan, directa o indirectamente, una minoración del gravamen efectivo de alguna o algunas categorías de renta. En relación a estas deducciones, las competencias normativas de las Comunidades Autónomas abarcarán también la determinación de:

La justificación exigible para poder practicarlas.

Los límites de deducción.

Su sometimiento o no al requisito de comprobación de la situación patrimonial.

Las reglas especiales que, en su caso, deban tenerse en cuenta en los supuestos de tributación conjunta, período impositivo inferior al año natural y determinación de la situación familiar. Si la Comunidad Autónoma no regulara alguna de estas materias se aplicarán las normas previstas a estos efectos en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

c) Aumentos o disminuciones en los porcentajes de deducción por inversión en vivienda habitual, a que se refiere el apartado 2 del artículo 64 bis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con el límite máximo de hasta un 50 por 100.

2. Las Comunidades Autónomas no podrán regular:

a) Los tipos de gravamen autonómicos de la base liquidable especial y los aplicables a determinadas categorías de renta, que serán los que a estos efectos se determinen por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Las deducciones de la cuota establecidas y reguladas por la normativa del Estado.

c) Los límites previstos en el artículo 56 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

d) Los pagos a cuenta del Impuesto.

e) En general, todas las materias no contempladas en el punto 1 anterior.

3. La liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se ajustará a lo dispuesto por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del tributo.

4. La parte autonómica de la cuota líquida no podrá ser negativa.

5. El Estado y las Comunidades Autónomas procurarán que la aplicación de este sistema tenga el menor impacto posible en las obligaciones formales que deban cumplimentar los sujetos pasivos.

A estos efectos, los modelos de declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas serán únicos, si bien en ellos deberán figurar debidamente diferenciados los aspectos autonómicos.

Artículo 39. Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre el Patrimonio.

1. En el Impuesto sobre el Patrimonio, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) Mínimo exento.

b) Tipo de gravamen.

c) Deducciones y bonificaciones de la cuota.

normativas que han venido ejerciendo con mayor intensidad sólo desde el año 2000-, ha llevado a que se haya cuestionado su naturaleza de impuesto “cedido” y

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

Artículo 40. Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1. *En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:*

a) *Reducciones de la base imponible.*

Las Comunidades Autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones “ínter vivos”, como para las “mortis causa”, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla.

Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, éstas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado.

b) *Tarifa del impuesto.*

c) *Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente.*

d) *Deducciones y bonificaciones de la cuota.*

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

2. *Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes Comunidades Autónomas, implantando éste conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto.*

Artículo 41. Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

1. *En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:*

a) *Tipos de gravamen:*

En relación con la modalidad “Transmisiones Patrimoniales Onerosas”, las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen en:

Concesiones administrativas.

Transmisión de bienes muebles e inmuebles.

Constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre muebles e inmuebles, excepto los derechos reales de garantía.

Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. Los modelos de contrato para el arrendamiento de

se defienda que se ha producido una cierta *mutación constitucional* del concepto⁴³ o que incluso se prefiera hablar de impuestos “compartidos” en lugar de impuestos cedidos⁴⁴ por reflejar mejor esta expresión la auténtica naturaleza del recurso.

2. La equiparación realizada por las Comunidades Autónomas de régimen general

Ha sido, por tanto, esta cesión de competencias normativas la que ha permitido que las Comunidades Autónomas de Andalucía,⁴⁵ Catalunya⁴⁶ y Madrid⁴⁷ hayan equiparado las parejas de hecho a los matrimonios respecto de las reducciones de la base imponible, la tarifa y los coeficientes multiplicadores del ISD.⁴⁸ Además, por su parte, la Comunidad Autónoma de Madrid las ha equiparado respecto de algunas deducciones en la cuota del IRPF⁴⁹ y Andalucía lo ha hecho respecto de los

inmuebles podrán ser elaborados por la propia Comunidad Autónoma.

En relación con la modalidad “Actos Jurídicos Documentados”, las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales.

b) Deducciones y bonificaciones de la cuota.

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas sólo podrán afectar a los actos y documentos sobre los que las Comunidades Autónomas pueden ejercer capacidad normativa en materia de tipos de gravamen con arreglo a lo dispuesto en la letra anterior.

En todo caso, resultarán compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto sin que puedan suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

2. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. (...)

Artículo 45. Supuesto de no uso de las competencias normativas.

Si una Comunidad Autónoma no hiciera uso de las competencias normativas que le confieren los artículos 35 a 44, se aplicará, en su defecto, la normativa del Estado.

⁴³ Así, por ejemplo, Ruiz Almendral, V., *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 220 y ss., siguiendo a Ramallo Massanet.

⁴⁴ Calvo Ortega, R., “Tributos cedidos: concepto, evolución y problemas actuales”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 268, pp. 261-280, p. 262.

⁴⁵ Ley 10/2002, de 21 diciembre, de Andalucía, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras.

⁴⁶ A través de la Ley 31/2002, de 30 diciembre, de Catalunya, Medidas fiscales y administrativas.

⁴⁷ Que fue la primera Comunidad Autónoma de régimen general que equiparó en alguna medida a las parejas de hecho a los matrimonios en el ámbito de los impuestos cedidos a través de la Ley 18/2000, de 27 diciembre, de Madrid, de Medidas Fiscales y Administrativas. La regulación actualmente vigente la ha establecido la Ley 2/2004, de 31 mayo, de Madrid, de Medidas Fiscales y Administrativas.

⁴⁸ Para comprobar las concretas competencias normativas de las CCAA respecto del ISD, véase el art. 40 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, reproducido en la nota al pie nº 42, *supra*.

⁴⁹ Se trata de una deducción autonómica establecida por la Comunidad de Madrid, por acogimiento familiar de menores, según la cual: “*Los contribuyentes podrán deducir, por cada menor en régimen de acogimiento familiar simple, permanente o preadoptivo, administrativo o judicial, siempre que*

requisitos para aplicarse el tipo impositivo reducido del ITPAJD en la adquisición de determinadas viviendas.⁵⁰

Estas tres Comunidades Autónomas han equiparado las parejas de hecho a los matrimonios únicamente en algunos aspectos del ISD, y en concreto, en los que tal *equiparación les resulta favorable*, ya que ninguna de ellas ha practicado dicha equiparación respecto de los aspectos negativos o desfavorables, como son, por ejemplo, los requisitos más exigentes para aceptar determinados gastos como deducibles en el IRPF o las presunciones de realización del hecho imponible y las adiciones de bienes en el ISD. Esta falta de total equiparación se debe a que competencias normativas de las Comunidades Autónomas no alcanzan a estos aspectos “antielusivos” del IRPF y del ISD, competencia normativa que queda exclusivamente en manos del Estado, como también sucede en el caso de las exenciones del IP.

De este modo, el resultado final de la producción normativa autonómica en materia tributaria es que, en estas tres Comunidades Autónomas, los matrimonios se encuentran a efectos del ISD en peor situación que las parejas de hecho, ya que a éstas se les aplican únicamente los efectos beneficiosos de la equiparación, sin que les afecte los aspectos más perjudiciales de la misma.

Todo ello, además de ser indeseable e incongruente con la pretendida equiparación “total” de las uniones de hecho a los matrimonios a efectos

convivan con el menor durante más de 183 días del período impositivo, las siguientes cantidades:

- a) 600 euros si se trata del primer menor en régimen de acogimiento familiar.*
- b) 750 euros si se trata del segundo menor en régimen de acogimiento familiar.*
- c) 900 euros si se trata del tercer menor en régimen de acogimiento familiar o sucesivo.*

A efectos de determinación del número de orden del menor acogido solamente se computarán aquellos menores que hayan permanecido en dicho régimen durante más de 183 días del período impositivo. En ningún caso se computarán los menores que hayan sido adoptados durante dicho período impositivo por el contribuyente.

No dará lugar a esta deducción el supuesto de acogimiento familiar preadoptivo cuando se produjera la adopción del menor durante el período impositivo, sin perjuicio de la aplicación de la deducción establecida en el apartado uno anterior.

En el supuesto de acogimiento de menores por matrimonios o uniones de hecho, el importe de la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos, si optaran por tributación individual.” (art. 1.Tres de la Ley 2/2004, de 31 de mayo, de Madrid, de Medidas Fiscales y Administrativas, deducción que ya se introdujo a través de la Ley 14/2001, de 26 diciembre, de Madrid, Medidas Fiscales y Administrativas. Véanse también los nuevos importes establecidos en Ley 5/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, de la Comunidad de Madrid).

Para comprobar las concretas competencias normativas de las CCAA respecto del IRPF, véase el art. 38 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, reproducido en la nota al pie 42, *supra*.

⁵⁰ Arts. 3 y 4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

tributario, es contraria en su resultado a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre las uniones de hecho y las situaciones matrimoniales, según la cual, como es sabido, el matrimonio no puede quedar de peor condición que las uniones de hecho.

3. La equiparación realizada en las Haciendas Forales

Las anteriores limitaciones de competencias normativas no operan en el caso de las Haciendas forales, ya que todos los impuestos que toman en consideración en alguna u otra medida el vínculo conyugal -IRPF, ISD, IP, ITPAJD, IS- son impuestos *concertados*. Ello supone que su regulación corresponde plenamente de las instancias normativas de los Territorios Históricos, lo que ha permitido a las Comunidades Autónomas de Navarra y el País Vasco equiparar de forma prácticamente total matrimonios y uniones a efectos tributarios, tanto los favorables como los desfavorables.

En Navarra ello se ha operado mediante la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, cuyo art. 12.1 establece que “*1. Los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones*”. Tras esta disposición general, los siguientes números del mismo artículo van concretando puntualmente el alcance esta equiparación para cada uno de los diferentes impuestos, de manera que actualmente, ésta es prácticamente total, y sólo escapa a la misma la regulación del IS.⁵¹

Por su parte, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho, establece en su art. 10, que “*Se otorgará, en el marco de las competencias normativas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el mismo tratamiento fiscal a las parejas de hecho que a las unidas por matrimonio*.”, lo que posteriormente las Diputaciones Forales Vascas han ido concretando en la regulación de todos los impuestos afectados, por lo que en Euskadi la equiparación tributaria entre matrimonios y parejas de hecho sí que es completa y total.

VII. CONCLUSIONES

A partir de todo lo expuesto anteriormente pueden extraerse conclusiones de diverso orden.

En primer lugar, el otorgamiento de ciertos efectos tributarios a las uniones de hecho por parte de algunas Comunidades Autónomas ha venido al hilo de

⁵¹ Lo cual, muy posiblemente, ha pasado inadvertido al legislador navarro.

su previa regulación civil, si bien, hasta el momento han sido sólo cinco de las once Comunidades Autónomas con normativa sustantiva sobre uniones de hecho las que han actuado en este sentido. En un sentido contrario, la inexistencia de esta regulación sustantiva en el ámbito estatal es la explica la inactividad del legislador tributario estatal en esta materia.

En segundo lugar, debe destacarse que la actuación de estas cinco Comunidades Autónomas ha sido desigual, tanto respecto a los impuestos afectados como a los concretos puntos en lo que se ha producido la equiparación entre matrimonios y parejas de hecho. Así, mientras Navarra y País Vasco han procedido a una equiparación prácticamente total, en las otras Comunidades Autónomas, Andalucía, Catalunya y Madrid, la equiparación es solamente parcial y únicamente se produce respecto a aspectos que dan un tratamiento fiscal beneficioso al matrimonio en el ISD, dejando al margen las previsiones antielusivas que le afectan. Ello es consecuencia de que los impuestos que asocian un concreto tratamiento tributario a los cónyuges son impuestos estatales, cedidos a las Comunidades Autónomas de régimen común de financiación y las competencias normativas de las Comunidades Autónomas respecto de estos impuestos son muy limitadas. Por el contrario, estos impuestos son tributos *concertados* en el País Vasco y Navarra respecto de los que ostentan plenas competencias normativas, de manera que las instituciones con poder normativo de estas Comunidades Autónomas han podido establecer la equiparación entre matrimonios y uniones de hecho a efectos tributarios sin limitación alguna.

El resultado final es que en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Catalunya y Madrid las uniones de hecho pasan a disfrutar de un régimen tributario más beneficioso en el ISD que los matrimonios, lo cual es un efecto indeseado de la actual delimitación de las competencias normativas respecto de los impuestos cedidos entre las Comunidades Autónomas y el Estado y, por lo demás, indeseable y contrario a la doctrina sentada hasta el momento por el Tribunal Constitucional en esta materia.

Dado el actual marco de distribución de competencias normativas en materia tributaria, las vías de corrección de estos efectos negativos serían, o bien una actuación legislativa estatal que corrigiera estas distorsiones, o bien la cesión por parte del Estado a las Comunidades Autónomas de las competencias normativas necesarias para que éstas puedan realizar una equiparación total entre matrimonios entre parejas de hecho y matrimonios. Esta última posibilidad, sin embargo, se antoja muy remota y difícilmente realizable.

COMUNICACIONES

COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA. EN ESPECIAL, LA ARMONIZACIÓN DE LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

FRANCISCA LLODRÀ GRIMALT

PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

SUMARIO

I. Preliminar.....	473
II. Actual marco del proceso de europeización del Derecho de familia.....	474
III. La armonización y unificación del Derecho de familia en Europa como pretensión doctrinal.....	486
IV. Hacia la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa.....	497

I. PRELIMINAR¹

El *Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia civil* de 16 de noviembre de 2001 señalaba que las “instituciones comunitarias se han visto en numerosas ocasiones obligadas a examinar cuestiones relacionadas con el Derecho de familia para la realización de determinadas políticas, especialmente en el ámbito de la seguridad y de la integración social, de la acogida de los trabajadores inmigrantes, de la inmigración, de los visados, de la lucha contra la pobreza o de la libertad de establecimiento”. De ello se observaba cómo la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de las personas dentro del mercado interior europeo y la garantía de la misma crean inevitablemente interacciones entre el Derecho de familia y las demás disciplinas comunitarias, por lo que el Consejo invita a la Comisión a que emprenda un estudio que permita determinar las divergencias entre los derechos nacionales que en materia de derecho de familia pueden menoscabar el principio de libre circulación de personas.

Desde este punto de partida, vamos a observar en este trabajo si la existencia de diferentes regímenes económicos matrimoniales en los distintos Estados

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del disfrute de una beca de investigación durante el mes de agosto de 2003 y los meses de julio y agosto de 2004 en el *Centrum für europäisches Privatrecht*, dirigido por el Prof. Dr. Reiner Schulze (Westfälische Wilhelms-Universität de Münster). Dicha beca se enmarca en el Research Network “Uniform Terminology for European Private Law” (HPRN-CT-2002-00229), financiado por la Comisión Europea.

miembros es una de las cuestiones de Derecho de familia que pueden menoscabar el principio de libre circulación de personas. Pero previamente veremos cómo se plantea el proceso que llamamos de “europeización del Derecho de familia”.

II. ACTUAL MARCO DEL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

1. La proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia

1.1. *El Derecho comunitario originario*

A partir del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 adquieren relevancia, en la UE, las cuestiones de índole material del Derecho de familia.² La inserción por dicho Tratado de un nuevo título IV en el Tratado de la Comunidad Europea, dedicado a visados, asilos e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, insertado, a su vez, en la creación de un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia, ha tenido la virtualidad de incidir, aunque sea de forma indirecta, en cuestiones de Derecho de familia.³

Por otra parte, el *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* (DOUE, n° C 310, de 16 de diciembre de 2004) introduce importantes novedades en esta materia.

La Constitución europea, en la parte I, título III: “*De las competencias de la Unión*”, art. I-14: “*Ámbitos de competencia compartida*”, en su punto 2 dice:

“Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: [...] j) el espacio de libertad, seguridad y justicia [...]”

Y el art. I-42 del cap. II, título V, parte I (“*Del ejercicio de las competencias de la Unión*”) dice:

Disposiciones particulares relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia: “(1) La Unión constituirá un espacio de libertad, seguridad y justicia: a) mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas destinadas, en caso necesario, a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos contemplados en la Parte III; b) fomentando la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, basada en particular en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales [...]”

² Según Werwigk-Hertneck, C. y Mauch, F.: “Auf dem Weg zu einem Europäischen Familiengesetzbuch”, *FamRZ*, 8, 2004, p. 575.

³ Artículos 61.c, 65 y 67 TCE.

En dicha parte III (“*De las políticas y el funcionamiento de la Unión*”), título III (“*Políticas y acciones internas*”), capítulo IV (“*Espacio de libertad, seguridad y justicia*”), sección 3, dice el art. III-269:

“(1) La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros. (2) [...] la ley o ley marco europea establecerá, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, medidas para garantizar, entre otras cosas: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución [...] c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción [...]. (3) No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán mediante una ley o ley marco europea del Consejo, que se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión europea que determine los aspectos del Derecho de familia, con repercusión transfronteriza, que puedan ser objeto de actos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo”.

Con todo ello, queda abierto el interrogante sobre qué aspectos del Derecho de familia tienen repercusión transfronteriza y, por tanto, posible prioridad en ser armonizados. Podremos observar, en este trabajo, cómo para algunos autores la regulación del régimen económico matrimonial es una cuestión con repercusión transfronteriza, y, por tanto, consideran aconsejable el trabajo hacia una posible armonización.

1.2. *El Derecho comunitario derivado*

Los instrumentos de derecho comunitario derivado dictados en el marco del ejercicio de diversas competencias también han influido o influirán en cuestiones de Derecho de familia. La intersección entre materias de competencia comunitaria y Derecho de familia se ha producido de forma espontánea y gradual.⁴

⁴ Podemos remontarnos al Reglamento 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, que en el título III trataba de la familia de los trabajadores inmigrantes europeos y señalaba que está formada por el cónyuge y sus descendientes menores de 21 años y otras personas que dependan de él (ascendientes, especialmente). Asimismo, el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las comunidades europeas, define como miembros de la familia

Ahora bien, el hito más importante en la manifestación de la preocupación comunitaria por cuestiones relacionadas con el Derecho de familia fue la adopción por parte del Consejo del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil,⁵ el cual se consideró una clara indicación de la importancia que revisten las cuestiones relativas al matrimonio y al divorcio para el ciudadano europeo.

El Reglamento 44/2001 se aplica a: 1) los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad del matrimonio de los cónyuges, y 2) a los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de cónyuges con ocasión de las acciones en materia matrimonial.

Asimismo, una muestra de la importancia de las cuestiones de Derecho de familia⁶ es el Reglamento CE nº. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental,⁷ que deroga el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes,⁸ y supone la modificación del Reglamento 44/2001, en lo que se

del asilado al cónyuge y sus hijos no casados menores de 18 años. También el Reglamento 343/2003, de 18 de febrero de 2003, del Consejo, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (Dublín II) considera (art. 2.i) al cónyuge del solicitante de asilo y a la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si la legislación o los usos del Estado miembro de que se trate otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas, con arreglo a su propia normativa de extranjería.

⁵ DOCE L 12, de 16.01.2001 (corrección de errores: DOCE L 307, de 24.11.2001). Este reglamento supone la asunción del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y su protocolo anejo, hecho en Bruselas el día 27 de septiembre de 1968, que sigue vigente para las relaciones con Dinamarca (DOCE núm. C 27, de 26 de enero de 1968).

⁶ También se destaca, desde el punto de vista de materia civil, la importancia del Reglamento 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 160, de 30.06.2000), y del Reglamento 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DOCE L 174, de 27.06.2001).

⁷ DOUE L 338, de 23.12.2003.

⁸ DOCE L 160, de 30.06.2000. Véase también el *Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del TUE, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998 (véase un informe al respecto en: DOCE C 221, de 16.07.1998).

refiere a alimentos. Por tanto, del Reglamento 44/2001 no se modifican las normas relativas a la nulidad, divorcio y separación, pero sí las relativas a la protección de los hijos, de tal forma que no queda limitada a la protección de estos con motivo de la crisis matrimonial, ni tampoco a la protección de los hijos matrimoniales.⁹

1.3. *Notas sobre la competencia de la UE para legislar en Derecho de familia*

Para concluir con el tema del marco actual del proceso de europeización del Derecho de familia, desde el punto de vista del papel que juega el Derecho comunitario, hay que señalar que en el seno de la UE no existe competencia para legislar en derecho de familia.¹⁰

En primer lugar, podemos observar que ciertamente existe competencia para legislar en ámbitos conexos, como pueden ser política social (art. 293.1 TCE), lucha contra la discriminación (art. 13 TCE) y cooperación judicial, pero por ello, siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, “no puede defenderse con una mínima seriedad que el buen funcionamiento del mercado interior exija una armonización del estatuto personal o del Derecho matrimonial. *In extremis* podría concebirse una acción comunitaria en el ámbito del Derecho de familia, vinculada con las exigencias derivadas de la libre circulación de personas, en concreto con el fin de facilitar la reagrupación o situación familiar del trabajador o prestador de servicios, garantizar las pensiones alimenticias o establecer conceptos comunes sobre las personas a cargo del trabajador o prestador de servicios, que podría propiciar disposiciones relativas a la custodia de menores, patria potestad, derechos de visita, etc.”, lo cual tampoco justificaría un “Derecho de familia europeo” con pretensiones sistemáticas.¹¹

En segundo lugar, en relación con la posibilidad de que la proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia se derive de los artículos 61.c), 65 y 6 TCE, hay que matizar que estos artículos se refieren a la adopción de medidas relativas a la cooperación judicial civil, lo cual no significa que

⁹ Borrás, Alegría: “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo (Bruselas II)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 2003, p. 366.

¹⁰ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 502.

¹¹ Sánchez Lorenzo: “Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea”, *Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 2002, pp. 60-62. Asimismo, Henrich señala (“Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521) que una codificación material del Derecho de familia no está por ahora a la vista.

permitan adoptar normas relativas a cuestiones materiales de Derecho de familia.¹² Por tanto, tampoco otorgan competencia en este ámbito.¹³

En tercer lugar, también se descarta que puedan dictarse normas materiales comunitarias de Derecho de familia basándose en el art. 18 TCE, que regula la creación de un estatuto de ciudadano europeo; ni en el art. 308 TCE, que prevé la “cláusula de imprevisión”, en virtud de la cual el Consejo de Ministros, por unanimidad, puede atribuir una nueva competencia a la CE, cuando esta sea necesaria para la consecución del mercado interior, y no se entiende que lo sean las normas de Derecho de familia.¹⁴

Finalmente, cabe plantear si basándose en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE adoptada el 7 de diciembre de 2000 sería posible que la UE legislara en materia de Derecho de familia, por cuanto esta reconoce una serie de derechos con incidencia en esta materia, así: el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a casarse y formar una familia, los derechos de los niños y los derechos de las personas mayores. Por ahora, hay que descartar tal posibilidad por dos motivos: en primer lugar, porque dicha Carta carece de fuerza jurídica vinculante, como mínimo hasta que entre en vigor el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (arts. 7, 9, 24 y 25); en segundo lugar, porque el reconocimiento de los derechos mencionados en el ámbito comunitario no presupone la atribución de competencia en la materia a la que se refieren estos derechos.¹⁵

Sin embargo, si en un futuro se produce la entrada en vigor del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa habrá un nuevo marco jurídico de actuación en esta materia que obligará a volver a reflexionar sobre estas afirmaciones.

¹² Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 502; Basedow, Jürgen: “Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodez. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 200, 2000, p. 477.

¹³ Véase Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521.

¹⁴ Véase: Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 503. En contra parece que se manifiesta Basedow, Jürgen: “Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodez. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 200, 2000, p. 478.

¹⁵ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 503; McGlynn: “Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?”, *European Law Review*, 2001, p. 586.

2. La llamada “armonización espontánea” del Derecho de familia

2.1. *El soft law*¹⁶ de las organizaciones internacionales de ámbito europeo

A) *La Unión Europea*

Desde el marco de la UE, el Parlamento Europeo (PE) y el Consejo se han pronunciado en ámbitos relacionados con la unidad familiar, los hijos o el cónyuge y, por lo tanto, con el estatuto personal de los ciudadanos comunitarios. Además, el interés que muestra el Derecho comunitario por la materia del Derecho de familia hemos observado que es creciente.

Desde este punto de vista, tienen un papel importante las recomendaciones que el PE ha adoptado sobre la orientación sexual, por ejemplo: las Resoluciones del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación que padecen los transexuales (DOCE C 256, de 9.10.1989), y de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (DOCE C 61, de 28 de febrero de 1994); y el *Informe del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003, relativo a la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (A5-0451/2002), que recomienda a los Estados miembros que reconozcan la igualdad de trato para el matrimonio y las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, e insta a la UE a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de las matrimoniales, entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas al respecto.

El PE también se ha pronunciado sobre otras cuestiones relacionadas con el Derecho de familia. Sobre la adopción, en la Resolución sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores (DOCE C 20, de 20 de enero de 1997, p. 176). Sobre protección de hijos menores, sustracción de menores y derechos del niño: Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 1996, sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea (DOCE C 20, de 10 de enero de 1997, p. 170); Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1996, sobre el secuestro de niños de matrimonios de distinta nacionalidad en los Estados miembros (DOCE C 261, de 9 de septiembre de 1996); Resolución B3-1436/90, referente a la Convención sobre los Derechos del Niño (DOCE C 231, de 17 de septiembre de 1990, p. 170); Resolución de 8 de julio de 1992, sobre una carta europea de derechos del niño (DOCE C 241, de 21 de septiembre de 1992, p. 67).

¹⁶ En su significado relacionado con “instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante y una cierta relevancia jurídica”. Véase Mazuelos Bellido, Ángeles: “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004, p. 2.

Sobre el estatuto personal y la unidad familiar, en la Resolución PE de 9 de junio de 1983, sobre la política familiar en la Comunidad (DOCE de 11 de julio de 1983, C 184/116), y en la Resolución de 14 de diciembre de 1994, sobre la protección de las familias y unidades familiares (DOCE 23 de enero de 1995, C 18, p. 96).

Asimismo, también destaca la Resolución de 4 de diciembre de 1997, sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997), en la que se define el *matrimonio fraudulento* y se señala que los Estados miembros “*se esforzarán por adaptar sus legislaciones nacionales a la presente resolución antes del 1 de enero de 1999*”,¹⁷ y la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE n.º C 221, de 19 de julio de 1997).

En este movimiento espontáneo hacia la armonización del Derecho de familia, hay que destacar también, en el seno del trabajo de la UE, los siguientes documentos:

— El *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*, de Viena, de 3 de diciembre de 1998,¹⁸ que en la parte II (“*Prioridades y medidas*”), punto B (“*Políticas relacionadas con la libre circulación de personas. II. Cooperación judicial en materia civil*”), n.º 41, señala que en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado se adoptarán las siguientes medidas:

“a. Estudio de las posibilidades de elaboración de un instrumento jurídico sobre la ley aplicable al divorcio. b. Estudio de la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales. En este contexto, debería estudiarse la posibilidad de mediación¹⁹ para resolución de conflictos familiares. c. Estudio de la posibilidad de elaborar un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución

¹⁷ Véase sobre esta cuestión la Sentencia del TJCE, C-351/95, de 17 de abril de 1997, Rec. I-2133, sobre el deber de convivencia de los cónyuges, y las conclusiones del abogado general del TJCE, L. A. Geelhoed, presentadas el 27 de febrero de 2003, en el asunto C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich*. <http://www.curia.eu.int>

¹⁸ DOCE C 19, de 23 de enero de 1999.

¹⁹ La Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea presentó una propuesta de directiva sobre determinados aspectos relativos a la mediación en temas civiles y mercantiles, Com (2004) 718 final de 22 de octubre de 2004. Asimismo, el 6 de abril de 2004 la Comisión presentó una propuesta de Código europeo de conducta para mediadores. Recientemente, se ha celebrado una conferencia sobre la regulación de la mediación, y se ha presentado el Código europeo de conducta para mediadores, en Bruselas, a 2 de julio de 2004.

de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones. Para la elaboración de estos instrumentos debería tenerse en cuenta la relación entre el régimen matrimonial y las normas sucesorias”.

- Las conclusiones del Consejo Europeo Extraordinario celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere (Finlandia), que en la conclusión 39 dicen:

“Por lo que respecta al derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.”²⁰

- El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE C de 15 de enero de 2001), que señala que:

“El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones civiles y mercantiles no es nuevo entre los estados miembros, sin embargo su aplicación ha sido hasta la fecha limitada, y ello por dos razones esenciales: la primera es que muchos ámbitos de Derecho privado no están recogidos en los instrumentos vigentes.²¹ Es el caso, por ejemplo, de las situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio, de los regímenes matrimoniales y de las sucesiones”.

En este proyecto se hace mención de la necesidad de incluir ciertos aspectos del Derecho de familia en los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones, y se propone elaborar instrumentos jurídicos en dos ámbitos:

1. Competencia internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de los regímenes matrimoniales, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y sucesiones. Desde este aspecto, se dice que los efectos económicos de las resoluciones dictadas con ocasión del relajamiento o la disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges o por muerte de uno de los dos, presentan interés para la consecución del espacio jurídico europeo. En este marco, *es posible que haya que establecer una distinción para la elaboración de los instrumentos entre los regímenes matrimoniales y las sucesiones.* Por este motivo, se estudiará la conexión existente en el derecho de los estados miembros entre los regímenes matrimoniales y las sucesiones.

²⁰ Bol. UE 10/1999, p. 12.

²¹ Desde los ámbitos ya incluidos en los instrumentos vigentes se pretende mejorar su funcionamiento, reduciendo o suprimiendo las trabas a la libre circulación de resoluciones judiciales en campos como el derecho de visita y las pensiones alimenticias para garantizar su cobro efectivo y rápido.

2. Competencia internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de responsabilidad parental y de los demás aspectos no patrimoniales de la separación de parejas. En este apartado se incluyen: a) situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio, para completar y ampliar el ámbito del Reglamento Bruselas II; b) resoluciones sobre la responsabilidad parental distintas de las resoluciones adoptadas con motivo de divorcio o separación, ya que las disposiciones del Reglamento Bruselas II sólo afectan a las resoluciones adoptadas con ocasión de una acción matrimonial.

— El *Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia civil*, de 16 de noviembre de 2001 (nº. 13017/01),²² que hemos mencionado al inicio de este trabajo.

— Las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 (DOC SN 300/01), que en la apartado IV, relativo al Refuerzo del espacio de libertad, seguridad y justicia, en el subapartado titulado “Armonización de las legislaciones, reconocimiento mutuo de las resoluciones y orden de detención europea”, en la conclusión nº. 45, señala que:

“Es preciso proseguir los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con la diferencia de los sistemas jurídicos, favoreciendo en particular el reconocimiento de las resoluciones judiciales tanto en el ámbito civil como penal. Así, la armonización del derecho de familia ha supuesto un progreso decisivo con la suspensión de los procedimientos intermedios para el reconocimiento de determinadas resoluciones judiciales y, muy particularmente, los derechos de visita transfronteriza de los hijos”.

— La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Área de libertad, seguridad y justicia. Valoración del Programa de Tampere y orientaciones futuras (COM (2004) 4002 final), de 2 de junio de 2004, elaborada siguiendo lo señalado en el Consejo Europeo Extraordinario de 1999 de Tampere, que además pone fin al plazo de 5 años fijado para adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el espacio de libertad, seguridad y justicia.²³

²² Consúltese la *Nota de la Presidencia del Consejo al Comité de Derecho civil*. Bruselas, 18 de octubre de 2001 (Doc 12735/01). En: <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/01/st12/12735es1.pdf>

²³ Cada seis meses la Comisión ha elaborado una Comunicación para informar sobre la implantación del área de libertad, seguridad y justicia y valorar el cumplimiento de los objetivos fijados en Tampere. Resulta también de interés la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Biannual update of the scoreboard to review progress on the creation of an area of “Freedom, security and justice” in the European Union*, Bruselas, 30 de mayo de 2002. COM (2002) 261 final.

En dicha comunicación se señalan cuáles son las prioridades para el futuro del área de libertad, seguridad y justicia, de las cuales destacamos, en el ámbito de este trabajo: (1) la mayor protección de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales; (2) el fomento de iniciativas relativas a la ciudadanía de la Unión (como son las relativas a hacer efectivo el derecho a la libertad de movimientos de los ciudadanos y sus familias), y (7) establecer un área judicial en temas civiles y mercantiles para facilitar la cooperación y el acceso a la justicia. Dentro de esta prioridad, la Comunicación señala expresamente que una de las primeras prioridades será continuar e incrementar el programa de reconocimiento mutuo de resoluciones. En este campo, los esfuerzos deben concentrarse en temas en los que no existen reglas de reconocimiento mutuo de resoluciones, como son el reconocimiento de las consecuencias de la separación de un matrimonio o pareja en materia de propiedad, sucesiones y herencias. Además, será útil facilitar el reconocimiento mutuo en ámbitos nuevos, como el estado civil de las personas, la filiación y otras relaciones y condiciones civiles.

B) El Consejo de Europa

Como punto de partida en cuanto a trabajos de organizaciones internacionales europeas en esta materia destaca el trabajo del Consejo de Europa con la elaboración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, y el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996.

De forma más específica, es interesante ver la actividad del Consejo de Europa apelando a los gobiernos de los Estados miembros a incorporar o consolidar determinadas políticas en el país respectivo, plasmada en diversas recomendaciones: Recomendación del Comité de Ministros R (98) 1, sobre mediación familiar, de 21 de enero de 1998;²⁴ Recomendación 1474 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “Situación de gays y lesbianas en los países miembros del Consejo de Europa”, adoptada el 26 de septiembre de 2000; Recomendación del Comité de Ministros, de 18 de septiembre de 2002, Rec (2002) 10, sobre Mediación en temas civiles; y Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1639 (2003), sobre mediación familiar e igualdad de sexos, de 21 de junio de 2004.

2.2. La jurisprudencia europea

A) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)

Por su parte, el TJCE ha examinado cuestiones que, desde una perspectiva europea, acostumbran²⁵ a relacionarse con problemáticas de Derecho de familia,

²⁴ <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=461347&Lang=en>

²⁵ Cfr. de Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 9, 2001, p. 620 y ss.

aunque en puridad se trata de “Derecho de la persona”, como reconocimiento de derechos civiles y la garantía de los mismos.

En muchas de estas resoluciones se ponen de relieve las repercusiones que la libre circulación de personas tiene en las normas materiales de derecho civil referentes a la persona. Desde esta óptica, podemos destacar, entre muchas otras:

1. Resoluciones sobre cuestiones del estado civil y derechos de la persona en general: SSTJCE de 17 de abril de 1986 (*Reed*, 59/85, Rec. 1986, p. 1283), de 30 de marzo de 1993 (*Konstantinidis / Stadt Altensteig*, C-168/91, Rec. I-1191),²⁶ de 2 de diciembre de 1997 (*Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, C-336/94, Rec. p. I-6761), de 19 de enero de 1999 (*Calfa*, C-348/96) y de 2 de octubre de 2003 (*García Avelló*, C-148/02).
2. Resoluciones sobre discriminación por razón de sexo, derechos de los homosexuales y transexualidad: SSTJCE de 30 de abril de 1996 (*P./S. y Cornwall Country Council*, I-2143), de 17 de febrero de 1998 (*Grant / South-West Trains Ltd.*, C-249/96, Rec. p. I-621), de 17 de junio de 1998 (*Hill*, C-243/95, Rec. p. 3739), de 31 de mayo de 2001 (*D. y el Reino de Suecia*, C-122/99P y C-125/99P)²⁷ y de 7 de enero de 2004 (*K.B. y National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01).
3. Resoluciones sobre derecho de alimentos: sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la CE de 18 de diciembre de 1992 (*José Miguel Díaz García c. Parlamento Europeo*, T-43/90, Rec. II-2637, y *Lilian R. Khouri c. Comisión de las Comunidades Europeas*, T-85/91, Rec. p.II-2619), SSTJCE de 15 de marzo de 2001 (*Offermanns*, C-85/99) y de 5 de febrero de 2002 (*Humer*, C-255/99).
4. Resoluciones sobre derecho de reagrupación familiar: SSTJCE de 13 de febrero de 1985 (*Diatta*, C-267/83, Rec. 1985, p. 567), de 7 de julio de 1992 (*Singh*, C-370/90, Rec. p. I-4265), de 17 de abril de 1997 (*Selma Kadiman c. Freistaat Bayern*, C-351/95, Rec. I-2133), de 11 de julio de 2002 (*Carpenter*, C-60/00) y de 17 de septiembre de 2002 (*Baumbast*, C-413/99).

Del estudio conjunto de las resoluciones anteriormente mencionadas no se pueden obtener unos principios claros aplicables en todos los casos y países, sino

²⁶ Véase de Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 9, 2001, p. 621 y ss., y Bäsedow, Jürgen: “Konstantinidis v. Bangemann oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2, 1994, pp. 197-199.

²⁷ Véase Caracciolo di Torella, E. y Reid, E.: “The changing shape of the «European family» and fundamental rights”, *European Law Review*, vol. 27, 2001, pp. 80-90.

que el TJCE juega con un importante margen de apreciación, pero la virtualidad principal de muchas de estas resoluciones ha sido la de crear un estado de opinión y promover un debate al respecto en el seno del Estado de la Unión afectado.²⁸

B) *El Tribunal europeo de Derechos humanos (TEDH)*

En el seno del Consejo de Europa, también se está produciendo una armonización espontánea²⁹ del Derecho de familia a través de la interpretación que el TEDH ha ido realizando sobre algunos artículos del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, desarrollando así el concepto de *derechos de la familia*. Tiene especial relevancia la jurisprudencia referente a la interpretación del artículo 8 (“Protección de la vida familiar”), el artículo 12 (“Derecho al matrimonio y a fundar una familia”) y el artículo 14 (“Prohibición de la discriminación”) de dicho Convenio.

