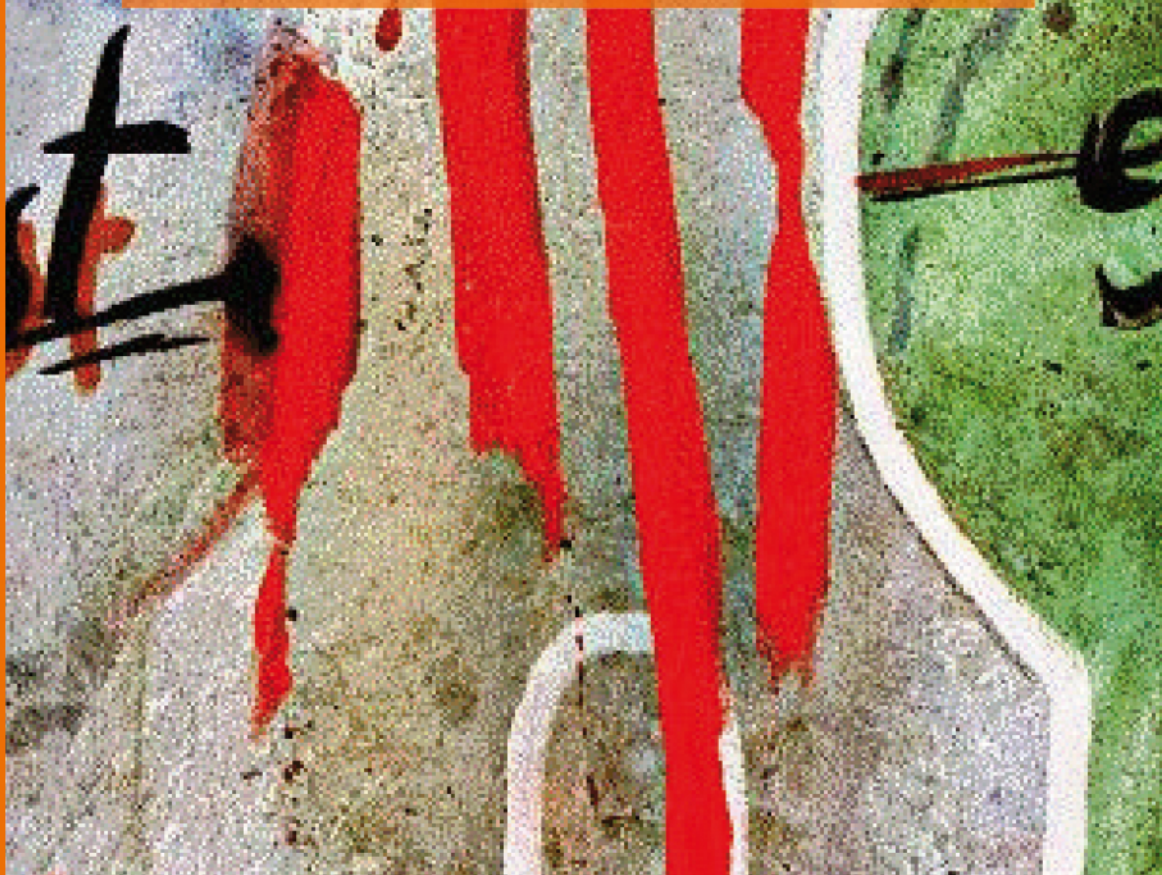


Institut de Dret privat europeu i comparat  
Universitat de Girona (Coord.)

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



Materials de les Dissetenes  
Jornades de Dret català a Tossa

---

Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012



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



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

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

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



Girona 2013

## Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

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

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

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

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

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

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

© dels textos: els autors

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

© de l'edició: Documenta Universitaria®  
[www.documentauniversitaria.com](http://www.documentauniversitaria.com)  
[info@documentauniversitaria.com](mailto:info@documentauniversitaria.com)

ISBN: 978-84-9984-195-3

D.L.: GI-811-2013

Imprès a Catalunya  
Girona, juny de 2013

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

Universitat de Girona

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

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







# Sumari

## PONÈNCIA INAUGURAL

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

## PRIMERA PONÈNCIA

### INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

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

<b>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva pràctica</b> .....	105
<b><i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial</i></b> .....	107
SÍLVIA VENTURA MAS	
I. Introducció.....	107
II. Anàlisi de la situació jurídica actual.....	108
III. La convenció dels drets de les persones amb discapacitat .....	108
IV. L'Assistent .....	110
V. Conclusió.....	111
<b><i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de l'advocacia</i></b> .....	113
MIQUEL PUIGGALÍ I TORRENTÓ	
I. Actuacions dins de l'àmbit personal .....	115
II. Actuacions d'àmbit patrimonial.....	117
III. Procediment.....	117
<b><i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia</i></b> .....	119
REMEI SORIANO	
I. Introducció.....	119
II. Aplicació pràctica de la figura de l'assistent .....	119
<b>El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat</b> .....	125
JOSEP M. VALLS XUFRÉ	
I. Introducció.....	125
II. Antecedents històrics.....	127
III. La llei 25/2010, Art. 222-2 CCCat .....	131
IV. Dret transitori: 1732 CC vs 222-2 CCCat.....	133
V. Naturalesa i règim jurídic del poder en previsió de pèrdua de capacitat a Catalunya .....	135
VI. Dret interregional i internacional privat .....	137
1. Plantejament.....	137
2. Normes de conflicte aplicables.....	138
3. Dret internacional privat .....	140
4. Dret interregional .....	141
VII. Començament de la vigència del poder preventiu.....	143
VIII. El poderdant .....	144
IX. L'apoderat .....	146
X. Objecte.....	147
XI. Forma: escriptura pública i inscripció.....	148
XII. Extinció .....	151
XIII. Rendició de comptes .....	152
XIV. Coexistència del poder preventiu amb altres institucions de protecció de la persona .....	153
1. La tutela.....	153
2. La curatela.....	155

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

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

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

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

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

ANTONI GINER GARGALLO

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

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

## SEGONA PONÈNCIA

### ELS FILLS MENORS DAVANT LA RUPTURA DELS PROGENITORS

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

SUSANA NAVAS NAVARRO

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

<b>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial: mutu acord i contenciós; problemes d'execució .....</b>	<b>305</b>
--	------------

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

ELENA LAUROBA

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

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

## TERCERA PONÈNCIA

### ASPECTES ECONÒMICS DE LA RUPTURA CONJUGAL

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

JOAQUIM BAYO DELGADO

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

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

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

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

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

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

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

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

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

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

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS

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

### **Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal .....481**

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

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

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

## POINÈNCIA DE CLOENDA

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

ENCARNA ROCA I TRIAS

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

## COMUNICACIONS

### La guarda compartida en la jurisprudència catalana: concepte i terminologia ..... 527

REYES BARRADA ORELLANA

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



## **L'execució de mesures personals relatives als fills menors en els procediments de família i el Llibre segon del Codi Civil de Catalunya .....537**

JOSÉ ANTONIO GARCÍA GONZÁLEZ

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

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

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

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

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

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

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

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

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

JORGE CASTIÑEIRA JEREZ

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

NÚRIA GINÉS CASTELLET

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

## PONÈNCIA INAUGURAL



# El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família

M<sup>a</sup> EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

Magistrada de la Sala Civil i Penal del TSJC

Expresidenta del TSJC

Membre de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

I. INTRODUCCIÓ. II. LA DOCTRINA DEL TSJC EN RELACIÓ AMB LA PROTECCIÓ DELS MENORS. III. LA DOCTRINA DEL TSJC EN RELACIÓ AMB LA FILIACIÓ. IV. ELS EFECTES DE LA CRISI FAMILIAR EN LA DOCTRINA DEL TSJC. 1. Guarda i custòdia dels fills menors. 2. Aliments. 3. Ús del domicili familiar. 4. Pensió compensatòria. 5. Compensació indemnitzatòria per raó del treball. V. PACTES PRIVATS EN MATÈRIA DE DRET DISPONIBLE. VI. PARELLES DE FET. VII. EFECTES DE LES SENTÈNCIES DE REVISIÓ DE MESURES ECONÒMIQUES ACORDADES.

## I. INTRODUCCIÓ

Des de l'any 1989, la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre qüestions relacionades amb el dret de la persona i de la família.

No hi ha dubte, no obstant això, que al nou llibre II del Codi civil de Catalunya (CCCat) es regulen per primera vegada molts aspectes dels drets de la persona (títol I), mentre que es refon i innova la legislació corresponent al dret de família i de la protecció de menors, sens perjudici que continuï la legislació específica en aquest últim àmbit integrada per la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència.

Això comporta que no existeixin encara resolucions judicials que creïn jurisprudència sobre el dret de la persona (únicament consten quatre sentències dedicades a la incapacitació (STSJC de 5 d'abril i 8 d'octubre de 2001, i 6 de maig 2002 i 12 de maig 2003). Tanmateix, el TSJC té experiència àmplia sobre les matèries relatives a menors i al dret de família en general.

Les accions de filiació, la problemàtica relativa a les relacions patrimonials entre els cònjuges a l'empara dels articles 9, 23, 20, 29 i 49 de la Compilació del dret civil de Catalunya de 21 juliol 1960 han estat objecte d'estudi i anàlisi en les sentències del Tribunal Superior.

Va ser, amb tot, després de la promulgació del Codi de família de Catalunya (CF, Llei 9/1998, de 15 de juliol) i la d'unions estables de parella (LUPE, Llei 10/1998, de 15 de juliol) quan es va produir una veritable ampliació de la doctrina del TSJC.

Això va ser possible per l'entrada en vigor de la Llei d'enjudiciament civil 1/2000 i la interpretació que dels requisits establerts en l'art. 477 de l'esmentada Llei va realitzar el Tribunal Superior amb la finalitat de no delimitar restrictivament els supòsits en què la Sala Civil podia fixar doctrina legal en virtut del recurs de cassació.

L'objecte d'aquest treball és analitzar la jurisprudència més moderna en aquells temes que susciten major controvèrsia des del punt de vista pràctic, i la constatació que, en alguns casos, l'esmentada jurisprudència haurà de ser modificada o matisada o fins i tot creada, ja que el nou text legal suscita uns quants dubtes jurídics.

Cal partir d'un significatiu canvi ideològic en la concepció del nou llibre II del CCCat.

El Codi de família de 1998, seguint el model tradicional del dret civil català, considerava la família com la institució social bàsica i la primera cèl·lula de la societat.

No obstant això, com se n'infereix de l'exposició de motius, va pretendre compatibilitzar aquesta idea amb el reconeixement de la personalitat individual i de la màxima llibertat de les persones que formen part de la família.

El propòsit de protecció de la família i de les finalitats que li incumbeixen era el substrat de totes les institucions que regulava.

Aquesta protecció es dispensava a la Llei 9/1998 (CF) pel que fa a la família tradicional i a la Llei 10/1998 (UEP) quant a les parelles de fet que, tot i la seva modernitat, el legislador català no va voler incloure en el Codi de família.

Per contra, al nou llibre II del CCCat ja es té en compte l'heterogeneïtat del fet familiar amb el reconeixement d'un concepte ampli de família, incloses les que s'anomenen famílies reconstituïdes.

També s'han produït canvis significatius en algunes de les figures jurídiques que més controvèrsies judicials havien generat (art. 41 CF), sense perdre de vista la potencialitat litigiosa de la innovadora regulació dels pactes en previsió de ruptures familiars, si definitivament arribessin a consolidar-se en la pràctica civil.

En definitiva, el nou llibre II implica un cert canvi ideològic en matèria de dret de família. S'ha introduït alguna modificació contrària a la jurisprudència del TSJC, i alhora s'han recollit algunes de les decisions judicials dictades pel Tribunal en relació amb aquesta matèria i es regulen de manera innovadora moltes altres que necessitaran, per això, la formació de nova doctrina legal.

Cal indicar, amb tot, que limitant-se el recurs de cassació als procediments contenciosos (no de jurisdicció voluntària) i a les decisions que adopten forma de sentència (art. 477.2 LEC, acord del Tribunal Suprem Sala 1a de 30.12.2011, Llei del recurs de cassació en matèria de dret civil català 4/2012 i acord de la Sala Civil i Penal de 22.3.2012), no sempre podrà elaborar-se doctrina jurisprudencial en totes les matèries regulades.

## II. LA DOCTRINA DEL TSJC EN RELACIÓ AMB LA PROTECCIÓ DELS MENORS

Aquesta matèria és una de les més delicades davant les quals es troba el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Com sabem, en virtut dels tractats internacionals ratificats per Espanya, lleis estatals i lleis catalanes, el superior interès del menor és el que prima en el

moment de decidir sobre les qüestions relatives a menors en situació de risc o de desemparament.

El nou llibre II recull en el títol II, capítol VIII, determinats aspectes civils de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, i adapta la nova regulació a la continguda en la paral·lela Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, en la qual la declaració de *desemparament* es reserva ara per als casos més greus de desprotecció dels menors en els quals no és possible que continuïn en el si del nucli familiar, de manera que es distingeix de les situacions de mer risc.

En seu de la legislació anterior, la STSJC de 31.3.2011 rec. 164 /2009 resumeix l'estat jurídic de la qüestió, quan precisa de quina manera el nostre sistema s'adapta als tractats internacionals en la matèria, i posa de manifest el caràcter jurídic indeterminat del concepte «superior interès del menor», que haurà de ser determinat cas per cas, així com les qüestions relatives a la competència. Estableix a l'efecte la sentència:<sup>1</sup>

«En el nostre sistema, de la mateixa manera que altres del nostre entorn i a diferència d'aquells que, llevat d'urgència, atribueixen ab initio a l'autoritat judicial la decisió sobre declaració de les situacions de risc i la conveniència de les mesures de protecció, és a l'Administració (en concret a la Generalitat de Catalunya, mitjançant la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència) a la que correspon la competència per a la protecció dels menors «desemparats» domiciliats a Catalunya o que s'hi trobin (vegeu art. 1 Llei 37/1991 i art. 1 Decret 2/1997) i, en conseqüència, també per interpretar prima facie i per declarar la concurrència dels diversos conceptes jurídics indeterminats en joc (p. ex., quin és l'interès del concret menor afectat i si es troba o no en situació de desemparament), així com per valorar l'adequació al cas de les mesures de protecció, amb plena submissió al sistema normatiu, inclosos els principis generals aplicables en aquesta matèria (art. 103.1 CE), i sense incórrer en arbitriarietat (art. 9.3 CE). I, per descomptat, correspon als òrgans judicials, i entre ells específicament als de la jurisdicció civil (art. 22.3r LOPJ i articles 779 i seg. LEC), verificar que, quan va actuar, aquella ho va fer conforme a la llei en el seu conjunt i dins del quantum de discrecionalitat que el sistema li atorga (art. 106.1 CE).»

Per la seva banda, la STSJC de 7 de maig 2012, rec. 97/2011, disposa, al·ludint a doctrina del TS (STS 565/2009, de 31 de juliol; STS 1a 84/2011, de 21 febrer; STS 1a 397/2011, de 13 juny; 800/2011, de 14 de novembre), que els menors tenen dret a ser educats en el si de la família biològica, llevat que l'allunyament sigui indicat per salvaguardar el seu propi interès.

Les STSJC de 16 d'abril de 2012 (recursos 153/2011 i 214/2011) tracten interessants problemes de dret transitori entre l'antiga regulació en matèria de protecció de menors i la nova, que conformen doctrina legal. La qüestió que se

---

<sup>1</sup> Les sentències del TSJC escrites i publicades en castellà es troben traduïdes.

suscitava en ambdós casos era la de la possibilitat de mantenir als menors sota la guarda familiar quan el desemparament s'havia decretat sota la legislació anterior que ho permetia, si no se n'havia fet una revisió de la situació conforme a la normativa actual.

«El tempus regit actum comporta, per tant, que apliquem la normativa vigent al temps de la declaració de desemparament i, pel que s'exposa, en el cas examinat, no és l'LDOIA, sinó la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors (LMPM) i la Llei 8/1995, de 27 de juliol, (LAPNA) que va modificar en determinats aspectes la precedentment assenyalada. S'han establert notables i notòries diferències en aquest àmbit normatiu de protecció entre les lleis anteriors (LAPNA i LMPM) i l'LDOIA que la seva mateixa exposició de motius destaca...»