Así, entre otras, destacan las resoluciones: *Marckx v. Bélgica* (TEDH de 13 de junio de 1979, serie A, n.º. 13), en materia de no discriminación en los derechos sucesorios por razón de filiación; *Keegan v. Irlanda* (TEDH de 26 de mayo de 1994, serie A, n.º. 290), sobre el reconocimiento del derecho del padre biológico, aunque la filiación no haya sido determinada, a ser informado sobre la entrega en adopción del niño por parte de la madre; *Olsson v. Suecia -Nr. 1* (TEDH de 24 de marzo de 1998, serie A, n.º. 130, par. 81), sobre el derecho del niño a la reagrupación familiar; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (TEDH de 21 de diciembre de 1999, Rec. 1999-IX, 309), sobre la posible lesión del interés de un menor educado en el seno de una pareja homosexual; *Elsholz v. Alemania* (TEDH de 13 de julio de 2000, n.º. 25733/94), sobre derecho de visita del padre; *K.T. v. Finlandia* (TEDH de 12 de julio de 2001, n.º. 25702/94), sobre protección de menores desamparados; *Sommerfeld v. Alemania* (TEDH de 11 de octubre de 2001, n.º. 31871/96), sobre derecho del padre a comunicarse con el hijo; *Kutzner v. Alemania* (TEDH de 26 de febrero de 2002, n.º. 46544/99), sobre privación de tutela de los hijos; *Fretté v. Francia* (TEDH de 26 de junio de 2002, *FamRZ*, 2003, 149), sobre el derecho de los homosexuales a adoptar; *I. v. Reino Unido* (TEDH de 11 de julio de 2002, n.º. 25680/94), sobre transexualidad y modificación del Registro Civil; *Goodwin v. Reino Unido* (TEDH de 11 de julio de 2002, n.º. 28957/95), sobre transexualidad y derecho a contraer matrimonio; *Odievre v. Francia* (TEDH de 13 de febrero de 2003, n.º. 42326/98), sobre adopción; *Palau-Martínez v. Francia* (TEDH de 16 de diciembre de 2003, n.º. 64927/01), sobre derecho de visita del padre, y *Pla i Puncernau v. Andorra* (TEDH n.º. 69498/01, de

²⁸ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, 2003, p. 501.

²⁹ Véase Antokolskaia, Masha: “The harmonisation of family law: old and new dilemmas”, *European Review of Private Law*, vol. 11, n.º. 1, 2003, p. 34.

13 de julio de 2004), sobre no discriminación en los derechos hereditarios por razón de la filiación.

III. LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA COMO PRETENSIÓN DOCTRINAL

En 1995, Dieter MARTINY publicó el artículo “Europäischen Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit?” (*RabelsZ*, 59, 1995, pp. 419-453), donde señalaba que el Derecho de familia podía verse implicado en el proceso de armonización del derecho en Europa. A partir de ese momento, se fueron sucediendo diversos artículos a favor y en contra de la posibilidad de dicha armonización, y la cuestión tomó relevancia.³⁰ No obstante, si bien hemos señalado los trabajos del profesor

³⁰ Sobre publicaciones relativas al tema, puede consultarse la lista que ofrece la Comisión Europea de Derecho de Familia en su página web (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>). Desde nuestro criterio, destacamos algunos estudios que ofrecen datos interesantes para conocer el trabajo de la doctrina: Boele-Woelki: “Restatements of European family and succession law”, Editorial del *European Journal of Comparative Law*, vol. 4.3, noviembre de 2000; “The road towards a European family law”, *European Journal of Comparative Law*, vol. 1.1, noviembre de 1997; Bradley, David: “Convergence in family law: mirrors, transplants and political economy”, 2, 1999, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, pp. 127-150; de Groot, Gerard-René: “Auf dem wege zu einem europäischen (internationales) Familienrechts”, 3, 2001, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, pp. 617-627; Martiny, Dieter: “Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union”, en Martiny: *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlin – Heidelberg - New York, 1999; Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, 2 y 3, *FamRZ*, 6 (329), 7 y 8, 2003; Werwigk-Hertneck, C. y Mauch, F.: “Auf dem Weg zu einem Europäischen Familiengesetzbuch”, *FamRZ*, 8, 2004, p. 574; Antokolskaia: “Would the harmonisation of family law in Europe enlarge the gap between the law in the books and the law in action? A discussion of four historical examples of radical family law reform”, *FamPra.ch (Die Praxis des Familienrechts)*, 2002, p. 272; Bäsedow, Jürgen: “Konstantinidis v. Bangemann oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2, 1994, pp. 197-199; Boele-Woelki: “Divorce in Europe: Unification of private international law and harmonisation of substantive law”, en Lemaire, H. y Vlas, P.: *Liber Amicorum Joppe*, Deventer, 2002, p. 21; Faure, Smits y Schneider (coords.): *Towards a European ius commune in legal education and research*, Antwerpen, 2002; Foblets, Marie-Claire: “Migrant women caught between Islamic family law and women’s rights. The search for the appropriate «connecting factor» in international family law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, nº. 1, 2000, pp. 11-34; Henrich: “Vermögensregelung bei Trennung und Scheidung im europäischen Vergleich”, *FamRZ*, 2000, 6; Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521; Henrich y Schwab (eds.): *Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Grieseking, varios vol.; Martiny: *Is unification of family law feasible or even desirable?*, en Hartkamp, Hesselink y Hondius: *Towards an european civil code*, Nijhoff, 2ª. ed., 1998, p. 170; Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1998, p. 670; Rieg: “L’harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou

MARTINY como el punto de partida actual del planteamiento de esta temática, existen trabajos doctrinales anteriores que ya se referían a dicha cuestión.³¹

1. Propuestas de armonización en general. Técnicas o métodos

Para armonizar y llegar a una unificación se barajan diversas propuestas,³² que podemos enumerar de la siguiente forma:

1. A través de convenios internacionales como el medio más utilizado para armonizar o unificar las normas de conflicto.

Con la base del art. 65 TCE (a partir del Tratado de Ámsterdam) se puede emprender una regulación conjunta de más ámbitos de las normas de conflicto de los Estados miembros, aunque siempre se trata de normas de gran complejidad por el hecho de intentar llegar a una solución de compromiso, con lo cual muchas veces son ambiguas o vagas.³³ Por ello, desde esta opción, se ha propuesto que para llegar a mejores soluciones, la autonomía de la voluntad sea el punto de partida en las normas de conflicto, aunque ello requiere concretar muchas cuestiones, como quién elige la norma que hay que aplicar y en qué momento se elige el derecho aplicable.³⁴

También se ha apuntado la vía del convenio internacional como sistema para unificar normas materiales regulándose un contrato matrimonial internacional, al que las partes puedan adherirse voluntariamente, cuando sus respectivos países sean parte del tratado que lo contemple³⁵

réalité? Conflits et harmonisation”, en Stoffel, Walter y Volken, Paul (coords.): *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Fribourg, 1999, p. 47; Verbeke, Alain: “Perspectives for an International Marital Contract”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, vol. 8, nº. 2, pp. 189-200; Wagner, R.: “Überlegungen zur Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts in Ehesachen in der Europäischen Union”, *FamRZ*, 12, 2003, p. 803.

³¹ Se citan como trabajos pioneros: Neuhaus, P. H.: “Europäische Vereinheitlichung des Eherechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, nº. 34, 1970, pp. 253-263; “Europäisches Familienrecht? Gedanken zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung”, *Festschrift Dölle II*, 1963, pp. 419-435, y Müller-Freienfels, W.: “The unification of family law”, *American Journal of Comparative Law*, 16, 1968-1969, pp. 175-218.

³² Expuestas en Martiny: “Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?”, *RabelsZ*, 59, 1995, pp. 449-453.

³³ De Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 623.

³⁴ Problemática y preguntas desarrolladas en De Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 624.

³⁵ Verbeke, Alain: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, pp. 192-193.

2. A través de directivas, aunque en materia de derecho de familia la UE tienen, por el momento, poco papel. Se dice que la viabilidad de este sistema sólo podría fundamentarse en el tenor más restrictivo del artículo 94 TCE, toda vez que el artículo 95.2 TCE excluye de este precepto las disposiciones relativas a la libre circulación de personas.³⁶

3. A través de leyes modelo, como instrumentos normativos no obligatorios pero que pueden tener una gran influencia en los legisladores nacionales para aproximar su derecho. Respecto de éstas, se ofrecen como modelo las elaboradas en los EE.UU.,³⁷ a pesar de que ofrecen un grado diferente de uniformización según el tema de que se trate.

No obstante, por ahora se ha descartado la posibilidad de elaborar unas leyes modelo, debido a que sólo sería posible en los campos del derecho de familia en los que se admite la autonomía de la voluntad.³⁸

4. A través de recomendaciones como el instrumento de uniformización más flexible. No son obligatorias, pero ofrecen un contenido determinado y por ahora han tenido bastante importancia en el campo de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC),³⁹ y sobre todo en el marco del Consejo de Europa, pero siempre en cuestiones muy concretas.

5. A través de una armonización espontánea por comparación de soluciones en distintos sistemas y países, para ver el éxito y la aplicación de dichas soluciones, y también mejorar, por parte de los legisladores nacionales, sus ordenamientos jurídicos.⁴⁰ Las transformaciones prácticas que se realizan en un país también sirven para elaborar un inventario para la armonización jurídica y proponer así reformas.

Desde la óptica de la armonización espontánea, los estudios de derecho comparado se convierten en un elemento imprescindible.

³⁶ Sánchez Lorenzo: "Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea", *Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 2002, pp. 60-62.

³⁷ Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, pp. 184-192. Por ejemplo: *Uniform Interstate Family Support Act 1992*; *Uniform Child Custody Jurisdiction Act 1968*.

³⁸ Véase Boele-Woelki: "Restatements of European family and succession law", *Editorial del European Journal of Comparative Law*, vol. 4.3, noviembre de 2000.

³⁹ Formada por Bélgica, Alemania, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Suiza y Turquía. Protocolo de 25 de septiembre de 1950 y protocolo anejo de 25 de septiembre de 1952.

⁴⁰ En Henrich: "Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?", *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 58.

En el campo concreto del Derecho de familia, la opción de realizar estudios de derecho comparado está presente, aunque por ahora éstos hayan sido poco frecuentes.⁴¹ Desde hace unos años, a raíz de la jurisprudencia del TEDH y la interpretación dinámica de la Convención Europea de Derechos Humanos, para garantizar el derecho a la vida familiar, eliminar la discriminación y desarrollar los derechos de los niños, se ha incentivado este tipo de estudios.⁴² Esta jurisprudencia ha tenido gran influencia en muchos países europeos y ofrece la oportunidad de una comparación jurídica.

La jurisprudencia del TJCE también ha hecho plantear si la UE debe desempeñar un papel en la comparación de derechos, puesto que de las resoluciones destacadas anteriormente se observa que el trabajo de la UE en el marco del Derecho de familia no es resultado de una competencia legislativa, sino de la comparación o armonización espontánea que realizan dichas resoluciones del Tribunal y el llamado *soft law*⁴³ de las organizaciones internacionales. Ambos elementos han fomentado el recurso a la técnica del derecho comparado para llegar a una armonización. Incluso los que son escépticos ante la uniformización del Derecho de familia de manera formal apuestan por la adaptación,⁴⁴ puesto que la comparación de derechos para obtener un modelo a seguir en el desarrollo del derecho nacional permite una aproximación de contenidos, sin perder el contexto nacional.

Ahora bien, la realidad es que, en muchas ocasiones, los estudios de derecho comparado se presentan aislados, y aunque no pueden subestimarse, su éxito depende de que ofrezcan una comprensión comparada general de una institución o de un sistema. El proceso de adaptación nacional descoordinado no es una forma de uniformización jurídica.⁴⁵

Además, el recurso al derecho comparado sólo puede tener éxito si sirve para que los puntos en común de los sistemas propios de Derecho de familia sean

⁴¹ Pintens: "Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeuP*, 1998, p. 670.

⁴² Pintens: "Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeuP*, 1998, p. 670.

⁴³ Pintens: "Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeuP*, 1998, p. 675.

⁴⁴ Lo señala Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 451; Neuhaus, P. H.: "Europäische Vereinheitlichung des Eherechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34, 1970, pp. 254-255; Luther, Gerhard: "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft", *RabelsZ*, 45, 1981, p. 2.

⁴⁵ Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 452.

resaltados y las diferencias relativizadas, sin querer negarlas, y para construir una conciencia europea.⁴⁶

Desde esta propuesta, llegamos a la idea de que la unificación del Derecho de familia no viene en forma de unificación normativa, sino que antes debe haber comparación. No cabe una unificación global, sino que es necesario armonizar gradualmente, empezando por áreas geográficas concretas, combinando este proceso con la eliminación de las diferencias entre regiones, consiguiendo así una similitud del derecho sustantivo que estimulará la uniformidad en áreas más amplias. Así, por un lado, hay que armonizar el derecho sustantivo y, por otro, las normas de conflicto.⁴⁷

Asimismo, no puede hablarse de unificación del Derecho de familia como tal, sino que previamente es preciso armonizar sectores o áreas específicas: discriminación por sexo, relaciones patrimoniales entre cónyuges, relaciones patrimoniales entre progenitores e hijos, problemas específicos de divorcio y separación, papel del Estado en el ejercicio de la patria potestad, etc. Con respecto a la elección de las materias que hay que armonizar en primer lugar, es más fácil encontrar acuerdos en cuestiones de naturaleza social, como la igualdad de sexos, la protección de los niños y jóvenes y la igualdad en la filiación, que no en instituciones jurídicas o bloques normativos complejos, como el matrimonio o el régimen económico matrimonial.

Por tanto, el éxito de la unificación está directamente relacionado con la naturaleza y similitud de los problemas que han de solucionarse en la práctica. La necesidad de unificación varía según el sector jurídico. El objetivo debe ser la unificación de áreas específicas que plantean problemas prácticos concretos, siendo además éstos los que espontáneamente van armonizándose, ya que se busca dar respuesta a problemas prácticos reales.⁴⁸

6. A través de la elaboración de un derecho europeo de familia “de aplicación óptima”. Así, se propone una solución intermedia entre la unificación del derecho y la unificación de las normas de conflicto.⁴⁹

Se trataría de unas reglas de derecho de familia europeo que sólo serían aplicables si así lo señalaran los interesados de forma expresa en el marco del derecho aplicable. Los interesados podrían optar, si estuviera permitido, por un único derecho aplicable en los casos con presencia de elementos extranjeros, pero también en los casos estrictamente nacionales.

⁴⁶ Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZeUP*, 1998, p. 673.

⁴⁷ Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 195.

⁴⁸ Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 195.

⁴⁹ De Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeUP)*, 9, 2001, p. 624.

Este derecho de familia europeo elegible, por ejemplo en forma de código de derecho de familia europeo, podría ser elaborado por los legisladores de los Estados miembros, si ellos quisieran reformar parte del derecho de familia. No obstante, esta propuesta de preparación y actualización de un código de familia europeo presupone un intensivo trabajo conjunto de los especialistas de distintas áreas del derecho de familia de diferentes Estados miembros. Dicho trabajo conjunto es importante no sólo por motivos prácticos, sino también por motivos científicos.⁵⁰

2. Obstáculos

En primer lugar, como primer obstáculo, ya hemos señalado la cuestión de la falta de competencia en materia de Derecho de familia para llegar a una normativa unificada en el seno de la UE. La competencia pertenece a los Estados o, en ocasiones, a entes regionales.⁵¹

En segundo lugar, otro obstáculo es el hecho de que el derecho privado, y especialmente el derecho de familia, hunde su raíz en la cultura y refleja un modo de vida, por cuyas razones se intenta proteger siempre la especialidad o particularidad.⁵² Desde esta óptica, se señala que las diferencias que existen entre las regulaciones nacionales de los diferentes Estados son reflejo de las diferencias culturales entre estos,⁵³ lo cual dificulta la posibilidad de llegar a una armonización.

⁵⁰ En de Groot, Gerard-René, “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 624.

⁵¹ Entre muchos otros argumentos que desaconsejan el intento de unificación, uno puede ser que por lo menos dos Estados miembros de la UE, Gran Bretaña y España, no tienen un único ordenamiento jurídico familiar. Véase de Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 623.

⁵² Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZeuP*, 1998, p. 672.

⁵³ Todo ello se enmarca en un debate más amplio acerca de la finalidad y la metodología de los estudios de derecho comparado. Véase al respecto AA.VV.: *Toward comparative law in the 21st century*, Japón, 1998; Berger, Klaus Peter: “Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1, 2001, pp. 4-29; Gordley, James: “Comparative legal research: its function in the development of harmonized law”, *American Journal Comparative Law*, 43, 1995, pp. 555-567; Grundmann, Stefan: “Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts — insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1996, p. 399; Halpérin, Jean-Louis: “L’approche historique et la problématique du jus commune”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2000, pp. 717-731; Jayme, Erik: “Die Kulturelle Dimension des Rechts — ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung”, *RabelZ*, 67, 2003; Schulte-Nölke, Hans y Schulze, Reiner: *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999; Schulze, Reiner (ed.): *Auslegung europäischen und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999; Schulze, Reiner: “European legal history. A new

A ello también se hace referencia en el *Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia civil*, de 16 de noviembre de 2001 (nº. 13017/01), que en el punto nº. 3 de la introducción dice que las materias de Derecho de familia y sucesiones están impregnadas de la cultura y las tradiciones de los ordenamientos jurídicos nacionales, o incluso regionales, lo cual dificultará la toma de medidas armonizadoras.

Frente a esta opinión, se señala que, en realidad, el derecho de familia y sucesiones tiene menos relación con la cultura que lo que a primera vista puede observarse, y ello porque distintas reformas en los años setenta y ochenta aproximaron ya los ordenamientos⁵⁴ europeos y se rompió la distinción entre Estados progresistas del norte de Europa y los conservadores del sur de Europa.

A la vez, el obstáculo de las diferencias culturales es cuestionado con un planteamiento basado en la búsqueda del origen de dicha diversidad y el estudio de si dicha diversidad responde, en realidad, a diferencias culturales.⁵⁵

Desde esta óptica, algunos autores recuerdan⁵⁶ que en Europa existía una única regulación del Derecho de familia, un *ius commune*⁵⁷ basado en los cánones de la

field of research in Germany”, *Journal of Legal History*, 1992-1993, pp. 270-295; “Le Droit privé commun européen”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, pp. 7-32; “Vergleichende Gesetzeauslegung und Rechtsangleichung”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1997, 38, pp. 183-197; Zimmermann, Reinhard: “Civil code and civil law: the «europeanization» of private law within the European Community and the reemergence of an European legal science”, *Columbia Journal European Law*, 1994, pp. 63-105; “Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit”, *Juristenzeitung*, 1992, pp. 8-20; *Amerikanische Rechtskultur und Europäisches Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1995; *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, Müller, 1999; *Roman law, contemporary law, European law. The civilian tradition today*, Oxford, 2001.

⁵⁴ Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *Zeup*, 1998, p. 672. Véase también Agell, Ander: “Legal Policy, technique and research in family law, some comparative aspects”, *Brigham Young University Journal of Public Law*, 1993, p. 145.

⁵⁵ Sobre la viabilidad o no, en general, véase Martiny: “Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?”, *RabelsZ*, 59, 1995, pp. 419-453. El autor detalla (pp. 420-421) opiniones de diversos autores.

⁵⁶ Seguimos a Antokolskaia, Masha: “The harmonisation of family law: old and new dilemmas”, *European Review of Private Law*, vol. 11, nº. 1, 2003, pp. 38-41.

⁵⁷ Aunque, en contra, hay que señalar que el *ius commune* al que se apela actualmente tiene poco que ver con el *ius commune* aplicado antes de las correspondientes codificaciones nacionales. En la actualidad, la complejidad de las relaciones jurídicas y el incremento de cuestiones técnicas en los ordenamientos jurídicos dificultan cualquier comparación anterior a un siglo. Véase Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, *FamRZ*, 6, p. 329, y Halpérin, Jean-Louis: “L’approche historique et la problématique du jus commune”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2000, p. 717.

Iglesia, en el Derecho canónico. Estos cánones eclesiásticos eran, principalmente, el matrimonio como sacramento, su indisolubilidad, la monogamia estricta y la exclusión de los hijos ilegítimos. La ruptura de este *ius commune* empezó a producirse con la Reforma de Lutero, que conllevó distintas regulaciones de las iglesias protestantes y leyes seculares. Aunque en realidad los conceptos eclesiásticos continuaron influenciando y formando parte del *status quo* hasta finales del siglo XIX y principios del XX, cuando se empezaron a superar con la entrada de las ideas de libertad personal, autonomía e igualdad.⁵⁸ Por tanto, en algunos países se produjo una revolución rápida del Derecho de familia, a principios del s. XX, como en la URSS y en los países escandinavos. En algunos otros, no se produjo hasta finales del siglo XX, y en otros todavía no ha culminado dicha modernización (Malta, Irlanda).

Por todo ello se afirma⁵⁹ que las diferencias entre los derechos de familia de los Estados europeos se deben al tiempo que cada uno ha necesitado en este proceso de modernización o de emancipación respecto de los conceptos eclesiásticos medievales —los Estados del sur de Europa e Irlanda han necesitado más tiempo. Por tanto, es una cuestión de tiempo, y no de conceptos. Yendo más allá, se señala que la diferencia radica, únicamente, en si la población predominante de un Estado, y por tanto aquella cuyo pensamiento se refleja en las leyes, es de talante más conservador o más progresista.

En contra del argumento de la diversidad cultural entre los países como obstáculo a la armonización se añaden varias ideas más:

- 1) El hecho de que el Derecho de familia se desarrolla en toda Europa en la misma dirección, principalmente hacia la permisividad y las reglas orientadas hacia la persona.⁶⁰ Todos los sistemas de derecho de familia europeos tienden progresivamente a la protección de los derechos de la persona, en contraposición a la función de salvaguarda del orden público atribuida a las normas del Derecho de familia.⁶¹

⁵⁸ Exposición del proceso de secularización del Derecho de familia en Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 185-195; Neuhaus, P. H.: "Europäische Vereinheitlichung des Eherechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34, 1970, p. 257; Luther, Gerhard: "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft", *RabelsZ*, 45, 1981, pp. 254-258.

⁵⁹ Antokolskaia: "The harmonisation of family law: old and new dilemmas", op. cit., p. 41.

⁶⁰ En España, una muestra de esta tendencia es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. Y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

⁶¹ Pintens, W.: "Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts", Teil 1, *FamRZ*, 6, p. 332; Luther, Gerhard: "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft", *RabelsZ*, 45, 1981, p. 267.

- 2) El hecho de que en un mismo país no exista una ideología cultural unificada.⁶² Por ello, algunos autores⁶³ niegan que la armonización del Derecho de familia suponga una amenaza para la cultura y la tradición propias, señalando países que han introducido cambios en sus reglas familiares, como Suiza en el año 1976, lo cual no les ha supuesto ninguna pérdida de cultura. Además, las diferencias culturales entre los países nórdicos, tildados de “progresistas”, y los del sur, llamados “conservadores”, van disminuyendo progresivamente. Así, por ejemplo, Italia, durante el gobierno de la Democracia Cristiana, fue, después de Suecia y Alemania, el tercer país europeo que tuvo una ley de transexualidad. Asimismo, Italia evolucionó su sistema de divorcio, basado en la culpa, hacia el elemento objetivo de la ruptura del vínculo. En el Estado español, son muchos los derechos civiles propios que reconocen el registro de parejas de hecho heterosexuales y homosexuales. Además, España ha sido el tercer país europeo ha reconocido el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad a parejas heterosexuales u homosexuales.⁶⁴
- 3) Argumentos de carácter más abstracto, como la idea de que el derecho ha de regular relaciones entre personas, por lo cual no puede protegerse como un bien cultural y cerrarse a las ventajas que aportan las soluciones de derecho comparado.⁶⁵

3. La Comisión de Derecho de Familia Europeo

El carácter secundario atribuido a la unificación del Derecho de familia, con respecto al derecho contractual, empezó a superarse cuando el 1 de septiembre de

⁶² Antokolskaia: “The harmonisation of family law: old and new dilemmas”, *op. cit.*, pp. 42-44.

⁶³ Sobre este tema véase Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, *FamRZ*, 6, pp. 331-332; Collins: “European private law and the cultural identity of states”, *European Review of Public Law*, 1995, p. 353; Schlesinger: “The past and the future of comparative law”, *American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 477; Martiny: “Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union”, en Martiny, Dieter y Witzleb, Norman: *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgestzbuch*, Berlin - Heidelberg - New York, 1999, p. 179; Antokolskaia: “Would the harmonisation of family law in Europe enlarge the gap between the law in the books and the law in action? A discussion of four historical examples of radical family law reform”, *FamPra.ch (Die Praxis des Familienrechts)*, 2002, p. 268.

⁶⁴ Ley por la que se modifica el Código civil en materia de contraer matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio).

⁶⁵ Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZeUP*, 1998, p. 673.

2001 se creó la Comisión Permanente de Derecho de Familia Europeo (*Commission on European Family Law*, CEFL),⁶⁶ sobre la que nos ha ilustrado en el marco de estas jornadas su presidenta, la profesora Boele-Woelki, de la Universidad de Utrecht.

El principal objetivo de la CEFL⁶⁷ es impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica relativo a la armonización del Derecho de familia en Europa.⁶⁸ El resultado que se espera obtener mediante la creación de esta Comisión es fundamentalmente la formulación de un conjunto de principios del derecho europeo de familia que se considera que han de facilitar la armonización del Derecho de familia en Europa.⁶⁹

3.1. *Trabajo actual de la CEFL*

La CEFL inició sus actividades en el campo de la institución del divorcio: causas y algunos de los efectos jurídicos del divorcio, como la pensión de alimentos y cuestiones relativas a la patria potestad. La opción de empezar el trabajo en estos campos puede que sea, además, la más acertada, ya que es en éstos donde ya hay normativa europea, como el Reglamento CE n.º 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

El método de trabajo y los primeros resultados de las actividades de la CEFL fueron presentados en el Congreso Internacional Perspectivas de Armonización y Unificación del Derecho de Familia en Europa, celebrado los días 11 y 14 de diciembre de 2002 en Utrecht. Los días 9 a 11 de diciembre de 2004 se celebró, en Utrecht, la segunda conferencia (*Principles of European Family Law. Divorce*,

⁶⁶ Si bien hay que destacar que a nivel internacional, en el campo del estudio del Derecho de familia, existe la Asociación Internacional de Derecho de Familia, que es una asociación internacional sin ánimo de lucro formada por profesores y profesionales interesados en cuestiones de Derecho de familia y de política familiar. Dicha asociación fue impulsada por la Universidad de Birmingham, Reino Unido, en abril de 1973, a iniciativa del profesor Zeev Falk.

⁶⁷ Véase Antokolskaia, Masha: "The harmonisation of family law: old and new dilemmas", *European Review of Private Law*, vol. 11, n.º 1, 2003, pp. 28-49; y Wurmnest, Wolfgang: "Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 11, 2003, pp. 718-721.

⁶⁸ Aunque esta pretensión no es nueva, puesto que en los años veinte los países escandinavos ya intentaron armonizar parte de su Derecho de familia. Véase Pintens, W.: "Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts", Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 504; y "Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeUP*, 1998, p. 673.

⁶⁹ Véase Boele-Woelki: "Restatements of European family and succession law", Editorial del *European Journal of Comparative Law*, vol. 4.3, noviembre de 2000.

Maintenance between Former Spouses and Parental Responsibilities) en la cual la CEFL hizo público el borrador de “Principios del derecho de familia europeo relativos al divorcio” (sobre los cuales también nos ha ilustrado la profa. Boele-Woelki en estas jornadas).

Estos principios van acompañados de referencias de derecho comparado y de comentarios para facilitar su comprensión. Se advierte que no deben ser considerados como una “ley modelo”, sino que deben ser usados como un marco de referencia para el legislador nacional, internacional y europeo.

Finalmente, cabe señalar que bajo el amparo de la CEFL se está publicando la *European Family Law Series*, que es una colección de libros, estudios y monografías sobre el devenir de la armonización y la comparación del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones en Europa.⁷⁰

3.2. La CEFL y la armonización de regímenes económicos matrimoniales

La CEFL es consciente de que, en algunas materias, la diferencia de regulación en los Estados es tal que es imposible encontrar unos principios generales comunes a todos los sistemas jurídicos, con lo cual, en algunos campos, no se pretende hallar un *common core*, sino sólo la mejor solución aplicable.⁷¹

Por tanto, la CEFL consideró que, a pesar de que los aspectos que más necesitaban ser armonizados eran los relativos a las cuestiones patrimoniales y al régimen económico matrimonial, la complejidad técnica de dicha materia que involucraba el derecho de obligaciones y los derechos reales aconsejaba empezar la labor por otros campos.⁷²

Por lo visto,⁷³ la observación de los sistemas económicos matrimoniales

⁷⁰ Ian Sumner y Hans Warendorf: *Family law legislation of the Netherlands*; Boele-Woelki, K. (ed.): *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*; Boele-Woelki, Braat y Sumner: *European family law in action*, vol. II: *Maintenance between former spouses*; Boele-Woelki, Braat y Sumner: *European family law in action*, vol. I: *Grounds for Divorce*; Boele-Woelki y Fuchs: *Legal recognition of same-sex couples in Europe*.

⁷¹ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 505; Martiny, en Hartkamp, Hesselink y Hondius: *Towards an European civil code*, Nijhoff, 2ª. ed., 1998, *Is unification of family law feasible or even desirable?*, p. 170; Antokolskaia: “Would the harmonisation of family law in Europe enlarge the gap between the law in the books and the law in action? A discussion of four historical examples of radical family law reform”, *FamPra.ch (Die Praxis des Familienrechts)*, 2002, p. 272.

⁷² Martiny, en Hartkamp, Hesselink, Hondius: *Towards an European civil code*, Nijhoff, 2ª. ed., 1998, *Is unification of family law feasible or even desirable?*, p. 165; Boele-Woelki: “Divorce in Europe: unification of private international law and harmonisation of substantive law”, en *Liber Amicorum Joppe*, Deventer, 2002, p. 21.

⁷³ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 505.

evidencia que no es posible, por ahora, trabajar en la construcción de un régimen matrimonial legal europeo. Como máximo, se pueden ofrecer modelos de diferentes sistemas económicos matrimoniales, entre los cuales cada legislador nacional pueda elegir uno como régimen legal. Pero al ser la meta de la Comisión no sólo encontrar el sustrato común, sino también poder formular unos principios que sirvan para el desarrollo del derecho nacional,⁷⁴ se descartó empezar el trabajo por esta materia.

IV. HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN EUROPA

1. Punto de partida “normativo”

En este movimiento espontáneo hacia la armonización del Derecho de familia, hay que destacar, en el seno del trabajo de la UE, documentos a los que ya hemos hecho referencia: el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de Viena, de 3 de diciembre de 1998⁷⁵ que indica entre las prioridades y medidas en el tema de políticas relacionadas con la libre circulación de personas que, en materia de cooperación judicial en materia civil, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado, se estudiará la posibilidad de elaborar un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones.

En relación con lo anterior, en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 15 de enero de 2001, se indica que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones civiles ha tenido una aplicación limitada, porque muchos ámbitos de derecho privado no están recogidos en los instrumentos vigentes, como es el caso de los regímenes matrimoniales y de las sucesiones.

En este proyecto se propone elaborar instrumentos jurídicos en el ámbito, por ejemplo, de la “*competencia internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de los regímenes matrimoniales, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y sucesiones*”, puesto que los efectos económicos de las resoluciones dictadas con ocasión del relajamiento o la

⁷⁴ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 505.

⁷⁵ DOCE C 19, de 23 de enero de 1999.

disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges o por muerte de uno de los dos, presentan interés para la consecución del espacio jurídico europeo.

Finalmente, la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo. Área de libertad, seguridad y justicia. Valoración del Programa de Tampere y orientaciones futuras*, de 2 de junio de 2004, menciona como una de las prioridades para el futuro del área de libertad, seguridad y justicia la necesidad de continuar e incrementar el programa de reconocimiento mutuo de resoluciones en que no hay reglas de reconocimiento mutuo de resoluciones, como son el reconocimiento de las consecuencias de la separación de un matrimonio o pareja, en materia de propiedad, sucesiones y herencias.

2. Necesidad de armonización, métodos y obstáculos

La cuestión de la comparación entre regímenes económicos matrimoniales ha sido expuesta en algunas ocasiones, pero sin realizar propuestas concretas o sin llegar a un acuerdo sobre su utilidad,⁷⁶ y hasta el momento hay pocas expectativas de que en la Unión Europea se lleve a cabo una armonización.⁷⁷

En la medida en que los países europeos se aproximan y la libertad de establecimiento se desarrolla, tener una multitud de regímenes matrimoniales vigentes puede resultar una complicación.⁷⁸ HENRICH⁷⁹ señala que la regulación de las consecuencias patrimoniales por la separación o divorcio (disolución del régimen económico matrimonial) es muy distinta en los distintos países europeos y no ofrece soluciones similares. Además, llegar a unas reglas armonizadas facilitaría la labor judicial,⁸⁰ sobre todo porque la finalidad de dichas normativas actuales es la misma: clarificar la situación y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Y los instrumentos que usan para llevar a cabo esta clarificación también son los mismos: las reglas relativas a la utilización de la vivienda, la contribución a las cargas, las reglas sobre el ajuar doméstico, etc.

⁷⁶ Así lo considera Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 443. Se refiere a estudios como Zaijtay: "Rechtsvergleichung im ehelichen Güterrecht", *Annalis Universitatis Saraviensis*, 4, 1995, p. 154; Remien: "Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts", *Jb. Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1991, pp. 11-42, y Neuhaus: "Europäische Vereinheitlichung des Eherechts", *RabelsZ*, 34, 1970, p. 261.

⁷⁷ Especialmente, si el sistema que hay que seguir es la comunidad de bienes, según Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 443. Véase también Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 119.

⁷⁸ Un ejemplo práctico puede consultarse en Verbeke, Alain: "Perspectives for an international marital contract", *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, pp. 189-200.

⁷⁹ Henrich: "Vermögensregelung bei Trennung und Scheidung im europäischen Vergleich", *FamRZ*, 1, 2000, p. 7.

⁸⁰ Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

En la doctrina, los que están a favor de la posibilidad de unificar las reglas relativas al régimen económico matrimonial consideran que cuanto más se desarrollan los regímenes económicos matrimoniales, más se aproximan los dos grandes bloques, los de origen romano y los germánicos.⁸¹

Como muestra del interés que tendría efectuar una comparación de los regímenes para observar el sustrato común y formar unas reglas comunes a todos los países, en octubre de 1998, en el Cuarto Simposio de Derecho de Familia Europeo de Regensburg se expuso el régimen económico matrimonial legal vigente en distintos países europeos,⁸² para poner en común las principales cuestiones que hay que plantear y clarificar el debate que debe haber al respecto.

Según el *Regensburger Kolloquium über Ehegüterrecht im europäischen Vergleich* de 1998,⁸³ las diferencias entre los regímenes económicos matrimoniales europeos no son tan grandes, y se aboga por la búsqueda de la mejor solución aplicable. No obstante, en dicho *Kolloquium* se señaló también que las confrontaciones entre ambos sistemas no son fáciles de aproximar.

Como obstáculo hay que señalar que en los Estados europeos existen unos treinta sistemas económicos matrimoniales diferentes, cuya comparación jurídica no resulta fácil. Si bien es cierto, como señala la doctrina alemana, que treinta no son muchos, comparados con los doscientos sistemas distintos que había en Alemania antes del BGB,⁸⁴ los cuales se redujeron a cinco.⁸⁵ Por ello, se utiliza como ejemplo de que es posible comparar los sistemas económicos matrimoniales europeos el caso del codificador alemán que redujo la multiplicidad de sistemas anteriores al BGB a unos pocos tipos generales, los mismos que se diseñaron en toda Europa.

⁸¹ Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 199, nota 115. Opinión de Zitelmann: *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, 1888; Raoul de la Grasserie: *De l'unification des législations des différents peuples*, 1985. En contra, Wieland, Carl: "Zur Vereinheitlichung des ehelichen Güterrechtes", *ZschweizR*, 1899.

⁸² Ponencias recogidas en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999.

⁸³ Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999.

⁸⁴ Henrich: "Ist eine Neuordnung des Güterrechtes angezeigt?", *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, pp. 57-58; "Zur Zukunft des Güterrechtes in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521. Siempre se señala como ejemplo de la viabilidad de una unificación el caso alemán, pero también hay que tener en cuenta que la selección de los sistemas que deben subsistir o predominar tiene que ser racional y fundada. Así, véase Rabel, Ernst: *Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925.

⁸⁵ En Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechtes in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

Sea como sea, la meta ya está fijada: también en el ámbito del régimen económico matrimonial se pretende una aproximación jurídica.⁸⁶ Y el legislador alemán del BGB ya ha fijado el camino: se debe intentar reducir la multitud de regímenes a tipos básicos o fundamentales, y estos tipos básicos han de ser uniformes en Europa. Cada legislador nacional podría reservar uno de esos tipos básicos como régimen legal y los otros como optativos.⁸⁷

3. Notas sobre algunos regímenes económicos matrimoniales en Europa. Los dos grandes bloques

En este apartado haremos referencia a los principales rasgos de los sistemas económicos matrimoniales de algunos países europeos, sin mencionar el caso español. Debemos partir del hecho de que en todos estos países existe un régimen legal principal, supletorio de la voluntad de los cónyuges, y otros posibles regímenes a elección de los cónyuges.

Los autores que han efectuado estudios comparados⁸⁸ clasifican los regímenes económicos matrimoniales básicamente en dos tipos o grupos,⁸⁹ en función de que el matrimonio cambie o no la posición de los cónyuges en relación con su propio patrimonio, de forma que si cada uno, después del matrimonio, sigue gestionando y administrando libremente sus bienes, se habla de “separación de bienes”, y si, por el contrario, por el matrimonio se forma una masa patrimonial común sometida a una administración y responsabilidad conjuntas, se habla de sistemas de “comunidad de bienes”. Desde esta óptica, clasificaremos como sistemas de *separación de bienes* los de algunos países en los que, a la disolución del matrimonio, se produce una participación en los bienes del otro cónyuge o ciertas compensaciones económicas de tal entidad que si bien no manifiestan una comunidad de bienes, sí manifiestan una comunidad de ingresos. Dentro de los sistemas de *separación de bienes* también habrá los calificados como *de separación absoluta*, puesto que no hay necesariamente compensación económica entre cónyuges a la disolución del régimen, pero puede haberla.⁹⁰

⁸⁶ Seguimos a Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

⁸⁷ Seguimos a Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

⁸⁸ Henrich: “Vermögensregelung bei Trennung und Scheidung im europäischen Vergleich”, *FamRZ*, 2000, 1, p. 7, y “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

⁸⁹ También en Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, *FamRZ*, 6, p. 333.

⁹⁰ Véase la tipología en Henrich: “Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?”, *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 58.

3.1. Países con un régimen económico matrimonial legal de separación de bienes

Por un lado, podemos ver, en primer lugar, la comunidad de bienes “aplazada” de los países escandinavos.

Así, en Dinamarca,⁹¹ por la *Marriage Act* 256.1969 y la *Marriage Act* 56.1925, durante el matrimonio los patrimonios están fácticamente separados en cuanto a disposición y administración de los bienes, obtenidos antes o durante el matrimonio, pero a la disolución del matrimonio, por divorcio, separación o fallecimiento, cada cónyuge recibe la mitad del patrimonio neto actual del otro. La compensación suele hacerse de forma que cada cónyuge pide la propiedad de sus bienes y en la diferencia compensa al otro. Pero si el matrimonio ha durado menos de cinco años, puede ser injusta la división del patrimonio neto de un cónyuge por mitad, cuando éste ha llevado al matrimonio muchos bienes, y por tanto, el juez o la autoridad competente puede acordar dividirlo de otra forma.

En este sistema, la comunidad comprende no sólo lo adquirido durante el matrimonio, sino también con anterioridad a éste, así como lo adquirido por vía sucesoria o por donación. Además, la comunidad aplazada está presente de forma indirecta durante toda la vigencia del régimen, puesto que no puede disponerse del propio patrimonio en detrimento del otro cónyuge. Asimismo, hay reglas relativas a la exigencia de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar, del ajuar y de los útiles de trabajo que utilice el otro cónyuge.

El sistema descrito es el aplicable para todos los matrimonios, a menos que se haya pactado otra cosa, como puede ser una separación de bienes total o parcial y dicho acuerdo se haya inscrito en un registro público.

Por otro lado, la *Zugewinngemeinschaft*⁹² (parágrafo 1363 BGB), que es el régimen legal en Alemania desde 1958, en defecto de contrato matrimonial (parágrafos 1408-1413 BGB), supone una separación de bienes durante el matrimonio, de forma que cada cónyuge administra y disfruta su propio patrimonio; pero, en realidad, se trata de una “comunidad de creación de riqueza” o “comunidad de intereses”,⁹³ puesto que al terminar el matrimonio se liquida y se reparte por mitades la diferencia entre los incrementos de valor (*Zugewinn*) de los patrimonios de ambos cónyuges. El ingreso o beneficio es la cantidad que resulta de comparar

⁹¹ Véase Nielsen, Linda: “Danish family law: matrimonial property and cohabitant’s property”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 35 y ss.

⁹² *Das eheliche Vermögensrecht. Das eheliche Güterrecht. Eheverträge*, par. 1408 BGB, libro 4, *abschnitt* 1, *titel* 6, par. 1363-1563. Véase Schwab, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, pp. 10-15.

⁹³ Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 200.

el valor del patrimonio de cada cónyuge al empezar el matrimonio y el valor en el momento de la terminación, si éste último es superior al inicial.

A pesar de que se da una separación de bienes durante todo el matrimonio, existen limitaciones como las previstas en los parágrafos 1365 y 1369 BGB, relativas a la disposición de todo el patrimonio en bloque y a los bienes del hogar.

En Grecia⁹⁴ rige como régimen legal supletorio (art. 1400 y ss. Código civil griego) un régimen de compensación de ganancias o ingresos muy parecido a la *Zugewinnngemeinschaft* alemana.

Por su parte, en Suiza el sistema legal es la *Errungenschaftsbeteiligung* o participación en las ganancias,⁹⁵ a falta también de contrato matrimonial (art. 199 ZGB).

En este sistema se distinguen, desde el principio, cuatro masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, las adquisiciones del marido y las de la mujer. En la disolución del régimen, la ganancia en la que el otro participa es sólo la producida por las adquisiciones nuevas, pero no por el aumento de valor del patrimonio propio, ni de los bienes que no tengan ninguna relación con la comunidad matrimonial (art. 198 ZGB). El sistema de liquidación y compensación se considera de bastante complejidad técnica (art. 200 ZGB). Aunque sea un sistema de separación, existen reglas limitativas de la autonomía de la voluntad, como por ejemplo para disponer de la vivienda familiar (art. 201 ZGB).

Por otro lado, dentro de los regímenes de separación, pero con peculiaridades distintas a las vistas, está el sistema austriaco. En Austria⁹⁶ el sistema de separación de bienes que rige en defecto de pacto es el de los llamados “de separación absoluta”, puesto que la compensación de patrimonios sólo se produce como consecuencia del divorcio a causa de una situación de desequilibrio económico entre las partes (parágrafos 97-98 ABGB).

En Inglaterra⁹⁷ la separación es también “absoluta”, puesto que se dice que no se conoce en principio ningún régimen económico. No existe relación entre

⁹⁴ Vlassopoulou, Irene: “Rechtsprechung zum Zugewinnausgleich nach griechischem Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 115 y ss.

⁹⁵ Véase Hausheer, Heinz: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 223 y ss.

⁹⁶ Ferrari, Susanne: “Die vermögensrechtliche Situation von Ehegatten und Lebensgefährten in Österreich”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 179 y ss.

⁹⁷ Lowe, N. V.: “The English approach to the division of assets upon family breakdown”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 47 y ss.

el patrimonio de los cónyuges, de forma que las relaciones patrimoniales entre ellos se han venido solucionando por las reglas generales. Por supuesto, cabe también que se pacte una copropiedad o cualquier regulación en un contrato matrimonial.

A pesar de la separación “absoluta”, en la práctica no pueden evitarse las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges y por ello, disuelto el matrimonio, el juez puede repartir el patrimonio teniendo en cuenta las necesidades alimenticias de los cónyuges y sus hijos, y también la contribución de cada uno al sustento de la familia, al cuidado de la casa y de los niños, durante el matrimonio.

Esta solución surgió como reacción a una jurisprudencia controvertida que evidenció la injusticia material que puede suponer para un cónyuge la separación “absoluta” (*Pettitt v. Pettitt*, 1970, *Gissing v. Gissing*, 1971). La *Matrimonial Proceedings and Property Act*⁹⁸ reguló la posibilidad de que en un divorcio el juez pudiera hacer participar a un cónyuge del patrimonio del otro. Para ello el juez tiene en cuenta los intereses de los niños, los ingresos presentes y potenciales de cada cónyuge y su contribución a las cargas familiares. Estas ideas han de interpretarse de forma que puedan proporcionar unos *reasonable requirements* al cónyuge demandante (una compensación que permita al cónyuge sin patrimonio mantener el mismo nivel de vida), que en la práctica se convierte en un tercio de la *family assets*. En jurisprudencia posterior (*White v. White*) se ha variado la pauta de *reasonable requirements* por la de *equality*, con lo cual el patrimonio se reparte en ocasiones a partes iguales.

3.2. Países con un régimen económico matrimonial legal de comunidad

La mayoría de países de tradición romanística e influenciados por el *Code de Napoléon* tienen un régimen de “sociedad de gananciales” como régimen legal supletorio.

En Bélgica,⁹⁹ a falta de contrato matrimonial (arts. 1457-1465 Code), rige un régimen de comunidad de bienes como régimen legal, modificado en 1976 para introducir una distinción entre *régime primaire* y *régime secondaire*. Por ejemplo, destaca del régimen primario el art. 215 *Code civil* que protege la vivienda familiar y el ajuar doméstico, exigiendo para disponer de ellos el consentimiento de ambos cónyuges.

⁹⁸ Posteriormente, se cambió dicha ley por la *Matrimonial Causes Act* 1973, la *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984 y la *Family Law Act* 1996.

⁹⁹ Todo en Pintens: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich: Das belgische Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 19 y ss.

El régimen es el de comunidad de bienes limitada a los bienes gananciales, de forma que se distinguen tres patrimonios: los propios de cada cónyuge y el común (arts. 1398-1450 *Code*). La calificación de los bienes como personales o comunes será lo que determinará a qué patrimonio pertenecen (arts. 1406-1408 *Code*). Para la administración del patrimonio común rige el principio de administración conjunta (art. 1416 *Code*), pero entendido como la posibilidad de que cada cónyuge efectúe libremente actos de disposición, puesto que sólo así se comprende que sólo para determinados actos se exija expresamente la concurrencia y el consentimiento de ambos (arts. 1418-1419 *Code*).

En el caso de que se establezca un contrato matrimonial, hay que respetar, entre otros límites (orden público, igualdad entre cónyuges, etc.), las reglas del régimen primario (art. 1388 *Code*).

En Francia¹⁰⁰ rige como régimen legal supletorio, a falta de contrato o de la elección de otros regímenes optativos —la comunidad universal de bienes (art. 1497 Cciv.), la separación de bienes (arts. 1536-1442 Cciv.) y la participación en las ganancias o ingresos (arts. 1569-1581 C.civ)—, la *communauté réduite aux acquets*, que es una comunidad de gananciales. Con independencia del régimen legal que se elija o pacte, hay normas aplicables a todos (arts. 214-226 Cc), como la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar y la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

En Holanda¹⁰¹ rige como régimen económico matrimonial legal la comunidad de bienes (*algehele gemeenschap van goederen*, art. 93, libro 1, BW), en la que se hacen comunes todos los bienes y deudas de los cónyuges adquiridos después del matrimonio. El Código civil holandés contempla también otros regímenes económicos matrimoniales optativos, como la “comunidad de frutos e ingresos” y la “comunidad de ganancias y pérdidas”. Desde 1957, en Holanda también cabe la posibilidad de concluir un contrato matrimonial antes o durante el matrimonio (lo suscriben una cuarta parte de matrimonios), en el que suele modificarse el régimen legal —por ejemplo, estableciendo un sistema diferente de liquidación de la comunidad o eligiendo otro de los regímenes previstos (en 1996, un 13% de matrimonios que suscribieron contrato lo hicieron para pactar separación de bienes).

¹⁰⁰ Ferrand, Frédéric: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im französischen Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 73 y ss.

¹⁰¹ Véase Breemhaar, Willen: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im niederländischen Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 35 y ss.

En Italia,¹⁰² en 1975 se reformó el Código civil en materia de régimen económico matrimonial y se reguló, a falta de pacto, un régimen legal supletorio de comunidad (*comunione dei beni*).

Se considera un régimen de comunidad moderno porque para solucionar la confrontación de intereses entre cónyuges distingue entre *beni personali* y *beni comuni* (art. 144 Cc). Así, pertenecen al cónyuge los bienes que él ha aportado al patrimonio, y son comunes los bienes que se obtienen después del matrimonio. En esto coincide con el régimen de Bélgica y Francia, pero en el derecho italiano se conoce también la *comunione de residuo*, en la que entran todos los rendimientos de los bienes propios y los ingresos de una actividad que sólo efectúa uno de los cónyuges, si en el momento de la liquidación de la comunidad están todavía disponibles. Esto significa que cada cónyuge puede disponer, durante el matrimonio, del rendimiento de su trabajo personal para consumirlo o invertirlo.

En Portugal,¹⁰³ desde 1966, el régimen legal supletorio es también el de comunidad de ganancias (*Comunhao de adquiridos*, arts. 1721-1731 Código civil portugués), pero también puede optarse por la comunidad de bienes general, que era el régimen legal supletorio anterior, y por la separación de bienes. Todo ello a falta de contrato matrimonial (art. 1698 Cc) y respetando ciertas limitaciones, como por ejemplo el art. 1720 Cc que señala que en los matrimonios en los que uno de los cónyuges sea mayor de 60 años es obligatoria la separación de bienes.

Finalmente, hay que señalar que el régimen económico matrimonial de comunidad está fuertemente extendido en los Países del Este: Países bálticos, Polonia, Chequia y Eslovaquia, Hungría, Repúblicas yugoslavas, Rumanía, Bulgaria y Rusia.

En Eslovaquia¹⁰⁴ en 1991 se modificó el Código civil para introducir flexibilidad en su sistema de comunidad de bienes (ahora en el art. 51.2 de la Ley de matrimonio y relaciones familiares), dando mayor presencia a la autonomía de la voluntad, de forma que cabe limitar o extender los contornos del régimen legal (art. 143.a).

¹⁰² Patti, Salvatore: "Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen in Italien", en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 125.

¹⁰³ Véase Siebeneichler de Andrade, Fábio: "Portugiesisches und brasilianisches Güterrecht im Vergleich", en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 199 y ss.

¹⁰⁴ Gec-Korosec, Miroslava y Kraljić, Suzana: "Vermögensrechtliche Verhältnisse in der Ehe und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach slowenischem Recht", en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 259 y ss.

En Hungría¹⁰⁵ rige también un sistema de sociedad de gananciales (parágrafo 27 Código de familia, modificado por la Ley IV, de 1952). A partir de 1986 se permiten los contratos matrimoniales, aunque en la práctica se realizan muy pocos. Asimismo, su utilidad es modificar el funcionamiento del régimen legal, puesto que no se han regulado otros regímenes económico-matrimoniales optativos.

3.3. *El régimen económico matrimonial de separación de bienes como modelo*

Los autores que plantean la viabilidad de una armonización de sistemas económicos matrimoniales lo hacen sobre la base de un sistema de “separación de bienes” con compensaciones económicas a la disolución (es decir, un régimen de participación).¹⁰⁶

Las recomendaciones por el sistema de separación de bienes con posterior compensación se basan en que en él cada uno de los cónyuges tiene autonomía durante el régimen para administrar y disponer, lo cual facilita la libertad de tráfico económico, a la vez que este sistema permite la solidaridad entre cónyuges a través de la participación. La idea de la participación en la ganancia ofrece un cierto grado de protección a la familia como unidad social y de garantía de la igualdad de derechos y, en particular, puede ser una salvaguarda para la mujer que no aporta rendimientos del trabajo pero se encarga de la labor doméstica y del cuidado de los hijos.¹⁰⁷

HENRICH propone tomar como ejemplo o modelo la “comunidad de ingresos” del Derecho alemán por lo atractiva que, según él, resulta a otros países, pero corrigiendo las carencias que tiene dicho sistema.¹⁰⁸ Así, señala que si se reforma el régimen de compensación fijado en el BGB, puede ser un modelo interesante para países que tienen la comunidad de ganancias como régimen legal y quieren conservarla, a la vez que quieren ofrecer a los cónyuges la posibilidad de optar por un régimen de separación como sistema más facilitador del tráfico económico.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Weiss, Emilia: “Eheliche Gemeinschaft und Vermögen im ungarischen Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 338 y ss.

¹⁰⁶ Según Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 2002, 22, p. 1522.

¹⁰⁷ Según Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 201.

¹⁰⁸ Henrich: “Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?”, *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 58. Véase también Schwab: “Der Zugewinnausgleich in der Krise”, *FS Söllner*, 2000, p. 1079.

¹⁰⁹ Según Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1524.

Para la reforma propuesta, el autor compara el régimen legal alemán con el griego, con el suizo y con el régimen optativo francés de *participation aux acquêts*.

En la comparación puede verse que ni en Grecia ni en Francia la disposición del patrimonio en conjunto depende de la autorización del otro (parágrafo 1365 BGB). Pero en cambio, en estos países, se requiere el consentimiento del otro cónyuge para negocios que afectan a la vivienda familiar. Y estos preceptos rigen con independencia de qué sistema económico matrimonial se aplique.

El autor considera que, como en todas estas reglas está presente una finalidad protectora de la futura compensación de ganancias, podría perfectamente introducirse en el sistema alemán la protección de la vivienda familiar.¹¹⁰

Por otro lado, el autor observa que el sistema de compensación alemán supone una solidaridad extrema, pues hay derecho a participar en los incrementos de valor del patrimonio inicial de un cónyuge, en el cual hay bienes propios que no tienen relación alguna con el otro cónyuge, ni con el matrimonio.

En cambio, en el derecho griego sólo se compensa el aumento de patrimonio que un cónyuge ha tenido durante el matrimonio a causa de la contribución del otro; por tanto, en el cálculo de la ganancia no se incluyen valores patrimoniales en cuyo aumento el otro cónyuge no ha contribuido de forma directa o indirecta.

En Francia, en el régimen optativo *participation aux acquêts* (art. 1571 I Code), los aumentos de valor de los bienes iniciales, producidos durante el matrimonio, no se tienen en cuenta para fijar la ganancia en la que participa el otro. Igual ocurre en Suiza, donde se diferencia entre bienes propios y adquisiciones nuevas. Sobre dichos bienes propios (los que un cónyuge posee antes del matrimonio o recibe como regalo o herencia), el otro cónyuge no tiene ninguna expectativa. Así, los aumentos de valor de los bienes propios sólo aprovechan al cónyuge propietario, al igual que las pérdidas. Por tanto, la compensación se produce sólo en la diferencia de valor entre las adquisiciones nuevas de cada cónyuge (art. 209 Cc suizo).

Finalmente, otro inconveniente que se destaca¹¹¹ del régimen legal alemán se refiere al mecanismo para operar la compensación; por ejemplo, en relación con las reglas sobre el cómputo del pasivo inicial, existe una regla que señala que cuando el patrimonio inicial es negativo se computa cero, lo cual puede llevar a una situación injusta, puesto que quien salda una deuda inicial está obteniendo

¹¹⁰ Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1523.

¹¹¹ Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1523, y "Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?", *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 60.

una ganancia que sólo podrá apreciarse si se computa el pasivo inicial negativo como tal (parágrafo 1374 BGB).

Ante esta crítica, se aboga por la solución que da el régimen optativo francés *participation aux acquêts* (art. 1571 II Cc), que establece que para el cálculo del patrimonio final deben computarse de forma ficticia las deudas prematrimoniales que un cónyuge haya saldado.¹¹²

3.4. *El régimen económico matrimonial de comunidad de bienes como modelo*

Este régimen, al regir en tantos países, tendría tal vez mayor posibilidad de llegar a una uniformización, pero presenta algunos inconvenientes que lo hacen poco aconsejable.¹¹³

En primer lugar, se señala que en un régimen de comunidad hay mayor dificultad de administración del patrimonio, por el hecho de necesitar el acuerdo del otro cónyuge en la gestión.

Por ejemplo, en Bélgica (art. 1416 Cc), Francia (art. 1421 Cc) e Italia (art. 180 Cc) se admite la gestión solidaria del patrimonio común (gestión concurrente) cuando se trata de la administración de bienes de uso ordinario y liberalidades de uso. Cuando son disposiciones y regalos que no pueden considerarse actos de administración ordinaria, se exige la concurrencia de ambos cónyuges.

Para introducir flexibilidad en este punto, se propone un sistema de autorización a cada cónyuge para realizar negocios que beneficien los bienes comunes.

En segundo lugar, se plantean cuestiones prácticas sobre cómo imputar el rendimiento de un bien propio. En la mayoría de estos sistemas, los incrementos del patrimonio propio y los rendimientos del trabajo se imputan a la masa común, a menos que se compensen de otra forma. Así, se enfrentan dos intereses, el del cónyuge que quiere libremente ejercer su profesión y tomar decisiones económicas al respecto, y el del otro cónyuge, que quiere participar en el rendimiento y, por tanto, quiere asegurarse de que se lleva a cabo una buena gestión.

Para solucionar la confrontación entre ambos intereses puede ser útil el sistema de la *comunione dei beni* italiana, que distingue entre *beni personali*, *beni comuni* y *comunione de residuo*, en la que entran, por ejemplo, los ingresos obtenidos por una actividad que sólo realiza uno de los cónyuges, sólo si en la liquidación del régimen todavía están disponibles. Por tanto, cada cónyuge puede disponer del rendimiento de su trabajo personal para consumirlo o invertirlo.

¹¹² Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1523.

¹¹³ Seguimos en todo a Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1524.

Finalmente, se ven como un inconveniente de los sistemas de comunidad las reglas que fijan la responsabilidad del patrimonio común por deudas anteriores de uno de los cónyuges, como por ejemplo, en el sistema optativo alemán (*Errugenschaftsgemeinschaft*), la regla del parágrafo 1459 BGB.

Por ello, para modernizar el sistema de comunidad es importante que se fije una limitación razonable de la responsabilidad conjunta. En Bélgica, por ejemplo, se fija una responsabilidad subsidiaria del patrimonio común limitada a la mitad del activo neto (art. 1412 Cc).

3.5. *Apunte final*

La comparación entre ambos tipos de sistemas, principalmente hecha, por parte de la doctrina¹¹⁴ que hemos seguido, entre los regímenes legales supletorios alemán y francés, no aporta soluciones, puesto que se trata de dos sistemas que, dentro de los de su bloque, presentan soluciones más radicales, con lo cual es difícil que puedan tomarse como modelos sobre los que trabajar.

Por ejemplo, el sistema alemán es, de los sistemas de separación y posterior compensación, el que supone mayor solidaridad, por la participación en los aumentos de valor de los bienes propios de un cónyuge, por parte del que no ha contribuido a dicho aumento. Y, por otro lado, en la *communauté réduite aux acquêts* francesa, todos los ingresos, también los producidos por los bienes propios, pertenecen a la masa común.

En otro orden de cosas, cabe terminar apuntado como propuesta¹¹⁵ diferente de uniformización la basada en la suscripción expresa y voluntaria de un “contrato matrimonial internacional”.

Este sistema de “contrato matrimonial internacional” se inspira en un sistema de separación de bienes elaborado a partir de las bases del régimen económico matrimonial legal alemán (*Zugewinnngemeinschaft*), de la “comunidad aplazada” de los países escandinavos y del régimen optativo del Derecho francés (*participation aux acquêts*).¹¹⁶

El resultado sería un sistema de “separación de bienes” corregido en atención a la idea de solidaridad entre cónyuges implícita en todo matrimonio, con lo cual ambos deberán contribuir equitativamente a las cargas, a menos que se den circunstancias excepcionales que lo impidan; el trabajo en la casa y el cuidado de los hijos se valorarán como ingresos o aportaciones al mismo nivel

¹¹⁴ Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 2002, 22, p. 1523, y “Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?”, *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 60.

¹¹⁵ Verbeke, Alain: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, pp. 195-198.

que los rendimientos del trabajo, y se establecerán algunos límites al poder de administración de cada cónyuge sobre su patrimonio, como el relativo a la disposición de la vivienda familiar o del ajuar doméstico, que requerirá del consentimiento de ambos cónyuges.

Más allá de estas reglas, para corregir el sistema de separación de bienes, podrá utilizarse la vía contractual, ya que, de otra forma, no podrán modificarse los títulos de adquisición de los bienes ni habrá ninguna otra forma de “participación” en el patrimonio del otro cónyuge.

¹¹⁶ Verbeke, Alain: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, p. 198.

LA PROTECCIÓ DE LA VIDA FAMILIAR I LA PROTECCIÓ JURÍDICA DE L'INFANT EN L'ÀMBIT DEL CONSELL D'EUROPA

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ

BECARI D'INVESTIGACIÓ, UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. El Consell d'Europa. Introducció.....	511
II. La protecció de la vida familiar en el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950.....	513
III. La protecció de la vida familiar en la jurisprudència emanada del Tribunal Europeu de Drets Humans	515
IV. La protecció de la vida familiar en el cas dels estrangers.....	517

I. EL CONSELL D'EUROPA. INTRODUCCIÓ

Des de l'inici del segle XIX, la societat europea ha patit tot un seguit de canvis polítics i sociològics, tant en el pla internacional com en el mateix pla interior dels estats que la conformen, canvis que van accelerar-se de manera particular durant el darrer terç del segle XX. L'Europa del segle XXI no s'identifica tan sols com una entitat geogràfica que forma un continent constituït per diversos Estats, sinó que ha esdevingut cada cop més una instància pròpia i diversa cridada, més enllà dels interessos particulars dels Estats que la componen, a crear les institucions precises per a la realització de fins comuns.

Aquesta presa en consideració de la idea d'Europa va ser la que va dur, després de la Segona Guerra Mundial, al naixement d'organitzacions internacionals de cooperació, com el Consell d'Europa, o de tipus supranacional, com la Comunitat Europea, l'actual Unió Europea. Mentre que aquesta darrera s'ocupa fonamentalment de problemes econòmics, el Consell d'Europa té com a principals objectius "*cercar una unió més estreta entre els seus integrants per salvaguardar i promoure els ideals i els principis que integren el seu patrimoni comú i afavorir el seu progrés econòmic i social*", finalitats que seran perseguides "*mitjançant la conclusió d'acords i per a l'adopció d'una acció comuna en els àmbits econòmic, social, cultural, científic, jurídic i administratiu, així com la protecció i el desenvolupament dels drets humans i de les llibertats fonamentals*" (art. 1 de l'Estatut constitutiu del Consell d'Europa, realitzat a Londres el 15 de maig de 1949).¹

¹ L'Estat espanyol s'adherí al Consell d'Europa per instrument de 24 de novembre de 1977 (BOE, núm. 51, d'1 de març de 1978).

Si bé és cert que el principi del respecte als drets humans ja havia estat fixat amb anterioritat per la Declaració Universal dels Drets de l'Home de l'any 1948,² el sentit amb què aquest principi apareix recollit en l'àmbit del Consell d'Europa té unes característiques específiques.³

En primer lloc, s'han d'apuntar raons de caire historicopolític. Els països occidentals havien experimentat les funestes conseqüències de la implantació de règims dictatorials a Itàlia i Alemanya. És per això que s'afirmà la necessitat d'implantar un sistema que garantís la impossibilitat que governs de caire dictatorial s'instal·lessin de nou en el poder.

Tampoc no es pot oblidar l'atmosfera de guerra freda que dominava en aquella època el panorama europeu; s'ha de recordar que la creació de l'OTAN i del Consell d'Europa tan sols estan separades per un escàs marge d'un mes —l'abril i el maig del 1949, respectivament. En el marc d'una política anticomunista, els països occidentals trobaren en els principis liberaldemocràtics una senyera unificadora d'oposició al sistema polític de les democràcies populars.

En segon lloc, des d'un punt de vista jurídic, és el mateix Consell d'Europa el que exigeix, en el seu Estatut constitutiu, als Estats que en vulguin formar part el respecte dels drets i llibertats fonamentals, no com un simple objectiu que s'ha d'assolir en un futur més o menys llunyà, sinó com un requisit per poder-hi pertànyer.

El Consell d'Europa, del qual formen part actualment quaranta-tres Estats, disposa de dos òrgans fonamentals: el primer és l'Assemblea Parlamentària, un òrgan consultiu els membres del qual són designats pels parlaments nacionals; i el segon és un òrgan decisor i autèntic motor de l'organització, el Comitè de Ministres, integrat pels ministres d'assumptes exteriors dels Estats part o els seus representants permanents, al qual pertoca determinar què s'ha de fer respecte a les recomanacions de l'Assemblea Parlamentària i respecte a les propostes que emanen dels diferents comitès especialitzats i de les diverses conferències dels ministres de les diferents branques, i aprovar el programa d'activitats i el pressupost del Consell d'Europa. Així mateix, també actua com a fòrum permanent de debat interestatal dels principals problemes polítics.

Pel que fa a l'activitat normativa del Consell d'Europa, es poden distingir fonamentalment, d'acord amb l'article 15 del seu Estatut, dos tipus d'instruments:

² Per a un comentari exhaustiu de la Declaració Universal dels Drets de l'Home, vegeu Blanc Altemir, Antonio: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Barcelona: Icaria, Antrazyt, 1998, i Luis Cardona, Francesc: *El reconocimiento de los derechos humanos desde la antigüedad hasta hoy*, Barcelona: Asociación para las Naciones Unidas en España, 1998.

³ García de Enterría, Eduardo (coord.): *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid: Civitas, 1979, pàg. 55-56.

l'adopció de convenis i acords, amb els quals es pretén resoldre problemes de caire internacional o harmonitzar el dret material dels Estats part en diversos sectors, i les recomanacions del Comitè de Ministres, dirigides als estats part, referents a qüestions per a les quals s'ha acordat una política comuna, que no són vinculants.

En l'àmbit del dret de família, i particularment respecte a la protecció de la infància, el Consell d'Europa ha adoptat un important nombre d'instruments jurídics. En l'àmbit del dret privat, poden assenyalar-se, *inter alia*, els següents: Resolució del Comitè de Ministres (77) 33 sobre la col·locació de menors, de 3 de novembre de 1977; Recomanació de l'Assemblea Parlamentària 874 (1979), relativa a una Carta europea sobre els drets dels infants, de 4 d'octubre de 1979; Recomanació del Comitè de Ministres 82 (2) relativa a l'entrega per part dels Estats de bestretes sobre aliments deguts als menors, de 4 de febrer de 1982; Recomanació (84) 4 del Comitè de Ministres sobre les responsabilitats parentals, de 28 de febrer de 1984; Recomanació 1071 (1988) de l'Assemblea Parlamentària relativa a la protecció de la infància, de 23 de març de 1988; Recomanació 1121 (1990) de l'Assemblea Parlamentària sobre els drets de l'infant, d'1 de febrer de 1990; Recomanació 1286 (1996) de l'Assemblea Parlamentària relativa a una estratègia europea per als infants, de 24 de gener de 1996; Recomanació 1460 (2000) de l'Assemblea Parlamentària sobre la institució d'un mediador (*ombudsman*) europeu per als infants, de 7 d'abril de 2000. Els principis i les normes compresos en els instruments esmentats no són, com ja s'ha posat de manifest, vinculants per als estats part del Consell d'Europa; constitueixen un *soft law*, però tenen, no obstant això, un valor i una significació especials, ja que han estat elaborats pels mateixos Estats part.

II. LA PROTECCIÓ DE LA VIDA FAMILIAR EN EL CONVENI EUROPEU PER A LA PROTECCIÓ DELS DRETS HUMANS I LES LLIBERTATS FONAMENTALS, DE 4 DE NOVENBRE DE 1950

El Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals,⁴ en vigor des del 3 de setembre de 1953⁵ i successivament esmenat per diversos protocols,⁶ defineix els drets i les llibertats inalterables de tota persona i obliga els Estats part a garantir el seu exercici i el respecte a les persones que

⁴ D'ara endavant CEDH.

⁵ Després que s'haguessin dipositat els deu instruments de ratificació necessaris segons el mateix article 66 de la Convenció.

⁶ Ratificat per l'Estat espanyol el 26 de setembre de 1979 (BOE, núm. 243, de 10 d'octubre de 1979).

visquin en el seu àmbit jurisdiccional. A més, fixa mecanismes internacionals per aplicar-lo que permeten que els Estats —i un cop esgotats els recursos interns, les persones físiques— puguin plantejar els casos de violació del Conveni davant del Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg.⁷

D'una lectura general de les disposicions del CEDH no es desprèn un contorn precís de la noció de *família*⁸ que conté. La indeterminació del mateix text, unida a la utilització per part dels òrgans estrasburguesos de l'anomenat mètode d'*interpretació evolutiva*, ha provocat una espècie d'eclosió de la noció convencional de *família*. En efecte, en termes generals podríem afirmar que els òrgans d'Estrasburg han adoptat l'anomenada *visió liberal* de la família.⁹

Com que no hi ha, doncs, un concepte de família convencionalment establert, tan sols un estudi de la jurisprudència elaborada pels seus òrgans d'interpretació —la Comissió i el Tribunal Europeu de Drets Humans— al voltant del concepte de *vida familiar*, recollit a l'article 8.1 del CEDH, ens ajudarà a aproximar-nos-hi.

L'article 8 del CEDH reconeix a l'apartat primer el dret de tota persona al respecte de la seva vida privada i familiar, i a continuació, a l'apartat segon, estableix que no hi pot haver ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, llevat que aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, sigui necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres.¹⁰

Aquest article conté dues proposicions ben diferenciades. En primer lloc, estableix una clàusula general que reconeix el dret al respecte a la vida privada

⁷ Segons l'esmena efectuada pel Protocol 11, en vigor des de l'1 de novembre de 1998.

⁸ No obstant això, tal com posa de manifest Arriaga Iraburu (Arriaga Iraburu, Inés: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2003, pàg. 79-80), de la lectura dels treballs preparatoris se'n pot extreure una preocupació particular per la família considerada com a *legítima*, manifestada per l'interès de protegir la institució del matrimoni i el rebuig a la proclamació del dret al divorci. Ara bé, aquesta preocupació no va arribar a aconseguir limitar la protecció de la família a la del matrimoni; és per això que ambdues institucions —família i matrimoni— són regulades en dos articles separats.

⁹ D'acord amb De Castro y Bravo (De Castro y Bravo, Federico: *Derecho civil de España*, t. II, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952, pàg. 422-423), per *visió liberal* de la família entenem aquella visió segons la qual els vincles familiars depenen de la voluntat dels individus, de manera que aquests poden crear-los o destruir-los lliurement.

¹⁰ Els criteris per interpretar el paràgraf segon de l'article 8 del CEDH els trobem detallats en la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 6 de setembre de 1978, assumpte *Klas i altres c. Alemanya*.

i familiar. I tot seguit estipula que l'exercici d'aquest dret pot ser sotmès a restriccions sempre que aquestes limitacions compleixin els requisits exigits en el punt segon de l'article 8è. És per això que els òrgans convencionals, en el moment d'abordar l'anàlisi dels casos en què s'al·lega una violació del dret al respecte a la vida familiar, abans de tot han de resoldre la qüestió de l'aplicabilitat de l'article 8è als fets del cas concret, és a dir, han d'interrogar-se sobre l'existència de vida familiar. Tan sols un cop finalitzat aquest exercici, s'analitzarà el compliment de l'article esmentat, és a dir, si s'ha produït una falta de respecte (art. 8.1 CEDH) o una ingerència injustificada (art. 8.2 CEDH) en el dret al respecte a la vida familiar dels demandants.¹¹

El primer dubte que planteja la interpretació de l'article 8 del CEDH és si el dret a la vida privada previst a la norma és aplicable tan sols en les relacions entre el particular i l'autoritat pública o si la seva garantia s'amplia també a les relacions entre particulars —és a dir, si es pot aplicar horitzontalment. La doctrina respecte a això està dividida. Així, mentre que alguns autors mostren el seu escepticisme, un altre grup d'entesos, en canvi, ha pres ja consciència sobre l'aplicabilitat del CEDH a les relacions entre particulars.

En segon lloc, s'ha d'assenyalar que l'article 8 del CEDH no s'ha de veure exclusivament com un dret que ha de ser garantit únicament i exclusivament per part de l'Estat en el qual el vincle familiar s'ha creat, sinó que la seva protecció té també una dimensió internacional, en el sentit que la vida familiar s'ha de garantir de la mateixa manera en tots els altres Estats en què la relació jurídica familiar tendeixi a desplegar els seus efectes. S'ha parlat, així, d'un *ordre públic europeu*, o d'*ordre públic dels drets humans*.¹²

III. LA PROTECCIÓ DE LA VIDA FAMILIAR EN LA JURISPRUDÈNCIA EMANADA DEL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS

Un cop posats de manifest alguns dels aspectes més destacats de l'article 8 del CEDH, s'ha d'assenyalar que el Tribunal Europeu de Drets Humans s'ha pronunciat en nombroses ocasions sobre l'article esmentat. Sense pretendre fer un examen exhaustiu d'aquesta jurisprudència, s'esmenten a continuació algunes de les il·lustracions més rellevants del Tribunal d'Estrasburg.

¹¹ Harris, D.J.; O'Boyle, M. i Warbrick, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres: Butterworth, 1995, pàg. 335-353.

¹² Arriaga Iraburu (Arriaga Iraburu, Inés, *op. cit.* pàg. 7) entén que de tots els tractats internacionals que protegeixen el dret a la vida familiar, el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals de 1950 és el més eficaç, perquè disposa d'un mecanisme jurisdiccional de protecció, així com el de més àmplia aplicació, perquè no opera basant-se en la reciprocitat.

En primer lloc, i amb caràcter general, s'ha de tenir en compte que un dels aspectes que caracteritzen la jurisprudència del TEDH és el seu criteri dinàmic, un criteri que li permet flexibilitzar i ampliar l'àmbit d'aplicació del CEDH.¹³ En efecte, el preàmbul del CEDH no preveu tan sols la "protecció" dels drets de l'home, sinó també el seu "desenvolupament". Per tant, i d'acord amb l'evolució i les transformacions de tota mena que la societat europea ha experimentat des del moment en què el CEDH fou redactat, les seves disposicions s'hauran d'interpretar en consideració als canvis socials produïts. Aquest sistema s'ha seguit, doncs, a l'hora d'interpretar l'article 8 del CEDH. Així, mentre que en la seva concepció inicial s'entenia que el CEDH no establia més que obligacions negatives, prohibicions d'ingerència en la "vida privada i familiar",¹⁴ aviat la jurisprudència del TEDH va admetre que la redacció de l'article 8 del CEDH també conté obligacions positives a càrrec dels Estats.¹⁵

Aquesta mateixa interpretació dinàmica ha portat el TEDH a proporcionar una concepció ampla del terme *vida familiar*, en el sentit de l'article 8 del CEDH. En efecte, si bé la idea de família que s'amaga darrere l'article 8 és la d'una família restringida, limitada als pares i als fills menors d'edat, que és la que es beneficia de la protecció concedida pel CEDH, segons el TEDH l'article 8 no tan sols es limita a la vida familiar de dret, és a dir, a la vinculada exclusivament al matrimoni, sinó que també s'estén a la vida familiar de fet.¹⁶ D'acord amb la jurisprudència del TEDH, l'important és que es tracti de relacions reals i suficientment estretes entre els seus membres, de la qual cosa es dedueix, així mateix, que, subsistent

¹³ Harris, O'Boyle i Warbrick (Harris, D. J.; O'Boyle, M. i Warbrick, C., *op. cit.* pàg. 312 i 313) entenen que la construcció del concepte *vida familiar* per part del TEDH és un dels millors exemples de com el CEDH es va adaptant als canvis socials que es van produint al llarg del temps.

¹⁴ Vegeu la Sentència de 23 de juliol de 1968, assumpte relatiu a certs aspectes del règim lingüístic de l'ensenyament a Bèlgica.

¹⁵ En aquest sentit s'ha pronunciat el TEDH en sentència de 13 de juny de 1979, en l'assumpte *Marckx c. Belgique*: "Aquest article [amb referència a l'art. 8 del CEDH] té essencialment per objectiu la salvaguarda dels individus davant les ingerències arbitràries dels poders públics. Però a aquesta obligació negativa de l'Estat s'hi han d'afegir obligacions positives inherents al respecte efectiu de la vida familiar. L'Estat ha d'actuar de manera que permeti als interessats desenvolupar una vida familiar normal". A la sentència anterior l'han seguit, entre d'altres, en aquest mateix sentit: la sentència de 26 de març de 1985, en l'assumpte *X. And Y v. The Netherlands*; la sentència de 18 de desembre de 1986, en l'assumpte *Johnston and others v. Ireland*, i la sentència de 7 de juliol de 1989, en l'assumpte *Gaskin v. United Kingdom*.