En la segona Sentència es dóna una completa explicació sobre les diferències existents entre la legislació anterior i l'actual en matèria de desemparament.

### III. LA DOCTRINA DEL TSJC EN RELACIÓ AMB LA FILIACIÓ

En el Codi de família de 1998 s'havien mantingut els principis rectors del nostre dret, referits a la lliure investigació de la paternitat i la maternitat, amb tota classe de proves, històricament reconegut en el dret català des de l'edat mitjana; el del *favor filii*, sense discriminació tant si es tracta d'un fill o filla dins del matrimoni com fora d'aquest; així com altres de més moderns com la inclusió, dins de la filiació per naturalesa, de la que deriva de les tècniques de reproducció assistida, inclosa la fecundació *post mortem*.

La jurisprudència s'havia fet ressò d'aquests principis informadors precisant que:

- La legislació catalana sobre filiacions procura que coincideixin, en qualsevol cas, la situació juridicoformal i la real o biològica (**Sentència de 22 de juliol de 1991**).
- Aquest principi no es porta fins a les últimes conseqüències, i per això es preveu que el legislador pot introduir alguna adaptació per raons atendibles de seguretat jurídica i pau familiar (**Sentència de 6 de juliol de 1992**).
- La legislació catalana no vol que ningú sigui tingut per fill d'un pare si realment no ho és (**sentències de 16 de desembre de 1997 i 22 de juny de 1998**).
- La normativa catalana sobre filiacions ha de ser interpretada i, si escau, integrada d'acord amb les lleis, els costums, la jurisprudència i la doctrina que constitueixen la tradició jurídica catalana i d'acord amb els principis que informen l'ordenament jurídic de Catalunya (**Sentència de 19 de juny de 1997**).



A diferència del dret del Codi civil estatal, la STSJC d'1 de juny de 1995 havia tingut ocasió d'assenyalar que la legislació catalana sobre filiacions no estableix cap limitació probatòria, ni quant a l'objecte de la prova ni quant als mitjans de prova.

Això va justificar que, segons les sentències del mateix Tribunal de 19 de juny de 1997, 27 de juliol de 1998 i 31 de gener de 2000, no fos aplicable en el dret civil de Catalunya la prevenció de l'article 127.II del Codi civil, en el qual s'establia que el jutge no admetria la demanda si amb aquesta no es presentava un principi de prova dels fets que la fonamentaven.

La derogació d'aquest precepte per l'article 767.1 de la nova Llei d'enjudiciament civil 1/2000 no va modificar el criteri jurisprudencial, en la mesura que una llei procedimental no pot mutar els principis que informen la legislació catalana sobre filiacions.

Més modernament la Sala s'ha pronunciat dues vegades en relació amb els requisits formals per a la prestació del consentiment en la filiació mitjançant tècniques de reproducció assistida.

En ambdós processos es pretenia fer valer l'omissió de certs requisits de caràcter formal en la prestació del consentiment per a l'aplicació a la dona d'aquestes tècniques. En un cas per negar la filiació mitjançant tècniques de reproducció assistida quan la inseminació artificial havia estat consentida prèviament pel marit en el document administratiu previ però no s'havia arribat a atorgar l'escriptura, i en el segon mitjançant la impugnació d'una filiació reconeguda en el Registre Civil per la parella de la mare per no haver-se prestat formalment el consentiment per a la realització de les tècniques de reproducció, tot i declarar-se provada l'existència del consentiment i haver-se reconegut el menor en el Registre Civil.

Tant en la **Sentència 28/2007, de 27 de setembre**, en relació amb l'art. 92 del Codi de família, com en la **Sentència núm. 44/2008, de 22 de desembre**, vam dir que en la filiació generada mitjançant tècniques de reproducció assistida, el principi de la veracitat biològica no és el rellevant, sinó que ho és, per contra, el consentiment i que el document públic en què havia de recollir-se no podia tenir caràcter constitutiu i que, en qualsevol cas, havia d'equiparar-se l'exteriorització del consentiment exigít en l'art. 97 del CF amb la declaració o reconeixement realitzat davant el Registre Civil per la parella de la mare en el moment del naixement del fill concebut mitjançant tècniques de reproducció assistida amb material genètic de donant anònim.

Entenc que tal doctrina, que ha pogut inspirar els successius canvis legislatius, ha de ser mantinguda atès que els articles 235-8.1 i 235-131 del llibre II CCCat solament exigeixen que el consentiment sigui exprés, no que sigui fefaent, la qual cosa, per contra, es requereix en el cas de fecundació assistida *post mortem*.

També es manté, seguint la jurisprudència de la Sala, i la tradició jurídica catalana, la no aplicabilitat a Catalunya de les disposicions de la LEC 1/2000, de 7 de gener, que, en els processos sobre filiació, exigeixen aportar un principi de prova sobre els fets en els quals es fonamenta l'acció, deixant clar que, en el dret català, aquesta aportació no és un requisit d'admissibilitat de la demanda.

## IV. ELS EFECTES DE LA CRISI FAMILIAR EN LA DOCTRINA DEL TSJC

En exercici de les competències del Parlament català per al desenvolupament i millora del dret civil de Catalunya, el Codi de família de 1998 ja regulava els efectes personals i econòmics derivats de la crisi familiar.

Analitzarem com ha resolt la jurisprudència les qüestions més controvertides en relació amb les següents matèries:

### 1. GUARDA I CUSTÒDIA DELS FILLS MENORS

La regulació del Codi de família respecte de la guarda i custòdia dels fills menors d'edat la recollia l'article 76.

Sobre l'esmentat article han recaigut diverses sentències, les quals han pivotat a l'entorn del superior interès del menor com a criteri per establir la guarda i custòdia i règim de visites.

Entre les més modernes, la STSJC 20.12.2010 resumeix la doctrina de la Sala pel que fa als criteris que cal de tenir en compte per a l'atribució de la guarda i custòdia:

«I vam declarar en les STSJC 9 /2010, de 3 de març, i 10/2010, de 8 de març, que l'interès del menor, pel fet de tractar-se d'un concepte indeterminat i no establir la nostra legislació pautes uniformes i generals -no es troba entre aquelles de dret comparat que ofereixen llista de criteris referencials per a la seva identificació- haurà de valorar-se en cada cas sobre la prova practicada en les actuacions, donant preferència als acords dels progenitors sempre que siguin respectuosos amb l'interès dels fills i atenent, si no hi ha acord, a les relacions interparentals i valoració de les seves capacitats, sens perjudici de considerar la voluntat del menor quan conté suficient ús de raó.»

La doctrina de la Sala també s'ha fet ressò del valor que cal conferir al principi del *friendly parent*, que ha d'afavorir el cònjuge que asseguri el contacte amb l'altre per a l'exercici de les potestats parentals en relació amb els fills menors. La mateixa Sentència abans esmentada, fent-se ressò d'una altra d'anterior, estableix: «...que a la inversa, aspecte que com declaràvem en la STSJC 9/2010, de 3 de març, justifica que en altres legislacions del nostre entorn s'atorgui la custòdia a aquell dels dos progenitors (*friendly parent*) que, en principi, afavoreixi més i millor el contacte estret i adequat entre el menor i el progenitor no custodi i amb el seu particular entorn familiar».

#### 1.1. Especial consideració a la qüestió relativa a l'anomenada guarda i custòdia compartida

La Sala ha considerat que és un dret bàsic i fonamental dels fills menors d'edat mantenir relacions personals i contacte directe amb ambdós progenitors de manera regular i adequada, amb l'única excepció que això sigui contrari

al seu «interès superior», per la qual cosa l'anomenat règim de guarda i custòdia compartida és un sistema òptim per al millor desenvolupament de la personalitat dels menors.

Una de les objeccions més freqüents a l'hora d'establir-lo és precisament la conflictivitat existent entre els progenitors.

Sobre això hem dit que encara que la conflictivitat entre els progenitors sigui una de les causes que impedeixen la concessió de la custòdia compartida, perquè cal un cert grau d'entesa i consens entre els progenitors per poder exercir de manera adequada la coresponsabilitat parental, aquesta exigència no pot extremar-se fins al punt de fer-ne dependre l'atorgament o manteniment d'una harmonia pràcticament impossible d'obtenir després de qualsevol crisi matrimonial, deixant de banda els supòsits de maltractaments (STSJC núm. 29/2008 i 24/2009).

En la **STSJC de 16.6.2011** es desenvolupen els criteris de conveniència per establir l'esmentat règim, i s'adverteix que si bé la guarda i custòdia compartida no és adequada en supòsits de greu conflictivitat entre els progenitors (*STSJC 29/2008, de 31 de juliol; 24/2009, de 25 de juny*), sense que això signifiqui, tanmateix, que hagi de rebutjar-se davant de qualsevol grau de conflictivitat i que no hagi de procurar-se que s'implanti quan resulta beneficiosa per als menors, encara que sigui imposant en determinats casos la mediació familiar o teràpies educatives (art. 79.2 CF), **cal atendre fonamentalment a:** l'edat dels fills; l'horari laboral o professional dels progenitors; la proximitat del lloc de residència d'ambdós progenitors; la disponibilitat d'una residència adequada per tenir els fills amb ells; el temps de lleure o de vacances; l'opinió dels menors; les pràctiques anteriors; el nombre de fills; el compliment dels deures pels pares; els acords entre els progenitors; el resultat dels informes pericials o qualsevol altra circumstància similar.

També s'ha dit que encara que la custòdia conjunta per part dels dos progenitors pot presentar indubtables avantatges per a l'evolució i desenvolupament de l'infant en les situacions de conflicte familiar produït per la crisi matrimonial, no pot afirmar-se que constitueixi una solució única que valgui per a tots i, en tot cas, tampoc no pot afirmar-se que l'esmentada solució radiqui en el sistema de la custòdia monoparental acompanyat d'un règim de visites més o menys ampli, la qual cosa haurà de tenir un examen específic en cada cas.

En les sentències del TSJC també es s'al·ludeix a la **importància que tenen els dictàmens pericials** en aquesta matèria encara que no siguin vinculants, assumint la doctrina del Tribunal Suprem, de la qual és exponent la Sentència del Tribunal Suprem de 7.4.2011 (ponent E. Roca): «En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009».

En la **STSJC 18/12, de 23 de febrer**, ja es consideren els nous criteris recollits ara en l'article 233-11 del llibre II en l'adopció de les mesures personals relacionades amb els menors.

## 1.2. No aplicació a Catalunya de l'art. 92 del CC pel que fa als requisits per accedir a la custòdia compartida

La proclama la STSJC de 31.7.2008 quan indica que:

«De tota manera, d'acord amb el que disposen els articles 9.2, 14.1 i 107.2 CC, tenint en compte que el veïnatge civil de les parts d'aquest procediment és la catalana, no hauria estat possible tampoc atribuir-li cap virtualitat en la qüestió debatuda en el recurs al precepte del Codi civil esmentat com a infrangit (art. 92.8 CC), ni tan sols a l'empara de l'art. 111-5 CCCat, ja que si bé és cert que en l'esmentat precepte de dret civil comú es conté una concreció de la regla universal relativa a l'interès superior dels fills, que regeix en matèria de guarda i custòdia i d'altres efectes de la nul·litat, de la separació i del divorci, com a norma de resolució de conflictes familiars, també ho és que ja existeix en el nostre propi sistema normatiu de família una concreció de l'esmentada regla prou respectuosa amb el corresponent precepte constitucional (art. 39 CE) i amb les normes i convencions internacionals (Declaració Universal dels Drets de l'Infant de 1959, Convenció sobre els Drets de l'Infant de 1989, Reglament (CE) núm. 2201/2003 de 27 nov., etc.): l'art. 82.2 CF, amb base en el qual, en relació segons els casos amb els articles 76.1.a, 78.1 i 79.2 CF, ha estat possible i continua sent-ho disposar la guarda i custòdia «compartida», sense atènyer-se als requisits establerts en l'art. 92 CC reformat per la Llei 15/2005, de la mateixa manera que també ho era en el sistema del dret civil comú abans de l'entrada en vigor de la nova regulació (vegeu l'STC 4/2001 de 15 gen.)»

La STSJC de 25.6.2009 es pronuncia en el mateix sentit.

## 1.3. Aliments en els casos de custòdia compartida

No és consubstancial a la custòdia compartida que els progenitors no hagin de contribuir a satisfer una pensió alimentària a un dels cònjuges per al manteniment dels fills comuns. És a dir, els menors han de tenir un nivell de vida similar quan romanguin amb un progenitor o amb l'altre encara que aquests tinguin diferents ingressos.

Així ho indiquen les STSJC de 5.9.2008 i de 3.3.2010.

## 1.4. Atribució de l'ús del domicili familiar en aquests casos

La Sentència de 3.3.2010 es refereix a la qüestió relativa a l'ús del domicili familiar en el sentit següent:

«En la STSJC núm. 31/2008 (5 set.), a l'hora de desaconsellar amb caràcter general que en els supòsits de guarda i custòdia compartida s'atribuís l'ús del que va ser domicili familiar abans de la ruptura matrimonial per períodes temporals alterns —«ja que això no deixa de ser una incomoditat per a tots, a més d'una font segura de conflictes»—, vam aclarir que l'art. 83.2.a CF preveu els supòsits en els quals la guarda dels menors no s'atribueixi només a un dels progenitors, cas en què

estableix que «si la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial», de manera que, «en tals casos, es faculta els òrgans jurisdiccionals perquè adoptin la solució més adequada sobre l'atribució de l'ús del que va constituir la llar conjugal, en funció, òbviament, de la situació fàctica resultant arran de la dissolució del vincle matrimonial».

El preàmbul del nou llibre II del CCCat pel que fa a la responsabilitat dels pares en relació amb els fills en els supòsits de crisi familiar, remarca les dues principals novetats que conté; el pla de parentalitat amb la finalitat de comprometre ambdós pares en els deures relacionats amb els fills (*la primera és que tota proposta dels progenitors sobre aquesta matèria ha d'incorporar-se al procés judicial en forma de pla de parentalitat, que és un instrument per concretar la manera com ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills. Sense imposar una modalitat concreta d'organització, encoratja els progenitors, tant si el procés és de mutu acord com si és contenciós, a organitzar ells mateixos i responsablement la cura dels fills amb motiu de la ruptura, de manera que han d'anticipar els criteris de resolució dels problemes més importants que els afectin*), i la idea que la ruptura matrimonial no ha de suposar una alteració substancial de les responsabilitats dels progenitors que han de ser compartides, si bé no s'instaura aquest model amb caràcter preferent, sinó que concedeix, fins i tot, un significatiu marge d'actuació als tribunals per tal de, en benefici i interès del menor, establir el règim de custòdia que s'estimi convenient conforme a les circumstàncies del cas, encara que donant per fet que la coparentalitat i el manteniment de les responsabilitats parentals compartides és el que millor s'ajusta a l'interès del fill perquè suposa una estable continuïtat de la situació anterior.

Així es desprèn del que disposa l'art. 233-10.2. A més, s'han positivitzat per primera vegada alguns dels criteris que s'ha de tenir en compte per regular les relacions parentals (art. 233-11) i s'ha proclamant, seguint la jurisprudència, que el sistema de guarda no altera el contingut de l'obligació d'aliments en relació amb els fills.

De la mateixa manera, caldrà comprovar el joc que donen des del punt de vista judicial les noves facultats dels *padrastres* i *madrastres* en les famílies reconstituïdes, així com la seva afectació respecte de la guarda i custòdia en cas de mort del pare o mare biològic.

## 2. ALIMENTS

Regulats a l'article 76.c del CF, l'establiment dels aliments corresponents als fills menors d'edat és imperatiu per al jutge en cas de desacord entre els cònjuges en els procediments de nul·litat, separació o divorci.

També havien de fixar-se els aliments dels fills majors d'edat o emancipats que convisquessin amb un dels progenitors sense ingressos propis en els termes establerts en l'art. 259 del CF.