¹⁶ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.* pàg. 86-87, entén que en l'actualitat certes disposicions dintre de l'àmbit europeu reconeixen determinats drets que tenen com a pressupòsit la simple prova de la cohabitació regular.

les esmentades relacions, la vida familiar dels pares i dels fills no finalitza amb la dissolució del matrimoni pel divorci.¹⁷

La mateixa Comissió, quan existeixen relacions de sang, ha interpretat que no hi ha cap distinció entre família “legítima” i família “natural”, ja que l'article 8 del CEDH es refereix a “tota persona” i l'article 14 del Conveni esmentat prohibeix les discriminacions fonamentades en el naixement.¹⁸

D'altra banda, la jurisprudència del TEDH s'ha mostrat especialment expressiva en relació amb el delicat tema del conflicte d'interessos en les relacions entre pares i fills. Sembla evident que, si el curs normal de la vida familiar és interromput pel divorci o per una decisió de les autoritats públiques que priva un dels pares, o ambdós, de la custòdia dels fills per qüestions relacionades amb el benestar de l'infant, hi pot haver una idea diferent dels interessos reals del menor. L'article 8.2 del CEDH justifica la ingerència de l'autoritat pública en les relacions familiars en consideració als interessos dels menors d'edat, si bé, com ha declarat el TEDH, davant d'aquests interessos hi ha el dret dels pares a complir les seves responsabilitats. Per tant, tota mesura que es prengui tenint present l'interès superior del menor no és una ingerència necessària en el dret dels pares si les autoritats públiques han adoptat una decisió proporcionada a la situació i no s'han extralimitat en el seu marge d'apreciació.

IV. LA PROTECCIÓ DE LA VIDA FAMILIAR EN EL CAS DELS ESTRANGERS

Ja s'ha deixat apuntat en apartats anteriors que de l'anàlisi del *case law* del TEDH no se'n pot desprendre una clara definició del concepte *vida familiar*, ja que l'existència o no de vida familiar és una qüestió fàctica que depèn de cada cas en particular.

Malgrat aquesta falta de concreció o de criteris per arribar a concretar un concepte unívoc de *vida familiar*, la Comissió, ja des de l'inici de la seva jurisprudència, en aquells casos en què el demandant o els demandants eren

¹⁷ Gomien, Donna; Harris, David i Zwaak, Leo: *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Estrasburg: Council of Europe Publishing, 1996, pàg. 227-261.

¹⁸ D'acord amb Santolaya Machetti, Pablo: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, València: Tirant lo Blanch, 2004, pàg. 79, el TEDH des de les seves primeres sentències va establir amb absoluta claredat que l'article 8è del CEDH no distingeix entre família legítima i família natural, sinó que, en canvi, la seva protecció inclou qualsevol tipus de relació que, de fet, generi llaços de dependència mútua equivalents als familiars.

estrangers,¹⁹ va exigir com a requisit previ per a l'existència efectiva de “vida familiar” el fet que aquesta fos “real” i “efectiva”, a més de “preexistent” a la mesura estatal causant de la possible ingerència en l'exercici del dret objecte del litigi.²⁰ Aquest doble test —efectivitat i caràcter real de la vida familiar, i preexistència d'aquesta— ha provocat que en els casos relatius a la vida familiar dels estrangers la noció adoptada pels òrgans d'Estrasburg sigui més restrictiva.²¹

Respecte al caràcter “real”, com que la vida familiar es tracta essencialment d'una qüestió de fet, la seva existència dependrà del caràcter “real” dels vincles familiars invocats. Un dels pocs casos en què s'ha plantejat davant del TEDH la veracitat dels vincles familiars ha estat *Nsona c. Holanda*.²² En aquest cas el recurs a l'engany per part de la demandant —la senyora Bata Nsona, nascuda al Zaire—, que va fer-se passar per la mare d'una menor d'edat amb la finalitat que aquesta obtingués un permís d'entrada a territori holandès, tot i que sembla que era la seva tia, va fer que el TEDH no admetés les al·legacions de les demandants.

Pel que fa al test del caràcter “efectiu” de la vida familiar, els òrgans d'Estrasburg han assenyalat que per ser protegida, la vida familiar ha de tenir un caràcter efectiu, no pot limitar-se a una simple virtualitat. Així, no és suficient la veritable existència d'un vincle familiar, sinó que, a més, aquest vincle ha de ser el fonament d'una “vida familiar” efectiva, i és el demandant qui està obligat a demostrar-ho.

L'efectivitat del vincle familiar, d'acord amb la jurisprudència del TEDH i de les decisions d'admissibilitat de la Comissió Europea, està configurada per dos components essencials: la cohabitació i la dependència econòmica. Ara bé, no obstant l'anterior, si fem un estudi conjunt del *case law* podem afirmar que, respecte a la “cohabitació”, si bé es tracta d'un requisit fonamental —tal com acabem de veure—, s'han donat casos en què altres formes de contacte, com les visites, la correspondència o les trucades telefòniques, s'han considerat implícitament amb rellevància potencial en determinades circumstàncies.²³ Pel que fa al requisit de la “dependència”, els òrgans convencionals han adoptat una interpretació restrictiva, i és necessari —com a regla general— l'element material

¹⁹ Santolaya Manchetti, Pablo, *op. cit.*, pàg. 98, entén que el CEDH com a tal no garanteix cap dret als estrangers a entrar i residir en un determinat país. Ara bé, expulsar una persona d'un país signatari del Conveni en el qual ha desenvolupat una part significativa de la seva vida i en el qual viuen els seus parents pròxims pot suposar una intromissió en el seu dret a la vida familiar.

²⁰ Arriaga Iraburu, Inés, *op. cit.*, pàg. 83-84.

²¹ Si bé fou la Comissió la primera d'emprar el sistema dels tests, el Tribunal Europeu de Drets Humans el va adoptar des de l'inici de la seva jurisprudència.

²² Vegeu la Sentència de 28 de novembre de 1996, en l'assumpte *Nsona v. The Netherlands*.

²³ Vegeu la Sentència de 28 de maig de 1988, en l'assumpte *Berrehab v. The Netherlands*.

o econòmic perquè existeixi. És per aquest motiu que la dependència merament emocional és considerada insuficient per posar en marxa la protecció *ex article 8è* del CEDH.

En tercer lloc, parlàvem de la necessària “preexistència” de la vida familiar, és a dir, que l'article 8è del CEDH protegeix el respecte a la vida familiar ja existent, anterior a la mesura estatal causant de la possible ingerència en l'exercici del dret objecte del litigi. En el cas dels estrangers això es tradueix en el fet que el vincle familiar del demandant existís amb anterioritat a l'adopció per part de l'estat demandat de la mesura de denegació, entrada o permanència, o a la mesura d'expulsió.

El TEDH va tenir ocasió d'aplicar el test de la preexistència en la seva primera sentència relativa al dret al respecte de la vida familiar dels estrangers, i va fer-ho d'una manera molt flexible. En efecte, en l'assumpte *Abdulaziz, Cabales i Bankandali v. The United Kingdom*²⁴ el TEDH va afirmar que, si bé és cert que en consagrar el dret al respecte a la vida familiar el CEDH pressuposa l'existència d'una família, això no significa que tota vida familiar projectada no pertanyi a l'àmbit de l'article 8è.

No obstant això, és en els casos d'immigrants de segona generació en què l'existència de l'exigència de la preexistència de la “vida familiar” s'ha aplicat amb més freqüència. En aquests casos la jurisprudència del TEDH pot qualificar-se de contradictòria. En l'assumpte *Bouchelkia v. France*,²⁵ en el qual el demandant era un immigrant de segona generació, el TEDH va considerar que la data de l'adopció de l'ordre d'expulsió era la que s'havia de tenir en compte a l'hora d'examinar la qüestió de si el demandant tenia una vida privada i familiar en el sentit de l'article 8è del CEDH. Com que havia constituït la seva família —dona i fill— amb posterioritat a l'adopció de la mesura d'expulsió, es va considerar que aquests vincles no s'havien de tenir en compte.

Ara bé, el criteri anterior no va ser el que va aplicar el mateix TEDH en l'assumpte *Boughanemi v. France*.²⁶ En aquest cas, el demandant —també immigrant de segona generació— va iniciar una relació de parella i va reconèixer un fill fruit de la mateixa relació amb posterioritat a l'adopció de l'ordre d'expulsió. El TEDH va afirmar que, malgrat el retard en el reconeixement del fill i el comportament del demandant amb ell, les “circumstàncies excepcionals” que han de donar-se per trencar el vincle entre un pare i el seu fill menor d'edat no es donaven en el cas en qüestió, i aquest fet convertia aquest vincle en constitutiu de “vida familiar” entre ells.

²⁴ Vegeu la Sentència de 28 de maig de 1985, en l'assumpte *Abdulaziz, Cabales i Bankandali v. The United Kingdom*.

²⁵ Vegeu la Sentència de 29 de gener de 1997, en l'assumpte *Bouchelkia v. France*.

²⁶ Vegeu la Sentència de 24 d'abril de 1996, en l'assumpte *Boughanemi v. France*.

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

ESTRUCTURA TRADICIONAL PER A CONTINGUTS MODERNS: ELS CAPÍTOLS AVUI

IMMACULADA BARRAL VIÑALS

PROFESSORA TITULAR DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

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

I. LES CAPITULACIONS: DE “RÈGIM” A CONTRACTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. El contingut necessàriament capitular: els capítols tradicionals

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. La “contemplació de la ruptura del matrimoni”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ López Burniol, *ibídem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ Igualment, en una anàlisi de dret comparat, vegeu Egea Fernández, *ibídem*.

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

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

IV. ELS CAPÍTOLS COM A NEGOCI: LA LLIBERTAT CONTRACTUAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CONCLUSIÓ

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

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

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

LA MEDIACIÓ EN L'EMPRESA FAMILIAR, UNA EINA PER A LA SEVA PERVIVÈNCIA

ISABEL VIOLA DEMESTRE

PROFESSORA TITULAR DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. Introducció.....	537
II. Els conflictes a l'empresa familiar.....	538
III. Instruments i òrgans reglamentadors dels conflictes a l'empresa familiar.....	541
IV. La mediació com a eina idònia per a l'obtenció del protocol familiar i en l'assemblea i el consell de família.....	543
V. Conclusió.....	552

I. INTRODUCCIÓ

La pervivència de l'empresa familiar¹ en mans dels membres de la família és un dels grans reptes que aquestes organitzacions han d'afrontar. El motiu l'hem de situar en la particular configuració d'aquestes estructures empresarials, caracteritzada per la interrelació, principalment, de dos sistemes:² el sistema

¹ Per *empresa familiar* entenem aquella empresa en la qual, independentment del nombre de treballadors o de la seva facturació, un o diversos membres d'una família exerceixen el control de la societat i porten la direcció de l'empresa, sigui estratègica o directament executiva. Guinjoan, M., Murillo, C. i Pons, J.: *L'empresa familiar a Catalunya: quantificació i característiques*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Treball i Indústria, Centre d'Innovació i Desenvolupament Empresarial (CIDEM), 2004, pàg. 15.

No obstant el concepte adoptat, pensem que la noció d'*empresa familiar* no és unívoca, ja que presenta múltiples matisos conceptuals, com posa en relleu l'estudi de Cerdá Alberó, Fernando: "L'empresa familiar: una noció relativa", a Vicent Chuliá, Francisco i altres: *El buen gobierno de las empresas familiares*, Thomson-Aranzadi, El Cizur, 2004, pàg. 299.

² Si analitzem l'empresa familiar amb més detall, podem considerar que ens trobem davant tres cercles d'interessos diferenciats (família, propietat i gestió de l'empresa), amb les seves pròpies normes, valors i estructures organitzacionals. El model dels tres cercles d'interessos a l'empresa familiar va ser concebut per Renato Tagiuri i John Davis, tal com es posa en relleu a Gersick, Kelin F.; Davis, John A.; Hampton, Marion McCollon i Lansberg, Ivan: *Empresas familiares. Generación a generación*, Mèxic: McGraw-Hill, 1997. Aquests autors indiquen també que de la interrelació dels tres grups hi pot haver tot un

empresarial i el sistema familiar. Cadascun d'aquests sistemes té la seva pròpia lògica. El sistema empresarial opera amb paràmetres racionals (repartiment de dividendes, gerència de l'empresa, etc.), mentre que el sistema familiar es desenvolupa prenent com a base l'afectivitat.

Si els diferents interessos d'ambdós àmbits són compatibles, l'empresa familiar no en resultarà afectada; si, en canvi, i com és freqüent, els interessos afectius, familiars, d'una banda, i els econòmics,³ d'una altra, són divergents, naixeran tensions i conflictes que deterioraran les relacions entre els seus membres i afectaran, sens dubte, la marxa del negoci familiar.

II. ELS CONFLICTES A L'EMPRESA FAMILIAR

Sense ànim d'exhaustivitat, les situacions conflictives més habituals a les empreses familiars deriven de la confusió entre propietat i gestió⁴ i/o entre propietat i feina,⁵ de la confusió dels comptes del negoci i de

entramat de relacions personals; els set grups diferents de persones que es poden trobar com a conseqüència de:

1. Membres de la família, que no treballen en el negoci familiar ni en són propietaris.
2. Propietaris de l'empresa, que no hi treballen ni són membres de la família.
3. Treballador de l'empresa, que no n'és propietari ni tampoc és membre de la família.
4. Membres de la família que alhora també són propietaris, però que no treballen a l'empresa familiar.
5. Membres de la família que treballen a l'empresa però que no en són propietaris.
6. Propietaris que treballen a l'empresa familiar però que no són membres de la família.
7. Propietaris i membres de la família que treballen a l'empresa.

³ Els interessos econòmics de la família, tant de la que participa en la gestió del negoci com de la que no ho fa, ocupen també un lloc destacat en els conflictes que sorgeixen en el si de la família empresària (sobre qüestions com la política de repartiment de dividendes, els criteris de finançament per cobrir les necessitats particulars de cada membre, el règim de transmissió de les accions o la informació que s'ha de subministrar als familiars sobre la gestió del negoci, entre altres).

⁴ Quan el paper de soci es confon amb el de la gestió de l'empresa, acostuma a passar que els hereus o socis considerin que tenen dret a ser els nous líders del negoci familiar o que pensin que tenen dret a participar en la propietat del negoci, en igualtat de condicions, independentment de la seva capacitat.

⁵ La confusió dels límits entre la condició de soci o d'hereu i la condició de treballador pot suposar que el soci, només pel fet de ser-ho, cregui que té el dret a ocupar un lloc de treball en el negoci familiar, sense tenir en compte la seva capacitat per desenvolupar-lo o el fet que hi pugui haver o no un lloc vacant; pel que fa a la retribució, tan negatiu és que el soci exigeixi una retribució superior en funció de les seves necessitats, i no pas d'acord amb la remuneració que el mercat preveu per al desenvolupament de les seves funcions, com que el soci percebi una retribució per la seva feina que sigui inferior al preu de mercat. En el primer cas, es pot desincentivar els treballadors no familiars que ocupen un càrrec de característiques similars,

l'empresa,⁶ de les responsabilitats assumides i la remuneració dels membres de diferents generacions; també sorgeixen conflictes de les diferents visions d'aplicació dels criteris empresarials,⁷ de la falta d'un lideratge empresarial definit o assumit entre els membres d'una mateixa generació,⁸ per problemes de comunicació, com a conseqüència de la successió del fundador⁹ o de la successió en la propietat,¹⁰ entre altres.¹¹

Com dèiem, aquests conflictes que sorgeixen com a conseqüència de la confusió entre els diversos sistemes que configuren l'estructura d'aquesta modalitat empresarial causen problemes i tensions en la família que, inevitablement, afectaran la bona marxa del negoci familiar. Al cost personal del deteriorament de les relacions personals entre els membres de la família que aquestes divergències

i en el segon cas, el soci serà qui estarà desmotivats i, per tant, pot decidir treballar en una altra empresa on rebi una contraprestació que correspongui a la tasca que desenvolupi. De la mateixa manera, per la confusió de límits entre la condició de soci i la de treballador, es pot donar el cas que tots els socis rebin la mateixa remuneració, independentment del lloc que ocupin respectivament o de la formació rebuda.

⁶ En cas que els comptes de l'empresa i els de la família no estiguin clarament diferenciats, pot succeir que els dividendes del negoci es reparteixin d'acord amb les necessitats de la família, deixant de banda les necessitats financeres de l'empresa; que hi hagi una confusió entre el patrimoni familiar i el patrimoni empresarial, amb el risc que l'afecció a les activitats empresarials pugui suposar i, en casos extrems, que la confusió entre comptes faci que l'empresa pagui les despeses de la família. La controvèrsia també pot aparèixer en els conflictes entre les necessitats de liquidesa de la família i el negoci.

⁷ Durant el període en què el fundador i els seus descendents treballin a l'empresa, poden sorgir divergències respecte a les mesures que s'han d'adoptar a l'empresa, perquè el primer pot ser que no tingui en compte el criteri dels descendents pel fet de considerar-los poc preparats o amb poca experiència, o perquè els segons considerin que el fundador no està al dia de les qüestions empresarials i tecnològiques aplicables. En general, els conflictes provenen del fet que la generació inicial acostuma a ser més conservadora, mentre que la generació que arriba és més dinàmica, té ganes de fer coses, de desenvolupar-les i, per tant, d'assumir més riscos.

⁸ També pot succeir que els directius d'un negoci familiar que no pertanyen a la família no acceptin la persona que ha estat designada per exercir les funcions de líder de l'empresa.

⁹ La successió del fundador és una de les principals fonts de conflicte en l'empresa familiar, i si no es planifica amb el procediment i en el temps adient pot suposar la desaparició o la transmissió a tercers no familiars del negoci. Els motius de conflicte en la successió a l'empresa familiar són diversos: des de la resistència del fundador a deixar el seu lloc, passant per la designació del successor en la gestió de l'empresa per part del fundador o la lluita pel poder, fins a la capacitat del successor designat pel fundador, entre molts altres.

¹⁰ La successió en la propietat de l'empresa prevista pel fundador del negoci també pot generar disputes per la disconformitat dels membres de la família davant la distribució que el fundador ha dut a terme.

¹¹ També poden sorgir divergències entre el fundador i el seu cònjuge respecte a la situació dels fills en l'empresa, o en la designació del successor o successors en la gestió i la propietat del negoci familiar.

familiars generen, s'hi afegeix el cost empresarial produït pels problemes en la gestió del negoci (junta general i consell d'administració, en particular), que com que estan formats per les mateixes persones que componen la família, estan inevitablement afectats per les tensions de l'àmbit familiar.

La possibilitat de situacions de controvèrsia a l'empresa familiar pot augmentar quan les successives generacions s'incorporen al negoci familiar. En la primera generació, quan el fundador és l'únic membre de la família que treballa a l'empresa, difícilment poden sorgir conflictes amb els altres membres de la família. En aquesta primera etapa i en general, el fundador és el propietari i gestor de la seva pròpia empresa, i a més, crea un sentit de pertànyer a un grup familiar (habitualment, la parella i els fills) en el qual el seu poder és accentuat.

Quan els fills, la segona generació, s'incorporen a l'empresa i els lligams familiars s'amplien amb la parella i els descendents dels fills del fundador, el poder del progenitor sobre els seus fills es pot veure minvat, ja que els interessos d'aquestes noves generacions pot ser que no coincideixin amb la visió del progenitor. Amb la tercera generació, el sentit de pertinença a un determinat grup familiar i els llaços afectius també en poden resultar afectats, alhora que signifiquen noves demandes no coincidents, necessàriament, amb les generacions precedents, amb la consegüent repercussió en l'empresa familiar. A mesura que el nombre de membres de la família augmenta, hi ha més opinions i idees, que poden dificultar el desenvolupament familiar i empresarial¹² si no es gestionen d'una manera adequada.

Si tenim en compte que el percentatge de desaparició de les empreses familiars per causes vinculades amb les relacions internes de la família¹³ (principalment, conflictes d'interessos, discussions respecte al lideratge, en particular, el relleu generacional a l'empresa i les tensions familiars) és alt,¹⁴ es fa imprescindible que la mateixa empresa familiar tingui present la rellevància de sumar esforços per harmonitzar les relacions entre els diferents sistemes o cercles d'interessos i, en conseqüència, contribuir a la continuïtat del negoci familiar.

Davant d'aquest panorama, i si el que es vol és que la propietat i la gestió de l'empresa familiar continuïn en poder dels membres de la família, resulta

¹² La pluralitat de membres d'una família empresarial no ha de ser sinònim, ineludiblement, de conflicte, ja que pot succeir que els interessos de cadascun d'ells estiguin preservats, amb la qual cosa s'evita el naixement de controvèrsies.

¹³ A més de les relacions interfamiliars, els altres dos factors de crisi a l'empresa familiar són les relacions entre accionistes i les relacions entre gestors amb responsabilitats.

¹⁴ Segons dades de l'Institut de la Empresa Familiar, entre el 10 % i el 15 % de les empreses fundades arriben, essent familiars, a la tercera generació. Són dades obtingudes el desembre del 2004 al web www.iefamiliar.com. El 85 % o 90 % restant són empreses familiars que es liquiden o es venen a tercers no familiars.

convenient aprendre a afrontar les inevitables situacions conflictives generades, en gran manera, per aquesta interacció de dos sistemes, familiar i empresarial, amb lògiques diferents —els sentiments i l'estimació, d'una banda, i els diners, la propietat o el treball, de l'altra.

III. INSTRUMENTS I ÒRGANS REGLAMENTADORS DELS CONFLICTES A L'EMPRESA FAMILIAR

L'existència de controvèrsies en l'empresa familiar, arran de les interferències que causen les divergències entre interessos personals i empresarials, és afavorida, en gran manera, per l'absència d'un règim reglamentador de les relacions entre els membres de la família que participen del treball empresarial. Per això, en els darrers anys, les empreses familiars recorren a instruments i eines que afavoreixin el tractament positiu dels interessos contraposats dels membres de cadascun dels diferents àmbits que coexisteixen en aquesta modalitat empresarial. En aquesta línia, cal mencionar, d'una banda, el protocol familiar i, de l'altra, l'assemblea (o junta) familiar i el consell de família.

1. El protocol familiar

El protocol familiar és un acord de voluntats consensuat i desenvolupat entre els membres d'una família, propietària d'una empresa, amb la finalitat de crear un codi de conducta que reguli les relacions entre la família i l'empresa.

Esdevé un acord marc firmat entre familiars socis d'una empresa amb l'objectiu d'aclarir les relacions entre la família, la propietat i l'empresa per donar-li continuïtat d'una manera eficaç i amb èxit a través de les generacions següents. Té una naturalesa complexa perquè s'hi inclouen pactes diversos.¹⁵

¹⁵ El protocol familiar estarà integrat per diferents tipus de pactes que l'empresa haurà de diferenciar clarament entre si. Cadascun d'aquests pactes tindrà un grau de transparència diferent, per respectar la confidencialitat dels plans de negoci de les empreses familiars.

Per això es distingeixen tres categories de pactes: pactes reservats, pactes públics i pactes parasocials. Els *pactes reservats* són aquells que, per raons de confidencialitat i d'interès exclusivament familiar, i per preservar la intimitat familiar, es continuaran mantenint en l'àmbit intern. Hi ha determinades qüestions, com ara la prohibició d'incorporar a l'empresa els familiars polítics (coneguda com la clàusula antigendre) o el repartiment de participacions a un fill no reconegut legalment, que, òbviament, es considera que pertanyen a l'àmbit intern de la família. Per aquest motiu, són pactes que la família considera reservats i que, en conseqüència, no tenen accés al Registre Mercantil.

Els *pactes públics* (o *estatutaris*) són els que formen part de l'estatut de l'empresa i que es poden inscriure en el registre amb la finalitat d'atorgar-los valor i protegir l'empresa i el negoci davant de tercers. Si, per exemple, la família decideix limitar la venda de participacions fora de l'estirp, la inscripció d'aquest pacte al Registre Mercantil permetrà que sigui oposable davant de tercers. O també es consideren pactes públics els acords que fan referència a la política

És un reglament, amb normes de conducta, en què s'acorda com han d'actuar els familiars per tal d'evitar que els conflictes afectius contaminin l'empresa i a l'inrevés. S'hi regulen qüestions com ara les condicions per incorporar-se a la companyia, com i quan es poden vendre les accions, quina política de dividendes s'ha de seguir, quin paper han de jugar els anomenats *afegits* (joves i gendres), etc. De fet, no hi ha normes generals sobre el contingut del protocol familiar. Cada família ha de consensuar els seu propi protocol, com si es tractés d'un vestit a mida, de manera que n'hi ha que són molt detallats, que regulen fins i tot el règim econòmic per contraure matrimoni, i d'altres que són més generals.

2. L'assemblea familiar i el consell de família

D'altra banda, com a òrgans del cercle d'interessos de la família,¹⁶ trobem el consell de família i l'assemblea familiar. El consell de família és l'òrgan que pren decisions respecte a les relacions entre la família i l'empresa (política de contractació de familiars o normes de successió, entre altres), vetlla per la formació i l'orientació professional dels membres joves de la família i administra els fons de l'empresa per finançar programes educatius.¹⁷ Té com a finalitat garantir la bona convivència familiar, aplicar els principis i les normes que conté el protocol familiar, i és l'encarregat d'aclarir els dubtes d'interpretació, si s'escau, amb el dictamen

de dividendes, l'establiment d'abonaments i avantatges del fundador o de participacions privilegiades, la creació del consell de família, l'objectiu del qual és supervisar i assessorar la junta i el consell d'administració, el règim de sancions per incompliment o la submissió a l'arbitratge en cas de conflicte.

Els *pactes parasocials* són aquells acords que no es recullen en els estatuts però que tampoc no són secrets. A tall d'exemple, es consideren pactes parasocials el règim econòmic matrimonial (de separació de béns, per exemple) del fundador de l'empresa o dels seus fills, els sindicats de vot entre cosins, germans o nebots, o els pactes successoris. Són aspectes que, malgrat que poden incidir en l'empresa, no són incorporats als estatuts. I encara que, per tant, la seva inscripció no sigui necessària, es preveu la possibilitat que aquests pactes parasocials puguin quedar dipositats al Registre Mercantil a través d'un certificat expedit pel secretari del consell de família amb el vistiplau del president. També tenen la consideració de pactes parasocials les mencions, habituals, en el protocol familiar, a la història de l'empresa familiar.

¹⁶ En el diagrama ideat per Tagiuri i Davis, en el cercle d'interessos de la propietat, trobem la junta d'accionistes com a òrgan d'expressió i decisió dels seus membres respecte a qüestions relacionades amb l'empresa familiar. En l'àmbit de gestió empresarial, l'òrgan en el qual els membres elegits poden expressar les seves opinions per tal de complir els objectius fixats per la junta d'accionistes és el consell d'administració. Així doncs, l'assemblea —també anomenada junta familiar— i el consell de família vénen a omplir un buit existent fins fa pocs anys en l'àmbit familiar de l'empresa, amb la finalitat que els membres de la família amb interessos diversos respecte al negoci familiar tinguin un espai on puguin manifestar les seves expectatives, on puguin debatre les possibles opcions que puguin donar resposta a possibles conflictes per, finalment, adoptar acords consensuats.

¹⁷ Rodríguez Aparicio, Jorge Alberto: "El protocolo familiar", a Vicent Chuliá, Francisco i altres: *El buen gobierno de las empresas familiares*, op. cit., pàg. 299.

previ d'un professional independent de reconegut prestigi. Pot estar integrat pels caps de branca familiar, acompanyats d'altres membres de la família en els quals concorrin uns requisits prèviament establerts. No s'ha de confondre amb el consell d'administració de l'empresa. Al consell de família es tracta d'informar i de tractar temes familiars, però no pas de prendre decisions de gestió empresarial.¹⁸

Per la seva banda, l'assemblea (o junta) familiar és l'òrgan que vetlla per la unitat i la comunicació entre els membres de la família. És la que preveu les bases del protocol familiar acordades de manera consensuada. Encara que no hi ha una fórmula per configurar-la, inclou tots els membres de la família, a partir d'una determinada edat, com ara 18 anys, treballin o no a la societat familiar, i pot arribar a comptar amb els familiars polítics (gendres i joves), i fins i tot amb assessors externs.

Malgrat aquesta distinció, moltes empreses acostumen a fusionar l'assemblea i el consell de família en un sol òrgan que integraria, d'una manera o d'una altra, totes les generacions i branques de la família.

Com hem indicat, el protocol familiar, d'una banda, i l'assemblea familiar i el consell de família, de l'altra, constitueixen, respectivament, l'instrument i els òrgans que, ara per ara, tenen com a objectiu reglamentar les relacions entre la família i l'empresa amb l'objectiu d'afavorir que les relacions entre els familiars permetin la pervivència del negoci.

Tant en l'elaboració del protocol familiar com en el desenvolupament de les reunions de l'assemblea familiar i el consell de família, la finalitat és assolir uns acords que afavoreixin que la relació en el binomi empresa-família permeti un desenvolupament satisfactori per a tots els seus membres. La clau és que els acords hagin estat consensuats un cop totes les persones destinatàries dels pactes hagin participat en el procediment per adoptar-los, dient-hi la seva. Es fa necessari que els conflictes s'abordin tenint en compte les necessitats i els interessos de tots ells, i que el resultat que es generi comporti un resultat en el qual totes les parts implicades guanyin. I perquè això sigui així cal una comunicació, preferiblement fluïda, és clar, entre tots els membres de la família empresària.

IV. LA MEDIACIÓ COM A EINA IDÒNIA PER A L'OBTENCIÓ DEL PROTOCOL FAMILIAR I EN L'ASSEMBLEA I EL CONSELL DE FAMÍLIA

En aquest marc, la mediació és un instrument idoni per gestionar els diferents interessos entre els membres de la família i, en conseqüència,

¹⁸ En el consell de família es pot acordar fer, a tall d'exemple, un préstec a un membre familiar que ho necessiti, o fins i tot fixar la política de dividendes. Aquest òrgan també pot ser l'encarregat de decidir si un membre de la família que vol incorporar-se a treballar a l'empresa familiar té la capacitat exigida i acordada en el protocol familiar.

assolir els acords satisfactoris que es recolliran en els instruments legals corresponents.¹⁹ La idoneïtat de la mediació rau en el fet que aquest sistema de resolució de conflictes està orientat a aconseguir pactes per superar un conflicte, i alhora, està dirigit a mantenir la relació entre les parts en disputa.

La mediació²⁰ es configura com el procediment a través del qual els familiars poden comunicar-se entre si i manifestar les seves expectatives i necessitats, acompanyats d'un tercer, el mediador, que facilita el diàleg entre ells creant un espai en el qual es poden expressar lliurement, amb igualtat i equitat comunicativa.

Mitjançant la mediació, les parts, conjuntament i amb l'assistència d'una tercera o terceres persones²¹ imparcials, plantegen voluntàriament conflictes que volen resoldre, desenvolupen opcions amb aquesta finalitat, prenen en consideració les alternatives i assolixen un acord consensuat que tindrà en compte els interessos i les necessitats de totes les persones implicades.

3. Avantatges en l'empresa familiar dels principis de la mediació

La mediació és un procediment que emfatitza la responsabilitat dels membres de la família empresarial en prendre decisions que afecten les seves vides, i que ofereix l'oportunitat de gestionar una controvèrsia confidencialment, imparcialment, cooperativament i basant-se en la lliure voluntat de les parts.²²

¹⁹ La mediació en l'empresa familiar està prevista a l'article 13 de la Llei 7/2001, de 26 de novembre, reguladora de la mediació familiar en l'àmbit de la comunitat valenciana (BOE, núm. 303, de 19 de desembre de 2001); en canvi, no ho està a la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar de Catalunya, en la qual la mediació es preveu, únicament, per als conflictes específics de persones unides pel vincle matrimonial o que formen una unió estable de parella, així com per a un conflicte per raó d'aliments entre parents o d'institucions tutelars. Tampoc no està prevista de manera específica en les altres tres lleis promulgades respectivament a la comunitat autònoma de Galícia, a les Illes Canàries i, la darrera, a la comunitat autònoma de Castilla-La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar).

²⁰ Pel que fa a la mediació com una via per solucionar conflictes familiars, vegeu, a tall d'exemple, Villagrasa, Carlos i Vall, Anna M.: "La mediació familiar: una nova via per gestionar els conflictes familiars", *La Ley*, 5049, pàg. 1-7.

²¹ La complexitat de la temàtica de discussió, així com el nombre de persones que intervenen en el procés, pot comportar la intervenció de dos o més mediadors, que treballaran en comediació.

²² Sobre els principis de la mediació familiar, aplicables a la que s'efectua a l'empresa familiar, vegeu Vall, Anna M.: "La mediació familiar: gestionar pacíficament la pau i preservar la relació", a Villagrasa, Carlos (coord.): *La mediació*, Barcelona: Pòrtic, 2004, pàg. 57 i s.

3.1. *Confidencialitat*

La confidencialitat és un dels principis bàsics de la mediació, per la qual cosa els membres de la família empresarial poden emprar aquest procediment per arribar a acords que, recollits al protocol familiar, aclareixen quins són els valors i les normes internes de l'empresa familiar, preservant el seu anonimat, ja que també és útil per posar fi als diferents conflictes de manera privada,²³ sense haver de recórrer a la publicitat que es desprèn dels processos judicials.

3.2. *Imparcialitat*

La imparcialitat del mediador fa que tots els membres que participen en el procediment de mediació, sigui per elaborar el protocol familiar o per resoldre un conflicte existent tractat en l'assemblea familiar o el consell de família, tinguin l'oportunitat d'expressar els seus respectius interessos, situant-se en un pla d'igualtat entre tots ells, sense que el mediador se situï a favor de cap d'ells en particular. El mediador no és cap jutge que hagi de decidir quina de les parts en conflicte té la raó conforme al dret. El mediador proporciona l'espai adient perquè cada persona pugui manifestar els seus sentiments i les seves necessitats, i perquè tots plegats siguin capaços d'arribar a una solució que satisfaci els interessos de tots, sense que, per tant, hi hagi vencedors ni vençuts.

3.3. *Voluntarietat*

La mediació es basa, a més, en la lliure voluntat dels membres de la família que decideixen exercir el poder de solucionar per ells mateixos les controvèrsies que afecten les relacions interpersonals i que incideixen en el desenvolupament de l'empresa. I ho fan a través de la intervenció del mediador, que els guiarà fins a un acord consensuat, en lloc d'haver de superar el conflicte subjectant-se a la decisió d'un sol d'ells o d'un tercer que els imposarà una solució com a resultat de la qual hi haurà guanyadors (els que fan prevaler els seus interessos per damunt dels de la resta de membres de la família empresarial) i perdedors (aquells que no veuen les seves expectatives cobertes). La mediació és un procediment voluntari que es pot aturar en qualsevol moment.

4. Els caràcters de la mediació en l'empresa familiar

La mediació és un procediment cooperatiu, atès que els membres de la família empresarial podran arribar a acords que tenen per finalitat última la pervivència del negoci quan participin activament en cadascuna de les fases (explicant les seves demandes, escoltant amb respecte les dels altres, establint les pròpies

²³ A través d'aquest procediment, ni els creditors, ni els proveïdors, ni els clients, o fins i tot els treballadors, no tindran coneixement de l'existència d'una disputa que, en els procediments de resolució pública, pot arribar a perjudicar la imatge empresarial, si se n'assabenten.

prioritats i pensant en aquelles opcions que tinguin en compte les necessitats exposades).

En conseqüència, aquest procediment de gestió del conflicte, guiat per un tercer —mediador— sense poder de decisió i orientat a assolir acords, afavoreix el manteniment de la relació entre els membres de la família empresarial. Preservar una bona relació entre els membres de la família²⁴ adquireix una rellevància cabdal quan aquesta relació incideix inevitablement en l'àmbit empresarial, i a l'inrevés. La intervenció d'un tercer mediador en una situació de conflicte ajuda a fer que les relacions familiars es mantinguin i, fins i tot, s'enforteixin, ja que afavoreix que siguin capaços d'arribar per ells mateixos a acords mitjançant un espai i un temps perquè els membres de la família expressin sentiments, necessitats i interessos que siguin entesos i respectats per la resta.

5. La mediació en l'elaboració del protocol familiar i en les reunions de l'assemblea familiar i el consell de família

Per a les famílies empresarials, poc acostumades a expressar interessos divergents, l'elaboració d'un protocol familiar constitueix un bon exercici d'aprenentatge per comunicar-se de manera satisfactòria en l'àmbit familiar i, en conseqüència, també en l'empresarial.²⁵ Una de les conseqüències positives principals del procediment adient en l'elaboració d'un protocol familiar rau en el fet que permet introduir en la família empresarial conceptes rellevants que li permetran enfrontar-se a situacions potencialment difícils, en assolir acords dins la família. I això es tradueix en un augment de les possibilitats de continuïtat de l'empresa dins d'un clima familiar d'enteniment. El procediment d'elaboració d'un protocol familiar ensenya als membres de la família a canalitzar els sentiments i expressar els interessos respectius en l'àmbit apropiat. El protocol no és

²⁴ El consens acostuma a ser un dels elements essencials perquè es compleixin els pactes acordats pels membres d'una empresa familiar. A diferència de les decisions imposades per un tercer a favor d'un o de diversos membres de la família en detriment dels altres, un acord consensuat, elaborat basant-se en la comunicació i tenint en compte la voluntat de tots els subjectes, té un percentatge de compliment molt més elevat. Si una situació conflictiva s'ha resolt a través de pactes, és molt més probable que totes les persones estiguin en disposició de complir allò a què s'han compromès.

Per arribar a aquest consens, cal que els membres de la família participin activament en un procediment en el qual tots tinguin la possibilitat d'expressar-se, com ara en la mediació.

²⁵ Ivan Langsberg, fundador del *Family Firm Institute*, va declarar en una conferència a l'Institut de la Empresa Familiar que: "A l'empresari familiar li toca aprendre el tema de la família tant com la temàtica empresarial si vol que el dia de demà la seva empresa tingui èxit continuat".

només un fi per si mateix,²⁶ sinó que és un començament, ja que constitueix un exercici d'autoregulació dels membres de la família que, a través d'un procediment adient, culmina en un document que representa el consens de la família, necessari per a la continuïtat del negoci familiar. I el fet que l'acord hagi estat assolit amb la participació i el consens de tots comporta un grau més alt de compliment, a diferència del que succeeix en conflictes resolts per la imposició d'una solució no compartida per tots els afectats. Quan un conflicte és decidit per un tercer, sense que tingui present el que volen les parts en conflicte, acostuma a adoptar una decisió basada en normes jurídiques o en equitat que fa que hi hagi una part vencedora i una part vençuda, amb sentiments de derrota i, per tant, poc predisposada a col·laborar en l'empresa o a mantenir una relació cordial en la família.

És un aspecte necessari que tota la família participi en la preparació del protocol, independentment del fet que siguin accionistes, directius, treballadors, etc., hi estiguin o no implicats, coneguin o no els detalls de l'activitat empresarial, perquè és recomanable que tots tinguin l'oportunitat de pronunciar-se sobre aspectes que, en un sentit o un altre, els poden afectar. És convenient que els membres de la família determinin el seu grau de compromís davant la companyia. I més tenint en compte que, a mesura que el nombre de membres de la família augmenta, hi ha més opinions i idees, que poden dificultar el desenvolupament familiar i empresarial si no s'han establert les bases de la planificació en les quals tots hagin intervingut.

El mediador potencia una actitud familiar favorable per assolir acords satisfactoris i duradors. Afavorirà que els membres de la família hi intervinguin de manera activa i continuada al llarg del procediment, atesa la seva complexitat. Cal que les parts abordin el procediment amb esperit obert, per tractar tots els temes, per involucrar-se en el diàleg i per ser imaginatives en la recerca del compromís, i amb generositat, per arribar a acords, de manera que tots cedeixin en allò que puguin, rebent a canvi les cessions dels altres, sense que ningú se senti vencedor ni vençut. Si no és així, l'esforç realitzat serà inútil, per molts documents que se signin.

Ara bé, segons les necessitats de cada cas i la tipologia dels acords, es fa necessari que, a més del mediador, hi participin gestors no familiars, així com assessors externs que poden aportar una visió sobre els aspectes de

²⁶ El protocol familiar no és un aval per a l'empresa ni és la solució perquè la família s'avingui. No és un antídoto infal·libre contra les guerres de poder en el si de les empreses, ni resol d'un plomall la problemàtica entre família i empresa. Representa l'acord dels membres de la família en relació amb aspectes relatius a l'empresa i la família que, si s'han adoptat a través d'un procediment adient en què tothom pugui expressar les seves expectatives per harmonitzar-les i, per tant, afavorint la cohesió familiar, fomentaran la continuïtat de l'empresa familiar.

caràcter organitzatiu, dels òrgans executius, entre altres. Hi ha una sèrie d'assumpptes que són recurrents en l'elaboració del protocol familiar, però ni tots els assumpptes esgoten el contingut del protocol familiar ni tampoc la solució que s'hi dona no coincideix en cada cas. Cada família adopta les seves decisions.

Cal, doncs, un protocol familiar adient i personalitzat per a cada empresa familiar, amb la finalitat que els interessos interdependents de l'empresa i la família siguin compatibles,²⁷ sense interferir-se negativament, i de manera particular, perquè es planifiqui la seva successió,²⁸ atès que constitueix una de les causes principals de conflicte en l'empresa familiar, que incideix,

²⁷ Ens agradaria esmentar l'opinió de Gonzalo de Federico Fernández i de Núria Villanueva Rey respecte al consell tradicional que cal separar família i feina. Per a aquests autors, no és realista actuar com si els problemes empresarials de l'empresa familiar poguessin quedar només en l'àmbit de l'empresa, i a l'inrevés. Assenyalen que treballar a l'empresa familiar "fent com si no fóssim de la família" és, precisament, una simulació; que és una despesa inútil d'energia encaparrar-se a treballar com si el cap o l'encarregat no fossin també el pare o la mare, el germà o la cunyada, etc.

Compartim aquesta tesi en el sentit que actuar com allò que un és realment comporta més comprensió i gestió, tant dels èxits com dels fracassos. Ara bé, entenem que cal una delimitació mínima dels sistema familiar, d'una banda, i del sistema empresarial, de l'altra. El fet de ser família no justifica, per si mateix, per exemple, que un membre pugui guanyar un sou superior que el salari que el mercat fixa per a aquest lloc concret de treball, ja que aquesta mesura pot generar unes conseqüències que abans hem indicat, com ara que altres treballadors no familiars que tenen un sou inferior per fer la mateixa feina se sentin infravalorats quan els seus coneixements o la seva formació són superiors als que té el membre de la família. Considerem que hi ha aspectes racionals propis de l'àmbit empresarial que s'han de preservar si es vol que el negoci, la font del manteniment de la família, continuï essent-ho. Entendríem que la mesura s'adoptés si hi hagués una causa que justificués un sou superior i que hagués estat consensuada per tots els membres de la família (per exemple, aquest membre de la família té un fill amb una discapacitat, per la qual cosa requereix unes atencions especials que tenen un cost elevat, i perquè està previst així, es pot disposar d'un fons creat a aquest efecte). Cal, doncs, una delimitació dels àmbits perquè no hi hagi una interferència com aquesta entre família i empresa que dificulti el desenvolupament d'ambdós sistemes. I en tot cas, considerem que les probables situacions d'interferència entre els dos sistemes haurien de ser pactades entre tots els membres per garantir-ne el compliment.

Amb aquesta finalitat, la mediació empresarial ajudarà a visualitzar a les persones la seva doble condició a la família i a l'empresa per gestionar constructivament els conflictes, inevitables i naturals, amb resultats satisfactoris per a l'una i l'altra.

Federico Fernández, Gonzalo M. de i Villanueva Rey, Núria: "La mediación en la empresa familiar", a Eduard Vinyamata (coord.): *Guerra y paz en el trabajo. Conflictos y conflictología en las organizaciones*, València: Tirant lo Blanch, 2004, pàg. 141.

²⁸ Vegeu Viola Demestre, Isabel: "La mediació en la successió de l'empresa familiar", a Villagrasa, Carlos (coord.): *La mediació*, Barcelona: Pòrtic, 2004, pàg. 78 i s.

per tant, de manera particular, en la seva continuïtat dins d'una mateixa família.²⁹

En el protocol familiar, la família empresarial hi estableix els principis que han de guiar les relacions familiars i el negoci. S'ha d'elaborar prenent com a base els debats que es produeixen a les assemblees familiars, en les quals han de participar tots els membres de la família que tinguin alguna cosa a veure amb l'empresa. Les famílies que afronten el futur unides i que tenen clarament definides la seva finalitat i les seves polítiques en relació amb l'empresa tenen més possibilitats d'èxit que les que només reaccionen davant els esdeveniments. És recomanable, doncs, que, a més dels assessors econòmics, empresarials i legals, en el procediment d'elaboració del protocol familiar, hi intervingui un mediador expert a gestionar la comunicació entre persones, per tal que tots els membres de la família puguin dir-hi la seva i, d'acord amb les seves necessitats, arribin a un consens en els fonaments sobre els quals l'empresa familiar es basa, i aquesta pugui continuar.

L'assemblea familiar i el consell de família constitueixen els òrgans a través dels quals es canalitza de manera permanent la comunicació entre els membres de la família empresarial. En casos de conflicte no previstos en el protocol familiar, la mediació també és una eina que permet superar-los, novament, a través de la intervenció, en l'assemblea o en la junta, del tercer, que afavorirà un espai en el qual les persones en conflicte puguin verbalitzar els seus sentiments i les seves expectatives, mantenint-les en un mateix nivell d'importància amb la finalitat de fer que es respectin mútuament i trobin les opcions que, de manera consensuada, puguin cobrir les expectatives inicialment contraposades.

²⁹ Aforismes com “el fundador impulsa l'empresa familiar, els germans la mantenen i els cosins l'enfonsen”, “l'avi funda l'empresa, el fill la debilita i el nét l'enterra”, “l'avi crea l'empresa, el fill la consolida i el nét l'enfonsa” són només una mostra que vol significar la realitat d'algunes empreses familiars que desapareixen en la tercera generació. Les estadístiques així ho indiquen. Segons l'estudi publicat l'abril del 2004, a Catalunya, un 32 % de les empreses familiars enquestades van ser creades després del 1970; un 41,4 %, entre el 1940 i el 1969; un 15 %, entre el 1910 i el 1939, i un 10,8 % són anteriors al 1910. Segons aquest estudi, el percentatge de les empreses familiars de tercera o quarta generació, és a dir, les creades abans del 1940, és del 26,6 %. En aquest sentit, vegeu el treball de Guinjoan, M., Murillo, C. i Pons, J.: *L'empresa familiar a Catalunya: quantificació i característiques*, op. cit., pàg. 45 i 46.

Per la seva banda, segons l'Institut de la Empresa Familiar (IEF), que reuneix 104 de les empreses familiars més grans, i d'acord amb les dades que consten a la seva pàgina web (www.iefamiliar.com) sobre la situació generacional de les seves empreses associades, un 14 % és a la primera generació, un 28 % a la segona generació, un 31 % a la tercera generació, un 19 % a la quarta generació, un 5 % a la cinquena generació, un 2 % a la sisena generació i un 1 % a la setena generació.

La mediació és un instrument d'utilitat per tal que la família explori els seus valors, la filosofia de la seva empresa familiar i la visió familiar amb l'objectiu d'avaluar el seu compromís amb l'empresa, atès que empresa i família, uns factors interdependents en l'empresa familiar, han de ser compatibles i fonamentar-se l'una en l'altra per desenvolupar una visió de futur compartit per la família i per l'empresa.

El compromís compartit pel futur de la família i l'empresa, les reunions per abordar conflictes i per mantenir la comunicació, així com per fonamentar el pacte equitatiu en la família, són principis rellevants en el futur de l'empresa familiar³⁰ que es poden preservar mitjançant la participació del tercer mediador, que oferirà, en les sessions de l'assemblea o del consell de família,³¹ les tècniques apropiades a cada qüestió controvertida.

I és que totes les famílies empresarials tenen complexitats, dificultats i diversitat de criteris. La diferència fonamental és que unes saben comunicar-se, escoltar, cedir i estar unides i altres no saben com afrontar les dificultats, la qual cosa dóna lloc a distanciaments i entroncaments. La mediació pot ser una eina útil perquè els membres de les empreses familiars es comuniquin, s'escoltin, cedeixin i sàpiguen com afrontar les dificultats units, ja que el resultat del procediment és fruit del consens, no pas de la imposició de la voluntat d'un dels membres o, si arriba el cas, d'un tercer, amb la qual cosa s'assoleix una unitat familiar i empresarial que, a grans trets, es veurà menys abocada a entrar en l'espiral del fracàs negocial. Com més compromís hi ha entre les persones que participen en el negoci, més èxit s'aconsegueix; com més unitat hi ha a la família, més èxit s'aconsegueix.

³⁰ Carlock, Randel, S. i Ward, John L.: *La planificación estratégica de la familia empresarial*, Deusto, 2003.

³¹ Les reunions del consell de família poden ser terapèutiques per a les famílies atrapades en les tensions diàries de gestionar i governar una empresa. Aquestes sessions ofereixen un marc objectiu per a la comunicació sobre assumptes conflictius, la qual cosa crea confiança en la família. Inicialment, els directius que pertanyen a la família, els propietaris i la resta de membres familiars pot ser que no estiguin preparats per compartir o escoltar crítiques constructives. Però fins i tot en moments de conflicte, s'està creant una visió compartida i un enfocament. És d'utilitat que, en el procés d'airejar tots els punts de vista, hi intervingui un professional, un mediador, que sàpiga recollir totes les expectatives manifestades, així com les opcions proposades per superar una situació conflictiva, ja que d'aquesta manera les famílies assoliran el consens més de pressa. En lloc de centrar-se en les diferències dels objectius a curt termini, s'afavorirà una visió de futur familiar i empresarial compartida.

6. El mediador, membre d'un equip multidisciplinari

El mediador³² forma part d'un equip multidisciplinari integrat per professionals especialistes en l'empresa familiar i assumeix la tasca de preparar un quadre de necessitats dels membres de la família, que obté durant el procediment de mediació a través de diverses tècniques. D'aquest quadre en resulta un informe amb preferències majoritàries de la família sobre les qüestions tractades i opcions possibles en concordança amb aquestes preferències. El procediment de mediació pot proporcionar als assessors legals i empresarials informació valuosa sobre els interessos subjectius dels seus clients³³ que caldria tenir present en el moment d'elaborar el document que resol una situació conflictiva puntual o de planificació empresarial. El mediador participa en el cicle de negociació i recerca de consens familiar, juntament amb els assessors experts en empresa, economia i dret.

A través del procediment de mediació iniciat en una assemblea familiar o, si s'escau, en el consell de família, per elaborar un protocol familiar o resoldre un conflicte, la família pren consciència dels hàbits de participació. Guiats pel mediador, que afavoreix la creació d'un clima de cooperació, es desenvolupa el diàleg i el consens en els fòrums de participació familiar, amb l'objectiu d'unir la família propietària al voltant del projecte comú d'empresa.

³² Una de les qüestions que es plantegen habitualment és quina és la persona que ha d'actuar com a mediatore i, més concretament, si pot ser un membre de l'empresa familiar. Si tenim en compte la imparcialitat, un dels principis fonamentals de la mediació, pensem que la mediació l'hauria de dur a terme una persona aliena a l'empresa familiar. Si bé és cert que el mediador expert i professional està preparat per mantenir aquesta imparcialitat, per la qual cosa no hi hauria d'haver problema en el fet que un membre de l'empresa familiar exercís les funcions de mediador, també és cert que, per a la resta de membres de la família empresarial que estan immersos en el conflicte o en la decisió de la planificació del negoci familiar, la intervenció d'un membre de la família com a mediador podria ser que no tingués una bona acollida si, posem per cas, aquest familiar que actua com a mediador acostuma a tenir més bona relació amb alguns membres de la família i menys amb uns altres. En aquest cas, un dels pilars fonamentals del procediment de mediació quedaria seriosament malmès, i en conseqüència, quedaria malmesa tota la seva estructura.

Això no obstant, si ja s'ha designat *a priori* una determinada persona perquè sigui la mediatore en casos de conflicte familiar o empresarial, i tots ho han acceptat, no veuríem cap inconvenient en el fet que fos admesa, o també en situacions conflictives puntuals.

Pel que fa a aquesta qüestió, es pot consultar l'opinió de Federico Fernández i Villanueva Rey ("La mediació en la empresa familiar", *op. cit.*, pàg. 143), que admeten sense reserves la possibilitat que un membre de la família actuï de mediador-facilitador en un conflicte.

³³ El mediador expert farà aflorar un conflicte latent, aportarà informació que pot prevenir un conflicte futur i afavorirà que emergeixin els sentiments ocults de les persones, que són essencials per assolir uns acords que s'ajustin a la realitat de cadascun dels membres de la família empresarial.

V. CONCLUSIÓ

Com assenyala Gerald Le Van, “[...] la família és una institució emocional. Els negocis familiars són una barreja de costums familiars i necessitats empresarials. Els nivells de lleialtat i confiança existents en el si de la família afecten també la marxa del negoci. Una empresa familiar potent constitueix un formidable competidor al mercat [...] perquè els membres de la família constitueixen una xarxa intangible d’emocions i valors. Aquesta solidaritat familiar proporciona a l’empresa el fons de fortalesa necessari per superar les pitjors crisis del mercat”.³⁴ La xarxa de valors i emocions és un dels pilars que sustenten les empreses familiars, però també és el seu taló d’Àquil·les, si sorgeixen conflictes que impedeixen la seva continuïtat. I és aquí on la mediació, ara i en el futur,³⁵ pot contribuir a afavorir la pervivència de l’empresa familiar, a través del procediment en el qual els membres de la família assolixen un acord consensuat i durador que satisfà els seus respectius interessos i expectatives.

³⁴ Le Van, Gerald: *Guía para la supervivencia de la empresa familiar*, Deusto, 1999.

³⁵ El 22 d’octubre de 2004 es va presentar la proposta d’esborrany preliminar de Directiva sobre determinats aspectes de la mediació en temes civils i comercials [COM (2004) 0718-C6-0154/2004-2004/0251 (COD)], que, si s’aprova, pot significar un nou impuls per a l’ús de la mediació en la resolució de conflictes, no només en l’àmbit familiar sinó també en l’àmbit civil, en general (de gran utilitat, entre molts altres, en conflictes d’herències, per exemple), i en l’àmbit empresarial.

Aquesta proposta es pot consultar a l’adreça següent: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004_0718es01.pdf

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

PARELLES DE FET I DESIGNACIÓ TUTELAR

MIRIAM ANDERSON

PROFESSORA LECTORA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. Introducció.....	555
II. Les classes de tutela en funció de l'origen de la designació.....	557
III. Les relacions entre els diferents tipus de designació: autonomia privada i criteri judicial.....	562
IV. Les parelles de fet en la designació de tutor.....	565
V. Parelles de fet, designació tutelar i reforma del Codi civil espanyol en matèria de dret a contraure matrimoni.....	568

I. INTRODUCCIÓ

El comentari següent pretén, en última instància, posar de manifest que la indecisió a l'hora de regular la situació de les unions convivencials pot generar problemes i desigualtats en aspectes de la vida de les persones que, si bé no apareixen com la gran qüestió discutida, adquireixen una transcendència especial per als subjectes que s'hi veuen involucrats en un moment o un altre de la seva existència, fins al punt de tenir llavors una importància cabdal.

Això és el que sembla que succeeix en la regulació estatal relativa a la delació de la tutela, introduïda per l'article 9 de la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, i de modificació del Codi civil, de la Llei d'enjudiciament civil i de la normativa tributària amb aquesta finalitat. Mentre que en alguns punts les modificacions que introdueix sembla que s'aparten de la concepció nuclear del matrimoni,¹ la reforma dels articles 223 i 234 del Codi civil espanyol (a partir d'ara, CCE) desaprofita l'ocasió d'introduir

¹ Destacadament, a l'art. 10.Sis, en modificar l'article 831 del CCE (amb un abast, per cert, molt més ampli que el que marca la finalitat de la Llei, atès que la delegació de facultats de distribució successòria no es limita als supòsits en què un dels fills presenti el grau de discapacitat que marca l'art. 2) permet que el causant pugui atribuir totes les facultats que descriu el precepte no només al cònjuge vidu, sinó també a l'altre progenitor dels fills comuns, sense necessitat que formés amb el causant una unió estable de parella. Certament, aquesta previsió s'explica perquè, si faltés, els fills serien discriminats per raó de la seva filiació, matrimonial o extramatrimonial, però no deixa de constituir un supòsit en què es prenen en consideració formes de família diferents del matrimoni per possibilitar, en aquest cas, una organització successòria semblant.

la parella estable en l'ordre dels cridats per la llei per exercir el càrrec tutelar.² No soluciona el buit el fet que la innovació de la Llei en aquest punt consisteixi precisament en la possibilitat que el mateix interessat utilitzi el mecanisme de l'autotutela, atès que, com s'intentarà justificar, la delació voluntària dels càrrecs tutelars no és la via adequada per a la igualació d'unions matrimonials i no matrimonials. Aquesta és una funció que correspon al legislador, i no a l'autonomia privada, per a la qual apareixeria com una càrrega excessiva, de forma clara quan la parella no té l'opció d'unir-se en matrimoni, però potser també en el nou context generat per la Llei 13/2005.

Ben diferent és la situació a l'ordenament jurídic de Catalunya.³ Malgrat els problemes que generà la manca de concordança entre el Codi de família (a partir d'ara, CF) i la Llei 10/1998,⁴ dels arts. 163.1.c) i 179.1.a) del Codi, en relació amb els arts. 7 i 25 de la Llei d'unions estables de parella (a partir d'ara, LUEP), se'n desprèn la voluntat d'igualar les parelles de fet als matrimonis a l'efecte de designar un tutor,⁵ de manera que l'autotutela es pot desenvolupar amb normalitat, sense que el seu contingut quedi alterat per la necessitat de donar solució a problemes no resolts pel dret positiu.

En les línies següents es descriu la diferent posició dels integrants d'una unió estable de parella en un ordenament i en l'altre, davant la incapacitació judicial d'un d'ells i la consegüent necessitat de nomenar una institució de protecció, per tal de remarcar la conveniència de promulgar una regulació coherent i sistemàtica d'aquestes unions convivencials que eviti buits en un tema massa delicat per deixar-lo en cada cas a criteri de l'autoritat judicial.⁶

Tot això amb el benentès que els paràmetres de la discussió varien substancialment arran de l'aprovació de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, de modificació del Codi civil espanyol en matèria del dret a contraure matrimoni (BOE núm. 157, 02.07.2005). L'aprovació eventual del Projecte, malgrat no modificar la lletra de cap dels preceptes relatius a la designació de tutor, solucionaria en bona mesura el problema que es planteja aquí, atès que la preferència en la crida queda

² Ja sigui tutela (art. 234 CCE) o curatela (art. 291 CCE).

³ Com també en altres comunitats autònomes, com ara Navarra, Balears o Aragó.

⁴ Que sembla que vol solucionar la Llei catalana 3/2005, de modificació del CF, del CS i de la LUEP, en matèria d'adopció i tutela (DOGC núm. 4366, 19-04-2005), en donar una nova redacció a l'art. 179.1.a) i c) CF (EM X).

⁵ O curador (art. 239 CF)

⁶ Convé recordar, a més, que la regla de l'art. 9.6 del Codi civil espanyol és una norma d'aplicació directa a Catalunya; per tant, la tutela o la curatela d'una persona que tingui veïnatge civil comú, però que sigui membre d'una unió estable de parella segons la Llei catalana 10/1998 (arts. 1.1 i 20.2), es regirà per les disposicions del Codi civil espanyol respecte a aquest tema, ara modificades per la Llei 41/2003.

garantida a través de l'adquisició de l'estat matrimonial. No obstant això, la nova normativa obre almenys dos tipus d'interrogants diferents: en primer lloc, per tal com fa reviure la qüestió de la conveniència de regular les unions estables de parella, amb independència del seu caràcter heterosexual o homosexual, malgrat la possibilitat generalitzada de contraure matrimoni; en segon lloc, i en connexió amb el que s'acaba de dir, obliga a preguntar-se en quina situació queden les regulacions autonòmiques vigents en matèria de parelles de fet. L'últim epígraf d'aquest treball es dedica a aquestes qüestions.

II. LES CLASSES DE TUTELA EN FUNCIÓ DE L'ORIGEN DE LA DESIGNACIÓ

Tant en l'ordenament català com en l'estatal, es poden trobar diferents mecanismes de designació del càrrec tutelar, en funció de la font que determina o du a terme una primera i de vegades definitiva elecció de quina serà la persona elegida per desenvolupar-lo. En aquest sentit, recollint la tradicional distinció entre tutela testamentària, legítima i dativa, se sol parlar de la *delació de la tutela*. Deixant de banda les crítiques que pot merèixer en l'actualitat l'ús d'aquesta expressió,⁷ recollida al CF,⁸ continua essent molt rellevant definir la relació que estableix cada ordenament entre les diverses fonts de designació, ja que la diferent consideració que reben els mecanismes de designació voluntària determina importants conseqüències en el tema que ens ocupa.

⁷ Atès que no pot referir-se a un oferiment directe del càrrec a la persona elegida, pendent només de la seva acceptació, ja que en aquest sentit tota delació seria dativa, perquè sempre cal el nomenament per part de l'autoritat judicial (art. 184 CF i art. 231 CCE). En el mateix sentit, respecte al dret civil català, vegeu Arroyo i Amayuelas, "Comentari a l'art. 171", a Egea Fernández, J. i Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 770. Respecte al dret civil espanyol, vegeu Sancho Rebullida, Francisco de A., a Lacruz Berdejo et al., *Elementos de derecho civil IV*, Barcelona: Bosch, 1997, pàg. 620, amb opinió mantinguda a l'edició de 2002 (Madrid: Dykinson) i seguida per bona part de la doctrina generada a l'entorn de la reforma del CCE de 1983 en matèria de tutela.

⁸ L'art. 171 CF, que porta per títol "*Supòsits de delació*", estableix que la tutela es defereix per: a) testament o codicil, b) escriptura pública, i c) resolució judicial, mentre que el capítol II, que porta per rúbrica precisament "*La delació de la tutela*", dedica les seves dues seccions a la delació voluntària i a la dativa. En realitat, el que vol dir l'art. 171.1 CF és que hi ha dos mecanismes —en funció que es dugui a terme entre vius o per causa de mort— de designació voluntària de tutor, que vincularan de manera important el jutge; en defecte de designació voluntària, el jutge haurà d'acudir a la llista legal de possibles designats, modulable amb el seu propi criteri, dirigit a la millor protecció del menor o incapac. D'altra banda, Arroyo Amayuelas, Esther, al "Comentari a l'art. 171" (pàg. 771), assenyala que el precepte no hauria de referir-se a *supòsits* de delació, sinó a *formes* de delació.

1. Al Codi de família de Catalunya

Ja des de 1996,⁹ la primera i preferent font per designar el càrrec tutelar en la legislació civil catalana és l'autonomia privada, referida no només als progenitors de l'incapaç,¹⁰ sinó també a la mateixa persona afectada; es donà entrada, doncs, a l'anomenada *autotutela*.¹¹

Actualment, el CF¹² contempla dos supòsits del que anomena *delació voluntària* de tutor o curador. En primer lloc, es recull la possibilitat que la mateixa persona designi en escriptura pública la persona o les persones que voldria com a guardadors si arribés el cas de ser incapacitada (art. 172 i 239.1 CF).¹³ En segon lloc, i sembla clar que de manera subsidiària a l'anterior, en els casos excepcionals en què es donin els requisits per a ambdues designacions,¹⁴

⁹ Llei 11/1996, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars. El seu breu preàmbul justificava la innovació a l'empara de l'autonomia privada i del respecte a la dignitat de la persona.

¹⁰ Aquesta facultat de designació per part del pare i de la mare ja es preveia als arts. 4 i següents de la Llei 39/1991. Al seu preàmbul (II) s'explicitava que la tutela a Catalunya es fonamentava en el principi bàsic de la prevalença de la voluntat dels pares, com a concreció del principi més ampli de llibertat civil, que ha conformat tradicionalment el model de tutela familiar vigent en la societat catalana.

¹¹ Sobre els orígens de l'expressió en l'ordenament espanyol, vegeu Badosa Coll, Ferran. "La autotutela", a *Estudios en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona: Bosch, 1993, pàg. 903 i següents.

¹² Que torna a recordar en el preàmbul el paper bàsic de l'autonomia privada en aquest àmbit (II.9 i III, en comentar les principals innovacions que s'inclouen en el títol VII).

¹³ Igualment, pot designar els substituïts, les persones que no vol que exerceixin la seva protecció (el que s'ha anomenat *autotutela negativa*), els mecanismes de control i l'eventual organisme tutelar, el desenvolupament de la tutela i les previsions de la seva preferència quant a la cura de la seva persona. Pel que fa a la capacitat necessària per autodesignar-se tutor, Roca Trías, E. "La tutela i les institucions tutelars", a Roca Trías, E. i Puig Ferriol, L. *Institucions del dret civil de Catalunya*, València: Tirant lo Blanch, 1998, vol. II, pàg. 145; Ferrer Riba, Josep. "Les institucions tutelars en el Codi de família (I)", *La Llei*, 18 de gener de 1999, pàg. 3; Arroyo Amayuelas, Esther. "Les institucions civils de protecció relatives a la incapacitat d'obrar", a Badosa Coll, F. (dir.). *Manual de dret civil català*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, pàg. 559; Garrido Melero, Martín. "Comentari a l'article 172", a Egea Fernández, J. i Ferrer Riba, J. (dir.). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 773 i 774.

¹⁴ Atès que la legitimació per a aquestes designacions per part dels progenitors deriva del fet que ostentin la potestat, sigui ordinària, prorrogada o rehabilitada (art. 173 CF), i si s'entén que l'emancipació comporta la capacitat necessària per autodesignar-se tutor, difícilment trobarem supòsits en què hi pugui haver conflicte entre aquesta designació i la realitzada pels progenitors. Únicament se'ns acut el cas en què el menor, després de l'emancipació, però abans de la incapacitació, hagi utilitzat la facultat de l'art. 172 CF.

també el pare o la mare que ostentin la potestat poden designar un tutor o curador per al seu fill en escriptura pública o bé en testament o en codicil (art. 173 CF).¹⁵

A manca de designació voluntària, en la legislació civil catalana són “*cridades per la llei per a exercir la tutela*” (art. 172.2 CF) o la curatela (art. 239.1 CF) les persones que enumera l'article 179.1 CF. En primer lloc, es prefereix el cònjuge o la parella de fet que convisqui amb el tutelat. La nova redacció de l'art. 179.1.a) CF elimina la necessitat d'integrar-lo amb l'art. 275 LUEP.¹⁶

En segon lloc, seran cridats per exercir el càrrec els descendents del guardat, i si no en té, els seus ascendents, preferentment el pare o la mare, que podrien veure així prorrogada o rehabilitada la potestat. Si aquestes persones no existeixen, o no convé que siguin nomenades, o se n'excusen, tindrà preferència el cònjuge o, amb anterioritat a la Llei 3/2005, la persona de sexe diferent que convisqui amb

¹⁵ En cas que tots dos progenitors haguessin fet ús d'aquesta facultat, caldria atènyer-se a les regles de l'art. 175 CF.

¹⁶ En el punt que ens ocupa, la doctrina havia posat de manifest i havia criticat la manca de concordança entre el CF i la LUEP en dos sentits diferents. D'una banda, semblava innecessari haver d'acudir a l'art. 25 LUEP per incloure en la crida legal de l'art. 179.1.a) el convivent homosexual, sobretot tenint en compte que la Llei es va aprovar el mateix dia que el CF. De l'altra, es detectà també una manca d'harmonització entre totes dues disposicions pel que fa a la terminologia utilitzada, de manera que no queda clar si el convivent heterosexual al qual es refereix el CF és necessàriament l'integrant d'una unió estable de parella constituïda d'acord amb les previsions de la LUEP. Explicitant situacions en les quals podria ser convenient entendre que el CF no recull el concepte de la LUEP, vegeu Durany Pich, Salvador. “Comentari a l'art. 7 LUEP”, a Egea Fernández, J. i Ferrer Riba, J. (dir.). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 1176 i 1177, tot i comprovar la diferència de tracte que això suposaria entre unes unions i les altres (“Comentari a l'art. 25 LUEP”, *op. cit.*, pàg. 1222). Per la seva banda, entén solucionable el problema dels convivents que no compleixin els requisits de la LUEP per la via de l'art. 179.2 Ferrer Riba, Josep. “Les institucions tutelars en el Codi de família (II)”, *La Llei*, 25 de gener de 1999, pàg. 6, nota 48.

La Llei 3/2005, de modificació de la Llei 9/1998, de Codi de família, de la Llei 10/1998, d'unions estables de parella, i de la Llei 40/1991, de Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, en matèria d'adopció i de tutela (DOGC núm. 4366, de 19.04.2005), efectivament elimina la necessitat d'integrar l'art. 179.1.a) amb l'art. 25 LUEP, atès que ja no estableix que s'hagi de tractar de persones de sexe diferent, però deixa irresolta la qüestió relativa a la identitat o no de conceptes de parella estable en el CF i en la LUEP, que ara també afectarà les parelles homosexuals. Potser dóna una mica de llum respecte a això el preàmbul (X), quan afirma que la modificació persegueix una simple harmonització amb l'art. 25 LUEP; sembla que es dóna per entès que la “*persona amb qui es conviu en relació de parella de caràcter estable*” i “*el membre de la parella estable*” són una mateixa persona.

el progenitor del menor o incapaç, sempre que hi hagi conviscut com a mínim durant els últims tres anys.

Fixem-nos que en aquest darrer cas no s'equiparaven les unions estables heterosexuals i homosexuals. Una possible explicació d'aquesta diferència de tractament es troba en el fet que, mentre que l'incapaç pot triar entrar en una relació de caràcter estable amb una persona del seu mateix sexe, i llavors aquesta serà preferida per al nomenament de la institució de protecció, no se li imposa l'opció que pren el seu progenitor en el mateix sentit. Si bé aquesta pot semblar una explicació coherent, no deixa de resultar almenys estranya la solució que es donà al cas, atès que el requisit de la convivència amb el menor o incapaç durant els tres darrers anys hauria de col·locar el convivent homosexual en la mateixa situació que l'heterosexual. L'argument de la impossibilitat d'adoptar de manera conjunta, que podria explicar que s'impedís també la delació tutelar, tampoc no sembla prou determinant, atès que en els supòsits contemplats el convivent serà preferit com a tutor per manca de progenitor de l'incapaç. Amb el dret vigent abans de la Llei 3/2005, una possible via per donar entrada al convivent homosexual en aquesta crida era la que proporciona l'art. 179.2 CF; és a dir, en un supòsit de veritable delació dativa de la tutela, en prescindir el jutge de les persones incloses en la llista legal per designar-ne una de més idònia.¹⁷ De tota manera, la nova redacció de l'apartat *c* de l'art. 179.1 CF soluciona el problema, ja que s'estima incoherent admetre l'adopció conjunta i excloure, en canvi, el convivent d'aquesta crida legal.¹⁸

Finalment, l'últim lloc en aquesta llista de preferències l'ocupen els germans del menor o incapaç, sempre que siguin majors d'edat.¹⁹

2. Al Codi civil espanyol

La dualitat de delacions voluntàries que recull el CF regeix ara també a l'empara del CCE.

A més de la possible designació feta pel pare o la mare respecte al fill menor o incapacitat en un document públic notarial o en testament (arts. 223 a 226 CCE), que ocupava el tercer lloc en la delació tutelar (art. 234, en la redacció anterior al 18 de novembre de 2003), la Llei 41/2003 ha introduït la possibilitat que sigui el mateix interessat qui, en un document públic notarial, adopti qualsevol disposició

¹⁷ Entenent que l'anomenada delació dativa inclou la llegítima i que només hi ha veritable delació dativa en casos com el que ara comentem, Arroyo Amayuelas, *Les institucions civils de protecció...*, cit., pàg. 558 i 559.

¹⁸ Fixem-nos, també, en la supressió del requisit de tres anys de convivència.

¹⁹ Malgrat que el CF no fa una distinció clara, cal tenir en compte que no totes les persones esmentades seran cridades indistintament per a la tutela de menors i d'incapaços.

relativa als seus béns o a la seva persona, inclosa la designació de tutor, en cas de ser incapacitat en el futur (art. 223.II CCE).²⁰

Actualment, doncs, totes dues regulacions parteixen, en principi, de la prevalença de l'autonomia privada a l'efecte de designar la institució de protecció (art. 178 CF; art. 234.1 CCE)²¹, tot i que l'efectivitat d'aquesta preferència per a l'autodesignació és molt diferent en un cas i en l'altre, i afecta de ple la situació de les parelles de fet.

Tal com ha quedat arran de la reforma introduïda per la Llei 41/2993, l'ordre de crides del nou article 234.1 CCE és el següent: en primer lloc, es prefereix la persona designada pel mateix tutelat, d'acord amb les previsions de l'art. 223; en segon lloc, es crida el cònjuge que conviski amb el tutelat; en tercer lloc, els seus pares; en defecte dels anteriors, les persones designades pels pares en les seves disposicions d'última voluntat;²² per últim, tenen preferència els descendents, ascendents o germans designats pel jutge.²³

D'aquest precepte es desprèn que al CCE no es fa una clara distinció entre delació voluntària i legal de la tutela (i queda com a exponent principal de

²⁰ Sobre la possibilitat de donar cabuda de manera indirecta en l'àmbit del CCE a l'autotutela, abans de la reforma de 2003, vegeu Badosa Coll, *La autotutela*, cit., pàg. 923 i s.; Rogel Vide, Carlos. "Comentario al art. 224 CCE", a Paz-Ares Rodríguez, C. et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, pàg. 703 i 704; Martínez García, Manuel A. "Apoderamientos preventivos y autotutela", a Martínez Die, R. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid: Civitas, 2000, pàg. 114 i s.

²¹ Hi ha qüestions de règim jurídic que queden sense resoldre pel que fa a la relació entre el sistema estatal i el català arran d'aquesta reforma, com ara l'incert destí del registre de nomenaments tutelars no testamentaris, atès que la regulació de l'autotutela per part del legislador estatal hauria d'eradicar qualsevol dubte respecte a la possibilitat d'inscripció al Registre Civil de les autotutelles i designacions per part dels progenitors en escriptura pública subjectes al CF. D'altra banda, l'obligació del notari de promoure aquesta inscripció (art. 223. III CCE) també s'hauria de fer extensiva a les designacions voluntàries catalanes.

²² L'art. 223 CCE permet als pares designar un tutor o curador en testament o en document públic notarial; per tant, sembla que en aquest quart lloc haurien d'entrar també les persones designades fora de les disposicions d'última voluntat, cosa que tindrà rellevància, per exemple, quan els progenitors no puguin exercir el càrrec de tutor per raó d'edat o d'incapacitat. En aquest sentit s'ha pronunciat la generalitat de la doctrina que s'ha ocupat de la qüestió; entre altres, Lete del Río, José Manuel. "Comentario al art. 234 CCE", a Paz-Ares Rodríguez, C. et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, pàg. 720; Rogel Vide, "Comentario al art. 223 CCE", a Paz-Ares Rodríguez, C. et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, cit., pàg. 700; Navarro Mendizábal, Íñigo A., a Rams Albesa, J. *Comentarios al Código civil*, Barcelona: Bosch, 2000, vol. II, pàg. 1864 i s.; Díez-Picazo, L. i Gullón, A. *Sistema de derecho civil IV*, Madrid: Tecnos, 2001, pàg. 290. Llàstima que la nova llei no hagi solucionat tampoc aquesta qüestió.

²³ Sembla que sense ordre de preferència entre ells; en aquest sentit, Díez-Picazo i Gullón, *op. cit.*, pàg. 290; Navarro Mendizábal, *op. cit.*, pàg. 1865. En contra, Lete del Río, *op. cit.*, pàg. 720.

l'anomenada *delació dativa* l'art. 235, en connexió amb la facultat excepcional conferida pel segon paràgraf de l'art. 234); s'opta per establir un ordre de prelació entre les diferents vies de designació de tutor, amb independència que l'elecció la faci la llei mateixa o que tingui com a base una designació voluntària. Certament, es recull la preferència per l'autotutela, però la designació feta pels progenitors es posposa respecte de la crida a favor del cònjuge o dels mateixos progenitors, si viuen.²⁴

De tota manera, el cercle de delacions no es clou amb la relació de persones determinades específicament per cada ordenament, sinó que, tant en la regulació catalana com en l'estatal, apareix una clàusula de tancament que permet l'entrada de l'arbitri (o, almenys, el control) judicial per apartar-se de l'ordre establert, i fins i tot prescindir-ne. Aquesta clàusula de salvaguarda del millor interès del menor o incapaç té un abast molt diferent en un cas i en l'altre, i delimita de manera molt diversa el veritable àmbit de l'autonomia privada en aquest context. Per aquesta línia és, justament, per on es poden veure bloquejats els nomenaments de convivents en defecte d'autotutela i de regulació específica de les unions estables de parella a escala estatal.