La STSJC 4.4.2011 resumeix la doctrina de la Sala en relació amb aquestes qüestions. La Sentència diu que:

«L'art. 264 CF disposa el que s'ha d'entendre per aliments, és a dir, el seu contingut, i l'art. 267 CF, tal com hem declarat reiteradament (STSJC 12/2005, de 24 de febrer; 33/2005, de 5 de setembre, i 20/2007, de 30 de maig; 41/2008, d'11 desembre; 44/2010, de 20 desembre, entre d'altres), estableix que la quantia dels aliments es determina en proporció a les necessitats dels alimentistes i als mitjans econòmics i possibilitats de les persones obligades a prestar-los, proporcionalitat que ha de considerar el binomi «necessitat» de qui ha de rebre'ls i «possibilitat» de qui hagi de satisfer-los, per la qual cosa en cada cas concret s'hauran de ponderar ambdós factors tenint en compte, pel que fa a l'obligat, els recursos propis, les seves possibilitats, mitjans econòmics i fins i tot les rendes i el seu patrimoni, com es desprèn dels 265, 267.1 i 271.b CF».

D'altra banda, la possible revisió cassacional del contingut dels aliments o del binomi entre «necessitat» de qui ha de rebre'ls i «possibilitat» de qui hagi de satisfer-los o la seva valoració només pot realitzar-se quan hagi estat il·lògica, absurda o arbitrària.

Pel que fa als aliments dels fills majors d'edat, la **Sentència de 3 de novembre de 2003** va establir que, en el cas previst a l'article 76.2 del Codi de família, perquè el progenitor no custodi quedi exempt de l'obligació de prestar aliments al fill major d'edat no n'hi ha prou que entri al mercat de treball si els seus ingressos no arriben a cobrir les necessitats que determinen els articles 76.2 i 259 del Codi de família.

En la **Sentència 12/05, de 24 de febrer**, es va dir que els aliments que corresponien al fill major d'edat en condicions de treballar eren els aliments en sentit estricte.

En el capítol VII del llibre II del CCCat relatiu als aliments d'origen familiar, es manté la regulació del Codi de família amb pocs canvis, la qual cosa ha de permetre mantenir la doctrina ja fixada.

Tanmateix, una de les modificacions que s'ha de tenir en compte és la que permet demanar els aliments anteriors a la reclamació judicial o extrajudicial, si aquests no es van reclamar per una causa imputable a la persona obligada a prestar-los amb el límit d'un any.

D'altra banda es vigoritza el principi d'autosatisfacció i d'autoresponsabilitat amb l'afirmació general que no tenen dret als aliments les persones que estan en situació de necessitat per una causa que els sigui imputable, mentre dura aquesta causa (art. 237-4).

### 3. ÚS DEL DOMICILI FAMILIAR

En els casos de crisi familiar l'article 83 del Codi de família donava les pautes per resoldre.

Tal precepte és un dels que més joc ha donat en la doctrina del TSJC.

La **STSJC 10.11.2008**, amb citació d'altres d'anteriors (STSJC 18/2008, de 8 de maig), compendia la doctrina de la Sala en relació amb l'apartat *b* de l'esmentat article, i recorda que aquesta es trobava continguda en les sentències 33/2003, de 22 de setembre i la 40/2003, de 6 de novembre, reiterada per les de 18 i 29 de març de 2004 i per la de 4 d'octubre de 2006.

Com es diu en aquesta última Sentència per als casos en què el domicili conjugal ha estat atribuït no en funció de l'existència de fills menors, sinó del cònjuge més necessitat de protecció, la norma general és la de la temporalitat en la cessió en l'ús al cònjuge no titular: «la limitació temporal de l'ús és la regla general en aquests supòsits, quan pugui preveure's mitjançant una ponderació racional la durada de la necessitat del cònjuge més necessitat de protecció i sens perjudici de la possibilitat que es reconeix a aquest d'instar la pròrroga de l'ús si, arribat el moment, subsistís aquesta necessitat. Només excepcionalment, quan es prevegi que la situació de necessitat serà permanent i invariable i que es prolongarà indefinidament en el temps o que és altament improbable que se superi estarà justificat no fixar per avançat un termini determinat, amb el benentès que si la situació de necessitat finalment desapareix o es modifica substancialment, el propietari de l'habitatge podrà instar igualment l'extinció del dret d'ús».

Per contra, si l'atribució s'ha fet en consideració a l'existència d'un fill menor, la STSJC de 4.4.2011, resumint la doctrina de la Sala, indica:

«La limitació temporal que sol·licita el recurrent no opera quan com en el supòsit de les actuacions existeix un fill menor d'edat la custòdia del qual queda atribuïda a la Sra. N i es justifica que és aquest l'interès més digne de protecció, ja que com vam declarar en la STSJC 17 /2010, de 22 d'abril, amb citació d'altres resolucions d'aquest Tribunal, com les STSJC 33/2009, de 22 setembre; 13/2004, de 29 març; 26/2006, de 22 de juny, i 49/2009, de 3 desembre, la limitació temporal que pretén imposar-se a la mare i als tres fills comporta de facto una obligació de traslladar-se a un altre habitatge, la qual cosa no es correspon ni amb el que disposa l'art. 83.2.a CF ni amb l'interès prevalent del menor d'edat, que és exclusivament el que ha de ponderar-se en aquest moment.»

D'una altra banda, tal com recorda la STSJC 36/2006 de 4 d'octubre, la doctrina del Tribunal Superior sobre la temporalitat de l'ús de l'habitatge familiar per part del cònjuge més necessitat de protecció en el supòsit d'inexistència de fills menors d'edat és aplicable també als supòsits en què, fins i tot existint tals fills, aquell no en tingui assignada la guarda per qualsevol motiu i també quan aquests siguin majors d'edat.

En el cas de l'atribució de l'habitatge conjugal, vista la conflictivitat que plantejava, el llibre II del CCCat estableix normes molt més flexibles.

Si bé es manté en el supòsit de desacord entre els cònjuges la regla de concessió preferent de l'habitatge familiar al cònjuge custodi dels fills menors mentre duri la guarda, arbitra altres possibilitats com la subrogació per altres habitatges o la commutació per un increment en la prestació econòmica.

De fet, el TSJC en la recent Sentència 50/2012 de 30 de juliol rec. 227/2011, ha interpretat l'art. 76,3.a del CF en el sentit que és possible en el procediment matrimonial atribuir un habitatge diferent de l'habitatge familiar si existeixen circumstàncies que ho aconsellin.

Aquestes residències poden ser tant els habitatges que s'usen transitòriament o estacionalment, com altres que siguin susceptibles d'ús

encara que estiguin sent rendibilitzats pels cònjuges mentre no calen per a la família, ja que no hi ha cap raó per excloure'ls com es pretenia en el cas.

L'esmentada doctrina es manté en l'actualitat en permetre l'article 233-20.6 del llibre II del CCCat a l'autoritat judicial substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències, sempre que siguin idònies per satisfer la necessitat d'habitatge del cònjuge i els fills.

En el cas d'inexistència de fills o que aquests haguessin arribat a la majoria d'edat, la nova norma s'inclina clarament per la temporalitat en l'atribució de l'ús de l'habitatge conjugal al no propietari, per evitar precisament la tendència dels tribunals a la concessió amb caràcter indefinit de l'habitatge, la qual cosa comportarà previsiblement més litigis per sol·licitar noves pròrrogues.

També els tribunals hauran d'establir l'abast de la possibilitat de subrogació o el dels pactes entre els cònjuges sobre l'atribució d'ús de l'habitatge i en particular els de la seva extinció.

La matèria es completa establint criteris per a la distribució de les obligacions per raó de l'habitatge i per a la resolució dels casos, freqüents en la pràctica, en què els titulars de l'habitatge són tercers en virtut de diferents títols.

En aquests supòsits s'acull la jurisprudència, sobretot del Tribunal Suprem, en el sentit que els qui ocupen l'habitatge familiar en condició de precaristes no poden obtenir una protecció possessòria superior a la que el precari proporciona a la família. Si la possessió deriva, en canvi, d'un títol contractual, cal ajustar-se al que estableix aquest.

De la mateixa manera cal remarcar la novetat d'excloure del concepte de despeses familiars, els d'adquisició i millora de l'habitatge familiar que es regeixen pel títol d'adquisició.

#### 4. PENSÍO COMPENSATÒRIA

La pensió compensatòria es regulava en l'article 84 CF.

Entre les sentències més recents del TSJC en relació amb aquesta qüestió trobem la de 31.1.2011, en la qual es recorda la naturalesa i funció que cobreix l'esmentada pensió, així com els requisits exigits per concedir-la:

«...hem de recordar que és reiterada doctrina d'aquest TSJC -STSJC 8/2006, de 27 d'octubre; 38/2008, de 10 de novembre; 18/2009, de 20 d'abril, i 8/2010, de 25 de febrer; 44/2010, de 20 desembre, entre d'altres- que amb la pensió compensatòria es prolonga la solidaritat matrimonial després de la ruptura de la convivència, amb la finalitat de reequilibrar de la manera més equitativa possible la situació econòmica en què queda el cònjuge més perjudicat econòmicament per la separació o divorci en relació amb aquella que mantenia durant el matrimoni, tot i que amb una vocació inequívoca de caducitat. Noteu que per concedir-la cal justificar l'existència d'un desequilibri matrimonial que deriva del matrimoni i pretén evitar que el perjudici de la ruptura recaigui en un sol dels cònjuges fent una previsió ex ante de la superació futura del desequilibri, per la



qual cosa es projecta cap al futur, a diferència de la indemnitzatòria, que ho fa al moment anterior i com a mecanisme que pugui evitar -d'alguna manera, ja que tampoc no es tracta de reequilibrar patrimonis com si fos una societat de guanys o de participació en els guanys-, les desigualtats que s'hagin pogut produir durant la convivència estable i com a element corrector per salvar les esmentades desigualtats.

A aquests efectes, la diferenciació entre la pensió compensatòria (art. 84 del CF) i la indemnitzatòria (art. 41 del CF), posada de relleu per la doctrina de la Sala (STSJC 8/2000, de 27 d'abril; 26/2001, de 4 d'octubre, i 44/2010, de 20 desembre, entre d'altres), ha assenyalat que mentre que la pensió indemnitzatòria de l'art. 41 del CF és un element corrector per salvar la desigualtat patrimonial de separació de béns i com a norma de liquidació de béns en casos de crisi del matrimoni, i així és tractada a la secció primera del capítol I del títol II del CF, referit al «règim de separació de béns», la pensió compensatòria es troba residenciada en el títol III, dedicat als «efectes de la nul·litat, matrimoni, del divorci i de la separació judicial», i troba el seu fonament en la debilitació econòmica que pot patir un dels cònjuges a conseqüència de la dissolució matrimonial respecte de la situació o l'estatus que mantenia durant el vincle, i es projecta cap al futur.

Per tant, la pensió compensatòria -que ni és un mecanisme indemnitzatori ni equilibrador de patrimonis dels cònjuges- exigeix perquè sigui concedida la justificació d'un desequilibri econòmic que s'origina i troba la seva causa en la convivència matrimonial, per la qual cosa es requereix l'anàlisi de totes les circumstàncies establertes en l'art. 84 del CF per tal de determinar-ne la quantia; és definitori que un dels cònjuges hagi pogut desenvolupar-se patrimonialment i/o professionalment, mentre que a l'altre cònjuge, per la seva major implicació en la cura de la família, o per qualsevol circumstància relacionada amb el matrimoni, se li hagi ocasionat un desequilibri econòmic que es projecta cap al futur i després de la ruptura matrimonial; és a dir, tal com estableix l'art. 84.2 del CF, per fixar la pensió compensatòria prenent com a base el desequilibri econòmic, ha de tenir-se en compte:

- a) La situació econòmica resultant per als cònjuges com a conseqüència de la nul·litat, el divorci o la separació judicial i les perspectives econòmiques previsible per a un i l'altre.
- b) La durada de la convivència conjugal.
- c) L'edat i la salut d'ambdós cònjuges.
- d) Si escau, la compensació econòmica regulada a l'art. 41.3, i
- e) Qualsevol altra circumstància rellevant.»

A continuació, s'examinen algunes qüestions que ha suscitat l'art. 84 del CF.

#### 4.1. Temporalitat de la pensió compensatòria

La doctrina del TSJC estableix que la temporalitat no és consubstancial a la pensió compensatòria encara que certament no existia cap impediment a temporitzar-la quan podia determinar-se que la desigual posició econòmica tenia possibilitats de superació.

La STSJC 4.4.2011 resumeix la doctrina legal en aquesta matèria en el sentit que:

«La jurisprudència d'aquesta Sala -STSJC 43/2003, d'1 de desembre; 20/2004, de 21 de juny; 12/2005, de 24 de febrer; 7 i 8/2006, de 27 de febrer; 8/2008, de 8 de maig; 38/2008, de 10 de novembre, i 11/2010, d'11 de març, entre d'altres- ha declarat que la pensió compensatòria té vocació inequívoca de caducitat, si bé la fixació d'un termini o la limitació temporal per pagar-la resulta una facultat i no una obligació de l'òrgan decisor, el qual haurà d'atendre en cada cas a les circumstàncies concretes que inclinïn a optar per una o una altra solució, per la qual cosa admet la limitació temporal sempre que puguin determinar-se en l'esmentat moment totes les circumstàncies que es detallen en l'art. 84 CF. En tot cas, s'exigeix que quedi plasmat en la corresponent sentència un judici prou ponderat i raonable de previsió de la superació o desaparició del desequilibri que va justificar-ne la concessió, per la qual cosa, i sens perjudici de la ponderació ad hoc de totes les circumstàncies concurrents en cada cas d'entre les recollides en l'art. 84 CF per a la fixació de la pensió —la qual cosa converteix la qüestió en casuística i, per això, d'accés a la cassació limitat als supòsits de valoració arbitrària, il·lògica i absurda (STSJC 7/2006, de 27 de febrer i 36/2007, de 26 de novembre; rebutjant-se l'existència per això d'interès cassacional de manera reiterada en ITSJC 22/2011, de 17 de febrer, que esmenta les ITSJC de 13 octubre 2005, 26 maig 2008, 14 juliol 2008 i 20 desembre 2010, entre d'altres)—, no hem apreciat inconvenient, sinó tot al contrari, en la fixació d'un termini quan sigui assequible la incorporació al mercat laboral del cònjuge creditor de la pensió o, en general, quan es pugui apreciar la possibilitat d'un desenvolupament autònom que li permeti un accés als mitjans econòmics que de moment li proporciona la pensió.»

#### 4.2. Temps que ha de ser computat per fixar la pensió

La Sentència de 12 de gener de 2004 precisa que per calcular l'import de la pensió compensatòria cal sumar al període de durada del matrimoni el temps durant el qual els cònjuges van viure en unió estable de parella. La doctrina va ser posteriorment reiterada.

#### 4.3. Moment en què s'ha de demanar i expectatives

La STSJC 20.12.2010 tracta d'aquesta qüestió:

«...la crisi conjugal que suposa la falta de convivència uxoris serveix d'element nuclear per valorar la situació econòmica dels cònjuges i el moment per apreciar si existeix una veritable desigualtat patrimonial que generi un injust enriquiment per a un dels cònjuges, però el títol que engendra el dret és l'extinció del règim econòmic matrimonial per sentència de separació, nul·litat o divorci» (STSJC 38/2003, de 28 octubre; 47/2003, d'11 desembre; 35/2006, de 26 de setembre, i 13/2007, de 7 de maig, entre d'altres), sense que puguin ser tinguts en compte ni els fets relatius a la nova situació econòmica de la creditora/deutora de la pensió compensatòria que no han estat previstos en la sentència objecte de recurs, tret que s'hagués interposat i admès a tràmit un recurs extraordinari d'infracció processal, ni tampoc els fets posteriors a la sentència de nul·litat, separació o divorci que hauran de ser enjudiciats pels cursos de la modificació de la pensió per variacions substancials en un altre procediment diferent sense que sigui possible una revisió a l'alça de l'esmentada pensió, ja que com vam declarar en l'STS 38/2006, de 16 d'octubre « ...Per tant, el que queda absolutament vedat segons la redacció de l'article 84 del CF és la puja de la pensió compensatòria per mor de les circumstàncies sobrevingudes amb posterioritat a la fractura matrimonial, però escau plantejar-se què ha de succeir quan en aquest moment ja existeixen les circumstàncies que determinarien inexorablement una actualització automàtica de la situació del cònjuge deutor...».

Per tant, com a criteris específics en casos molt determinats per pal·liar efectes no desitjats, la jurisprudència d'aquest TSJC ha admès que es tinguessin en compte aquelles circumstàncies que poguessin preveure's en el moment de la separació i que inexorablement es produirien com determinats drets expectants, amb arrel causal precedent en el matrimoni, que incrementarien els desequilibris econòmics a favor d'un dels cònjuges...»