III. LES RELACIONS ENTRE ELS DIFERENTS TIPUS DE DESIGNACIÓ: AUTONOMIA PRIVADA I CRITERI JUDICIAL

En la legislació catalana, la distinció entre delació voluntària i legal té el mèrit d'establir de manera incontestable la prevalença de la llibertat civil a l'hora de fixar les regles per nomenar una institució de protecció. Efectivament, d'acord amb l'article 178 CF, només cal acudir a l'ordre legal de cridats si no hi ha designació voluntària, i segons l'art. 172.2 CF,

“els nomenaments i les exclusions poden ésser impugnats per les persones cridades per la llei per a exercir la tutela o pel ministeri fiscal, si en constituir-se la tutela s'ha produït una modificació sobrevinguda de les causes explicitades o que presumiblement hagin estat tingudes en compte en efectuar la designació o l'exclusió.”

²⁴ La preferència pel cònjuge s'explica, a més de la raó de proximitat, per tal com el matrimoni emancipa, i per tant, haurien de decaure les previsions fetes pel pare o per la mare (tot i que l'art. 226 CCE sembla que exigeix que el pare o la mare tinguin la potestat en el moment d'establir les disposicions relatives a la tutela en testament o en document públic, i se sol entendre que és irrellevant que en siguin titulars en el moment de constituir l'organisme tutelar, no falten veus que proposen *de lege ferenda* referir el requisit al moment de la constitució; així, Lete del Río, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid: EDERSA, 1985, t. IV, pàg. 274). Pel que fa al pare i la mare, també és lògic que les seves previsions decaiguin si ells mateixos són vius i capaços de dur a terme el càrrec de tutor.

En conseqüència, doncs, el jutge no podrà alterar l'ordre dels cridats ni nomenar una persona diferent de les que marca la llei, a l'empara de l'art 179.2 CF. L'apel·lació al criteri judicial, motivada per l'elecció d'una persona que pugui vetllar de manera més convenient pels interessos del menor, és prevista únicament per a l'anomenada *delació legal o legítima* de la tutela, però en el dret civil català no té cabuda per permetre que el jutge s'aparti de l'autotutela o de les altres formes de designació voluntària.²⁵

Per tant, en els casos de delació voluntària, només si hi ha hagut una alteració sobrevinguda de les circumstàncies que van motivar l'elecció,²⁶ el jutge podrà apartar-se de la designació voluntària i únicament en cas d'haver estat impugnada per les persones específicament legitimades per fer-ho.²⁷ En tots els altres casos, l'autotutela vincula el jutge.²⁸

En el CCE, en canvi, el legislador del 2003 s'ha limitat a introduir l'autotutela en el mateix precepte que recollia les designacions realitzades pels pares,²⁹ i a modificar el primer apartat de l'art. 234, únicament per col·locar en el primer

²⁵ Aquesta és una de les mostres de la tendència del CF d'apartar-se de la tutela d'autoritat en tota la seva extensió; si bé no l'abandona definitivament, atès que la constitució de la tutela és sempre judicial i el control del seu exercici també ho serà si no s'ha fet ús de la facultat d'establir un consell de tutela, prioritza marcadament l'autonomia privada. Vegeu Ferrer Riba, *Les institucions... (I)*, cit., especialment les pàg. 2 i 4.

²⁶ S'ha pogut parlar, en aquest sentit, de l'existència d'una espècie de clàusula *rebus sic stantibus*; així, Roca Trías, *op. cit.*, pàg. 145.

²⁷ I fins i tot en aquest cas, l'activitat del jutge no ha de consistir en una valoració subjectiva sobre la idoneïtat de la persona designada, com assenyala Ferrer Riba (*Les institucions... (I)*, cit., pàg. 4), que també posa de manifest que la impugnació reeixida no ho és del negoci, sinó de la designació, i per tant, no ha d'afectar l'eficàcia de la resta de disposicions tutelars realitzades pels progenitors o pel mateix interessat.

²⁸ Pel que fa a la posició del jutge respecte als nomenaments tutelars efectuats pels progenitors, Arroyo Amayuelas (*Les institucions civils de protecció...*, cit., pàg. 560) posa de manifest que, si bé el caràcter vinculant de les auto-designacions té una explicació perfecta, atribuir el mateix efecte a les designacions fetes pels progenitors (com sembla que fa l'art. 178.1 I CF) no sembla tan encertat, ja que no sempre serà clar que s'hagi tingut en compte l'interès del menor o incapaç per sobre de qualsevol altra consideració. A més, el CF no estableix la possibilitat d'impugnar aquests nomenaments (a diferència del que preveu l'art. 172.2 per a l'autotutela), tot i que l'autora esmentada entén que, si és possible impugnar la designació dels membres que han de formar part del consell de tutela (art. 228 CF), la mateixa solució hauria d'aplicar-se per analogia a qualsevol altra designació de persones per ocupar càrrecs tutelars. També Ferrer Riba, *Les institucions... (I)*, cit., pàg. 4; però pel que fa a la rellevància de l'acte de constitució de la tutela, quant al control per part del jutge dels requisits de validesa de les disposicions voluntàries, vegeu la pàg. 5.

²⁹ Sense ocupar-se de modificar, per cert, l'art. 226 CCE, que no distingeix entre designació feta pels progenitors i autotutela, i que no té cap sentit per a aquesta última.

lloc de preferència el designat pel mateix tutelat.³⁰ Però continuen vigents tant el segon apartat de l'art. 234³¹ com l'art. 224 CCE.

El primer d'aquests preceptes estableix la possibilitat que, de manera excepcional, el jutge alteri l'ordre de la crida legal (actualment, per exemple, podria preferir els progenitors sobre la persona designada pel mateix tutelat) o prescindeix de les persones enumerades en el primer apartat de l'article, si així ho exigeix el benefici del menor o incapaç, i sempre que ho faci en una resolució motivada. Aquesta previsió s'ha de complementar amb la que preveu l'article 224, segons el qual les disposicions de l'article 223 (actualment, l'autotutela i la designació per part dels progenitors) vinculen el jutge, sempre que el benefici del menor o incapaç no exigeixi una altra cosa, supòsit que requeriria també una resolució motivada. Tots dos preceptes concreten el sistema de tutela (parcialment³²) d'autoritat que anuncia l'art. 216 CCE.

Per tant, en el CCE la designació voluntària es pot veure obviada, tant si procedeix del mateix interessat com si ho fa dels seus progenitors, per una decisió judicial dictada en benefici del menor o incapaç. No cal, segons el text vigent, que hagin canviat les circumstàncies que van motivar la designació: n'hi ha prou que el jutge motivi la seva decisió, explicant les raons per les quals entén que la persona tutelada estarà més ben atesa per l'escollit per l'autoritat judicial.³³

³⁰ Deixant de banda la previsió del nou paràgraf tercer de l'art. 239, que no s'acaba de saber si conté un manament implícit a les comunitats autònomes d'establir òrgans específics dedicats a la cura d'incapaços, paral·lels als que es dediquen a l'atenció de menors. El precepte, en realitat, dibuixa un cercle viciós, atès que atribueix per ministeri de la llei la tutela d'incapaços deseparats a l'entitat pública que en tingui encomanada la tutela. O bé s'entén que utilitza l'expressió un cop en un sentit jurídic i l'altre en un sentit col·loquial, o bé simplement se'l qualifica d'inintel·ligible.

³¹ El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida va formular una esmena que tendia precisament a afegir a continuació del paràgraf modificat de l'art. 234 CCE un segon apartat que recollís el text de l'article 234.II, fins llavors vigent (esmena núm. 11, BOCG, Congreso de los Diputados, 10.09.2003, 154-5), partint de la necessitat de mantenir la facultat del jutge de valorar la idoneïtat de les persones proposades per exercir el càrrec de tutor. L'esmena va ser rebutjada (DS Congreso de los Diputados núm. 809, 16.09.2003, Comisión de Política Social y Empleo), però no csembla que això signifiqui que no és vigent el segon apartat de l'article, atès que tant el projecte com el text definitiu assenyalen expressament que únicament es modifica el primer paràgraf, i així ho confirma l'EM VI.4, que tenia idèntica redacció al projecte. L'esmena, doncs, hauria decaigut per innecessària.

³² En el sentit que les funcions tutelars no són exercides per l'Administració ni per l'autoritat judicial, sinó per subjectes privats; això sí, nomenats i fiscalitzats des dels poders públics.

³³ Sembla que era ben diferent la intenció del legislador, manifestada a l'EM VI.4: "*si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación*". Però recordem que aquesta matisació no va passar al text definitiu i que, si bé pot servir per qüestionar la decisió judicial en el cas

L'autoritat judicial pot imposar el seu criteri sobre el que manifesten les persones directament implicades en la institució de protecció.³⁴

IV. LES PARELLES DE FET EN LA DESIGNACIÓ DE TUTOR

No cal insistir en el fet que, en la legislació catalana, la qüestió de la delació tutelar en cas d'unió estable de parella, de diferent o del mateix sexe, és bàsicament resolta en clau d'equiparació al matrimoni per l'art. 179.1.a CF i els arts. 7 i 25 LUEP. Per tant, els convivents poden optar, com qualsevol altra persona, casada o no, per fer ús de l'autotutela i elegir qui prefereixin com a tutor o curador, o bé excloure totes o algunes de les persones que es cridarien en defecte de designació voluntària. Si no ho fan, el primer cridat per la llei per exercir el càrrec serà el convivent. A més, d'acord amb el que s'acaba de comentar, el jutge podria apartar-se d'aquesta crida legal, en una resolució motivada i per protegir millor els interessos de l'incapaç.

Ben diferent és la situació si la norma aplicable és el CCE, amb el problema afegit que, segons com reaccionin els afectats, l'admissió de l'autotutela pot girar-se en contra dels mateixos a qui podria beneficiar, en bona mesura a causa del seu desconeixement i de la coherència de l'argumentació jurídica. Tant abans com després de la vigència de la Llei 41/2003, les unions estables de parella són completament ignorades pel que fa la delació tutelar, però la modificació, aparentment innòcua o fins i tot beneficiosa, altera notablement la posició dels convivents.

Efectivament, abans d'aquesta darrera modificació de la tutela, l'amplitud amb la qual el CCE permetia que el jutge s'apartés de l'ordre legal de crides possibilitava el nomenament del convivent, en una resolució motivada, com a persona més idònia per desenvolupar el càrrec. Actualment, aquesta possibilitat continua existint, però es corre el risc que, arran de la introducció de l'autotutela, el jutge

concret, no és dret positiu. La Llei 41/2003 peca sovint d'anunciar en el preàmbul solucions que després no tenen cabuda a l'articulat. A títol d'exemple, només cal comparar el nou apartat 7 de l'art. 756 CCE amb l'EM VII.2.

³⁴ Podríem dir, doncs, que la delació pròpiament dativa de la tutela se superposa tant a la delació voluntària com a la legal, amb l'únic límit de l'exigència de motivació que acrediti que la decisió respon al millor interès del menor o incapacitat. Per a la regulació anterior a la Llei 41/2003, respecte a la vinculació del jutge a les disposicions dels progenitors, a la qual es refereix l'art. 224 CCE, vegeu, entre altres, Lete del Río, *Comentarios al Código Civil...*, cit., pàg. 270, on destaca que no hi ha d'haver arbitri judicial, sinó control en benefici del menor; també a *Comentario del Código civil*, cit., pàg. 721; Rogel Vide, *op. cit.*, pàg. 702 i s., on assenyala que el benefici del menor o incapaç és en darrer terme d'apreciació judicial. Pel que fa a la vinculació del jutge a les disposicions del mateix interessat, per tal com defineixen el que és més beneficiós per a ell, vegeu Badosa Coll, *La autotutela*, cit., pàg. 929.

trobi més reduït el seu marge de discrecionalitat. Aquest tipus de raonament trobaria suport, a més, en el fet que, en absència d'una regulació amb vocació d'integritat de les unions estables, l'ordenament estatal sembla que vol deixar a l'autonomia privada la resolució dels problemes que planteja la convivència extramatrimonial fins on pugui arribar la força de la voluntat. En aquest sentit, fins i tot es podria veure la nova redacció dels arts. 223 i 234 CCE com un pas endavant en l'equiparació gradual de les parelles de fet al matrimoni.

Però aquesta consideració sembla més aviat il·lusòria, i la nova regulació és criticable almenys en dos sentits ben diferents, però que connecten en una equívoca comprensió de l'eficàcia de l'autonomia privada en aquest àmbit.

En primer lloc, s'ha tingut ocasió de palesar que l'atorgament d'un document de designació voluntària de tutor o curador no garanteix que, si arriba el cas, el jutge no pugui desvincular-se'n en una resolució motivada i en interès del menor o incapac. La motivació s'ha d'entendre com una justificació de la raonabilitat del criteri aplicat per resoldre el cas, i l'únic límit que s'aplica al criteri judicial és l'interès del tutelat. Deixant de banda la dificultat de concretar en cada supòsit aquest concepte jurídic indeterminat, i tenint present que la llei no exigeix que la persona autodesignada sigui inidònia, sinó tan sols que n'hi hagi una de més adequada,³⁵ es constata fàcilment que el legislador estatal no creu que la persona interessada sigui el millor jutge del seu destí. Una cosa és que hagin canviat substancialment les circumstàncies que van motivar l'elecció quan sigui el moment de designar efectivament un tutor i que es permeti llavors la desvinculació respecte a la designació voluntària, com succeeix al CF, i una altra de ben diferent és que, malgrat mantenir-se la mateixa situació contemplada per l'interessat en autodesignar-se tutor, l'autoritat judicial en pugui prescindir.

En el cas que ens ocupa, això condueix a constatar que, fins i tot si els convivents fan ús de l'autotutela, no es garanteix que les seves disposicions hagin de complir-se necessàriament. Certament la decisió judicial en un sentit divers del que ha previst el mateix interessat s'ha de considerar excepcional,³⁶ i ha de ser revisable com a infracció de llei, però el risc de desviació continua existint.

En segon lloc, la nova normativa pot tenir conseqüències segurament imprevistes, en el sentit següent: si existint la possibilitat que un convivent hagi designat l'altre com a eventual tutor o curador, no se n'ha fet ús, quan arribi la incapacitació i la necessitat de designar un tutor, se sentirà el jutge legitimat per saltar-se totes les crides legals i nomenar el convivent, fent ús de la facultat

³⁵ Vegeu, no obstant això, les opinions respecte d'aquesta qüestió dels autors esmentats a la nota 34.

³⁶ Art. 234.II CCE.

—recordem-ho— excepcional que la llei li atribueix? Com tantes altres vegades, la solució segurament serà diversa en funció del cas concret, i no sembla que es pugui preveure l'adopció d'un criteri unànim en la matèria, ni en un sentit ni en l'altre. Tement el pitjor, segurament quan l'entorn familiar estigui dividit respecte a això, el jutge acabarà emparant-se en l'únic criteri directe que li proporciona l'ordenament, com és la llista de persones preferides per exercir el càrrec, i trobarà confirmació a la seva decisió en la possibilitat d'autodesignació desaprofitada.

Si a aquestes consideracions hi afegim que, d'acord amb la normativa (estatal) processal, els integrants d'una unió estable de parella estan legitimats per instar la incapacitació del seu convivent (art. 757.1 LEC), perquè el legislador, amb bon criteri, entén que es tracta d'una persona especialment pròxima al presumpte incapaç, la paradoxa encara s'agreuja més. El convivent pot instar la incapacitació, però no està obligat a promoure la constitució de la tutela, tret que concorri en ell la condició de guardador de fet (art. 229, en relació amb l'art. 234.1 CCE), i tampoc no li interessarà fer-ho, atès que no se'l considera en la relació de possibles designats.

Així doncs, la doble perspectiva a l'efecte de la delació tutelar és almenys desesperant: si el convivent fa ús de l'autotutela, no hi ha res que garanteixi que es respecti la seva voluntat; però si no en fa ús, perquè en desconeix la possibilitat o perquè mai no se li va acudir que necessitaria un tutor —com succeeix en tants casos—, aquesta omisió se li pot girar en contra, perquè l'autoritat judicial es troba desarmada a l'hora de prescindir de l'ordre legal de crides. Immediatament es comprova que aquesta darrera situació comporta establir una càrrega excessiva sobre l'autonomia privada d'uns subjectes —els integrants d'una parella de fet—, però no d'uns altres —els que han contret matrimoni—, i que aquesta no pot ser la via adequada per resoldre problemes que, com es deia a l'inici, no són portada als diaris, però sí que determinen, potser fins i tot de manera més radical, la vida de les persones.

En espera d'una decisió legislativa sobre aquest tema, només podem suggerir que l'autotutela ha de mirar de preservar-se al màxim, especialment quan la persona escollida sigui de les que el mateix legislador considera especialment pròximes a la incapacitat,³⁷ i caldrà entendre, si més no durant el temps necessari per a l'assimilació social de la nova regulació, que l'excepció a l'ordre legal de crides pot tenir lloc encara que no s'hagi fet ús de l'autotutela.

³⁷ No només pensem en la legitimació per instar la incapacitació (art. 757 LEC), sinó també en la possibilitat d'adopció conjunta que tenen les parelles heterosexuales (DA 3a de la Llei 21/1987, d'11 de novembre). Sobre la vigència d'aquesta pensió, vegeu l'últim epígraf d'aquest estudi.

V. PARELLES DE FET, DESIGNACIÓ TUTELAR I REFORMA DEL CODI CIVIL ESPANYOL EN MATÈRIA DE DRET A CONTRAURE MATRIMONI

Com s'ha apuntat a la introducció, les consideracions fetes a les pàgines precedents s'han vist afectades per l'aprovació de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, de modificació del CCE en matèria del dret a contraure matrimoni.

La tècnica legislativa utilitzada en aquesta llei es tradueix en una modificació substantiva destacada, que consisteix a afegir un segon paràgraf a l'art. 44³⁸ i un seguit de modificacions que el mateix preàmbul defineix com a terminològiques, en el sentit que miren d'eradicar del Codi totes les expressions que pressuposen que el matrimoni uneix persones de sexe diferent. A aquestes modificacions s'afegeix una disposició addicional única que, en previsió de possibles oblit, estableix que tota referència normativa al matrimoni s'ha d'entendre amb independència que els seus integrants siguin o no del mateix sexe.

Per tant, la brevetat del text s'explica per tal com la modificació de l'art. 44, acompanyada per la disposició addicional, ha de suposar, de retruc, la completa equiparació de les unions (matrimonials) homosexuals a les heterosexuales. Així doncs, per exemple, i com també palesa el preàmbul, quedarien resoltes sense necessitat de previsió específica qüestions com ara l'adopció.³⁹ Així caldrà llegir, en conseqüència, l'art. 175 CCE.

A l'efecte de la designació tutelar, la reforma projectada té rellevància perquè suposa un pas endavant, en la mesura que permet que unes persones, les integrants d'una unió estable de parella homosexual, tinguin l'opció efectiva d'escapar del cercle viciós en matèria de crides tutelars al qual ens referim. Reconeixent-los el dret de contraure matrimoni, que abans no tenien, si efectivament en fan ús, seran cridats en primer lloc, si no hi ha designació voluntària, per als càrrecs tutelars, sense necessitat d'haver estat més diligents que altres subjectes atorgant el corresponent document d'autotutela. Certament, decau una de les principals fonts de discriminació que es posaven de manifest en els epígrafs anteriors.

L'aprovació de la Llei 13/2005 haurà aconseguit potser l'aspiració que hi havia al capdamunt de la piràmide, en aplicació del text constitucional, però

³⁸ Sembla, doncs, que amb aquest segon paràgraf en realitat el que es fa és donar una determinada interpretació al primer paràgraf del precepte, de manera que s'entengui que el dret a contraure es predica de tot home i de tota dona, sense possibilitat de sobreentendre-hi, com fins ara es feia, l'afegitó conforme al qual el dret a contraure matrimoni el tenen l'home i la dona *entre ells*.

³⁹ EM II.4: "*En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción*".

necessàriament es torna a obrir el debat respecte a la regulació de formes de convivència diferents del matrimoni, però marcades per la mateixa finalitat de vida compartida. En aquest sentit, ja fa anys que es poden distingir (a més dels corrents obertament contraris a les reformes del dret de família tradicional) dues posicions diferenciades: d'una banda, es defensa la necessitat de regular les unions estables de parella, ja que en aquestes unions és consubstancial el fenomen de la convivència, que genera una comunitat personal i patrimonial digna de protecció per si mateixa, amb independència del fet que no s'hagi passat pel sedàs formal del matrimoni; i d'altra banda, es pot entendre innecessària (o fins i tot intervencionista) la regulació de les parelles de fet quan dues persones adultes han optat lliurement per no contraure matrimoni, podent-ho fer.

Qui subscriu aquest escrit havia estat sempre més a prop d'aquesta segona visió que no pas de la primera, però segurament només calia veure un canvi de panorama en perspectiva per tornar a qüestionar la validesa d'aquells raonaments. Cal que ens plantegem un model de convivència no matrimonial, a mig camí entre la regulació completa del matrimoni i la manca total de regulació?

Aquest tipus de qüestions excedeixen amb escreix l'abast d'aquest estudi, però justament el tema de què tracta és un exponent de la necessitat de plantejar-nos-ho, tot i que possiblement la resposta no es trobi directament en la resolució d'aquesta pregunta concreta, sinó que limiti amb el problema més genèric de l'apropament del dret als ciutadans.

Efectivament, el tema de fons en matèria de designació tutelar continua essent el mateix: davant d'una situació de convivència afectiva entre dues persones, la declaració d'incapacitat d'una d'elles no determinarà, en l'àmbit del CCE, la designació de la seva parella com a tutor o curador, si no és per la via de la facultat excepcional que l'art. 234.II CCE atribueix al jutge, o en el cas, també excepcional en la realitat actual, que s'hagi previst l'autotutela. Amb això el que es vol expressar és que aquells petits temes que, com dèiem al principi, no són portada dels diaris, però que poden ser cabdals en la vida d'una persona, segurament demanen solucions més pròximes a la situació real en què es troben els interessats, independentment del fet que s'hagin acollit o no a una determinada institució jurídica, com ara el matrimoni.

Des d'una perspectiva potser més tècnica, la Llei planteja encara altres interrogants que limiten amb el nostre tema. El primer fa referència a la sort de la disposició addicional tercera de la Llei 21/1987, d'11 de novembre, conforme a la qual les referències fetes a la capacitat per adoptar simultàniament o conjuntament un menor són també aplicables a l'home i la dona integrants d'una parella unida de manera permanent per relació d'afectivitat anàloga a la conjugal. La Llei 13/2005 no es refereix al precepte. Vol dir això que una parella de fet heterosexual podrà adoptar de manera conjunta, mentre que la mateixa regla

no regirà quan la parella sigui homosexual?⁴⁰ O haurem d'interpretar que ara la disposició es refereix a tot tipus de parelles, atès que no hi ha obstacle a l'adopció conjunta per part de persones del mateix sexe? Aquesta sembla la interpretació més conforme a l'esperit de la reforma,⁴¹ tot i que no hauria sobrat una correcció expressa.^{42, 43} En tot cas, novament, sembla que si arribem a aquesta conclusió respecte a l'adopció, hauríem de trobar la manera de pujar de rang el convivent en matèria de designació tutelar.

Finalment, no podem tancar aquest comentari sense fer menció de l'ambigua situació en què es troben les normatives autonòmiques sobre parelles de fet arran de l'aprovació de la Llei 13/2005, i d'una manera especial la catalana que, com que va ser la primera de promulgar-se, estableix encara la distinció marcada d'efectes entre unions heterosexuales i homosexuals, partint, evidentment, de la impossibilitat que dues persones del mateix sexe poguessin contraure matrimoni de conformitat amb el CCE vigent el 1998. Si desapareix aquest obstacle, decauen també les raons que podien justificar, o si més no explicar, la diferència de tracte. De moment, l'equiparació dels convivents als cònjuges en matèria de designació tutelar sembla venir garantida per la recent modificació del CF. Esperem que així quedi.

L'Escala, 12 d'agost de 2005.

⁴⁰ Tret que s'hagin casat, és clar.

⁴¹ No cal oblidar, però, que el supòsit no queda inclòs en l'àmbit d'aplicació de la disposició addicional de la Llei 13/2005: "*Las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*".

⁴² La Llei modifica l'art. 175.4, però no per incloure-hi les previsions (ampliades segons el sentit de la reforma que s'apunta al text) de la disposició addicional tercera de la Llei 11/1987, sinó per establir expressament que l'adopció per part d'ambdós cònjuges és possible tant de manera simultània com successiva. Malgrat la interpretació que considerem preferible, cal tenir present que no es pot descartar (tot i que, hi insistim, sembla improbable) que s'hagi volgut derogar tàcitament la possibilitat d'adoptar per part de parelles de fet, o almenys que no s'hagi volgut atribuir aquesta opció a les parelles homosexuals, ja que el Projecte que finalment es va presentar al Congrés incorporà una de les crítiques que es derivaven del Dictamen del Consell d'Estat de 16 de desembre de 2004 (la relativa a l'art. 178.2 CCE), però no la referent a la repetida DA 3^a de la Llei 11/1987.

PARELLES DE FET I DECLARACIÓ D'INSOLVÈNCIA

LÍDIA ARNAU I RAVENTÓS

DEPARTAMENT DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. Les parelles de fet a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal. Delimitació de qüestions.....	571
II. La parella com a “persona especialment relacionada amb el concursat”	572
III. Referència a les adquisicions amb pacte de supervivència: el seu règim concursal i les parelles de fet.....	590

I. LES PARELLES DE FET A LA LLEI 22/2003, DE 9 DE JULIOL, CONCURSAL. DELIMITACIÓ DE QÜESTIONS

La previsió de mecanismes especials de protecció dels creditors dels membres d'una unió estable de parella és una qüestió de la qual poca cosa s'ha dit.¹ Més enllà de constatar l'especial protecció que pot representar l'establiment d'un règim particular de responsabilitat per supòsits concrets (vegeu, per exemple, la solidaritat *ex art.* 5 i 24 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella),² qualsevol intent d'aplicar a les parelles de fet expedients de naturalesa clarament tuitiva respecte dels creditors, previstos legalment només en el cas que el deutor sigui una persona casada, demana una anàlisi prèvia de la identitat de raó entre ambdós supòsits per tal de defensar, si escau, aquella aplicació per analogia.³

La Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, ofereix elements d'una rellevància indubtable en aquest tema. A partir de la consideració de la parella estable

¹ Vegeu, com a treball més recent que tracta de la qüestió, Puig i Ferriol, Lluís: “Matrimoni-Unió estable de parella: aspectes problemàtics”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2004, pàg. 669-673.

² Aquests preceptes estableixen la responsabilitat solidària dels membres de la parella per les despeses comunes; si passa altrament, respon del deute qui ha contret l'obligació. Vegeu Mirambell i Abancó, Antoni: “La situació d'unions estables de parella”, a Badosa i Coll, Ferran (dir.): *Manual de Dret civil català*, Barcelona: Marcial Pons, 2003, pàg. 493-496. Es configura l'*ius variandi* que atorguen aquells preceptes com un mecanisme de protecció dels creditors, a Solé Resina, Judith: “Les unions estables de parella”, a Gete-Alonso, M. Carmen; Ysàs Solanes, Maria i Solé Resina, Judith: *Situacions de convivència diferents al matrimoni*, Barcelona: Cálamo, 2003, pàg. 186 *in fine* i pàg. 187.

³ En aquests termes es planteja l'aplicació dels articles 11 i 12 del Codi de família a les unions estables de parella a Puig i Ferriol, Lluís: *op. cit.*, pàg. 669-673.

del deutor com una “*persona especialment relacionada amb el concursat*” (art. 93.1.1 de la Llei concursal), del nou règim concursat se segueixen dos efectes particularment destacables: en primer lloc, la rescindibilitat dels actes dispositius onerosos celebrats entre els membres de la parella que, llevat de prova en contrari, es presumeixen perjudicials (art. 71.1 i 71.3.1); en segon lloc, la submissió dels crèdits dels quals, davant el concursat, fos titular la seva parella en un règim particular: es qualifiquen de “*subordinats*” (art. 92.5) i són relegats al darrer lloc en la jerarquitització dels crèdits i en l'ordre en el seu pagament (art. 158.1).

Un cop analitzades les qüestions que suggereixen aquella rescindibilitat i aquesta subordinació, es proposa fer esment del que estableix l'article 78.3 de la Llei concursal en matèria d'adquisicions amb pacte de supervivència. Coneguda la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de febrer de 2003,⁴ esdevé inevitable la referència al contingut d'aquell precepte i obligada la valoració de la seva aplicabilitat eventual en cas de concurs d'una persona amb una parella de fet. És clar que la qüestió demanarà una reflexió prèvia sobre l'aplicació de l'article 78.3 a Catalunya.

II. LA PARELLA COM A “PERSONA ESPECIALMENT RELACIONADA AMB EL CONCURSAT”

L'article 93 de la Llei concursal enumera els subjectes que considera, tal com s'anticipa a l'encapçalament, “*persones especialment relacionades amb el concursat*”. Pel que fa al concursat persona física, el precepte atribueix aquesta consideració, en primer terme:

*“al cònjuge del concursat o qui ho hagués sigut dins dels dos anys anteriors a la declaració de concurs, o les persones que convisquin amb anàloga relació d'afectivitat o haguessin conviscut habitualment amb ell dins dels dos anys anteriors a la declaració del concurs”.*⁵

⁴ RJ 2003/4576.

⁵ La Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, esdevé la fita d'un llarg seguit d'intents de reforma de la legislació concursal. La previsió d'un precepte que consideri determinades persones com a especialment relacionades amb el concursat no apareix fins a l'Avantprojecte de 1995. L'havien precedit l'Avantprojecte de llei de concurs de creditors de 1959 i l'Avantprojecte de 1983. El primer va ser redactat per la Subsecció de la Secció de Justícia de l'Institut d'Estudis Polítics, presidida per Joaquín Garrigues (vegeu-ne la seva reproducció a *La reforma del derecho concursal*, Madrid: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1987, Cuadernos de Derecho y Comercio. Monográfico, pàg. 100). El segon va ser redactat per una ponència especial de la Comissió General de Codificació, presidida per Manuel Olivencia, revisat i aprovat per la Secció de Dret Mercantil, amb la col·laboració de les seccions de Dret Civil i Dret Processal (vegeu-ne el text a *La Reforma...*, op. cit., pàg. 282). L'intent següent va ser representat per l'Avantprojecte de llei concursal de 1995, proposta redactada per Ángel

En seu concursal, doncs, sembla que es parteix de l'equiparació entre matrimoni i unió de fet a l'efecte de considerar establert un vincle "especial" entre els seus membres. Una lectura més atenta del precepte, però, permet constatar que ni l'equiparació és perfecta ni es redueix, únicament i exclusivament, a aquestes modalitats convivencials. La qüestió parteix de la literalitat de la norma, que al nostre entendre deixa en evidència una redacció no gaire adequada: mentre que queda clar que és una persona especialment relacionada amb el concursat qui en sigui el seu cònjuge en el moment de la declaració del concurs, o qui ho era en els dos anys anteriors, en relació amb altres situacions convivencials aquests límits temporals no apareixen tan definits. De la dicció literal de l'article 93.1.1 se segueix que també s'identifica aquest vincle especial amb la persona amb qui el concursat constitueix, en temps de declarar-se la insolvència, una parella de

Rojo Fernández (se'n pot consultar el text íntegre al suplement del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1768, de 15 de febrer de 1996, i a Aguilera Anegón, Gonzalo: *El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad (borrador del Anteproyecto de 1995)*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997, pàg. 237 i s.). L'article 127 d'aquest text establia: "1. Son personas especialmente relacionadas con el deudor persona natural las siguientes: 1º El cónyuge del deudor o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; 2º Los ascendientes o descendientes del deudor o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior; 3º Los hermanos del deudor o de cualquiera de las personas a que se refieren los números anteriores; 4º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del deudor; 5º Las personas que convivan habitualmente con el deudor o quien hubiera convivido habitualmente dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, salvo que fueran titulares de crédito con privilegio especial". L'article 92.1 de l'Avantprojecte de 2001 va reproduir literalment l'article 127 transcrit (vegeu-ne el text a García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto i Pulgar Ezquerro, Juana (dir.): *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid: Dilex Editorial, 2002, pàg. 406).

A part d'això, l'article 92 del Projecte de llei concursal de 2002 es va pronunciar en uns termes semblants als que es van emprar en els avantprojectes precedents: "1.- Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: 1º El cónyuge del concursado o quien lo hubiere sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; 2.- Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior; 3.- Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado; 4º Las personas que convivan de hecho con el concursado o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso" (vegeu-ne el text a *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII Legislatura, Sèrie A: Projectes de llei, 23 de julio de 2002, núm. 101-1). Va obeir a una esmena del Grup Parlamentari Català de Convergència i Unió la reubicació de les parelles de fet a l'apartat primer del precepte. Així es permetia, per aplicació dels apartats següents, que els ascendents, descendents, germans i els cònjuges de tots ells, de la parella del concursat rebessin també la consideració de persona especialment relacionada amb el deutor. En un altre cas, es produïa una evident discriminació entre matrimoni i parella de fet, en detriment del primer (vegeu l'esmena núm. 511, a *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII Legislatura, Sèrie A, de 2 de desembre de 2002, número 101-15, pàg. 289).

fet; seria qui “*conviu amb anàloga relació d’afectivitat*” amb el concursat. Aquesta referència a la convivència qualificada per una relació afectiva semblant a la matrimonial permet reconduir el supòsit a les unions *more uxorio*.⁶ El precepte dóna cabuda tot seguit als qui “[...] *hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso*”,⁷ de manera que es planteja el següent: si a l’empara d’aquest canvi d’expressió (convivència amb relació d’afectivitat anàloga a la matrimonial vs. convivència habitual)⁸ es

⁶ Les idees de *convivència* i de *relació afectiva anàloga o semblant a la matrimonial* són inherents al concepte d’unió estable de parella i trasllueixen en tots els preceptes dels diferents ordenaments autonòmics que han regulat la institució. Així, a l’article 1 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, del Parlament de Catalunya, d’unions estables de parella, es manifesta: “*Les disposicions d’aquest capítol s’apliquen a la unió estable d’un home i una dona, ambdós majors d’edat que, sense impediment per a contreure matrimoni entre si, hagin viscut maritalment, com a mínim, un període ininterromput de dos anys o hagin atorgat escriptura pública manifestant la voluntat d’acollir-se al que s’hi estableix [...]*”; i a l’article 19: “*Les disposicions d’aquest capítol s’apliquen a les unions estables de parelles formades per persones del mateix sexe que visquin maritalment i manifestin la voluntat d’acollir-s’hi en la forma que s’hi preveu*”.

Vegeu també els articles 1 i 3.1 de la Llei 6/1999, de 26 de març, del Parlament d’Aragó, relativa a parelles estables no casades; l’article 2.1 i 2.2 de la Llei foral 6/2000, de 3 de juliol, del Parlament de Navarra, d’igualtat jurídica de les parelles estables; l’article 1.1 de la Llei 1/2001, de 6 d’abril, de les Corts Valencianes, de regulació de les unions de fet; l’article 1 de la Llei 18/2001, de 19 de desembre, del Parlament Balear, de parelles estables; l’article 1 de la Llei 11/2001, de 19 de desembre, de l’Assemblea de Madrid, de regulació de les unions de fet; l’article 3 de la Llei 4/2002, de 23 de maig, del Principat d’Astúries, de parelles estables; l’article 3.1 de la Llei 5/2002, de 16 de desembre, del Parlament d’Andalusia, de parelles de fet; l’article 1 de la Llei 5/2003, de 6 de març, del Parlament de les Illes Canàries, de regulació de les parelles de fet; l’article 2.1 i 2.2 de la Llei 5/2003, de 20 de març, de l’Assemblea d’Extremadura, de parelles de fet; l’article 2 de la Llei 2/2003, de 7 de maig, del Parlament Basc, reguladora de les parelles de fet.

⁷ Aquesta referència als dos anys, com a límit temporal de les relacions convivencials afectables per l’article 93.1.1, creiem que té una estreta relació amb el règim de les accions de reintegració de la massa activa, que permet rescindir els actes perjudicials realitzats dins dels dos anys anteriors a la declaració del concurs.

⁸ Pensem, per exemple, en els estats convivencials que poden constituir-se a l’empara de la Llei 19/1998, de 28 de desembre, del Parlament de Catalunya, de situacions convivencials d’ajuda mútua. Certament, la noció de *convivència habitual* és present en la definició que es fa d’aquest model a l’article 1 de la Llei: “*Les disposicions d’aquesta Llei són aplicables a les relacions de convivència de dues persones o més en un mateix habitatge habitual que sense constituir una família nuclear, comparteixen, amb voluntat de permanència i d’ajuda mútua, les despeses comunes o el treball domèstic [...]*”. Àdhuc hi tindrien cabuda les situacions convivencials derivades d’un pacte d’acolliment dels que preveu la Llei 22/2000, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, d’acolliment de persones grans. En aquest sentit, l’article 2 disposa que: “*Persones acollidores i acollides conviuen en un mateix habitatge habitual, sigui el de les persones acollidores sigui el de les acollides, amb l’objecte que els primers tinguin cura dels segons, els donin aliments, els prestin assistència, els procurin el benestar general, i els atenguin en situacions de malaltia*”.

pot aplicar el precepte a situacions convivencials diferents de les que hem vist: així doncs, a situacions de convivència sense relació afectiva o amb una relació afectiva no equiparable a la conjugal (així, a la relació derivada d'amistat o companyonia; arg. *ex art. 2.1 de la Llei 19/1998, de 28 de desembre, de situacions convivencials d'ajuda mútua*); si, essent possible l'anterior, aquesta possibilitat es limitaria a relacions passades, però no presents en el moment de la declaració del concurs (“[...] *hubieran convivido* [...]”), i, finalment, si les unions de fet ja dissoltes o extingides encaixarien en aquests supòsits de “convivència habitual” pretèrita. En aquest punt, el recurs als antecedents és poc aclaridor. Val a dir, en aquest sentit, que a l'Avantprojecte de llei concursal de 1995, i després al del 2001, s'hi mencionaven les persones que convivessin de manera habitual amb el concursat en el moment de la declaració i les que hi haguessin conviscut al llarg dels dos anys anteriors.⁹ Pel que fa a la doctrina que comenta l'article 93.1.1, el cert és que redueix de manera unànime el supòsit de fet que s'hi preveu als cònjuges i als membres d'una unió estable de parella, sense arribar ni tan sols a plantejar-se fins a quin punt la literalitat del precepte permetria aplicar-lo a situacions convivencials diferents.¹⁰ Compartim aquesta restricció, tal vegada que, essent ja difícilment justificables les conseqüències que se segueixen de l'especial vinculació *ex article 93* per al cònjuge, la parella de fet i els parents del concursat, l'extensió del règim a altres subjectes sense aquest vincle afectiu o familiar esdevindria quelcom abusiu i inadmissible.¹¹

Anticipats aquells efectes (en especial, la rescindibilitat *ex art. 71* i la subordinació *ex art. 92*), queda per esbrinar el sentit o significat d'aquesta “consideració”. La qüestió no és sobrera; ans al contrari, ens sembla d'un

⁹ Vegeu *supra* nota 5. Per la seva banda, l'exposició de motius de la Llei 22/2003 empra també termes molt genèrics: “[...] *La subordinación por motivo de especiales relaciones personales con el concursado no se basa sólo en las de parentesco o de convivencia de hecho* [...]”.