#### 4.4. Extinció del dret a la pensió compensatòria motivada per la convivència del perceptor de la pensió amb una altra persona

Analitzen aquest supòsit les STSJC de 18.10.2007 i 26.11.2009:

«...de la seva pròpia terminologia s'infereix que cal: a) que existeixi convivència i b) que la convivència esmentada reuneixi certes característiques, és a dir, que s'assembli a la convivència matrimonial fins i tot sense el vincle jurídic del matrimoni. D'aquesta manera el Tribunal Suprem quan ha intentat analitzar les conseqüències jurídiques de les convivències more uxorio ha reconegut la seva existència com una realitat social amb producció d'efectes jurídics quan es donen determinades característiques, així la constitució voluntària, l'estabilitat o permanència en el temps, l'aparença pública de comunitat de vida similar a la matrimonial (STS 12-9-2005) o la unió de vida paraconjugal d'una parella per temps indefinit (STS 5-7-2001). Està clar que en exigir-se la convivència a manera o semblança

amb la unió matrimonial, el text legal (Art. 86 CF) no estan preveient com a causa extintiva del dret a la pensió compensatòria les meres relacions amoroses o sentimentals o bé sexuals de l'ex membre de la parella creditor de la pensió compensatòria. Al contrari, les relacions afectives hauran hagut de cristal·litzar en un projecte de vida en comú, amb el suport o ajuda mútua com a fil conductor, i han de reunir el grau d'estabilitat, intimitat, comunicació d'afectes i interessos i publicitat que les faci comparables amb la convivència matrimonial. És per això que no podem admetre que relacions no convivencials puguin ser assimilables a les matrimonials en les que la convivència es presumeix. D'una altra banda tampoc es poden admetre situacions de frau o engany de manera que en ser clares les dificultats de prova que poden produir-se en aquests casos, ja que és evident el lògic interès que subjau a ocultar aquestes situacions per qui corre el risc de perdre uns ingressos econòmics per tal motiu, poden ser valorats indicis sòlids dels quals es pugui inferir que el creditor es troba en situació d'extinció del dret a la pensió compensatòria».

La doctrina examinada, si bé amb alguna matisació, pot ser mantinguda després de la promulgació del llibre II del CCCat, atès que prestació econòmica és, potser, la institució que apareix regulada de manera més semblant.

No obstant això, cal tenir present que en el llibre II es generalitza la possibilitat de capitalització de la pensió, raó per la qual passa a rebre el nom de prestació compensatòria.

La utilització d'aquesta possibilitat podrà comportar algun litigi si s'extingeix el dret en un moment anterior al previst segons el desenvolupament normal dels esdeveniments.

La nova regulació proclama el caràcter essencialment temporal de la pensió, llevat que concorrin circumstàncies excepcionals que facin aconsellable acordar-la amb caràcter indefinit.

En general, com ja tenia establert la jurisprudència, s'admet la renúncia al dret a prestació compensatòria, fins i tot ara la continguda en pactes prematrimonials, però amb la matisació o el límit, de nou encuny, que la renúncia prèvia no acabi compromentent les necessitats bàsiques del cònjuge que té dret a la prestació, la qual cosa sens dubte podrà constituir una nova font de controvèrsies.

## 5. COMPENSACIÓ INDEMNITZATÒRIA PER RAÓ DEL TREBALL

Fins ara la recollia l'article 41 del CF.

L'esmentada norma és una de les que més polèmiques i litigis ha ocasionat per la novetat que va suposar, en l'estricta règim tradicional de separació de béns de Catalunya, que s'establís.

La indemnització de l'art. 41 CF va obeir a un intent de mitigar els efectes propis del règim de separació de béns que es caracteritza per la nul·la comunicació patrimonial dels béns dels dos cònjuges, i és la plasmació de l'art. 14 de la Resolució núm. 37/1978, de 27 de setembre del Consell d'Europa, com a fórmula per fer possible que, en cas de separació, divorci o nul·litat del

matrimoni, el cònjuge més perjudicat pugui accedir a una part equitativa dels béns de l'anterior cònjuge o a una indemnització que reperi la desigualtat econòmica resultant de la institució matrimonial i la seva crisi posterior, per a la qual cosa s'ha de tenir en compte, a més d'aquestes diferències patrimonials, si un dels cònjuges s'ha dedicat a la llar o bé al treball o negoci de l'altre de manera desinteressada o bé no prou retribuïda.

Tot i que ja existeix una jurisprudència molt consolidada, necessàriament haurà de ser modificada, en la mesura que la indemnització per treball és de les institucions que més canvis ha patit en la nova regulació del llibre II del CCCat.

Tracten dels requisits, naturalesa i efectes d'aquesta indemnització sobre la base de l'art. 41 del CF, entre les més recents, les STSJC 38/2009, de 10 de desembre; la 12/2010, d'11 de març; la 19/2010, de 27 de maig; 41/2010, de 29 de novembre; 44/2010 de 20 de desembre, etc.

Altres qüestions plantejades en relació amb la indemnització de l'article 41 CF són les següents.

### **5.1. Temps que cal considerar per establir-la.**

«...res no obsta a la concessió d'una compensació econòmica que tingui en compte, d'un costat, el temps de convivència matrimonial i, d'un altre, el temps de convivència more uxorio, sempre que es donin els elements necessaris perquè sorgeixi el dret a la percepció (STSJC de 12.1.2004, 27.2.2006 i 4.9.2008)».

### **5.2. No han de computar-se els béns adquirits a títol gratuït**

TSJC de 30.9.2009: «L'últim habitatge familiar va ser adquirit per l'espòs, no com a conseqüència d'una inversió econòmica pròpia aprofitant l'esforç de l'esposa en la dedicació a la família i la generació d'un estalvi per tal adquisició, sinó per un acte de liberalitat de la seva mare. No existeix, doncs, relació de causa efecte entre la superior dedicació de la Sra. R. a la cura de la llar i dels fills i l'enriquiment del Sr. S. Així ho hem declarat també en un cas similar en la STSJC, de 13-07-2009.»

### **5.3. Són computables els increments o plusvàlues del patrimoni propi si són generats per l'activitat dels cònjuges**

Tal afirmació té com a antecedent la STSJC 5.9.2005:

«En tot cas s'ha de dir que la Sentència d'aquesta Sala de 9-5-2005 reitera la Sentència de 10 de febrer de 2003 en el sentit que: «juntament amb els béns adquirits mitjançant la inversió de rendes generades durant la unió... han de computar-se també l'augment i la conservació del valor experimentats pels béns privatis dels convivents d'acord amb les inversions dutes a termes amb les esmentades rendes o gràcies a l'actuació directa dels mateixos convivents» i que en definitiva també és motiu de recurs de cassació per interès cassacional la inexistència de

doctrina legal del Tribunal Superior de Justícia, segons preveu l'article 477.3 de la LEC».

En el mateix sentit la STSJC 29.5.2007.

#### 5.4. Quantia de la indemnització

En aquesta matèria imperava l'arbitri judicial, si bé s'havien donat alguns paràmetres per quantificar-la, com ara magnitud de la diferència patrimonial, la intensitat de la dedicació als fills o al negoci de l'altre cònjuge o a tots dos, així com la durada d'aquesta dedicació.

La nova regulació de la indemnització per raó del treball en el llibre II del CCCat és molt més completa i complexa que l'anterior i pretén posar fi a algunes de les qüestions més discutides i que creaven major inseguretat jurídica, com era la inexistència de criteris en la fixació de la indemnització o la determinació i prova de l'enriquiment injust.

D'aquesta manera diu l'exposició de motius del llibre II que:

«S'ha estimat necessària una intervenció legislativa que proporcioni unes pautes normatives més clares i unes regles que facilitin la determinació de la procedència i el càlcul de la compensació. En aquest sentit, la nova regulació abandona tota referència a la compensació com a remei substitutori d'un enriquiment injust, prescindeix de la idea de sobrecontribució a les despeses familiars, implícita en la formulació de l'article 41 del Codi de família, vigent fins a l'entrada en vigor d'aquesta llei, i es fonamenta, senzillament, en el desequilibri que produeix entre les economies dels cònjuges el fet que un faci una tasca que no genera excedents acumulables i l'altre en faci una altra que sí que en genera. Per això, n'hi ha prou d'acreditar que un dels dos s'ha dedicat a la casa substancialment més que l'altre.»

De la nova definició legal en relació amb l'antic article 41 CF observem ja unes primeres notes diferenciadores:

- a) Separació entre el supòsit del treball domèstic i la col·laboració amb el treball o els negocis de l'altre.
- b) Inclusió com a moment liquidador del cessament efectiu de la convivència, ja admès per la jurisprudència.
- c) Superació del concepte de desequilibri patrimonial pel de diferència d'incrementos patrimonials.
- d) Superació nominal del concepte d'enriquiment injust com a base de la compensació pel d'acumulació injusta d'excedents que comporta desiguals increments patrimonials.
- e) Criteris legals per a la quantificació de la compensació.
- f) Manera de pagament de la compensació en admetre's ara que a instància del deutor pugui no ser en metàl·lic sinó també en béns o amb pagament ajornat amb constitució de garanties.
- g) Regulació innovadora d'aspectes processals per al seu exercici.

El pressupòsit bàsic de la compensació és que en el moment de l'extinció del règim s'hagin generat excedents acumulables en un dels cònjuges, és a dir, que un s'hagi enriquit i l'altre no, o que un s'hagi enriquit en major mesura que l'altre. Encara que concorrin els anteriors requisits, si no hi ha excedents que un sol dels cònjuges hagi acumulat no naixerà l'obligació de compensar.

Es configura ara aquest enriquiment com un element de caràcter objectiu.

Vol dir això que s'ha suprimit la noció d'enriquiment injust com a base de la compensació?

Considero que no. En la legislació anterior, per al naixement del dret a la compensació havia d'existir una correlació entre la dedicació a la casa o al treball de l'altre cònjuge i el desequilibri patrimonial produït, de manera que l'enriquiment injust segons alguns autors (així Puig Ferriol) havia d'operar com a límit a la compensació.

En aquesta tesi, no podia indemnitzar-se més que el real perjudici sofert. En el cas de la contribució no remunerada a la feina, negoci o empresa de l'altre cònjuge, el cònjuge col·laborador no podria exigir més que el que hauria hagut de pagar l'altre per un treball remunerat de la mateixa classe. I en el supòsit de dedicació a la llar solament seria compensable si existia una sobrecontribució a les obligacions imposades en l'art. 5.1 del CF.

Ara la reforma gravita sobre la descompensació de guanys entre un cònjuge i l'altre si es donen els altres requisits amb un límit que no es correlaciona amb l'enriquiment, sinó amb un percentatge de la diferència entre els guanys.

Certament, la figura jurídica de l'enriquiment injust tenia un encaix problemàtic en la institució sobretot a nivell probatori.

Es prescindeix ara de manera expressa d'esmentar l'enriquiment injust com a fonament de la compensació, no perquè no es trobi en la seva base, sinó per superar les dificultats que suposava en alguns casos la prova de la relació causal entre la dedicació a la llar i els guanys obtinguts pel cònjuge treballador (per exemple, el supòsit freqüent de professional liberal i mestressa de casa) i perquè la quantificació es relaciona ara amb la participació en els guanys.

Precisament per superar aquestes dificultats el Tribunal Superior havia declarat que sempre que un treballés per a la llar o per a l'altre sense retribució o amb retribució insuficient generava un enriquiment injust de l'altre.

L'enriquiment es considerava llavors implícit, bé perquè la dedicació d'un dels cònjuges a la llar permetia a l'altre lliurar-se en major mesura al treball remunerat amb la tranquil·litat de saber que aquest aspecte estava cobert gratuïtament, o bé perquè s'obtenia un benefici directe en estalvi de costos laborals per a l'empresa, el negoci o activitat professional, quan l'altre cònjuge hi col·laborava sense retribució o amb una retribució insuficient.

El Tribunal Superior tenia també en compte el perjudici que suposava per a un dels cònjuges la pèrdua d'oportunitats. Aquesta pèrdua es produïa inevitablement en qui, precisament per la dedicació a la casa i o al treball de l'altre, no podia desenvolupar les seves pròpies habilitats professionals, de manera que minvava el seu futur professional i les seves possibilitats d'entrar al mercat laboral en les millors condicions de preparació o formació laboral. En la STSJC de 27.2.2006, amb citació de l'STS de 12 de setembre de 2005, s'advertia que «l'enriquiment injust es dona quan s'ha produït la pèrdua d'oportunitat en el cònjuge que ha optat per la dedicació a la llar o per la

situació laboral defectiva; pèrdua d'oportunitat que seria el factor suport que vindria d'alguna manera a substituir al concepte d'empitjorament que ha de qualificar el desequilibri.»

Expressament s'havia qualificat tal element –el de l'enriquiment injust– com a pertorbador i no necessitat de prova (*res ipsa loquitur*: les coses parlen per si mateixes).

Hi ha autors que estimen que amb la nova regulació l'element queda fins i tot reforçat en operar una presumpció *iuris et de iure* d'enriquiment injust.

Per calcular l'import de la compensació s'ha de tenir ara en compte, a més del tipus de treball prestat i la durada i intensitat de la dedicació, la pròpia limitació legal en virtut de la qual es restringeix l'anterior discrecionalitat judicial. Un dels motius de la reforma és precisament la inseguretat jurídica que comportava la inexistència legal de criteris per establir la compensació.

La jurisprudència havia declarat reiteradament que era el jutge qui discrecionalment havia de fixar la indemnització, encara que havia establert unes pautes molt generals, com ja hem vist abans.

Aquest límit és ara el de la quarta part de la diferència dels increments patrimonials obtinguts pels cònjuges durant la vigència del règim encara que es permet atorgar una compensació per quantia superior –l'import màxim de la qual no es fixa– si el cònjuge creditor pot provar que la incidència del seu treball en l'increment patrimonial de l'altre cònjuge ha estat notablement superior.

La tasca de la jurisprudència serà ara delimitar el concepte de contribució substancialment superior a la de l'altre en la cura de la llar, i sobretot perfilar les regles de càlcul establertes en l'art. 232-6; el còmput o no de les plusvàlues; el del valor del patrimoni inicial; el còmput de les donacions realitzades entre els cònjuges; la qüestió relativa al còmput o no dels béns subrogats; el límit màxim de la indemnització en el supòsit d'especials contribucions; la forma de pagament i el règim processal de l'acció en els termes de la disposició addicional tercera de la Llei 25/2010.

Estimo que la jurisprudència de la Sala pot mantenir-se pel que fa a la no necessitat de realització de treballs especialment penosos, el principi general relatiu al fet que la indemnització no és una manera d'igualar patrimonis, la compatibilitat entre aquesta indemnització i la prestació compensatòria, el caràcter dispositiu de la compensació, la innecessarietat de provar l'enriquiment injust si resulta implícit quan hi ha desequilibri patrimonial, etc.

Per contra, haurà d'analitzar davant de la nova legislació si manté o no la seva jurisprudència sobre els béns subrogats.

## V. PACTES PRIVATS EN MATÈRIA DE DRET DISPONIBLE

La jurisprudència del TSJ s'havia pronunciat repetidament a favor de la validesa dels esmentats pactes encara que després no haguessin estat ratificats davant l'autoritat judicial.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha declarat que els convenis matrimonials atorgats en moments de crisi conjugals són



veritables contractes entre les parts litigants, sempre limitats a allò que no pugui ser objecte de transacció en afectar un «interès» no disponible. En els esmentats negocis jurídics, la ratificació o aprovació judicial suposa una *conditio iuris* d'eficàcia, no pas de validesa.

Podem esmentar a aquest efecte les STSJC de 19.7.2004 o 18.9.2008.

No obstant això, en la STSJ 18.1.2010, la Sala ha proclamat la revocabilitat del pacte contingut en un conveni de separació matrimonial, homologat judicialment, en virtut del qual els cònjuges van establir que tots dos viurien a la llar conjugal, encara que no existeixin especials friccions entre ells, ja que entén que, en la separació legal, la física és inherent i que per tant tals pactes solament poden mantenir-se en la mesura en què tots dos hi estiguin d'acord.