¹⁰ Vegeu, en aquest sentit, Garrido, José María: “La graduación de créditos”, a Rojo, Ángel (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, 2003, pàg. 241; Alonso Ledesma, Carmen: “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, a García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto i Pulgar Ezquerro, Juana: *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid: Dilex, 2003, pàg. 403; Herrea Cuevas, Edorta: *Manual de la reforma concursal*, Bilbao: Europa Temática, 2003, pàg. 477; López Molina, Pilar: “Comentario al artículo 93”, a Palomar Olmeda, Alberto: *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Dykinson, 2003, pàg. 858; Mercadal Vidal, Francisco: “Comentario al artículo 93”, a Sala, A.; Mercadal, F. i Alonso-Cuevillas, J.: *Nueva Ley Concursal*, Barcelona: Bosch, 2003, pàg. 456; Béjar, Javier: “Comentario al artículo 93”, a Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel (coord.): *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Madrid: Iurgium, 2004, pàg. 473.

¹¹ Propugna una interpretació restrictiva del precepte Blascó Gascó, Francisco de P.: *Prelación y pago a los acreedores concursales*. Elcano: Aranzadi, 2004, pàg. 158.

interès especial perquè enllaça amb la del fonament de la previsió legal i en pot determinar la seva efectivitat. A tall de pressupòsit, ens sembla evident que, per si mateixa, l'expressió “*se considerarán*” indica poca cosa sobre el possible caràcter presumptiu o reglamentari del que estableix la norma; dit d'una altra manera: fora de context, l'expressió ens sembla insuficient per defensar una cosa o una altra.¹² Tanmateix, les conseqüències de l'alternativa són evidents: propugnar la naturalesa presumptiva del contingut de l'article 92 implicaria tant com reconèixer la possibilitat d'aportar una prova en contra de l'especial relació que es presumeix¹³ i enervar els efectes d'aquesta consideració. El caràcter simplement reglamentari de la disposició no permetria una estratègia semblant: es tractaria, talment, d'una disposició d'*ius cogens* que declararia de manera incondicional una especial qualitat subjectiva o relació personal per raó de dades objectives com són, en aquest cas, el vincle familiar o el que genera la convivència.

Els antecedents ens acosten a aquesta darrera opció,¹⁴ que, a més, també rep l'aval d'altres preceptes del text vigent que, obeint a la voluntat del legislador de presumir quelcom, empenen una redacció inequívoca.¹⁵ Com s'ha dit, però, la lectura de l'article 93 no pot fer-se de manera aïllada, sinó en el context dels preceptes que desenvolupen els efectes del que s'hi estableix. I el més immediat és, paradoxalment, el que el precedeix, que declara el caràcter subordinat dels crèdits dels quals fossin titulars les persones especialment relacionades

¹² Sobre l'expressió genèrica “*es considerará*” com a indicativa d'una presumpció *iuris tantum*, vegeu Puig Ferriol, Lluís: “Comentari a l'article 40 del Codi de família”, a Egea i Fernández, Joan i Ferrer i Riba, Josep: *Comentarios al Codi de familia, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 227.

¹³ Article 385.3 de la Llei d'enjudiciament civil: “*Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba*”.

¹⁴ L'article 127 de l'Avantprojecte de llei de 1995 emprava una expressió més rotunda: en comptes de “*se considerarán*”, deia simplement que “*son personas especialmente relacionadas en el deudor...*”.

¹⁵ El precepte més il·lustratiu en aquest sentit és, precisament, el mateix article 93, que en el seu darrer apartat estableix: “*Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*”. L'incís “*salvo prueba en contrario*” no apareixia a l'article 127.3 de l'Avantprojecte de 1995, que fora d'això, presentava la mateixa redacció que l'article 93.3 vigent (vegeu Aguilera Anegón, Gonzalo: *op. cit.*, pàg. 301).

Vegeu també els articles 71.2 (“El perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario [...]”), 71.3 (“*Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume [...]*”) i 78 (“*Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario [...]*”).

amb el concursat (art. 92.5). Més enllà, l'article 71 estableix la rescindibilitat dels actes dispositius onerosos celebrats entres aquelles persones i el concursat, de la mà d'una presumpció *iuris tantum* de perjudici per a la massa activa. S'intueix, doncs, una idea soterrada, barreja de connivència, d'acord fraudulent, d'actuació perjudicial, de coneixement efectiu o potencial de l'estat econòmic del concursat dels parents..., que diríem que explica el perquè del règim previst als articles 92 i 71. I el cert és que no és possible concebre aquestes conductes si no hi ha una relació de certa confiança, que creiem que l'article 93 identifica entre els qui comparteixen un vincle afectiu o familiar. La lògica del raonament, però, hauria de permetre també el reconeixement de supòsits en què el parentiu o l'afectivitat no comporten ni confiança ni complicitat, supòsits que no s'haurien de marginar, atès que, a més de possibles, són probables.¹⁶ Per això, *in abstracto* i des de la perspectiva en què s'analitza la qüestió, un cop provada la relació familiar o afectiva, la llei hauria de permetre acreditar que, tot i així, no es tracta d'una persona especialment vinculada amb el concursat. No sembla, però, que la intenció del legislador hagi estat aquesta.¹⁷ Més aviat, sobretot a l'empara de la dicció literal del precepte, es pot deduir raonablement el contrari: l'establiment d'una regulació que no admet cap prova en contrari¹⁸ (arg. *ex art.* 92.1.2: “*Se considerarán personas especialmente...*” vs. art. 92.3: “*Salvo prueba en contrario,*

¹⁶ Pensem, per exemple, en parents enemistats. A més, quin grau de confiança i complicitat pot arribar a haver-hi entre aquells que, en el moment de la declaració del concurs, estan divorciats? Probablement una bona part dels dos anys precedents *ex* article 93.1 s'hauran esmerçat en el mateix procediment de divorci, sobretot si és contencios, i en tot cas, ben segur que en el seu decurs els cònjuges hauran estat separats.

¹⁷ La doctrina no és unànime. Sense justificar-ho, entén establerta una presumpció a l'article 93 Cordón Moreno, F.: *Proceso concursal*. Elcano: Aranzadi, 2003, pàg. 2003. Amb referència a l'article 93.1, parla de presumpció *iuris et de iure* Herrera Cuevas (*op. cit.*, pàg. 477). Nega que es tracti d'una presumpció *iuris tantum* i defensa que es considera automàticament els creditors esmentats a l'article 93 com a creditors vinculats Mercadal Vidal, Francisco (*op. cit.*, pàg. 455).

¹⁸ És clar que sempre és possible acreditar que no es té la relació de parentiu o afectiva que al·lega l'administració concursal. Però això, lluny d'esdevenir una prova en contrari del fet presumpte, seria, en el context de les presumpcions, un cas de “contraprova”. Més enllà d'aquell àmbit, es tractaria simplement d'una circumstància que evidenciaría, en el cas *a quo*, la no-concurrència dels supòsits descrits a l'article 93.1. Creiem que és a aquest supòsit que fa referència l'article 97.2 de la Llei concursal, que estableix: “*Si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquél fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. Quedan exceptuados de este supuesto los créditos comprendidos en el número 1 del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural*”.

se presumen personas especialmente relacionadas...)¹⁹ Suposant encertada aquesta lectura del precepte, el que s'hi disposa s'ha de titllar de criticable, ja que al nostre entendre, esdevé injustificadament discriminatori. La simple i única concurrència del vincle familiar o afectiu descrit a l'article 93.1 determina, sense més ni més, un tracte diferencial entre el parent-creditor i el creditor-no parent, o, en el seu cas, fa recaure una sospita de perjudici per a la massa sobre els actes dispositius onerosos celebrats entre el concursat i la persona especialment vinculada. És cert que aquesta presumpció de perjudici admet prova en contrari (art. 71.3); també és cert que la subordinació *ex* article 92 és automàtica.

1. El crèdit de la parella com a “crèdit subordinat”

Els crèdits dels quals sigui titular alguna de les persones considerades com a especialment relacionades amb el concursat són crèdits subordinats.²⁰

¹⁹ La literalitat d'aquest darrer apartat de l'article 93 permet plantejar-se quin ha de ser el contingut de la prova en contrari de la qual es parla. És suficient acreditar que no es té cap vincle familiar ni afectiu amb el concursat en l'extensió prevista a l'article 93.1? Una resposta afirmativa sembla incoherent i és que ens sembla que l'apartat 3 ja pressuposa la inexistència del vincle; en un altre cas, la vinculació especial estaria determinada per l'apartat 1 del precepte esmentat, que regia amb independència d'on provingués el crèdit: directament, d'un negoci jurídic celebrat entre el concursat i el parent esmentat; de cessió per un altre parent (“[...] *cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores [...]*”). Hi ha qui justifica el contingut d'aquesta disposició a l'efecte d'evitar el frau a la llei i les simulacions; així, Béjar, Javier: *op. cit.*, pàg. 474. D'aquí es deduiria que la prova en contrari hauria de recaure sobre la regularitat de l'acte de cessió. Herrera Cuevas (*op. cit.*, pàg. 477) explica el contingut d'aquesta prova en contrari, no a l'empara de la presumpta vinculació del cessionari amb el concursat, ni a la de l'acte de cessió, sinó a la de l'operació de la qual va sorgir el crèdit: es tractaria d'acreditar que va obeir a les condicions normals del mercat (“[...] *cabe demostrar la neutralidad económica de su crédito para la masa [...]*”). Aquestes interpretacions, al nostre entendre, no s'adiuen amb la literalitat del precepte: exigeix la prova en contrari d'una vinculació especial amb el concursat, i no pas d'una presumpta irregularitat en la cessió o en la constitució del crèdit. A més, aquesta lectura només serviria per enervar la subordinació del crèdit del cessionari. L'eventual celebració de negocis onerosos directament amb el concursat permetria aplicar l'article 71, una aplicació possible en la mesura que no s'hauria desvirtuat la vinculació especial que es presumeix a l'article 93.3.

La tesi que es defensa, fixar el contingut de la prova en contrari a l'empara del vincle existent entre el cessionari i el concursat, i no pas a la del crèdit, no deixa tampoc de plantejar problemes: el principal, que no és exclusiu d'aquest supòsit, és com s'acredita un fet negatiu com la inexistència d'una relació especial amb el concursat.

²⁰ L'Avantprojecte de 1983 desconeixia aquesta categoria; de fet, articulava la prelación dels crèdits distingint entre crèdits prededucibles (art. 283 a 286), crèdits amb privilegi especial (art. 287 a 293), crèdits amb privilegi general (art. 294 a 296), crèdits ordinaris (art. 297 i 298) i, finalment, crèdits amb privilegi especial marítim (art. 299) (vegeu *Estudios sobre el...*, cit., pàg. 334 i s.). L'Avantprojecte de 1995 distingia entre crèdits privilegiats (art. 123 a 125), crèdits

Aquesta condició o qualitat, atorgada per l'article 92.5,²¹ s'explica a l'empara de la classificació que la Llei concursal fa dels crèdits a l'efecte d'ordenar-ne el pagament.²² La mateixa noció de *subordinació* deixa traslluir la seva postergació al darrer estadi de la fase liquidatòria. En seu de liquidació tenen preferència,

ordinaris i "*créditos legalmente postergados*" (art. 126). L'apartat tercer d'aquest precepte atorgava aquell caràcter a "*los créditos de que fuera titular persona especialmente relacionada con el deudor*" (vegeu Aguilera Anegón, Gonzalo: *op. cit.*, pàg. 300). Amb la mateixa dicció que l'article 92.5 vigent, vegeu l'article 91.5 de l'Avantprojecte de 2001 (García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto i Pulgar Ezquerro, Juana (dir.): *Estudios sobre el...*, cit., pàg. 406) i, més tard, també l'article 91.5 del Projecte de llei de 2002.

Sobre la categoria de "crèdits postergats" que emprava l'Avantprojecte de 1995, vegeu Blasco Gascó, Francisco de P.: *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Elcano: Aranzadi, 2004, pàg. 145.

El règim de la subordinació de determinats crèdits, previst a l'Avantprojecte de 2001, és qualificat com a novetat, i es considera encertat i oportú de preveure'l en el Dictamen del Consell d'Estat sobre el contingut de l'Avantprojecte de 2001, de 21 de març de 2002 (vegeu Rojo, Ángel (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, 2003, pàg. 466).

²¹ L'article 92 de la Llei concursal estableix que: "*Son créditos subordinados: 1º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza; 2º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor; 3º Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; 4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias; 5º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1 del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural; 6º Los créditos que como consecuencia de rescisión contractual resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado*".

²² L'article 84 de la Llei concursal distingeix entre *créditos concursals* o *masa passiva* i *crédits contra la massa*. Els primers es defineixen per exclusió: són tots aquells que no reben la consideració de crèdits contra la massa; aquests, per la seva banda, s'enumeren a l'article 84.2, en què se'n fa una relació no exhaustiva (arg. *ex art.* 84.2.11: "*Tienen la consideración de créditos contra la masa: Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración*"). Els crèdits contra la massa gaudeixen d'un règim especial en cas de liquidació, atès que l'article 154 ordena de satisfer-los preferentment als crèdits concursals. Aquests es classifiquen en crèdits privilegiats, ordinaris i subordinats (art. 89). Els primers, que poden ésser crèdits amb un privilegi especial (art. 90) o general (art. 91), són els que la Llei reconeix expressament com a tals (art. 89.2 *in fine*). Els subordinats, com tothom sap, s'enumeren a l'article 92, mentre que els ordinaris es defineixen per exclusió: seran tots aquells que no reben la qualificació legal de crèdits privilegiats o subordinats (art. 89.3).

en primer lloc, els anomenats *crèdits contra la massa*, i a continuació, són atesos la resta de crèdits concursals (arg. *ex art.* 154 de la Llei concursal).²³ És en aquest context liquidatori que la relació de crèdits que conté l'article 92 de la Llei concursal adquireix un valor afegit, atès que, d'acord amb l'article 158.2, el seu pagament es realitzarà per l'ordre que estableix aquell precepte i, si escau, a prorrata dins de cada supòsit.

A més de la pèssima posició que ocupen els subordinats en la jerarquia de crèdits, aquesta subordinació té altres conseqüències, diguem-ne, col·laterals: així, els titulars de crèdits subordinats no tenen dret de vot en la junta de creditors que, si escau, haurà d'aprovar el conveni (art. 122.1.1),²⁴ ni poden

²³ Els crèdits concursals també són objecte d'una prelación o jerarquia que determina l'ordre que s'ha de seguir per satisfer-los: un cop satisfets els crèdits contra la massa, cal satisfer els crèdits amb privilegi especial, els crèdits amb privilegi general, els crèdits ordinaris i, en darrer terme, els crèdits subordinats (art. 155, 156, 157 i 158).

²⁴ Així, a De La Cuesta Rute, José M.: *El convenio concursal (Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal)*, Elcano: Aranzadi, 2004, pàg. 154 i 155; Cerdón Moreno, F.: *op. cit.*, pàg. 156; Herrera Cuevas, Edorta: *op. cit.*, pàg. 478. Segons aquesta autora, la negació del dret de vot als creditors subordinats esdevé una mena de confessió legislativa de la poca confiança que es té en el fet que arribin a cobrar; altrament, seria difícilment justificable aquest desconeixement del dret de vot o d'adhesió (*op. cit.*, pàg. 474, nota 282). Reconeixen, però, als titulars de crèdits subordinats el dret d'assistència i de veu (arg. *ex art.* 118.1 de la Llei concursal), Béjar, Javier: *op. cit.*, pàg. 471; Blasco Gascó, F.: *op. cit.*, pàg. 148. Segons aquest darrer autor, el desconeixement del dret de vot a aquests creditors comporta el desconeixement del d'adhesió (art. 108). A part d'això, tot i que no podrien oposar-se a l'aprovació del conveni (arg. *ex art.* 128.1, segon paràgraf), sí que estarien legitimats, però, per denunciar les infraccions legals de què parla el tercer paràgraf d'aquell precepte i provocar el rebuig judicial del conveni, d'acord amb el que preveu l'article 131 (vegeu *op. cit.*, pàg. 149).

Els efectes del conveni respecte dels creditors subordinats, una vegada aprovat, s'estableixen als articles 134.1 i 136 de la Llei concursal. El primer article estableix que: "*1. El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. [...] Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo la facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos*" (l'art. 102 de la Llei concursal estableix el règim de les propostes amb continguts alternatius que pot arribar a incloure el conveni, disposa que cal preveure quina serà l'aplicable en cas de manca d'exercici de la facultat d'elecció, i atorga aquesta facultat als creditors afavorits, que l'hauran d'exercir de manera individual en la mateixa junta de creditors o en el termini previst en el mateix conveni. La possibilitat d'incloure en el conveni propostes alternatives adreçades a tots els creditors o als d'alguna classe és reconeguda a l'art. 100.2. És aquest precepte el que expressament dona cabuda, dins d'aquelles alternatives, a l'oferta de conversió dels crèdits en accions, participacions o quotes socials, o en crèdits participatius).

Per la seva banda, l'article 136, intitulat "*Eficàcia novatòria*", disposa que: "*Los créditos de*

actuar com a representants d'altres creditors (art. 118.2). A part d'això, la manca d'impugnació per aquests creditors, en temps i forma, de la seva qualificació com a persona especialment relacionada amb el concursat determina la cancel·lació de les garanties que s'haguessin constituït en garantia dels seus crèdits (art. 97.2).²⁵

La principal qüestió que planteja el règim de la subordinació és la seva operativitat; dit d'una altra manera, si la qualificació d'un crèdit com a subordinat és automàtica i *ope legis*, o si, en canvi, s'ofereix algun expedient que permeti enervar aquesta qualificació. La dicció literal del precepte (“*Son créditos subordinados...*”) sembla que no deixa cap marge d'opció.²⁶ Essent així, el cert és que l'opció legal sembla justificada en un grau divers atesos els diferents supòsits que recull l'article 92. Mentre que el dels crèdits subordinats *ex contractu* (art. 93.2) troba fonament en la mateixa autonomia de la voluntat, sembla que la subordinació dels crèdits derivats de l'exercici d'accions de reintegració (art. 92.6) i la dels crèdits comunicats amb retard (art. 92.1) obeeix a un propòsit sancionador; així, contra el creditor que va actuar de mala fe o que va mostrar negligència a l'hora de comunicar el seu crèdit.²⁷ Per la seva banda, la subordinació dels crèdits per interessos (art. 92.3) sembla que es fonamenta, de manera discutible, en la voluntat de no fer de pitjor condició el crèdit sense interessos o amb interessos inferiors als meritats per altres,²⁸ tot imposant als titulars d'aquests darrers un sacrifici qualificat de raonable per raó del concurs.²⁹ A part d'això, el caràcter subordinat dels crèdits per multes i

los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio”. Vegeu, sobre aquest particular, Carrasco-Perea, Ángel i Moratíel Pellitero, Esther: “Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 614, 4 de març de 2004, pàg. 4 i 5.

²⁵ Vegeu la reproducció d'aquest precepte a la nota 18 d'aquest treball.

²⁶ Parla de subordinació *ope legis* i de crèdits *antiprivilegi* Herrera Cuevas (*op. cit.*, pàg. 389 i 392). També defensen que és un supòsit de qualificació automàtica Mercadal Vidal, Francisco (*op. cit.*, pàg. 455) i Blascó Gascó, F. (*op. cit.*, pàg. 150).

²⁷ Béjar, Javier: *op. cit.*, pàg. 470 i 471; Herrera Cuevas, Edorta: *op. cit.*, pàg. 475; Alonso Ledesma, Carmen: *op. cit.*, pàg. 398; Blascó Gascó, F.: *op. cit.*, pàg. 151, 152 i 154. Justifica el supòsit atenent criteris procedimentals Álvarez Caperochipi, José Antonio: *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso (Especial estudio de la nueva ley concursal)*, Granada: Comares, 2004, pàg. 242.

²⁸ Béjar, Javier: *op. cit.*, pàg. 471. L'exposició de motius de la Llei justifica la subordinació a l'empara del caràcter “accessori” dels crèdits per interessos (vegeu l'apartat V, paràgraf tercer). En la mateixa línia, Alonso Ledesma, Carmen: *op. cit.*, pàg. 390; Blascó Gascó, F.: *op. cit.*, pàg. 153.

²⁹ Així ho considera Mercadal Vidal, Francisco: *op. cit.*, pàg. 452.

sancions pecuniàries és tributari d'una tendència ja seguida en l'àmbit penal i fiscal.³⁰

Sens dubte, l'apartat 92.5 és el més criticable i criticat.³¹ La Llei concursal atorga el caràcter de subordinats a determinats crèdits, no per raó de la causa o de circumstàncies objectives de l'obligació, sinó per raó de la condició personal dels titulars,³² considerats a l'article 93 com a persones especialment vinculades amb el concursat. Per tant, és només aquell vincle el criteri determinant de la subordinació. Sense obviar la crítica del precepte, una part de la doctrina ha intentat justificar l'opció legal limitant-la a supòsits determinats (així, a casos d'fracapitalització nominal de les societats de capital),³³ mentre que altres la consideren encertada per impedir que els creditors "genuïns" es vegin perjudicats per la concurrència de creditors aparents o fraudulents; de fet, es constata a la pràctica com a freqüent i probable la constitució de crèdits d'aquesta semblança a favor de parents en supòsits de dificultat econòmica.³⁴ El cert és, però, que la configuració legal de la subordinació *ex* article 92.5 no s'adiu a cap d'aquests esquemes: el precepte no es limita a supòsits determinats, sinó que, sigui quina sigui la naturalesa del crèdit, regeix *sempre* que el seu titular encaixi a l'article 93. Ni tan sols adopta la forma de presumpció *iuris tantum* que permeti acreditar, tot i tractar-se d'un creditor especialment vinculat amb el concursat, la regularitat i neutralitat de l'operació.³⁵ Només una interpretació certament forçada, i per això

³⁰ Béjar, Javier: *op. cit.*, pàg. 471; Herrera Cuevas, Edorta: *op. cit.*, pàg. 476.

³¹ De fet, al llarg de la tramitació parlamentària del text vigent hi va haver més d'un intent de suprimir l'article 91.5 del Projecte de llei (vegeu a *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII Legislatura, Sèrie A, núm. 101-15: esmena número 29, del Grup Parlamentari Mixt (pàg. 108) i esmena núm. 511 del Grup Parlamentari Català de Convergència i Unió (pàg. 289)).

³² Vegeu Álvarez Caperochipi, José Antonio: *op. cit.*, pàg. 242. Aquest autor defensa que la subordinació, més que un motiu de delimitació dels crèdits en funció de la causa, és un recurs tècnic i procedimental per preservar la coherència del procediment concursal.

³³ Així, Mercadal Vidal, Francisco: *op. cit.*, pàg. 453.

³⁴ Així, Béjar, Javier: *op. cit.*, pàg. 472.

³⁵ Al nostre entendre, no es pot confondre la possibilitat d'aportar prova en contrari de la vinculació especial amb el concursat (arg. art. 93) amb la d'aportar prova en contrari de la irregularitat o "anormalitat" del crèdit vinculat (art. 92.5). Discriminar ambdues hipòtesis perimetria, per exemple, que el parent creditor provés la neutralitat del seu crèdit, enervant així la qualificació de subordinat (figuraria, aleshores, a la massa passiva com a ordinari o, àdhuc, privilegiat), i que no obstant això, conservés la consideració de persona especialment vinculada a l'efecte de l'article 71 de la Llei.

Entenen que la forma més encertada de configurar el supòsit hauria estat establir una presumpció *iuris tantum* Mercadal Vidal, Francisco (*op. cit.*, pàg. 455) i Pantaleón Prieto, Fernando ("De la clasificación de los créditos", a Fernández de la Gándara, Luis i Sánchez Álvarez, Manuel María: *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona: Marcial Pons, 2004,

mateix poc convincent, dels preceptes que estableixen el règim d'impugnació de la llista de creditors obriria una escletxa, i ho faria a l'empara de l'article 96.3, que permet el recurs basat en la classificació incorrecta dels crèdits. Es tractaria, d'una manera o d'una altra, de desvirtuar el suposat fonament de la subordinació (així, provant que, tot i el parentiu o afectivitat, l'operació obeïa a criteris corrents del mercat).³⁶ En tot cas, encara que aquests i altres esforços certament afavoreixen resultats poc reeixits, es justifiquen per raó de la mateixa manca de justificació que té subordinar determinats crèdits per raó, exclusivament, de la relació personal existent entre el seu titular i el concursat, i a més, fer-ho sense oferir obertament a aquest creditor l'oportunitat d'acreditar que aquell vincle afectiu o familiar no va tenir cap incidència en la constitució del crèdit. Només convé afegir que la situació del supòsit en el penúltim apartat de l'article 92, d'una rellevància indubtable en l'ordre dels pagaments (arg. *ex art.* 158.2), ens sembla arbitrària, en la mateixa mesura que considerem injustificada la subordinació automàtica.

pàg. 539). En tot cas, es manifesta en contra de l'automatisme de l'article 92.5 i reclama, com a pressupòsit de la subordinació, l'acreditació prèvia d'una conducta dolosament o culposament perjudicial per als creditors, duta a terme per les persones especialment relacionades amb el deutor, Alonso Ledesma, Carmen: *op. cit.*, pàg. 392 i s., i 391 per a referències de dret comparat que avalen la seva proposta. En canvi, hi ha també qui propugna l'oportunitat de la subordinació automàtica al·legant que és preferible aquest mecanisme a la introducció de normes que requereixin l'exercici correcte de la discrecionalitat judicial. Vegeu, amb aquestes paraules, Garrido, José María: *op. cit.*, pàg. 242, *in fine*.

Álvarez Caperochipi (*op. cit.*, pàg. 243) va molt més enllà. Defensa que: "[...] Esta subordinación hay que tratarla como una presunción de fraude, que puede ser apreciada por la administración del concurso pero que puede ser impugnada por el incidente concursal por aquél a quien perjudique, pues de lo contrario la subordinación de los créditos subordinados atentaría contra la tutela jurisdiccional y se transformaría en una expropiación sin indemnización [...]". En termes semblants, vegeu Blascó Gascó, Francisco de P.: *op. cit.*, pàg. 161. Aquest autor considera que cal propugnar la interpretació de la norma en termes de presumpció de frau, i admet, per tant, la prova de l'existència del crèdit i de l'absència d'ànim fraudulent.

³⁶ Segons l'article 97.2 (transcrit a la nota 18) també és possible impugnar la qualificació del creditor com a persona especialment relacionada amb el deutor. Com que, segons es va veure, aquest vincle és objectiu, qui sigui realment parent o parella del concursat no té, en una impugnació eventual, cap probabilitat d'èxit. També només una interpretació molt forçada del precepte podria donar cabuda a la impugnació, no de la consideració personal del creditor, sinó de la classificació del crèdit com a subordinat. Els antecedents avalen aquesta lectura: així, l'article 128 de l'Avantprojecte de llei concursal de 1995 establí que: "*Si el acreedor especialmente relacionado con el deudor no apelase la resolución judicial aprobatoria de la lista de acreedores, solicitando la modificación de la calificación del crédito, el Juez del concurso, sin más trámites, expedirá mandamiento para que se cancelen de los Registros públicos las garantías de cualquier clase constituidas a favor del crédito de que ese acreedor fuese titular*".

Blascó Gascó, Francisco de P. (*op. cit.*, pàg. 159) adverteix que la possibilitat d'impugnació reconeguda a l'article 96.3 és més formal que material, atès que fa referència a la identitat personal del creditor, i no a l'existència o legitimitat del crèdit.

Hi ha un supòsit en què el legislador sí que ha considerat la causa o naturalesa del crèdit, més enllà de la vinculació especial establerta a l'article 93: es tracta dels crèdits salarials als quals fa referència l'article 91.1 (vegeu l'art. 92.5 *in fine* i l'art. 97.2 *in fine*). A part d'això, atès el presumpte rerefons de la subordinació *ex* article 92.5, sembla que els crèdits als quals fa referència el precepte són només els de constitució voluntària, *ex contractu*, i s'exclouen, per exemple, els crèdits constituïts a favor del parent o la parella per resolució judicial (així, per raó de la compensació econòmica *ex* art. 13 i 31 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, i l'art. 41 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, de Codi de família).³⁷

Com que la disciplina de la subordinació s'aplica independentment de la naturalesa i les circumstàncies objectives del crèdit, tot fa pensar que l'eventual constitució d'un dret real en garantia del seu compliment —que, en un altre cas, l'erigiria en privilegiat (art. 91.1, 2 i 6)— no té cap importància ni modifica el règim concursal del crèdit. Aquesta indiferència es pot fer extensiva a qualsevol altra circumstància que, si no fos per la condició personal del titular, hauria determinat la classificació del crèdit com a privilegiat o ordinari.³⁸ Que això és així ho confirma el mateix article 92.5, que expressament, i de manera excepcional, salva de la subordinació determinats crèdits amb privilegi general, malgrat la condició dels seus titulars (així, els salarials *ex* art. 91.1).³⁹ La qüestió mereix una

³⁷ Respecte als crèdits per aliments, la Llei concursal preveu una regulació particular. Són considerats crèdits contra la massa i gaudeixen de la preferència en el pagament pròpia d'aquesta categoria (vegeu els art. 47.2 i 84.2.4).

³⁸ No creiem que contradigui aquesta observació el contingut de l'article 122 de la Llei concursal. Aquest precepte disposa que: "*1. No tendrán derecho de voto en la junta: 1º Los titulares de créditos subordinados; 2º Los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa. 2.- Los acreedores comprendidos en el apartado anterior podrán ejercitar el derecho de voto que les corresponda por otros créditos de que sean titulares*". Ens podríem plantejar, en primer lloc, si la referència a "*l'apartat anterior*" de l'article 122.2 ens remet a tot l'apartat primer o només al segon dels supòsits que preveu. La primera opció implicaria la viabilitat de concórrer al procediment concursal, alhora, com a creditor subordinat i creditor privilegiat o ordinari. Succeeix, però, que mentre que podrien trobar-se perfectament en aquesta situació els titulars dels crèdits esmentats als apartats primer, segon, tercer, quart i sisè de l'article 92, això no seria viable per a les persones especialment relacionades amb el deutor. El motiu és que tots els seus crèdits contra el concursat adquireixen automàticament la condició de subordinats per la condició personal dels seus titulars.

³⁹ És particularment curiosa la manera com era tractada la qüestió als antecedents, concretament a l'Avantprojecte de llei concursal de 1995. L'article 127, que tractava de les persones especialment relacionades amb el deutor, atorgava aquesta condició, entre altres, a: "*5º Las personas que convivan habitualmente con el deudor o quien hubiera convivido habitualmente dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, salvo que fueran titulares de crédito con privilegio general*".

menció perquè pot conduir a situacions quasi grotesques; així, per exemple, que el parent amb un crèdit garantit amb una hipoteca no només vegi degradat el seu crèdit al penúltim graó en l'ordre de pagaments (art. 95.2), sinó que, com que és impossible impugnar amb èxit la seva qualificació com a persona especialment vinculada amb el concursat (atès que el vincle de parentiu realment existeix), es declari extingit el dret real i s'ordeni cancel·lar-ne la inscripció (art. 97.2).⁴⁰ Al nostre entendre, la rigorositat del sistema clama una lectura jurisprudencial que no permeti, sense més ni més, aquest desenllaç.

És aplicable el règim de la subordinació a Catalunya? Dit d'una altra manera, les normes en matèria de prelación de crèdits que conté la Llei concursal regeixen en tot cas a Catalunya?⁴¹ Constatada la inexistència en el dret català d'un sistema de jerarquizació dels crèdits, aplicable tant als procediments d'execució universal com als procediments d'execució particular en cas d'interposició de terceria de millor dret (art. 613 i s. de la Llei d'enjudiciament civil),⁴² la qüestió sembla que es resol a l'empara de la supletorietat del dret estatal (art. 149.3 de la Constitució, art.

⁴⁰ Destaca l'automatisme i la severitat d'aquesta extinció Blascó Gascó, F.: *op. cit.*, pàg. 149 *in fine*.

⁴¹ La disposició final 32a de la Llei concursal assenyala que la Llei es dicta a l'empara de la competència que correspon a l'Estat d'acord amb l'article 148.1.6 i 8 de la Constitució, i afegeix, en relació amb la competència processal, que es dicta: "[...] *Sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas [...]*". En la tramitació parlamentària de la Llei, el Grup Parlamentari de Convergència i Unió va presentar una esmena d'addició al Projecte de llei concursal a l'efecte d'afegir una nova disposició addicional amb el següent contingut: "*Lo dispuesto en la presente Ley será aplicable sin perjuicio del carácter preferente de la legislación que, en desarrollo de su derecho civil propio, puedan dictar en este ámbito las comunidades autónomas con competencias en materia de conservación y modificación de su derecho civil, especial o foral*" (vegeu l'esmena núm. 579, a *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII Legislatura, Sèrie A, de 2 de desembre de 2002, núm. 101-15, pàg. 314).

Pel que fa als possibles conflictes en matèria de competència legislativa que es poden derivar de la nova Llei concursal, la veritat és que la doctrina n'ha dit poca cosa. S'anticipen problemes de "convivència" en relació amb la preferència i la prelación que la legislació dels territoris amb dret propi podria atorgar a determinats crèdits en funció de les particularitats del dret material, a Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel (coord.): *op. cit.*, pàg. 1045 i 1046. Vegeu també sobre el particular Blascó Gascó, Francisco de P.: *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Elcano: Aranzadi, 2004, pàg. 67 i s.; Pantaleón Prieto, Fernando: *op. cit.*, pàg. 519 i 520.

⁴² En relació amb el dret estatal, la disposició final primera de la Llei 22/2003, concursal, modifica el Codi civil afegint un segon paràgraf a l'article 1921 que diu: "*En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley concursal*". Per això fora de concurs són vigents la classificació i la prelación de crèdits previstes als articles 1921 i següents del Codi civil, llevat dels paràgrafs A) i G) de l'apartat segon de l'article 1924 (vegeu la disposició derogatòria única 3, 2n). Per la seva banda, la disposició final 33a preveu que, en el termini de sis mesos comptats a partir de l'entrada en vigor de la Llei, el Govern

26.1 i 2 de l'Estatut d'autonomia i art. 111.5 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya).⁴³

2. El caràcter presumptament perjudicial dels actes dispositius onerosos: la seva rescindibilitat

L'article 71 de la Llei concursal, intitulat "*Accions de reintegració*", declara la rescindibilitat dels actes perjudicials per a la massa activa realitzats pel deutor en els dos anys anteriors a la data de la declaració del concurs, encara que hi manqui la intenció fraudulenta. Mentre que el perjudici patrimonial es presumeix, *iuris et de iure*, en els actes de disposició realitzats a títol gratuït (art. 71.2), en els supòsits que es detallen a l'apartat tercer d'aquest precepte el perjudici també es presumeix, però la presumpció és *iuris tantum*.⁴⁴ El primer

remeti a les Corts Generals un projecte de llei reguladora de la concurrència i la prelación de crèdits en cas d'execució singular. Aquesta coexistència de sistemes ha rebut les crítiques de la doctrina: vegeu, entre altres, Rojo, Ángel: "La reforma del derecho concursal español", a Rojo, Ángel: *La reforma de la legislación concursal*, Madrid: Marcial Pons, 2003, pàg. 127; Blascó Gascó, F.: *op. cit.*, pàg. 162-164. La unitat de sistemes també fou defensada pel Consell General del Poder Judicial (vegeu l'*Informe sobre el Anteproyecto de ley concursal*, de 10 d'octubre de 2001, a Rojo, Ángel: *op. cit.*, pàg. 377 i 378).

⁴³ L'article 111.5 disposa que: "*Les disposicions del dret civil de Catalunya s'apliquen amb preferència a qualssevol altres. El dret supletori només regeix en la mesura que no s'oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l'informen*". Vegeu Badosa Coll, Ferran: "La situació del Dret civil català", a Badosa Coll, Ferran: *Manual de dret civil català*, Barcelona: Marcial Pons, 2003, pàg. 67.

Sobre l'aplicació a Catalunya d'altres aspectes civils de la Llei concursal, vegeu Arnau Raventós, Lídia: "Les adquisicions amb pacte de supervivència a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal", *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 4, 2004; "Les presumpcions de donació del concursat al seu cònjuge. A propòsit de l'article 78.1 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal", *Revista Catalana de Dret Privat*, 2005 (en premsa).

⁴⁴ En matèria de reintegració de la massa, els successius intents de reforma del sistema concursal han proposat mecanismes jurídicament i tècnicament diversos. L'Avantprojecte de llei concursal de 1983 assenyalava, al seu article 185, que pertocava als síndics interposar judicialment les accions pertinents de nul·litat o anul·labilitat per a la reintegració de la massa. L'article 186 declarava la nul·litat de ple dret dels actes de disposició realitzats pel deutor a títol gratuït dins del període de retroacció, llevat les disposicions de costum i les donacions remuneratòries. Per la seva banda, l'article 189 declarava l'anul·labilitat dels actes realitzats pel deutor, en aquell període, en frau dels seus creditors. El caràcter fraudulent es presumia, llevat prova en contrari, als actes que s'enumeraven a l'article 190: els pagaments anticipats d'obligacions no vençudes; actes extintius de deutes vençuts realitzats per mitjà d'una prestació diferent de la pactada; actes de constitució o ampliació de drets reals per garantia d'obligacions preexistents no vençudes; actes de reconeixement de crèdits d'operacions en què no intervé un fedatari públic; vendes de mercaderies per un preu inferior al del mercat i, finalment, acceptacions de requeriments resolutoris de contractes. A part d'això, l'article 192 preveia l'anul·labilitat dels actes d'alienació a títol oneros realitzats dins d'un període sospitos quan la contraprestació a favor del concursat no arribés a la meitat del valor real de mercat dels

paràgraf de l'article 71.3 fa referència als actes dispositius realitzats a títol oneros a favor d'alguna de les persones especialment relacionades amb el concursat (art. 93). En conseqüència, totes les disposicions oneroses realitzades pel concursat a favor de qualsevol persona especialment relacionada amb ell tenen el risc de ser rescindides a instància de l'Administració concursal o, si s'escau, dels creditors (arg. *ex art.* 72), per raó del seu caràcter presumptament perjudicial per a la massa activa o patrimoni concursal.⁴⁵

béns i drets transmesos, llevat que s'acredités la manca de perjudici efectiu per als creditors en cas de manteniment de l'eficàcia d'aquestes operacions (vegeu-ne el text íntegre a *Estudios sobre el Anteproyecto...*, cit., pàg. 320 i 321). Sobre els mecanismes de reintegració previstos a l'Avantprojecte de 1983, vegeu, per a tots, Massaguer Fuentes, José: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona: Bosch, 1986, pàg. 101 i s.