La nova legislació soluciona definitivament la qüestió relativa a la validesa dels pactes privats en el moment de la crisi familiar, si bé cal tenir present l'existència del termini de revocació previst a l'article 233-5.2, la regulació del qual justifica l'exposició de motius del llibre II en els següents termes:

«També es regulen per primera vegada els anomenats acords amistosos de separació i se'n fixa el règim de validesa i els efectes, tot remarcant-ne el caràcter vinculant però preveient un termini de revocació que pretén garantir que els acords s'hagin adoptat lliurement. Concretament, el cònjuge que en el moment de l'adopció de l'acord no hagi disposat d'assistència lletrada independent el pot deixar sense efecte durant els tres mesos següents a l'adopció o, com a màxim, fins al moment de la contestació de la demanda o, si s'escau, de la reconvenió en el procés matrimonial en què es pretenguin fer valer. Aquesta possibilitat es justifica pel context especial en què les parts subscriuen aquests acords. Sovint hi ha desequilibris greus en la informació disponible per a una part i per a l'altra, i s'arriba als acords en situacions d'angoixa o estrès que fan difícil fer una valoració objectiva dels termes convinguts, en les quals hi ha un risc elevat d'explotació o abús d'una part per l'altra.»

Major dificultat presentava el reconeixement de la validesa dels pactes acordats, no ja en el moment o sorgiment de la crisi conjugal, sinó en previsió de la ruptura familiar.

La recent Sentència TSJC de 12 de juliol de 2012, rec. 159/2011, analitza la validesa de tals pactes en la legislació anterior al llibre II del CCCat, i assenyala que, sent possibles, havien de constar necessàriament en una escriptura pública perquè és com ho disposa l'art. 15 del CF.

La Sentència diu a aquest efecte que en el punt de decidir si tals pactes eren possibles en la legislació precedent al llibre segon del CCCat i si els podien abraçar l'exclusió o reducció de la compensació prevista en l'art. 41 CF, *hem de concloure afirmativament, tenint en compte que constitueixen una concreció del principi de llibertat de contractació entre els cònjuges (art. 11 CF) i que, a diferència d'altres supòsits (articles 3.1 LUEP), no existeix cap prohibició legal expressa o implícita que n'impedeixi la renúncia anticipada (art. 111-6 CCCat).*

*Ara bé, pel que fa als seus requisits i d'acord amb els interessos en joc –que en l'actual legislació han estat objecte de consideració molt precisa (art. 231-20 CCCat)–, considerem que en el context normatiu considerat solament era possible el seu atorgament vàlid i eficaç en capítols matrimonials (art. 15.1 CF) i, per tant, en una escriptura pública amb virtualitat constitutiva (art. 17.1 CF), perquè, al marge del seu eventual accés als registres oficials (RDGRN 4/2003 de 19 juny), l'esmentada forma era la més apropiada per garantir la lliure formació de la voluntat dels cònjuges atorgants, especialment en una matèria (art. 41 CF) que afecta el règim econòmic matrimonial primari.*

L'article 231-20 del CCCat aclareix ja els dubtes doctrinals existents sobre la validesa de tals pactes, i regula els requisits i les condicions que es requereixen, entre les quals mereixen destacar-se en correcta tècnica legislativa la possibilitat que puguin realitzar-se en una escriptura diferent a les capitulacions matrimonials, la necessitat de disposar d'una informació precisa sobre l'abast del pacte en relació amb el règim legal ordinari, que els d'exclusió o limitació de drets hagin de ser recíprocs i precisar amb claredat els drets que es limiten o es renuncien.

## VI. PARELLES DE FET

La diferent regulació i filosofia que inspirava la regulació de les parelles de fet s'advertia ja amb l'elaboració diferenciada de les dues lleis, tot i la simultània tramitació parlamentària i la promulgació amb número correlatiu.

L'equiparació, doncs, i el recurs a l'analogia per regular situacions no expressament establertes pel Codi de família no eren admesos amb caràcter general, excepte, com és natural, en el cas de l'existència de fills menors d'edat, en els quals la Sala Civil aplica les disposicions del Codi de família.

Exponent d'això és la **Sentència 43/2005, de 12 de desembre**, en la qual s'afirma que el fet que el legislador català no prevegi moltes de les conseqüències de la ruptura de la parella de fet en forma similar a la matrimonial no suposa que existeixi una llacuna ni que hagi d'aplicar-se automàticament l'analogia *iuris*.

Per contra, l'aplicació analògica s'ha utilitzat pel que fa a l'atribució de l'habitatge familiar en el cas de fills menors, atès que no poden existir diferències de regulació entre els fills nascuts del matrimoni o els nascuts d'un altre tipus d'unions.

Així ho estableix la **STSJC 49/2009, de 3 de desembre**, en la qual es va fer aplicació analògica de l'art. 83.2.a del Codi de família de Catalunya al cas d'unions estables de parella amb fills menors d'edat. Si existeix desproporció entre els mitjans i ingressos d'un o altre membre de la parella, l'ús de l'habitatge ha de ser atorgat a qui s'atribueixi la guarda i custòdia mentre duri aquesta, sense que pugui substituir-se per un increment de la pensió alimentària ni limitar-se la durada de l'atribució.

Pel que fa als efectes patrimonials en cas de ruptura, la **STSJC 21/2007, de 21 de juny**, va proclamar, d'una banda, la impossibilitat d'aplicar analògicament normes previstes per a la institució matrimonial i, d'una

altra, la inaplicabilitat de la doctrina del Tribunal Suprem amb vista a l'enriquiment injust genèric quan existeix una regulació específica a l'article 13 de la LUEP.

La doctrina també s'ha ocupat de la validesa dels pactes patrimonials entre parelles de fet abans de la regulació per la Llei 10 /1998. L'analitza la STSJC 22.3.2010:

«De qualsevol forma, pel que fa al previ període d'anomia, davant el rebuig a l'aplicació analògica de les normes relatives als règims economicomatrimonials a les unions no matrimonials (STS 1a 21 oct. 1992, 27 maig 1994, 20 oct. 1994, 24 nov. 1994, 30 des. 1994, 1085/1996 de 16 des., 4 març 1997 i 39/2004 de 5 febrer), també llavors es trobava admesa —amb independència de la seva forma (art. 1278 CC)— la plena validesa dels pactes concertats pels membres de la parella per regular les seves relacions econòmiques, emparant-se en la llibertat contractual (1255 CC) i rebutjant qualsevol objecció relacionada amb la seva legalitat (art. 1275 i 1814 CC) o amb la moralitat de la seva causa.»

El llibre II del CCCat, sobre la base que autoritzat el matrimoni homosexual, en la majoria dels casos la convivència de parella apareix com un matrimoni a prova que desapareix per la ruptura o es converteix en matrimoni, prescindeix de conformar un estatut jurídic de la convivència estable en parella, per la dificultat d'harmonitzar la gran varietat de situacions que presenta aquesta realitat.

No obstant això:

«quan la ruptura de la convivència provoca —per la seva durada, pel fet d'haver tingut fills en comú o, en general, per raó de les decisions preses per cadascun dels convivents en interès comú— que algun d'ells es trobi en una situació de necessitat, pugui obtenir de l'altre els mitjans necessaris per a refer la seva vida. Tot plegat, sens perjudici del dret a la compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent, que neix al marge de l'estatut jurídic de la convivència i que resulta del fet que, en interès comú, un convivent ha fet una tasca que no ha generat excedents acumulables mentre que l'altre n'ha fet una altra que sí que n'ha generat.» (Pr. llibre II).

Pot aleshores deduir-se que, llevat de la introducció de nous drets específics com els alimentaris, podria ser aplicable la doctrina abans esmentada, si bé tenint en compte l'existència de menors requisits per a la constitució de la parella de fet, la seva idèntica regulació per al cas de parelles homosexuals o heterossexuals, i l'especial transcendència que adquireixen ara els pactes privats per regular la convivència.

En matèria processal, la disposició addicional cinquena estableix que els conflictes judicials que sorgeixin en relació amb la crisi de la parella estable es regulin pel procediment matrimonial.

## VII. EFECTES DE LES SENTÈNCIES DE REVISIÓ DE MESURES ECONÒMIQUES ACORDADES

La matèria la regulava l'article 80 del CF, segons el qual:

- «1. Les mesures previstes en la sentència poden ser modificades, en consideració a circumstàncies sobrevingudes, mitjançant una resolució judicial posterior.
2. El conveni regulador o sentència poden preveure anticipadament les modificacions pertinents».

La Sentència del Ple de la Sala Civil i Penal de 26.9.2011 resumeix l'estat actual de la qüestió.

En un procediment de modificació d'efectes de sentència en el qual la Sala d'apel·lació havia declarat que la quantitat fixada en segona instància, que elevava la quantia dels aliments atorgada en primera instància, havia de retrotreure's a la data de la primera sentència, l'afectat hi va recórrer, i va plantejar un recurs per interès cassacional invocant la infracció de l'art. 262 del CF i de la jurisprudència.

S'al·legava la presumpta infracció de l'art. 262 del Codi de família i la no aplicació al supòsit en el qual els aliments havien estat ja establerts en una sentència judicial anterior ferma, la modificació de la qual es pretenia per canvi de circumstàncies.

Invocava a aquest efecte la doctrina establerta pel Tribunal Suprem, Sala 1a, en la Sentència de 3.10.2008, i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 14.10.2009. El recurs es va admetre per interès cassacional perquè en aquell moment no existia doctrina legal pel que fa a aquesta específica qüestió, si bé la Sala Civil i Penal s'havia pronunciat recentment en un cas similar en la STSJC de 15/2011, de 16 de juny.

La Sala, partint de la distinció entre els efectes jurídics materials de les sentències de condemna i els seus efectes processals, ha establert que les mesures fixades en els procediments matrimonials tenen efectes mentre no siguin substituïdes per altres, sense que escaiguin efectes retroactius.

«De l'esmentada normativa se'n pot col·legir, d'una banda, l'eficàcia executiva de les mesures provisionals, en relació amb els fills, que seran substituïdes amb la mateixa eficàcia *ex nunc* per les mesures que s'acordin en la sentència que es dicti, les quals seran igualment executives tot i que s'hi hagués presentat un recurs en contra.

Atès que no es remet la normativa referida a l'execució provisional s'ha d'entendre, almenys en relació amb les mesures a les quals es refereix l'article 774-4 de la LEC, que es tracta d'una execució definitivament anticipada, per la qual cosa no escau en el cas dels pronunciaments de condemna econòmics ni demanar complements dineraris, ni sol·licitar devolucions de quantitats en el cas que es modifiquin les quanties disposades com a conseqüència dels recursos. Entendre'l d'una altra manera atemptaria contra el principi de seguretat jurídica, que exigeix que els aliments consumits no hagin de retornar-se i que l'obligat a

donar-los pugui preveure i fer provisió, per disposar també dels propis, les sumes que ha de satisfer en cada moment...

El nou article 233.7 del CCCat regula, en la mateixa línia, que la modificació dels efectes de la sentència per una de nova que estableixi alteracions substancials de les circumstàncies tingudes en compte anteriorment, es produiran a partir d'aquesta, si bé per afavorir els acords extrajudicials i en especial la mediació, faculta el jutge a retrotreure'ls a la data d'inici del procés de mediació.»

**Doctrina que reitera la STSJC 16/2012, de 20 febrer**

Entenc que aquesta doctrina és coincident amb el nou article 233.7 del CCCat, que, en la mateixa línia, estableix que la modificació dels efectes de la sentència per una de nova que prevegi alteracions substancials de les circumstàncies tingudes en compte anteriorment es produiran a partir d'aquesta, encara que per afavorir els acords extrajudicials i en especial la mediació, faculta el jutge a retrotreure'ls a la data d'inici d'aquest procés.



PRIMERA PONÈNCIA  
INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ  
DE LA PERSONA





# L'assistència: abast i limitacions de la nova institució<sup>1</sup>

JORDI RIBOT IGUALADA  
Catedràtic de Dret civil  
Universitat de Girona

I. EL CONTEXT DE L'ASSISTÈNCIA. 1. Ús i abús de la incapacitació. 2. Models de dret comparat europeu. 3. Quin model tenim avui a Catalunya?. 4. Recapitulació. II. RÈGIM JURÍDIC DE L'ASSISTÈNCIA. 1. Beneficiari de la mesura. 2. Nomenament d'assistent. 3. Efectes de l'assistència. 4. Modificació i extinció. III. CONFIGURACIÓ DE L'ASSISTÈNCIA REGULADA AL CCCAT. 1. Institució de suport i protecció típica, de constitució judicial. 2. Institució configurada entorn a la voluntat de la persona. 3. Recapitulació. BIBLIOGRAFIA

## I. EL CONTEXT DE L'ASSISTÈNCIA

La introducció de l'assistència com a nova institució de suport i protecció de la persona del Codi Civil de Catalunya s'ha d'entendre en el marc del progressiu qüestionament de la incapacitació com a fonament de l'establiment de mesures de protecció d'adults. La inclusió de l'assistència en el catàleg de mesures protectores està del tot relacionada, en particular, amb experiències prèvies d'altres sistemes jurídics que han reformat llurs règims legals en aquesta matèria. Aquestes reformes es caracteritzen en bona part pel desenvolupament de mesures que són independents o que s'activen al marge de la incapacitació. Des d'aquesta perspectiva, l'assistència que regula el Llibre segon ha estat ben rebuda pels autors que postulen una reforma del Codi Civil espanyol.<sup>2</sup> Les opinions dels autors catalans que fins ara s'han aproximat al tema, en canvi, no són tan positives. Això tal vegada es pot atribuir al fet que ja no són únicament reflexions *de lege ferenda* sinó comentaris *de lege lata*.<sup>3</sup> En tot cas, l'anàlisi de l'abast i les limitacions de la nova institució permet comprovar si les expectatives de canvi s'han complert o si la normativa catalana s'ha quedat a mig camí.

- 
- 1 Aquest treball s'emmarca en el Grup consolidat d'investigació de Dret privat europeu de la Universitat de Girona, reconegut i finançat amb la referència 2009 SGR 614 (Resolució AGAUR 3 de juliol de 2009; Investigador principal: Prof. Dr. Miquel Martí Casals).
  - 2 Es poden veure FÁBREGA RUIZ 2010:336-9, MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2010:214-5; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO 2010:348; HERAS HERNÁNDEZ 2011:466-8; GARCIA LÓPEZ/CASAS PLANES 2011:211-4; BERROCAL LANZAROT 2011:81-4; VIVAS TESÓN 2012:51-2. Amb molts matisos, cf. també PEREÑA VICENTE 2011:201-2 i MARTÍN PÉREZ 2010:158.
  - 3 Vegeu especialment BARRÓN ARNICHES 2011:230-3. També PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:913.

## 1. ÚS I ABÚS DE LA INCAPACITACIÓ

Com explica RIVERO, el sistema fins ara en vigor ha girat sobre el binomi capacitat/incapacitat, quan aquest model ja ha estat superat en nombrosos països europeus a l'hora d'abordar la reforma del marc jurídic de la protecció d'adults vulnerables.<sup>4</sup> Un dels principis inspiradors de totes les reformes produïdes els darrers anys ha estat el d'adaptar o graduar la protecció a la concreta situació de la persona a protegir: protecció per a tots els qui ho necessiten, però només en la mesura en què ho necessiten.<sup>5</sup> Per això, la protecció adequada és aquella feta a mida segons les limitacions i les necessitats de la persona a protegir, i on les restriccions a la llibertat i a la capacitat d'obrar de la persona són únicament les imprescindibles.<sup>6</sup>

Les reformes del Codi Civil espanyol de l'any 1983 s'havien caracteritzat també per adoptar aquest enfocament.<sup>7</sup> Aquestes reformes miraven de superar el model massa rígid de la normativa previgent i seguien una jurisprudència *contra legem* –molt criticada per la millor doctrina espanyola–<sup>8</sup> que havia intentat trobar la manera d'adaptar les mesures legals de protecció a les condicions concretes de les persones a protegir.<sup>9</sup>

El model espanyol actual, tanmateix, segueix essent susceptible de les mateixes objeccions que sistemes similars ja han rebut en altres països del nostre entorn: és un sistema qüestionable per excés, ja que s'incapacita tothom, qui pateix dèficits molt greus i qui té només una disminució parcial o limitada de les seves facultats,<sup>10</sup> i també és criticable per defecte, car sense

4 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:411-2.

5 Vegeu la Recomanació (99)4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 29 de febrer de 1999, on es recullen els principis europeus en matèria de protecció jurídica de les persones adultes incapaces (cf. Principis 2, 3 i 6) (disponible via [www.coe.int/t/cm/WCD/referenceSearch\\_en.asp](http://www.coe.int/t/cm/WCD/referenceSearch_en.asp)). (Data de consulta: 05.08.2012). La STEDH *Chtoukatourov c. Rússia* 27.6.2008 (n. 44009/05) ha dit que «[a]lthough these principles have no force of law for this Court, they may define a common European standard in this area» (§ 95). Vegeu també PARLAMENT EUROPEU. DIRECCIÓ GENERAL DE POLÍTIQUES INTERIORS, *Comparative Study on the Legal Systems of the Protection of Adults Lacking Legal Capacity*, Novembre 2008) (inèdit). Disponible via [www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms](http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms).

6 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:414. Vegeu STEDH *Chtoukatourov c. Rússia* 27.6.2008 (n. 44009/05) §§ 95-96, on es conclou que el règim d'incapacitació seguida de tutela del Codi civil rus infringeix l'art. 8 CEDH per tal com el text legal no deixa marge per a una resposta legal adaptada a la situació particular de la persona. En el cas concret, el Tribunal va considerar que s'havia infringit l'art. 8 CEDH perquè els drets que aquest precepte garanteix havien estat limitats més enllà d'allò que era estrictament necessari, de manera que la incapacitació total del recurrent suposava una limitació desproporcionada malgrat la legítima finalitat perseguida.

7 Per tots, vegeu GETE-ALONSO Y CALERA 1985:186 i allà més referències.

8 CASTRO Y BRAVO 1948:291; Díez-PICAZO 1979:81.

9 En especial, la STS 5.3.1947 (RJ 1947, 343) i la seva progènie: STS 25.3.1961 (RJ 1961, 1230), 7.4.1965 (RJ 1965, 2365) i 6.2.1968 (RJ 1968, 733).

10 La jurisprudència del TEDH obliga a extreure la cura a l'hora d'aplicar categories jurídiques com ara la incapacitació, que tradicionalment han estat invocades per a discriminar i excloure determinats grups de persones de la societat: «[s]uch groups were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion» (STEDH *Alajos Kiss c. Hongria* 20.8.2010 [n. 38832/06] § 42). Fruit d'aquests prejudicis és també l'aplicació de la normativa sobre incapacitat de manera estereotipada, ignorant l'avaluació

incapacitar no es pot aconseguir la protecció que es necessita.<sup>11</sup> En aquest sentit, cal recordar que una de les crítiques constants que arreu ha rebut la institució de la incapacitació, com acte jurídic que declara enfront de tothom que aquella persona té la capacitat d'obrar com a mínim limitada si no privada del tot, és que aquest recurs jurídic deixa fora persones vulnerables per la seva condició psicofísica, però el trastorn o la discapacitat de les quals no arriben (justificadament) a permetre la seva incapacitació.<sup>12</sup>

El model basat en la incapacitació de les persones s'ha tornat a posar en qüestió<sup>13</sup> arran de la signatura per l'Estat espanyol de la Convenció de les Nacions Unides sobre drets de les persones amb discapacitat<sup>14</sup> [des d'ara: CNUDPD]. Fins i tot s'ha postulat que, des de la seva entrada en vigor a Espanya, el model d'incapacitació seguida de tutela o curatela ja no es pot mantenir més i que cal urgentment una reforma en profunditat de la legislació civil i processal a fi d'ajustar-se als seus requeriments.<sup>15</sup>

El Tribunal Suprem, tanmateix, s'ha fet ressò del parer que sembla més generalitzat en la doctrina i en la pràctica professional,<sup>16</sup> i ha afirmat que el model encara vigent del CC espanyol és conforme a la CNUDPD, posat que

---

individualitzada de les capacitats i necessitats de la persona (com al cas *Choukatourov c. Rússia* 27.6.2008 [n. 44009/05]). En la mateixa línia, el vot particular concurrent del jutge Kalaydjieva a la sentència del cas *Stanev c. Bulgària* (STEDH 17.1.2012 [n. 36760/06]), critica el Tribunal per no plantejar que la incapacitació i les àmplies facultats conferides *ope legis* al curador van impedir al reclamant exercir els seus drets. Semblantment, al cas *Krušković c. Croàcia* (STEDH 21.6.2011 [n. 46185/08]) es va condemnar Croàcia perquè la incapacitació del reclamant li va impedir reconèixer el seu fill. El Tribunal d'Estrasburg va concloure que «[a] fair balance has not been struck between the public interest in protecting persons divested of their legal capacity from giving statements to the detriment of themselves or others, and the interest of the applicant in having his paternity of K. legally recognised» (§ 42).

- 11 ÀLVAREZ LATA/SEOANE RODRÍGUEZ 2010:30-33; RIVERO HERNÁNDEZ 2011:412. Vegeu també, en particular sobre la incapacitació de persones amb els primers símptomes de malalties degeneratives, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ 2006:18.
- 12 En aquest sentit, sobre el Quebec i comentant les crítiques prèvies a les reformes del CCQ de 1989, vegeu GOUBAU 2008:568. Semblantment, respecte al fonament de les reformes implantades a Itàlia l'any 2004 i en relació amb les notòries limitacions dels supòsits d'interdicció i inhabilitació previstos al CC italià, per tots, vegeu FERRANDO 2011:159-161.
- 13 Vegeu no obstant la diversitat d'opinions que reflecteix el document *Conclusiones del seminario de jueces de incapacidades (Madrid, 6 y 7 de abril de 2011)* (disponible a <http://www.poderjudicial.es>) (data de consulta: 6.8.2012).
- 14 Convenció de les Nacions Unides sobre drets de les persones amb discapacitat (Nova York, 13.12.2006; ratificada per Espanya el 23.11.2007 [BOE núm. 97, 22.4.2008] i publicada al BOE núm. 96, 21.4.2008). Vegeu-ne especialment l'art. 12 apartats 2 i 3.
- 15 Cf. INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (2009) p. 16-8 (disponible a [http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe\\_huri-age1.pdf](http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe_huri-age1.pdf)) (data de consulta: 6.8.2012). Vegeu també l'Annex I de *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2009*, aprovat pel Comitè Executiu del CERMI Estatal el 27.5.2010, i on hi ha la *Propuesta de esquema básico del CERMI para instaurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma decisiones de acuerdo con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (p. 66-70) Una breu síntesi de les propostes reformadores d'associacions de discapacitats i d'operadors jurídics vinculats amb la defensa dels seus drets a PEREÑA VICENTE 2011a:1423-1424.
- 16 FERNÁNDEZ LÓPEZ/SIMÓN RODRÍGUEZ/MAGRO SERVET 2011:98-100 i 114-116.

la normativa interna s'apliqui d'acord amb el principi de flexibilitat de les mesures de protecció.<sup>17</sup> Per això, davant la pretensió del recurs de cassació en interès de llei presentat pel Ministeri Fiscal, segons la qual

«[la] Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a «adoptar» una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar»

el Tribunal Suprem va respondre que

«[el] Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad»

[...]

«Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar tomar la medida de protección.»

No es fa qüestió, per tant, de la idoneïtat de la incapacitació per articular la resposta jurídica a la necessitat de protecció de determinades persones. Ans al contrari, es posa èmfasi en que incapacitar és una manera de protegir.<sup>18</sup>

En la pràctica judicial trobem molts exemples d'una aplicació flexible del model, en la mateixa línia que ha marcat des de fa temps la jurisprudència del Tribunal Suprem.<sup>19</sup> S'ha consolidat, per exemple, la distinció entre incapacitació *total* i incapacitació *parcial*, per subratllar que l'abast de la mesura

17 STS 29.4.2009 (RJ 2009, 2901). Se'n pot veure un comentari fonamentalment positiu a PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO 2010:335-348. Marcant més distàncies, ÁLVAREZ LATA/SEOANE RODRÍGUEZ 2010:46-7 i especialment CUENCA GÓMEZ 2010:20-1.

18 El FJ 7 de la STS 29.4.2009 (RJ 2009, 2901) conclou que «el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y ... la incapacitación es sólo una forma de protección». En aquesta mateixa línia, reflectint l'experiència pràctica, cf. ELÓSEGUI SOTOS 2011:257. En la doctrina, per tots, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ 2008:72-3. Més aviat al contrari, segurament amb exageració, la STS 31.12.1991 (RJ 1991, 9483) va correlacionar incapacitació amb «muerte jurídico-civil». I la STC 174/2002, de 9 d'octubre, citada per la STS 29.4.2009, va posar èmfasi en que «toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad». Després de la STS 29.4.2009, el Tribunal Suprem ha mantingut aquesta línia en STS 11.10.2012, de la qual s'ha dit críticament que, com l'anterior, «mantiene una línea jurisprudencial que podría calificarse de tradicional y nada evolutiva, sin que venga a suponer un avance en la directriz que marca, en el momento actual, la configuración jurídica de la persona discapacitada» (VARELA AUTRÁN 2013:1-2).

19 STS 10.2.1986 (RJ 1986, 520), 31.12.1991 (RJ 1991, 9483), 16.9.1999 (RJ 1999, 6938) i 16.3.2001 (RJ 2001, 6635).

no té per què ser el mateix per tothom.<sup>20</sup> Noteu que aquesta distinció no la fa servir la llei i en particular és absent dels arts. 199 i 200 CC.<sup>21</sup> I s'ha afavorit també l'establiment de la curatela com a règim de protecció, amb el benentès que el seu contingut pot abraçar tant l'esfera personal com la patrimonial,<sup>22</sup> i incloure, a favor del curador, facultats d'administració del patrimoni de la persona posada en curatela.<sup>23</sup> En la mateixa línia, la Fiscalia General de l'Estat ha anat virant cap a una concepció més oberta i flexible dels instruments de protecció, patrocinant la curatela com a règim per defecte, en estimar-lo més conforme amb els principis de flexibilitat i mínima intervenció.<sup>24</sup>

Un altre tret que també caracteritza la pràctica judicial en aquesta matèria és que la incapacitació s'aplica a situacions en què hom reconeix, explícita o

- 
- 20 Entre moltes, darrerament, per a un cas de curatela d'un jove amb la síndrome de Down, vegeu SAP Barcelona, Secc. 18<sup>a</sup>, 22.2.2012 (JUR 2012, 141090). També SAP Girona, Secció 2<sup>a</sup>, 3.3.2000 (AC 2000, 4981) (curatela per a persona en fase inicial de la malaltia d'Alzheimer).
- 21 El dret català s'ha referit a la «incapacitat *relativa*». Vegeu arts. 242.1 i 2, 245 i 247 CF i ara arts. 233-4.3 i 224-1 c) CCCat.
- 22 STS 31.12.1991 (RJ 1991, 9483): «[e]l curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, *los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial*, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el art. 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil» (èmfasi afegit). Vegeu SAP Barcelona, Secc. 18<sup>a</sup>, 10.11.2005 i Girona, Secc. 1<sup>a</sup>, 28.3.2011 (JUR 2011, 201302) (curatela per «incapacidad parcial tanto en el ámbito personal como en el patrimonial»).
- 23 Entre d'altres, SAP Barcelona, Secció 18<sup>a</sup>, 7.5.2008 (JUR 2008, 205564) i 3.7.2012 (JUR 2012, 293583): «curatela... que completará la capacidad del Sr. Eloy en sus asuntos económicos, y en especial en lo referido a los actos de administración y disposición de su patrimonio». Anticipant aquesta interpretació ja GETE-ALONSO 1985:244-5. Vegeu ARROYO I AMAYUELAS 2003:993 (que conclou que, malgrat els obstacles teòrics, a la pràctica es nomena curador per fer funcions de «mandatari»). Tampoc no és infreqüent, tanmateix, ordenar «tutela solo para actos de disposición patrimonial» (que la SAP Barcelona, Secció 18<sup>a</sup>, 7.10.2010 [JUR 2010, 384553] transforma en curatela, a petició del presumpte incapaç). Vegeu la STS 26.7.1999 (RJ 1999, 7845), que rebutja la fórmula «incapacidad parcial para las actividades que superen las suyas habituales» i ordena la constitució d'una tutela, «[p]ues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado», si bé «la extensión de la incapacidad en el orden patrimonial no debe extenderse más de lo necesario en atención a la enfermedad del recurrente, no abarcando por ello a actos de administración ordinaria». En una línia semblant, en relació amb una jove ex-tutelada per la DGAI A i per a la qual s'admet que «no procede declarar una situación de incapacidad total», la SAP Barcelona, Secció 18<sup>a</sup>, 8.1.2009 (AC 2009, 545) va concloure tanmateix que «[l]a joven necesita de apoyo y auxilio para muchos de sus actos pero especialmente para aprender a gestionar su propia vida y que esa ayuda le será mejor prestada con el nombramiento no de un curador, sino de un tutor que complete su falta de capacidad para los actos de disposición o gestión administrativa compleja, es decir en todos aquellos actos en que... se precisa por el tutor autorización judicial y también que tutele a Estefanía en el control y seguimiento de tratamientos médicos o terapéuticos que sean necesarios». En canvi, la STS 17.7.2012 (RJ 2012, 8362) ordena una «tutela parcial», «limitada exclusivamente a la disposición y manejo del patrimonio».
- 24 Cf. § 3 de la Instrucció 3/2010, de 29 de novembre, de la Fiscalia General de l'Estat, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas* (disponible a <http://www.fiscal.es>).

implícitament, que la persona incapacitada no pateix cap mena de malaltia o trastorn que en comprometi greument la seva capacitat natural.<sup>25</sup> En aquesta mena de casos, per tant, la incapacitació és sobretot un instrument per establir, amb l'aquiescència o no de la persona afectada, mesures de protecció personal i/o patrimonial englobades sota la denominació «tutela» o «curatela», a favor de persones amb gravíssimes discapacitats físiques<sup>26</sup> o amb dificultats per poder tenir cura dels seus interessos associades a trastorns o discapacitats psíquiques lleus.<sup>27</sup> No és infreqüent, tanmateix, que els criteris variïn notablement d'un jutjat a un altre, d'una Audiència provincial a una altra, i fins i tot entre les seccions d'una mateixa Audiència. Ignorant els principis informadors de la reforma del Codi Civil de 1983, encara hi ha força decisions judicials que es limiten a imposar fórmules estereotipades on es diu, per exemple, que una persona amb la síndrome de Down o afectada per un retard mental lleu és *totalment incapaç a tots els efectes legals*, i en les quals es passa a constituir un règim de tutela en què es confereix al tutor la representació legal per al conjunt d'actes no personalíssims de l'incapacitat.<sup>28</sup> En altres mots: per comoditat, per seguretat o per simple rutina, la incapacitació s'equipara massa sovint amb la falta absoluta de capacitat de la persona a protegir.<sup>29</sup> La persona incapacitada esdevé legalment incapaç tret que es digui una altra cosa i hom acostuma a optar per una tutela amb un abast molt poc individualitzat,<sup>30</sup> remetent en bloc a la normativa legal supletòria o emprant fórmules àmplies o globals, en les que realment no queda cap espai per a l'autonomia de la persona incapacitada.

- 
- 25 STS 14.7.2004 (RJ 2004, 5204): «[N]o obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, su afasia le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior; el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes».
- 26 SAP Barcelona, Secció 18ª, 12.12.2006 (JUR 2007, 194068) («trastornos físicos muy importantes como de movilidad y visuales») i 15.5.2008 (JUR 2008, 267270) (paràlisi cerebral congènita). Vegeu SAP Barcelona, Secció 18ª, 14.5.2008 (JUR 2008, 205170), on s'estableix tutela *personal* pel fill i administració patrimonial per un dels germans, per a una dona «[cuyas] facultades intelectivas y volitivas no están afectadas especialmente, ... pero sí sus facultades físicas que la hacen depender totalmente de terceras personas». Vegeu amb anterioritat SAP Barcelona, Secció 18ª, 21.7.2004.
- 27 STS 20.11.2002 (RJ 2002, 10266): Curatela basada en les alteracions cognitives resultants d'infart, que impossibiliten la persona de seguir dirigint personalment un important grup hospitalari privat (confirma la SAP Illes Balears, Secció 3ª, 15.7.1999 [AC 1999, 7887]). Vegeu també, darrerament, SAP Barcelona, Secció 18ª, 14.2.2012 (JUR 2012, 140624) (trastorn depressiu crònic) o 1.12.2012 (JUR 2012, 93810) («retraso psicomotor leve»).
- 28 Molt il·lustrativa és, en aquest sentit, la SAP Gipuzkoa 11.2.2011 (LA LEY 2727/2011), en la qual l'Audiència ha de revocar la incapacitació total i el nomenament com a «defensor judicial» (!?) del seu pare, ordenats per un jutjat d'Irún respecte un jove amb la síndrome de Down, amb feina, integrat socialment i amb una xarxa de suport familiar que el recolzava i feia possible desenvolupar la seva vida plenament, malgrat la discapacitat que sofria. Un solució equivalent es pot llegir a la SAP Barcelona, Secció 18ª, 22.2.2012 (JUR 2012, 141090) i abans a la de 28.9.2001.
- 29 Vegeu el supòsit de fet d'incapacitat *total* imposada en apel·lació i finalment revocada per la STS 15.10.2001 (RJ 2001, 8801), si bé expressament per raons processals vinculades amb l'omissió de l'examen personal del presumpte incapaç.
- 30 AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ 2006:36, i allà més referències.