L'Avantprojecte de 1995 tractava de la qüestió a l'article 90 i següents. L'article 90, intitulat "Obligació de reintegració", ordenava als síndics exercir les accions revocatòries pertinents per integrar a la massa activa els drets i béns dels quals s'hagués disposat indegudament. L'article 91 declarava la revocabilitat dels actes de disposició a títol gratuït realitzats pel deutor en els dos anys anteriors a la declaració de concurs; l'article 92 la feia extensiva en primer lloc, als actes onerosos realitzats en l'any anterior a la declaració del concurs, encara que l'adquirent no tingués coneixement de l'estat d'insolvència del deutor; en segon lloc, als actes onerosos realitzats abans de l'any si l'adquirent coneixia la situació econòmica del concursat. L'article 92.3 presumia aquest coneixement quan es tractava d'una persona especialment relacionada amb el concursat (art. 127). (Vegeu-ne el text íntegre a Aguilera Anegón, Gonzalo: *op. cit.*, pàg. 286.)

Per la seva banda, l'Avantprojecte de 2001 feia seva la noció de *rescissió*: declarava la rescindibilitat dels actes perjudicials per a la massa realitzats pel deutor en els dos anys anteriors a la declaració del concurs, encara que hi manqués la intenció fraudulenta (art. 70.1), i presumia aquell perjudici, sense admetre prova en contra, en els actes de disposició a títol gratuït, tret de les liberalitats d'ús; en els actes de disposició de títol oneros realitzats a favor d'alguna de les persones especialment relacionades amb el concursat; en els actes de constitució de garanties reals a favor d'obligacions preexistents o de les noves obligacions constituïdes en substitució de les primeres i, en darrer terme, en els pagaments i actes d'extinció d'obligacions amb un venciment posterior a la declaració del concurs (art. 70.2). (Vegeu-ne el text íntegre a García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto i Pulgar Ezquerria, Juana (dir.): *Estudios sobre el...*, cit., pàg. 391 i 392.)

L'Avantprojecte de 2002 es pronunciava en els mateixos termes que l'Avantprojecte de 2001 (vegeu Rojo, Ángel: *La Reforma...*, cit., pàg. 539 i 540). La distinció entre *presumpció iuris tantum* i *iuris et de iure*, que finalment recull el text vigent (art. 71.2 i 3), va obeir a una esmena del Grup Parlamentari de Coalició Canària (vegeu l'esmena núm. 619, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII Legislatura, Sèrie A, núm. 101-15, de 2 de desembre de 2002, pàg. 336). Coalició Canària justificava així la modificació proposada: "Parece exagerado no admitir prueba en contrario en actos que puedan provocar incluso un beneficio para el deudor, así una transmisión onerosa a favor de una persona relacionada a un precio superior al de mercado o una garantía que se limitara a modificar una existente en beneficio del deudor, por ejemplo, ampliando el plazo".

⁴⁵ L'article 71.3.2 també presumeix el perjudici patrimonial als actes de constitució de garanties reals a favor d'obligacions preexistents o de les noves obligacions constituïdes en substitució d'aquelles. Fora dels supòsits previstos als apartats segon i tercer de l'article 71, la rescissió de l'acte demanarà l'acreditació prèvia del seu caràcter perjudicial (art. 71.4).

El règim anterior s'aplica, com s'ha dit, amb independència de la voluntat o acord fraudulent entre les parts; en tot cas, la seva concurrència eventual determinarà la qualificació del concurs com a culpable i, si escau, la de la contrapart com a còmplice (art. 164.2.5 i 166 de la Llei concursal).

La doctrina discuteix, i força, sobre la naturalesa de la rescissió *ex* article 71 de la Llei concursal, i alguns defensen la seva configuració com a supòsit de rescissió per frau;⁴⁶ altres fonamenten la seva naturalesa de rescissió per lesió a l'empara de la literalitat del precepte, que no exigeix intenció fraudulenta,⁴⁷ o finalment, tractant de reconduir el supòsit a un cas de rescissió "objectiva" per frau: l'objectivació, en aquest cas, deixaria enrere l'ànim fraudulent per donar protagonisme al perjudici.⁴⁸ De fet, és sobre aquest darrer element que s'articula el règim previst als articles 71 i següents, un règim que, fora d'això, no exclou l'exercici d'altres accions d'impugnació contra els actes que du a terme el deutor (art. 71.6).⁴⁹

⁴⁶ Així, Beltrán Sánchez, Emilio: "Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal", a García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto i Pulgar Ezquerria, Juana: *Estudios sobre...*, cit., pàg. 173. Segons aquest autor, el precepte fa ús de la tècnica de la rescissió per frau de creditors substituint la intenció fraudulenta pel període sospitós.

⁴⁷ Vegeu Herrera Cuevas, Edorta: op. cit., pàg. 361-364; Duro Ventura, Cesáreo: "Comentario al artículo 71", a Palomar Olmeda, Alberto: op. cit., pàg. 628; Ripoll Olazábal, Guillermo: "Comentario al artículo 71", a Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel (coord.): op. cit., pàg. 378 i 379.

⁴⁸ Defensa aquesta configuració Alcover Garau, Guillermo: "Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal", a García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto i Pulgar Ezquerria, Juana: *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid: Dilex, 2003, pàg. 333. Aquest autor reconeix la semblança de la rescissió concursal *ex* article 71 amb la rescissió per frau de creditors quan l'acte rescindible és gratuït o oneros amb mala fe, i amb la rescissió per lesió quan és un acte oneros sense mala fe. També adverteix que, en cas d'identificar-se el supòsit de l'article 71 amb un cas de rescissió per lesió, es donaria la circumstància que una institució, en principi, de protecció de la part contractant lesionada es convertiria en un mecanisme de protecció dels creditors. Sobre les diferències més essencials entre les accions rescissòries de l'article 1291 del Codi civil i les anomenades *acciones de reintegración de la masa*, vegeu Díaz Martínez, Manuel: "Presente y futuro de las acciones de reintegración", *La Ley*, D-225, 2002-5, pàg. 1820.

⁴⁹ L'observació pot merèixer interès, per exemple, a l'efecte de poder interposar una acció de rescissió per frau de creditors o per lesió *ex* article 1291 del Codi civil contra un contracte dut a terme abans dels dos anys de què parla l'article 71 de la Llei concursal, però dins dels quatre anys a què fa referència l'article 1299 del Codi civil. En aquesta mateixa línia, Mairata Laviña (Mairata Laviña, Jaime: "Panorámica del Anteproyecto de ley concursal de 2001: contenido de las acciones de reintegración", *La Ley*, D-16, 2002-1, pàg. 1865 i s.) considera massa curt el termini de dos anys. Sobre aquest tema, vegeu també García-Cruces, José Antonio: "La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 590, 11 de setembre de 2003, pàg. 4; Martínez Gutiérrez, Ángel: "Luces y sombras del sistema de reintegración de la masa activa contenido en la Ley Concursal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 607, 15 de gener de 2004, pàg. 1 i s.

La presumpció de coneixement de l'estat econòmic del concursat, que l'article 92.3 de l'Avantprojecte de llei concursal de 1995 establia respecte de les persones especialment vinculades amb el deutor a l'efecte de permetre revocar els actes dispositius onerosos realitzats abans de l'any de la declaració del concurs,⁵⁰ ha donat pas, doncs, a una presumpció *iuris tantum* de perjudici⁵¹ que en facilita la rescissió. Des del punt de vista processal, la disposició implica traslladar a l'adquirent la càrrega de provar la inexistència de perjudici. Una lectura inicial del precepte, volgudament ingènua, ens podria fer pensar que aquesta acreditació no és possible, atès que la idea de perjudici o sacrifici patrimonial és inherent a l'acte o noció de disposició, que implica la pèrdua o privació de quelcom que es tenia i que ara es deixa de tenir perquè se'n disposa.⁵² Aleshores, la qüestió rau en la virtualitat de la causa onerosa: si el negoci és realment oneros i implica, per tant, un intercanvi respectuós amb el principi d'equivalència de les prestacions, aquell perjudici inicial és compensat i neutralitzat per la prestació rebuda a canvi del bé o dret transmès. Destruir la presumpció implicarà, doncs, acreditar l'onerositat del contracte: que es va estipular un preu; que era corrent, ateses les circumstàncies del mercat, sense que una eventual minva a la baixa exclouï la noció de contraprestació, i finalment, que va ser satisfet o que la manca de satisfacció temporal es compensa d'una altra manera (així, retenint l'ús de la cosa, gravant el preu amb interessos...).⁵³ En aquest context, atès que el supòsit més evident i flagrant de negoci perjudicial seria el cas de negoci gratuït, la presumpció de perjudici es podria equiparar fàcilment, almenys des del punt de vista processal i amb l'efecte d'inversió de la càrrega de la prova, a una presumpció de gratuïtat,⁵⁴ i és que, en primer lloc, els afectats pel precepte han d'acreditar la naturalesa onerosa del contracte. Però l'article 71.3 de la Llei concursal va més

⁵⁰ Vegeu *supra* nota 44.

⁵¹ La doctrina celebra que s'hagi abandonat la configuració del supòsit com a presumpció *iuris et de iure* que apareixia a l'Avantprojecte de 2001. Vegeu, per a tots, Herrera Cuevas, Edorta: *op. cit.*, pàg. 367.

⁵² Sobre la idea de perjudici associada al negoci dispositiu, vegeu Badosa Coll, Ferran: *op. cit.*, pàg. 246-248.

⁵³ Vegeu, en un sentit aproximat al text, Alcover Garau, Guillermo: *op. cit.*, pàg. 337; Sancho Gargallo, Ignacio: "Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2004, pàg. 163 i 164.

⁵⁴ Per cert, presumpció de gratuïtat inexistente en l'ordenament civil estatal. Des del punt de vista fiscal, cal considerar l'article 4.1 de la Llei 29/1987, de 18 de desembre, de l'impost sobre successions i donacions, modificat per la Llei 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre fiscal. Aquell precepte estableix que: "Se presumirá la existencia de una transmisión lucrativa cuando en los registros fiscales o de los datos que obren en la Administración resultare la disminución del patrimonio de una persona y simultáneamente o con posterioridad, pero siempre dentro del plazo de prescripción del artículo 25, el incremento patrimonial correspondiente en el cónyuge, descendientes, herederos o legatarios".

enllà. El fet és que un negoci onerós també podria ésser perjudicial: així, quan l'equivalència de les prestacions és només formal o funcional (una és causa de l'altra; arg. ex. art. 1274 del Codi civil), però no quantitativa, de manera que el que es dona no és proporcional al que s'obté a canvi.⁵⁵ La prova en contrari del perjudici haurà de ser, doncs, la prova de l'onerositat de l'acte dispositiu i de la proporcionalitat de les prestacions satisfetes.

Possiblement, el règim previst a l'article 71.3.1 s'adiu amb la predisposició que ha mostrat la doctrina a estendre l'article 11 del Codi de família als membres d'una unió estable de parella.

*Article 11. Llibertat de contractació. Els cònjuges es poden transmetre béns i drets per qualsevol títol i dur a terme entre ells tot tipus de negocis jurídics. En cas d'impugnació judicial, els correspon la prova del caràcter onerós de la transmissió.*⁵⁶

III. REFERÈNCIA A LES ADQUISICIONS AMB PACTE DE SUPERVIVÈNCIA: EL SEU RÈGIM CONCURSAL I LES PARELLES DE FET

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de febrer de 2003 ha admès que els membres d'una unió estable de parella puguin celebrar una compravenda amb pacte de supervivència.⁵⁷ L'article 78.3 de la Llei concursal

⁵⁵ Vegeu Marco Molina, Juana: "La rescissió per lesió", a Badosa Coll, Ferran: *op. cit.*, pàg. 308 i s. Aquesta autora argumenta que en el dret civil català la causa onerosa requereix el requisit addicional de l'equivalència quantitativa de les prestacions.

⁵⁶ Puig Ferriol, Lluís: "Matrimoni-Unió...", cit., pàg. 672. Aquest autor mostra, en aquest darrer treball, un canvi d'opinió respecte a la que manifestava a "La contratación entre cónyuges en el derecho civil catalán", *Cuadernos Jurídicos*, any 3, núm. 25, desembre de 1994, pàg. 48.

⁵⁷ Vegeu, comentant aquesta resolució, Farnós Amorós, Esther: "Compres amb pacte de supervivència i unions estables de parella. Comentari a la Sentència del TSJC de 13.02.2003 i a la Interlocutòria de 3.12.2003 del President del TSJ", *Working Paper de Dret Català*, www.indret.com, Barcelona, gener de 2004. També comenta la Sentència, sense compartir-ne el seu criteri, Gavidia Sánchez, Julio V.: "La unión libre: familia, no matrimonio", *Diario La Ley*, any XXV, núm. 6038, divendres 11 de juny de 2004. Darrerament, vegeu Gomá Lanzón, Ignacio: "Pacto de sobrevivencia y parejas de hecho (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 13 de febrero de 2003)", *La Notaría*, gener, 2005, pàg. 69.

S'havia manifestat favorable al pacte celebrat per membres d'una parella estable Cumella Gaminde, Antonio: "Comentari als articles 24 i 25", a Casanovas Mussons, Anna; Egea Fernández, Joan; Gete-Alonso Calera, Carmen i Mirambell i Abancó, Antoni (coord.): *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges (Llei 8/1993, de 30 de setembre)*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, pàg. 208-232. Recentment, recorrent a l'*analogia legis*, Puig Ferriol, Lluís: "Matrimoni-Unió...", cit., pàg. 20. Hem raonat també aquesta possibilitat a Arnau Raventós, Lúdia: "Les adquisicions amb...", cit., pàg. 133.

tracta de les adquisicions amb pacte de supervivència i estableix la divisibilitat dels béns en cas de concurs de qualsevol dels cònjuges, i la integració de la meitat corresponent al concursat a la massa activa (art. 78.3, primer paràgraf). En darrer terme, reconeix al cònjuge del concursat el dret a adquirir la totalitat de cada un dels béns, satisfent a la massa la meitat del seu valor (art. 78.3, segon paràgraf).⁵⁸

Essent incontestable que la llei només fa referència als béns adquirits per ambdós “cònjuges”, però coneguda la línia jurisprudencial iniciada recentment, es pot considerar d'interès determinar fins a quin punt és aplicable a Catalunya el règim previst a l'article 78.3 a l'efecte d'una aplicació analògica eventual a les parelles de fet, o si escau, d'una modificació legal de la institució.⁵⁹

La regulació que es fa a l'article 78.3 de la Llei concursal de les adquisicions amb pacte de supervivència mereix un comentari força diferent segons quina sigui la mesura que s'analitza. Pel que fa al primer paràgraf, que estableix *la integració a la massa de la meitat del concursat*, la disposició encaixa de ple en la regulació que se segueix dels articles 46 i 47 del Codi de família. Aquest darrer estableix l'embargabilitat de la meitat corresponent al cònjuge deutor. D'aquesta regulació es desprèn, doncs, que les adquisicions amb pacte de supervivència, tot i que impliquen un estat d'indivisió i que no és permesa la transmissió —voluntària, s'entén— a terceres persones del dret que es tingui sobre els béns (art. 44.2.b) i c) del Codi de família), no representen una esclatxa al principi de responsabilitat patrimonial universal del deutor (art. 1911 del Codi civil). El que succeirà, però, és que l'actiu patrimonial vindrà donat, en aquest supòsit, per una quota en el condomini del bé. Des d'aquesta perspectiva, el fet que l'article 78.3, primer paràgraf *in fine* assenyali que la meitat corresponent al concursat s'integrarà a la massa activa del concurs esdevé una conseqüència del mateix principi (art. 76.1 de la Llei concursal).

El primer paràgraf de l'article 78.3 també disposa que en el concurs de qualsevol dels cònjuges els béns es consideraran divisibles. La mesura implica desconèixer la prohibició de divisió que, d'acord amb l'article 44.2 del Codi de família, caracteritza la comunitat sorgida del pacte. Certament, el règim així descrit és indubtablement més rigorós que el que preveu el Codi de família. A l'empara d'aquest article, l'embargament de la quota no implica *per se* la

⁵⁸ L'article 78.1 i 2 tracta de la presumpció de donacions entre cònjuges. Tot i que la doctrina s'havia manifestat a favor d'estendre el que preveu l'article 1442 del Codi civil a les parelles de fet (vegeu, per a tots, Cuena Casas, Matilde: *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación*, Madrid: Dykinson, 1999, pàg. 201 i s.), el legislador ha optat per la revifalla de la institució, sense atrevir-se, però, a aplicar-la fora del matrimoni. Vegeu, sobre l'article 78.1 i 2, Arnau Raventós, Lúcia: “Les presumpcions de donació...”, cit.

⁵⁹ Sobre la qüestió competencial soterrada a l'interrogant que es planteja al text, vegeu Arnau Raventós, Lúcia: *op. cit.*, pàg. 164.

divisibilitat del bé: la quota s'adjudicarà a un tercer i serà aquesta adjudicació, i no la trava prèvia, el que determinarà l'extinció del pacte i la constitució d'un proindivís ordinari (art. 46.3 del Codi de família), del qual són característiques la consideració dels béns com a divisibles (art. 400 del Codi civil; art. 552-11 del projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya). A part d'això, si a la possible divisió de la cosa (art. 78.3 de la Llei concursal *v.* art. 44.2.c) del Codi de família) hi afegim que el risc de transmissió forçosa dels drets del deutor és inherent a la declaració de concurs (art. 142 i s. de la Llei concursal *v.* art. 44.2.b) del Codi de família) i que la regla del mutu acord *ex* article 44.2.a), més que una norma especial en matèria de pacte de supervivència, és també una regla general de la comunitat ordinària per quotes (art. 398 del Codi civil; art. 552-8 del Projecte de llibre cinquè), arribem a la conclusió que la declaració de concurs implica la negació del règim especial que imposa el pacte (art. 44.2 del Codi de família). De fet, instaura un proindivís ordinari. I atès que és aquesta la mesura que preveu el Codi de família en el cas d'extinció del pacte, és inevitable preguntar-nos si, de fet, el que preveu l'article 78.3 és el concurs com a nova causa extintiva. No sembla que aquest hagi d'ésser irremissiblement el desenllaç. No pot descartar-se que, declarat divisible el bé, ni l'administració concursal ni el cònjuge sol·licitin la divisió de la cosa i que, resolt el concurs en un conveni, no hagi estat necessària l'adjudicació forçosa de la quota del concursat. Al nostre entendre, en aquest cas no hi ha res que impedeixi entendre subsistent l'expectativa dels cònjuges. Altrament, interpretar la declaració de concurs com a causa d'extinció no s'avindria amb la regulació catalana de la institució: a la seva empara només s'extingeix el pacte l'embargament consumat.

Altres problemes planteja el dret d'adquisició preferent previst al paràgraf segon de l'article 78, del qual no es diu res en els articles 44 i següents del Codi de família. En aquest context, és cert que en el cas d'execució forçosa de la quota del cònjuge deutor seria plantejable autointegrar aquella regulació amb normes que, previstes per altres supòsits de comunitat, reconeixen al cotitular un dret d'adquisició preferent (art. 51 del Codi de successions; art. 552.5 del Projecte de llibre cinquè). Succeeix, però, que el segon paràgraf de l'article 78.3, considerat literalment, no pressuposa ni preveu l'alienació del bé. L'aplicació d'aquesta disposició a Catalunya ens sembla discutible, per bé que no dubtem de la bondat i justícia de la mesura. La raó seria que es tracta d'una facultat que més aviat obeeix poc a les finalitats del concurs; així, no s'adreça a garantir el principi de responsabilitat patrimonial universal del deutor, ni el d'unitat procedimental, ni a fer efectiu el de *par conditio creditorum*...⁶⁰ Des d'aquesta perspectiva, en la

⁶⁰ Tret que, forçant molt l'argumentació, diguem que es tracta d'un mecanisme dirigit fonamentalment a obtenir més liquiditat per fer front als creditors.

mesura que es dirigeix exclusivament al cònjuge del concursat, incideix de ple en la regulació civil de la institució, i en aquest àmbit, les competències corresponen al Parlament de Catalunya. Creiem que ni tan sols seria defensable aplicar-la a les adquisicions sotmeses al dret català per raó de la supletorietat del dret estatal (art. 149.3 de la Constitució; art. 111.5 de la Primera llei del Codi civil de Catalunya). Admetre el contrari seria tant com permetre que el legislador estatal, respecte d'institucions *no tipificades* al dret estatal però previstes en el dret propi d'altres territoris, pogués dictar normes per als casos no previstos a les normes autonòmiques.

LA CUESTIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA: REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY 10/1998, DE 15 DE JULIO

PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

MAGISTRADO DE LA SECCIÓN 12ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SUMARIO

I. Las nuevas perspectivas legislativas en la actual legislatura.....	595
II. Reflexiones sobre el problema de la constitución de la pareja estable: dificultades que presenta la regulación de la materia.....	596

I. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS EN LA ACTUAL LEGISLATURA

La adecuación de las normas jurídicas a la realidad social a la que pretenden servir puede ser analizada, en gran medida, si se comprueba que ha sido alto el grado de pacificación de los conflictos que el legislador pretendió regular en el momento de su promulgación. En el caso de las uniones estables de pareja, la ley catalana ha cumplido ya seis años y no sólo ha sido objeto de pormenorizados análisis desde el ámbito de la doctrina, sino que también se han hecho balances de la problemática que ha presentado en la jurisdicción.

El número de litigios planteados en demanda de derechos reconocidos o en interpretación de preceptos de la ley ha sido muy escaso. Sin embargo, gran parte de los problemas que para los ciudadanos se plantean como consecuencia de las relaciones de pareja no matrimonial continúan subsistiendo. En unos casos fueron los presupuestos legales los que no permitieron la aplicación de la ley por quedar la relación fuera del ámbito de la misma, en otros se ha constatado que la regulación fue sumamente parcial, al dejar fuera del objeto de la regulación aspectos esenciales que, al referirse a competencias estatales, no pudieron ser incluidos en la ley catalana.

La ley de 1998 representó un importante hito en la reforma del derecho de familia en Cataluña y fue pionera en el resto del Estado pero, al mismo tiempo, fue tímida, condicionada por las contradicciones ideológicas de las formaciones parlamentarias que le dieron su apoyo, y marcada sobre todo por la falta de sintonía con el marco de referencia estatal, puesto que importantes aspectos, como la esfera de los derechos laborales, los de seguridad social y

pensiones, fiscales, y las cuestiones sobre estado civil quedaron al margen de la regulación.

Las perspectivas que se abren con las nuevas legislaturas, tanto la estatal como la autonómica, ofrecen una oportunidad excepcional para completar un esquema legal que únicamente fue apuntado con la ley de 1998. La experiencia práctica y los notables avances en el derecho comparado, así como el interés que ha despertado en el derecho internacional privado europeo permiten reflexionar sobre esta materia, en la que los juristas debemos aportar nuevas ideas y soluciones adecuadas a la demanda social. La siguiente exposición no es más que una aproximación parcial a algunos aspectos del debate, referidos a uno de sus elementos esenciales, que es el de los presupuestos de constitución de la pareja estable.

II. REFLEXIONES SOBRE EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA ESTABLE: DIFICULTADES QUE PRESENTA LA REGULACIÓN DE LA MATERIA

1. Debate ideológico subyacente

Resulta difícil aproximarse a esta cuestión desde una perspectiva meramente técnica y sustraerse al debate ideológico que subyace hasta en las posiciones aparentemente más asépticas. Los ordenamientos jurídicos occidentales han contemplado históricamente una única forma de relación de pareja con efectos jurídicos, que es la institución matrimonial, en torno a la cual se han configurado las relaciones sociales primarias de mayor incidencia en la organización de las sociedades, como la familia, la filiación, la crianza y educación de los hijos, el parentesco, la asistencia a los necesitados dentro del núcleo familiar, la sucesión hereditaria y la estructura económica de los núcleos sociales que trascienden al individuo aisladamente considerado. Otras formas de unión, como el concubinato, han estado prohibidas o marginadas. La regulación de otro tipo de unión de pareja distinta al matrimonio¹ supone aceptar una realidad social que se ha ido consolidando al margen del derecho y, con ello, la necesidad de superar una larga etapa histórica, dando entrada en el mundo de lo jurídico a otro tipo de instituciones que son vistas con recelo, con miedo, cuando no con beligerancia militante –en uno u otro sentido–, desde los planteamientos éticos y morales que inspiran el pensamiento de los ciudadanos de la sociedad europea del siglo XXI.

¹ Delgado, Margarita. “Cambios recientes en el proceso de formación de la familia”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 64, octubre/diciembre 1993.

2. Matrimonio como sinónimo de familia

El propio concepto de familia ha permanecido atribuido a la esfera de lo matrimonial, atribuyendo al casamiento tanto el carácter fundador de una familia, en la perspectiva de futuro, como la clave para la inserción en una familia ya constituida, desde la perspectiva del presente, o el engarce con la historia remota de los ancestros, de las propias raíces. Todos estos elementos tradicionalmente se han asimilado por las religiones al ámbito de lo sagrado y, por las sociedades civiles, a la esfera de lo político, sin que hasta fechas muy recientes se haya empezado a hablar de la existencia de familias no matrimoniales. En los últimos quince años se ha producido un fenómeno peculiar y típico de la Europa occidental (más algunos otros países como Canadá o determinados estados USA) que ha puesto de relieve la existencia de la implantación de una realidad social numéricamente significativa, vinculada posiblemente a la crisis del matrimonio tradicional, sobre cuya naturaleza han sido publicados numerosos trabajos de derecho comparado.²

3. Prejuicios que distorsionan el análisis netamente jurídico

Tampoco es un obstáculo menos importante el recurso a los lugares comunes que concita el tema y que surgen del subconsciente colectivo, dificultando a los juristas la comprensión de lo que, realmente, es un fenómeno social. Desde la conocida frase que se atribuye a los más insignes juristas, e incluso a Napoleón, de que “si los concubinos pasan del derecho, el derecho ha de pasar de los concubinos”, hasta las más recientes invocaciones a la defensa de la libertad del individuo, al derecho fundamental a no casarse o al rechazo a que el Estado pueda reconocer efectos (pueda “casar”) de forma automática sin pedir opinión a los propios interesados si voluntariamente desean contraer matrimonio. Se leen opiniones, también, que adoptan el maximalismo como técnica descalificatoria, al abogar por dar entrada a toda la tipología de relaciones imaginables, desde la poligamia a la derogación de las prohibiciones ancestrales del incesto, en una especie de castizo “demos la patada al brasero”.

Sin embargo la realidad es muy distinta. Corresponde a la sociología analizar las causas del fenómeno, pero los estudios publicados reflejan que son muchas las personas que deciden comprometerse con otra formando una unión afectiva convivencial, prescindiendo de la fórmula del matrimonio.³ En unos casos es la

² Martín Casals, Miquel, “La situación jurídica de las parejas de hecho en algunos países europeos”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 2000, págs. 829 y ss.

³ Los datos del último censo publicado por el INE, según *EL PAIS*, 4.8.2002, existen en España 11.162.722 núcleos familiares, de los cuales 8.9 millones están unidos por matrimonio, y 563.723 están constituidos como parejas de hecho no casadas (de éstas, 295.722 son parejas en las que ambos son solteros y 268.001 son otro tipo de parejas en las que al menos uno de sus miembros ha estado casado anteriormente). De cada 10 niños, dos nacen fuera del matrimonio. El índice de parejas homosexuales, según la misma fuente, oscila por territorios, de 0.21 % en Baleares, 0.16 % en Madrid ó 0.15 % en Canarias.

existencia de impedimentos lo que está en el fondo de la opción, tanto permanentes –la homosexualidad-, como temporales –como la existencia de un matrimonio anterior no disuelto-, en otros casos es el rechazo a lo institucional, a la tradición, o la búsqueda de nuevas alianzas de distinto signo. Aun cuando a veces se persigue asegurar la plena libertad para dar por finalizada la convivencia en cualquier momento, sin necesidad de recurrir a abogados ni juzgados, no siempre se persigue la menor intensidad del compromiso, ni la debilitación del vínculo que posibilite una ruptura más sencilla de la relación. Es muy frecuente la argumentación de que se pretende precisamente lo contrario, es decir, un fortalecimiento del compromiso íntimo personal, frente a la preponderancia de los vínculos sociales, externos a la pareja, que para muchos representa el matrimonio.

4. Test de matrimonialidad de las relaciones de pareja objeto de regulación

La importancia histórica y jurídica del matrimonio implica que, cuando se trata del tema de la pareja de hecho, se toma como referencia de cualquier hipotética regulación la de aquella institución, comparando las formas de constitución, los efectos, la disolución, y las relaciones internas de una y otra como si se tratara de un espejo o “test de aproximación” al modelo original matrimonial acrisolado con la experiencia de los siglos.⁴ Con ello se produce inmediatamente una distribución jerárquica, atribuyendo el lugar predominante a la institución que nos ha aportado la tradición, y estableciendo una prelación de clases de relaciones paramatrimoniales, calificando a las nuevas formas de unión como matrimonios de diversas intensidades, de segunda o tercera categoría (o incluso matrimonios “light” o “descafeinados”). En este marco se inscribió la decisión política del Parlament de no incluir la Ley 10/1998 en el Código de Familia, significativamente de la misma fecha. Esta circunstancia esconde, en sí misma, una actitud vergonzante hacia lo que se regula, que no augura nada bueno a la institución a la que se refiere que, en mi personal consideración, está íntimamente insertada en el derecho de familia y, por lo tanto, la refundición de ambos textos ha de ser uno de los primeros gestos simbólicos de la reforma que se espera, distinguiendo diversas tipologías de uniones afectivas, junto a la del matrimonio, pero sin prejuzgar de antemano la bondad de ninguna de ellas respecto a las otras.

Con la catalogación en categorías de calidad se produce una vulneración evidente del principio de igualdad puesto que, como señala el profesor DIEZ PICAZO,⁵ la Constitución otorga igual protección a las diversas formas de

⁴ Zarraluqui, Luis. “Definir la unión de hecho”. *Revista Derecho de Familia*, marzo/abril 2004, págs. 3 a 11.. Edit El Derecho.

⁵ Diez Picazo, Luis. “El Negocio Jurídico del Derecho de Familia”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIV (1962), págs. 771 – 792.

familia que la realidad social de los tiempos actuales presenta, o a familias de diverso talante. Sin embargo con el reconocimiento de determinados efectos accesorios únicamente al matrimonio (seguridad social, protección viudal, derechos laborales, derechos fiscales, facilitación de los medios procesales para la resolución de conflictos -incluidos los que se producen en los momentos de la ruptura-, etc...) se está denegando en la práctica el derecho fundamental a no contraer matrimonio, tal como se analiza en el excelente trabajo del profesor FERRERES COMELLA,⁶ puesto que se está primando legalmente a la forma mayoritaria y tradicional de unión, con una serie de beneficios indirectos que se niega a quienes optan legítimamente por no acogerse a una determinada clase de contrato tipo, el matrimonial, y en uso de su libertad prefieren constituir otro tipo de relación diferente. Es como si se predicara la libertad religiosa, pero se primara socialmente a una determinada religión negando el reconocimiento de determinados efectos a otro tipo de creencias.

5. Definición y heterogeneidad de supuestos de facto

Cuando se pretende abordar el tema de la constitución de las parejas a las que nos referimos, es decir -volviendo al espejo-, las no matrimoniales, encontramos que la casuística nos muestra una gran multiplicidad de situaciones que son susceptibles de ser catalogadas dentro del término usual de unión estable de pareja.⁷ Si se intenta encontrar una definición común, tanto en las legislaciones forales o administrativas que se han promulgado en España, como en el derecho comparado, apenas podremos encontrar media docena de características comunes que nos permitan articular un concepto jurídico.

Por aproximación, podemos señalar como criterios positivos: 1) la concertación del vínculo entre dos personas (incluidas las del mismo sexo) puesto que la referencia a la pareja excluye cualquier otra relación; 2) la voluntad libre de las dos personas de convivir como familia, en el sentido de compartir los aspectos más íntimos de la existencia; 3) la vocación de estabilidad de la relación; 4) la ayuda mutua en determinados aspectos materiales (gastos ordinarios de vivienda, alimentación, cuidado de hijos); 5) el complemento afectivo necesario para el libre desarrollo de la propia personalidad; 6) la satisfacción de las necesidades sexuales, que vendría a constituir una clara frontera respecto a otro tipo de relaciones convivenciales de asistencia recíproca.

⁶ Ferreres Comella, Víctor. "El Principio de igualdad y el derecho a no casarse". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 42, (septiembre/diciembre 1994), págs. 163 a 196.

⁷ Ortuño, Pascual coordina trabajo VVAA. *Las uniones estables de pareja*. Colección "Cuadernos de Derecho Judicial" Edit. C.G.P.J. Madrid 2003. Págs. 26 a 31 se analiza la heterogeneidad de supuestos.

Como criterios negativos deberemos señalar: 1) la determinación de no acogerse a la institución del matrimonio; 2) la exclusión de la poligamia y la poliandria; 3) la prohibición del incesto, al quedar excluidas las relaciones de pareja entre parientes por línea recta y colateral hasta el tercer grado; 4) la existencia de impedimentos por la vigencia de uniones precedentes no disueltas, si bien es cierto que tales impedimentos no operarían en todas las fórmulas como en el sistema del matrimonio y su acreditación y vigencia en el momento de la constitución de la unión serían menos rigurosos y formalistas.⁸

6. Conclusión

Con estas características puede acogerse una muy diversa tipología de relaciones, lo que ha de incidir necesariamente en las previsiones que la reforma de la ley pueda realizar respecto al sistema de constitución de las mismas.

A este respecto la opción por la constitución formal obligatoria en unos casos y la mera constatación de la relación fáctica en otros, debe también ser replanteada, puesto que no se justifica la distinción drástica de la Ley 10/1998, ya que si bien es cierto que las uniones homosexuales y las heterosexuales son parcialmente distintas, en otros muchos aspectos coincide su problemática.⁹ ¿No es más apropiado mantener en ambos casos únicamente la constitución formal, sin perjuicio de que se reconozcan derechos “*ex post*” a las relaciones puramente fácticas? No puede calificarse la ley de más o menos proteccionista hacia la persona más débil de la pareja, generalmente la mujer, según se mantenga un modelo fáctico basado en el mero hecho de la convivencia más el transcurso de un tiempo o la existencia de hijos, o un modelo formal en el que sea necesaria una declaración expresa de voluntad¹⁰ publicitada, puesto que el alcance de la protección habrá que referirlo a la previsión de los efectos de la finalización de la convivencia. Por otra parte no se ha dado, ni tampoco es previsible que se

⁸ Tal vez habría que pensar en una declaración solemne del interesado, bien ante el secretario judicial o ante el notario para que la unión se constituyera formalmente, sin perjuicio de las acciones que pudieran interponer los terceros afectados por la misma si aquella declaración no obedeciera a la realidad.

⁹ Ciertamente, en los países en los que se ha extendido el matrimonio heterosexual a las personas homosexuales, como es el caso de Dinamarca tras la Ley de 7 de junio de 1989, continúan existiendo parejas de hecho o uniones estables de pareja no casadas, con similares problemas que las uniones estables heterosexuales.

¹⁰ La declaración expresa de la voluntad será diferente, también, en los sistemas en los que se exija una comprobación previa de la capacidad, mediante un expediente a tal fin, respecto de los sistemas en los que la comprobación sea más aparente, sin perjuicio de ulteriores impugnaciones. (En este sentido igual ocurre en determinados países con las exigencias para contraer matrimonio, siendo el más popularizado por el cine y la literatura el del condado norteamericano de Reno).

plantee, una acción meramente declarativa de la existencia de la pareja constante la convivencia, puesto que la propia posibilidad de que tal acción se ejercite ya presupone la finalización de la convivencia.

La previsión de efectos propios de la unión “*ex lege*”, junto con los pactados solemnemente entre los propios interesados, para mientras perdure la convivencia, o su proyección limitada únicamente al momento de la ruptura, bien sea “*inter vivos*” o “*mortis causa*”, nos dará también una tipología muy distinta.

Especial incidencia tendrá también la inclusión o no en la futura ley estatal de un registro público, si bien las diferencias surgirán también de la naturaleza del mismo, del carácter constitutivo o no de la inscripción y del ámbito territorial.

Finalmente y, sin propósito de agotar los elementos diferenciadores, la acreditación de la no concurrencia de impedimentos (en algunos sistemas bastará una declaración testifical) o la intensidad mayor de tal exigencia con la necesaria aportación de una especie de certificado de soltería, dará una dimensión diferente a las uniones que resulten.

En este momento, además, adquiere un especial significado en la sociedad plurinacional y pluricultural, el reconocimiento de las uniones de pareja, en la pluralidad advertida, fuera del territorio en el que se han constituido, tanto en el ámbito de un Estado plurirregional, como es el caso de España, como en el extranjero. Por esta razón se hace necesario también que se prevean unas normas de derecho interregional e internacional privado específicas sobre esta materia, puesto que de otra forma y con la anomia actual, se está propiciando la existencia de uniones de pareja claudicantes¹¹ y, en consecuencia, de graves problemas de muy difícil solución para los ciudadanos.

¹¹ González Beilfuss, Cristina. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Marcial Pons. Madrid, 2004. Contiene un análisis muy completo de los problemas de derecho internacional privado que presenta la materia, abordado desde una rigurosa perspectiva técnica y una gran profundidad en el estudio de la problemática con gran profusión de citas y referencias de fuentes internacionales.