El desajustament d'aquesta mena de resolucions a la variabilitat de les circumstàncies en què es poden trobar les persones afectades per algun tret que les fa especialment vulnerables és evident. Com també ho és que aquest recurs és del tot inadequat per a aquelles persones que ni tan sols es troben, estrictament parlant, en el marc de l'art. 200 CC, però que requereixen protecció i per això elles mateixes o, més freqüentment, els seus familiars, promouen la seva incapacitació.

Finalment, també es pot parlar d'un «abús de la incapacitació» quan el procediment s'endega exclusivament amb la finalitat de poder accedir a una autorització judicial per a fer disposició de béns de la persona incapacitada, a vegades en interès dels familiars i no necessàriament de la pròpia persona incapacitada. O més en general per poder tenir accés a una prestació econòmica o a un recurs residencial.<sup>31</sup> Entre els professionals implicats en processos d'incapacitació, es recullen els següents testimonis: «en el model social actual, hi ha persones amb alguna patologia psiquiàtrica que han estat incapacitades per poder així garantir-los un sostre, més que no pas per la disminució sostinguda dels seus dèficits», o també que «la incapacitació sovint s'aplica per transferir la responsabilitat teòrica a algú que [per això] pressiona per aconseguir una plaça de llarga estada, que garanteixi el control continuat de la persona incapacitada».<sup>32</sup>

## 2. MODELS DE DRET COMPARAT EUROPEU

Malgrat la conformitat dels tribunals a l'ús expansiu de la incapacitació i la flexibilitat aplicada per un bon nombre de resolucions a l'hora d'establir el «règim de tutela o guarda» a què fa referència l'art. 760 LEC, el legislador estatal també sembla convençut de la necessitat de modificar el marc legal vigent. De fet, en dues ocasions s'ha anunciat un projecte de llei per adaptar els processos d'incapacitació a la CNUDPD, si bé en tots dos casos els terminis previstos s'han incomplert.<sup>33</sup> A més, les diferències terminològiques presents en cada una són testimoni de les discrepàncies de fons sobre l'abast de la

31 Vegeu la realitat que es descriu al document de treball de l'ICASS *Protocol per a l'aplicació de criteris de cribatge abans d'iniciar un procés d'incapacitació* (Octubre 2008) (disponible a [http://www20.gencat.cat/docs/dasc/01Departament/08Publicacions/Coleccions/Eines/Num\\_1/Eines1.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/dasc/01Departament/08Publicacions/Coleccions/Eines/Num_1/Eines1.pdf)) (data de consulta: 06.08.2012).

32 *Protocol per a l'aplicació de criteris de cribatge abans d'iniciar un procés d'incapacitació*, p. 13-14.

33 La DF 1ª Llei 1/2009, de 25 de març, va establir un termini de 6 mesos perquè el Govern presentés a les Corts «un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar». El termini acabava el 26.12.2009. Posteriorment, la Llei 26/2011, d'1 d'agost, tot i venir titulada «de adaptació normativa a la Convenció Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad» no incloïa cap referència a la modificació dels processos d'incapacitació i es limitava a concedir un nou termini perquè el Govern presentés un projecte de llei relatiu ara «al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida» (DA 7ª Llei 26/2011). Aquesta mateixa disposició assenyalava que «dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen». El nou termini va finalitzar el 2.8.2012.

reforma i és probable que hagin complicat la tramitació del projecte abans del final de la passada legislatura.

En la legislatura actual, el Grup Parlamentari Popular al Congrés ha presentat una proposició no de llei, on insta el Govern a remetre un projecte de llei

«[p]ara dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen».<sup>34</sup>

Hores d'ara és incert, doncs, quin pot ser l'abast de la reforma. És probable que sigui força limitada, si es parteix de la base que el règim actual ja respecta, com ha sostingut el Tribunal Suprem, els principis fonamentals en aquesta matèria. Però també poden introduir-se canvis més profunds, com apunta la terminologia i l'enfocament adoptat per la DA 2<sup>a</sup> Llei 26/2011. En tot cas, una breu panoràmica de dret comparat europeu pot permetre posar de relleu la diversitat d'enfocaments existent, i de la que es poden extreure idees i criteris per poder anticipar per on poden anar les futures reformes del marc legal espanyol i sobretot per avaluar quin és l'abast de l'assistència, tal i com s'ha introduït al nostre dret, i fins quin punt aquesta nova institució de protecció té o no algun potencial que resulti convenient d'explorar.

### 1.1. Sistemes basats en el manteniment de la incapacitació i en la introducció de mesures de protecció que no es basen en la prèvia incapacitació

Una possibilitat assajada en algun ordenament es basa en mantenir en vigor el règim d'incapacitació i el règim tutelar i el de complementació de la capacitat limitada, i alhora introduir nous mitjans de protecció que s'aplicarien amb independència de la incapacitació. Aquesta opció fou l'adoptada pel dret italià mitjançant la Llei núm. 6/2004, de 9 de gener, que va modificar el títol XII del Llibre I del *Codice civile* [des d'ara *c.c.*].<sup>35</sup> La principal novetat d'aquesta

34 Proposició no de llei 162/000348. BOCG, Congrés, Sèrie D, núm. 119, 29.6.2012, p. 6-7. Noteu que els seus termes reproduïxen al peu de la lletra els de la DA 2<sup>a</sup> Llei 16/2011. Aquesta proposició no de llei ha estat aprovada pel Ple del Congrés, amb l'únic afegit, fruit de la transacció d'una esmena del Grup Parlamentari català (CiU), que «[e]n su elaboración se respetará el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas que lo desarrollen en la medida que dicho desarrollo resulte acorde con la citada Convención» (BOCG, Congrés, Sèrie D, núm. 197, 19.12.2012, p. 17). No hi va haver acord per imposar un (nou) termini de tres mesos al govern, com proposava el Grup Parlamentari socialista.

35 *G.U.* núm. 14, 19.1.2004. Aquesta llei reforma tot el Títol XII del Llibre I del *c.c.* per incloure-hi un capítol específic sobre «Mesures de protecció de les persones privades en tot o en part d'autonomia» (on abans hi deia «Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione» (art. 2).



lleï fou la introducció, a l'art. 404 *c.c.*, al costat de la tutela i de la curatela (art. 424 *c.c.*), de l'*amministrazione di sostegno* [des d'ara: AdS].

L'AdS sorgeix com una resposta a la crítica doctrinal segons la qual la interdicció o la inhabilitació només s'ocupava de les persones afectades per malalties molt greus i que, per tant, les situacions de menor gravetat havien de quedar o bé subjectes a un règim que resultava clarament desproporcionat o bé desproveïdes de qualsevol règim de protecció. Ara l'art. 1 de la Llei 6/2004 proclama que

[A]questa lleï té la finalitat de protegir, amb la menor limitació possible de la capacitat d'obrar, les persones privades en tot o en part d'autonomia en el desplegament de les funcions de la vida diària, mitjançant intervencions de suport temporal o permanent.

Com ha explicat Gilda FERRANDO, el mot «autonomia» no s'utilitza com a sinònim d'autodeterminació, sinó amb el significat propi del llenguatge comú, com a independència i capacitat per a tenir cura de les pròpies necessitats.<sup>36</sup> Per això l'abast que hom vol donar a la norma del art. 404 *c.c.* és molt ampli i comprèn no només malalties mentals greus, sinó tota mena de trastorns mentals, disminucions psíquiques, i, en general, «las múltiples formas de labilidad psíquica que determinan la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de velar por los propios intereses».<sup>37</sup>

La particularitat d'aquest model és que no comporta involucrar la persona en un procés d'incapacitació, ni qüestiona, d'entrada, la seva capacitat d'obrar, ja que la conserva íntegrament tret d'allò que s'atribueixi en exclusiva a l'administrador o per allò en què l'administrador necessàriament l'ha d'assistir. Malgrat que la situació d'impossibilitat de la persona de gestionar per sí sola els seus interessos constitueix el fonament d'aplicació de la mesura (cf. Art. 404 *c.c.*), no hi ha un judici sobre la capacitat de la persona, ni el procediment té per objecte ni conclou amb una declaració genèrica d'incapacitat.<sup>38</sup> A més, la Llei 6/2004 també va modificar la norma referida al deure del jutge d'incapacitar (és a dir d'aplicar la interdicció o la inhabilitació, segons la gravetat del seu estat) les persones que per malaltia mental són incapaces de proveir als seus propis interessos, deixant-ho en una *possibilitat* (cf. arts. 414 i 415 *c. c.*). Per contra, el nou art. 406 III *c.c.* sí imposa als responsables dels serveis sanitaris i socials directament involucrats en la cura d'una persona el deure d'informar sobre si la situació d'aquesta podria menar a constituir l'AdS.

Els apartats 3) i 4) de l'art. 405 V *c.c.* preveuen, respectivament, que l'administrador s'encarregui de determinats actes en nom i per compte del beneficiari, i que aquest darrer només pugui fer determinats actes amb l'assistència de l'administrador. La idea de fons de l'AdS es basa en dos

<sup>36</sup> FERRANDO 2011:154.

<sup>37</sup> FERRANDO 2011:163.

<sup>38</sup> Per això, davant el silenci de la lleï es considera que el sol·licitant de la mesura no necessàriament haurà de venir representat per un advocat. Ara bé: si la designació d'administrador comporta com a conseqüència la limitació de la capacitat d'obrar, això repercuteix sobre els drets fonamentals del beneficiari i escau defensa tècnica (Cass. núm. 25.366, 29.11.2006, *Fam. dir.* 2007, 19: LENTI 2011:500).

principis: flexibilitat i proporcionalitat, de manera que el legislador no fixa una llista de funcions «preprogramades» que entren en defecte de pronunciament concret, ni prefigura un règim per tipus d'actes o un sistema semblant.<sup>39</sup> Contràriament, deixa al jutge que estabueixi mesures concretes que s'adaptin a les circumstàncies del beneficiari. A la pràctica, s'han atribuït a l'administrador facultats tant en relació amb la persona del beneficiari com en relació amb els seus béns.<sup>40</sup>

Segons l'art. 409 *c.c.*, el beneficiari conserva la capacitat d'obrar per a tots els actes que no requereixin la representació exclusiva o l'assistència de l'administrador. Amb això es vol subratllar que, a diferència de la presumpció d'incapacitat pròpia de la interdicció i de la inhabilitació, l'AdS es basa en el principi de mínima intervenció.<sup>41</sup> A més, el precepte rebla el clau tot dient que, sigui quina sigui l'extensió de l'AdS en un cas concret, el beneficiari pot dur a terme en tot cas els actes necessaris per a satisfer les exigències de la seva vida quotidiana (cf. art. 409 II *c.c.*).

Segons l'art. 412 II *c.c.*, els actes que dugui a terme el beneficiari violant les disposicions legals o les contingudes a la resolució instituint l'AdS són anul·lables, a instància de l'administrador, del beneficiari o dels causahavents d'aquest, en el termini màxim de 5 anys des que s'estingeix l'AdS. No s'exigeix ni perjudici per al beneficiari, ni mala fe de la contrapart contractual, si és el cas.

Tres problemes principals es poden destacar en l'aplicació d'aquest model.

El primer és si es pot imposar l'AdS a una persona que es negui a la seva constitució, atès que segons el *c.c.* poden posar en marxa el procediment adreçat a nomenar un AdS, el beneficiari de la mesura, però també el seu cònjuge o persona amb qui conviu en parella estable, els parents fins el quart grau, els afins fins el segon grau o el Ministeri Públic (cf. art. 417 *c.c.*). Alguna sentència ha posat l'èmfasi en que, contra la voluntat de la persona, no pot tenir lloc el nomenament d'AdS, entre altres coses perquè el procediment és de jurisdicció voluntària i davant la negativa del possible beneficiari cal donar pas, si s'escau, a la interdicció o a la inhabilitació.<sup>42</sup> D'altres, en canvi, han autoritzat

39 Ho subratllen també ÁLVAREZ LATA/SEOANE RODRÍGUEZ 2010:50.

40 L'abast de l'AdS pot ser amplíssim ja que en casos greus o molt greus l'art. 411 IV *c.c.* permet estendre a l'AdS efectes, limitacions o privacions de capacitat aplicables al cas d'interdicció o inhabilitació. Existeix, tanmateix, molta controvèrsia sobre el possible abast *personal* de l'AdS. Cf. FERRANDO 2011:185 (molt crítica amb l'estat de la legislació en aquest punt).

41 Per aquest motiu, les normes aplicables en funció de la incapacitat de la persona no s'apliquen, en principi, a la persona per a qui s'ha constituït una AdS. Cf. FERRANDO 2011:165.

42 «[S]ulla scorta di tale principio che permea tutto l'istituto dell'amministrazione di sostegno, se il beneficiario manifesta aperta contrarietà alle limitazioni di capacità previste o da prevedersi nel decreto, al giudice resteranno soltanto due alternative: egli semplicemente non disporrà la limitazione contestata (o la revocherà) oppure, laddove sussista un'esigenza di protezione correlata all'incapacità del soggetto di percepire tale esigenza, provvederà ad informare il P.M. affinché instauri il procedimento contenzioso di interdizione o di inabilitazione. Ove non sussistano neppure i presupposti per l'interdizione o per l'inabilitazione (consistenti nell'esistenza di una vera e propria patologia nosograficamente determinata con caratteri di permanenza e stabilità), nessun provvedimento limitativo della capacità legale di agire sarà adottabile». Tribunal de Pinerolo, 8.3.2006; disponible a <http://www.personaedanno.it>, amb comentaris molt crítics de Paolo Cendon (data de consulta: 08.08.2012).

la mesura tot subratllant el seu caràcter *públic* i no exclusivament privat, i adduint la idea d'*autorresponsabilitat individual* de la pròpia persona.<sup>43</sup> La *Corte costituzionale* en sentència núm. 4, de 19 de gener de 2007<sup>44</sup> va confirmar implícitament aquest enfocament tot dient que, per arribar a constituir l'AdS, no és precís ni el consentiment del potencial beneficiari, ni l'acreditació que aquest no té la capacitat natural per a formar-se una voluntat lliure i que, per tant, s'ha de tenir en compte la seva opinió però que aquesta no té un efecte obstatiu si la situació de la persona justifica la protecció.<sup>45</sup>

El segon punt, parcialment relacionat amb l'anterior, es refereix a fins quin punt les persones discapacitades *físiques* poden sol·licitar aquesta mesura o bé és necessari aplicar una reducció teleològica de la norma, que exclougui aquest efecte en aquest cas.<sup>46</sup> La doctrina està dividida al respecte, si bé sembla prevalent la tesi que admet la possibilitat tant d'una AdS que comporti la limitació de capacitat com una de «no incapacitant», que tindria el mateix costat positiu per al beneficiari que l'altra: permetre anticipar la protecció si ulteriorment pateix una pèrdua de capacitat natural i subjectar l'administració al control judicial i del Ministeri Fiscal, absent en els mandats ordinaris.<sup>47</sup> El fet que l'art. 409 I *c.c.* esmenti la «representació *exclusiva*» de l'administrador és l'argument *a contrario* per sostenir que la flexibilitat de l'AdS ha de permetre incloure una modalitat on el beneficiari conservi la capacitat per a seguir duent a terme actes inclosos en l'àmbit d'actuació de l'administrador.<sup>48</sup>

Per últim, noteu que el pressupòsit *subjectiu* de l'AdS inclou casos que també es podrien incloure en la interdicció o inhabilitació. Hom s'ha plantejat, per això, si per optar per l'AdS cal partir d'una capacitat natural residual en el beneficiari o bé l'AdS abraça tots els casos en què s'estava aplicant la interdicció o la inhabilitació. Una part dels òrgans jurisdiccionals encara fan seva la primera premissa, amb l'argument que la regulació de l'AdS insisteix en la participació activa que cal reconèixer al beneficiari en instaurar la mesura i també durant la seva vigència (cf. art. 409 I i II *c.c.*). La majoria dels tribunals, no obstant, sembla que s'ha decantat per aplicar l'AdS fins i tot quan es donen els pressupòsits de la interdicció (és a dir, en presència d'una malaltia mental habitual, total, greu i

43 En aquests termes s'expressa el decret del Tribunal de Mòdena de 25.9.2006 (*Giur. merito* 2007, 950; citat i resumit a MASONI 2009:603), que imposa una AdS contra la seva voluntat a una dona adinerada, divorciada i amb una filla que per ordre administrativa es troba sota la guarda d'una tia. La dona menava una vida desordenada malgastant la fortuna que havia heretat dels seus pares. D'altra banda, un decret del Tribunal de Gènova, 9.8.2007 estableix l'AdS per a una anciana que vivia en un habitatge tota sola rodejada de porqueria, anticipant una sèrie de mesures per al cas que manifesti la seva oposició. Es pot consultar a <http://www.personaedanno.it> (data de consulta: 08.08.2012).

44 *Dir. fam. per.* 2008, 6 (= *Giurisprudenza costituzionale* 2007, 13).

45 MASONI 2009:604-9 es manifesta en aquesta línia, adduint fins i tot el *deure* de les autoritats d'instar l'AdS doncs altrament podrien incórrer en responsabilitat.

46 Sobre això FERRANDO 2011:173-176

47 Tribunal de Pinerolo 4.11.2004 (NGCC 2005, I 1). En aquest sentit, FERRANDO 2011:174.

48 MASONI 2009:623 resumeix el tràmit parlamentari, d'on també es desprèn que l'AdS no incapacitant és possible per tal de donar protecció a potencials beneficiaris no afectats per una malaltia mental.

permanent).<sup>49</sup> L'argumentació es basaria en la idea que la interdicció només s'ha d'imposar quan sense ella no es pugui garantir una protecció adequada d'aquella persona o, dit d'una altra manera, quan l'AdS sigui «inidònia per a realitzar la plena tutela del beneficiari» (que és el que literalment diu l'art. 413 c.c. per posar fi a l'AdS i donar pas a la interdicció o la inhabilitació). Aquest criteri de compatibilitat es va expressar per la *Corte costituzionale* en sentència núm. 440, de 9 de desembre de 2005.<sup>50</sup> Més tard, la *Corte di cassazione* en sentència núm. 13.584, de 12 de juny de 2006,<sup>51</sup> es va pronunciar sobre els criteris que han de presidir la línia de demarcació entre ambdues figures, tot dient que la mesura no seria la gravetat de la situació personal del beneficiari, sinó una perspectiva *funcional*: no seria suficient l'AdS si només mitjançant la incapacitació es pogués garantir la protecció plena i evitar riscos per a la persona o per als béns. Seguint aquest plantejament, l'AdS esdevé a la pràctica institució preferent i la interdicció un instrument *residual*, limitada a aquells (pocs) casos en què sigui necessària la total privació de capacitat de la persona protegida perquè la seva situació personal implica un risc molt elevat de dur a terme actes que el poden perjudicar<sup>52</sup> o bé perquè el capital o el patrimoni que cal gestionar té tal entitat que obliga a pensar en una actuació subjecta a més control.<sup>53</sup>

Més recentment, en sentència núm. 22.332, de 26 de novembre de 2011,<sup>54</sup> la *Corte di cassazione* ha revocat una sentència que imposava la interdicció d'una persona amb la síndrome de Down en estadi greu i amb dificultats per comunicar-se, i ha ordenat el nomenament d'un administrador tot repetint que l'oportunitat de constituir l'AdS no depèn de la gravetat de l'estat del beneficiari i que el principi de mínima intervenció requereix que la interdicció quedi únicament com una possibilitat del tot excepcional.<sup>55</sup>

## 1.2. Sistemes basats en la derogació de la incapacitació i en l'aplicació d'instruments de protecció que no es basen en la prèvia incapacitació

Molts altres ordenaments han optat, des de fa molt temps, per fer desaparèixer del sistema legal el concepte d'incapacitació com a centre

49 Per la seva transcendència, cal citar el decret del Tribunal de Varese, 5.3.2012, ja que canviant el criteri favorable a la interdicció seguit fins el moment, constitueix l'AdS en favor d'una persona en coma. Es pot consultar a <http://www.personaedanno.it> (data de consulta: 08.08.2012).

50 *Giur. cost.* 2006, 773.

51 *Dir. fam. per.* 2006, 1671.

52 LENTI 2011:510-1.

53 Posteriorment, segueix el mateix criteri la sentència núm. 9628, de 22 d'abril de 2009.

54 *Dir. fam. pers.* 2012, 215.

55 La doctrina majoritària és crítica amb l'enfocament adoptat tant per la *Corte costituzionale* com per la *Corte di cassazione*, per tal com sostenen que l'AdS introduïda al c.c. pot ser tan personalitzada i àmplia com resulti necessari. D'aquí que es promogui sense embuts la necessitat de la derogació de la interdicció i de la inhabilitació, i la seva substitució *in totum* per l'AdS. Cf. MASONI 2009:562-565, i allà mes referències. Ja hi ha hagut dues proposicions de llei amb aquesta finalitat: la num. 2972, de 30.6.2007, sobre *disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione*, i la núm. 510, de 29.4.2008, amb el mateix títol que l'altra i anomenada proposta Napoli.

de gravetat de l'adopció de mesures jurídiques adreçades a la protecció de les persones vulnerables. Hi ha, tanmateix, dues aproximacions força contrastades: una, omet la referència a la incapacitació i a la incapacitat de la persona, i se centra en la seva protecció, però manté com a efecte de la instauració de la mesura de protecció la possibilitat de restringir la capacitat d'obrar de la persona a protegir [*infra* § a]; l'altra perspectiva, en canvi, posa èmfasi en la protecció de la persona i instaura mitjans per actuar en el seu nom i interès, però sense que això suposi necessàriament alterar la seva capacitat d'obrar, ni tampoc prejutjar si la persona té o no capacitat per realitzar els actes jurídics que pretén dur a terme [*infra* § b].

### a) Model basat en règims tutelars o d'assistència, sense prèvia incapacitació

El primer model té com a exemple el dret francès, darrerament actualitzat en la línia d'enfortir les reformes ja realitzades a finals dels anys 60 del segle passat.<sup>56</sup>

El punt de partida d'aquest model no és una declaració d'incapacitació sinó directament la presa en consideració de la situació de la persona per a instaurar, en el seu interès, un règim de protecció.<sup>57</sup> Així, conforme a l'art. 425 *Code civil*, les mesures de protecció s'instauen quan una persona es troba en la impossibilitat de tenir cura tota sola dels seus interessos. Però és important subratllar que les condicions *subjectives* per donar pas a l'establiment de mesures de protecció es basen, estrictament, en l'alteració, constatada mèdicament,<sup>58</sup> bé de les facultats *mentals* o bé de les facultats *corporals*, en aquest darrer cas només si això impedeix l'expressió de la voluntat de la persona.

Complint aquests requisits, les mesures de protecció poden abraçar tant la persona com els seus interessos patrimonials, o només un d'aquests àmbits (art. 425 II *Code civil*). La reforma de 2007 va voler subratllar, tanmateix, la importància dels principis informadors en aquesta matèria. Per això, l'art. 428 *Code civil* diu, de conformitat amb el principi de subsidiarietat, que la mesura de protecció només està justificada en cas que sigui necessària perquè els interessos de la persona no es poden atendre adequadament amb una representació voluntària, mitjançant el règim matrimonial primari o el règim econòmic matrimonial corresponent, si la persona esta casada, o a través de qualsevol altra mesura menys restrictiva. Tampoc no cal instaurar la mesura de protecció si la persona a protegir va atorgar un «mandat de protecció futura» (art. 477 I i II *Code civil*).

56 Llei núm. 2007-308 de 5 de març de 2007, portant *réforme de la protection juridique des majeurs* (*JORF* núm. 56, 7.3.2007), en vigor des d'1.1.2009. Amb anterioritat, la gran reforma del dret francès de les incapacitats va tenir lloc mitjançant la Llei núm. 68-5 de 3 de gener de 1968.

57 Així, l'art. 415 I *Code civil* obre el títol dient, simplement, que «les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre».

58 L'alteració s'ha de constatar mèdicament amb un certificat emès per un metge especialista de la llista oficial aprovada pel *procureur de la République* (cf. arts. 431 i 481 *Code civil*). No és, en canvi, preceptiu per a la *sauvegarde en justice*, que pot venir avalada pel certificat emès pel forense o pel metge de l'establiment de salut on es troba la persona afectada.

En cas de concloure que, efectivament, la mesura és indispensable, aquesta ha de ser, en tot cas, «proporcionada i individualitzada en funció del grau d'alteració de les facultats personals de l'interessat» (art. 428 II *Code civil*).

L'autoritat judicial és l'encarregada de determinar què li convé més a aquella persona tot seguint el criteri general que distingeix la tutela de la curatela.<sup>59</sup> Mentre que la primera és preceptiva quan la persona té la necessitat de ser *representada* d'una manera continuada en els actes de la vida civil (art. 440 III *Code civil*),<sup>60</sup> la curatela es concep legalment com l'instrument adient per a aquella persona que, tot i que pot actuar tota sola, requereix, per qualsevol de les causes esmentades a l'art. 425, «d'ésser *assistida o controlada* de manera continua en els actes mes importants de la vida civil».<sup>61</sup>

Val a dir, tanmateix, que la reforma de 2007 ha incrementat la flexibilitat del model ja que ha deixat clar que, malgrat la constitució de la tutela, el jutge pot afegir actes que la persona protegida podrà fer tota sola o actes que podrà fer amb l'assistència del tutor (cf. art. 473 II *Code civil*). En la mateixa línia, però en sentit invers, hom preveu també la possibilitat d'atribuir més facultats al curador (en la fórmula de *curatelle renforcée*). En particular, l'art. 472 I *Code civil* disposa en aquest cas que el curador pot retirar efectiu de la persona protegida d'un compte d'aquesta on cobri les seves prestacions o ingressos periòdics, i efectuar pagaments de les despeses en què aquella incorri, tot dipositant l'excedent en un altre compte de la persona o lliurant-li directament. Aquesta mena de curatela està subjecta a les disposicions que regulen els deures del tutor de fer inventari dels béns de la persona posada en tutela i de retre comptes de les seves gestions (art. 472 III *Code civil*).

Juntament amb la tutela i la curatela, el dret francès coneix una fórmula addicional de protecció que s'anomena *sauvegarde en justice* (art. 433 *Code civil*). Segons l'art. 433 *Code civil* es pot posar en aquest règim la persona a qui, per alguna de les causes esmentades per l'art. 425, «li cal una *protecció jurídica* temporal o d'ésser representada per a la realització de certs actes concrets». Aquest instrument es caracteritza perquè té una durada necessàriament limitada en el temps (1 any renovable 1 any més) i està concebut bé per a dotar de protecció la persona mentre s'estudia la possibilitat d'instaurar un règim de tutela o curatela o quan cal cobrir les seves necessitats mentre es troba temporalment impossibilitada de gestionar els seus afers (per exemple, per trobar-se hospitalitzada o ingressada). La mesura cessa quan ho fa la necessitat que la va justificar (art. 439 *Code civil*) i així ho estableix la resolució judicial o administrativa que correspongui. En tot cas, finalitza quan es conclouen els actes per als quals es va ordenar, arriba el termini legal màxim anteriorment indicat o s'acaba instaurant un règim permanent de tutela o curatela.

Com a regla general, la *sauvegarde en justice* no implica, a diferència de la curatela o de la tutela, restricció de la capacitat d'obrar de la persona.

59 Segons l'art. 440 IV *Code civil*, a mes, «la tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante».

60 Vegeu també art. 473 I *Code civil*.

61 Art. 440 I *Code civil*: «La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle».

Així ho diu, expressament, l'art. 435 I *Code civil*. Tot i així, aquest mateix precepte disposa que els actes jurídics i els compromisos assumits mentre estigui vigent la mesura «poden ésser rescindits per simple lesió o reduïts en cas d'excés», a instància del beneficiari o dels seus hereus.<sup>62</sup> No es quantifica, tanmateix, l'abast de la lesió que permet rescindir, i el caràcter excessiu de l'acte fa referència a la realització d'una despesa inútil o desproporcionada tenint en compte els recursos i les necessitats de la persona protegida.<sup>63</sup> La norma remet aleshores a un judici d'oportunitat de la rescissió del contracte o de la reducció del preu, en què l'autoritat judicial ha de tenir en compte «la utilitat o inutilitat de l'operació, la importància o consistència del patrimoni de la persona protegida i la bona o mala fe de la persona amb qui va contractar» (art. 435 I *in fine*).<sup>64</sup> Si la mesura de *sauvegarde en justice* inclou el nomenament d'un «mandatari especial» (art. 437 *Code civil*),<sup>65</sup> en canvi, aleshores queda descartada l'actuació de la persona protegida en l'àmbit assignat al mandatari especial, i els possibles actes concurrents que puguin dur a terme la persona protegida són nuls (art. 437 I *in fine Code civil*).<sup>66</sup> La doctrina subratlla que l'interès del nomenament d'aquest mandatari especial rau en que evita la pràctica anterior de constituir sistemàticament una tutela o una curatela quan calia dur a terme un acte concret de disposició, alhora que salva el risc d'anul·lació que existia quan l'acte el conclouia tota sola la persona protegida.

Com ja he apuntat i a diferència del dret previgent a l'entrada en vigor de la reforma de l'any 2007, els règims de protecció de majors d'edat se centren actualment en els casos on la necessitat de protecció deriva de la malaltia o discapacitat psíquica o de la impossibilitat física d'expressar la pròpia voluntat.<sup>67</sup> Els toxicòmans, pròdigs, alcohòlics i altres persones vulnerables per raons alienes a l'alteració de les facultats mentals o de la capacitat de comunicar la pròpia voluntat, han quedat fora dels règims legals de protecció tret que

62 A part de poder també ser anul·lats si es prova la manca de consentiment en el moment de l'atorgament (*ex art. 414-1 Code civil*).

63 MALLET 2011:171.

64 S'ha dit que aquest règim permet sancionar la contrapart que, explotant la feblesa de la persona, ha obtingut un benefici indegut, alhora que, en canvi, el contractant de bona fe queda a recés del risc de rescissió del contracte o de reducció del valor de la contraprestació de la persona protegida, amb la qual cosa s'assegura també la seguretat del tràfic jurídic. Cf. TERRÉ / FENOUILLET 2005:1285.

65 Aquest mandatari judicialment nomenat pot tenir la funció «d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée» (art. 437 II *Code civil*) o també «une mission de protection de la personne» (art. 438 I *Code civil*). La reforma de 2007 ha eixamplat enormement les possibilitats d'aquest mandatari, per permetre que dugui a terme tant actes d'administració ordinària, indispensables per a la gestió del patrimoni i l'atenció de la persona, com també fins i tot actes concrets de disposició adreçats a garantir el benestar de la persona (com ara venda d'immobles, resolució de lloguers, acceptació d'herències). Cf. MALLET 2011:169. La jurisprudència ja havia ampliat generosament les possibilitats d'actuació del mandatari (limitant simultàniament la capacitat de la persona protegida), la qual cosa la doctrina considerava que contradeïa la intenció del legislador (en aquest sentit, TERRÉ/FENOUILLET 2005:1291). Ara, el nou text consagra el criteri jurisprudencial.

66 En aquest cas, no cal que de l'acte se'n derivi cap perjudici (MALLET 2011:170).

67 La línia de demarcació ha estat traçada de manera rigorosa per la jurisprudència (cf. HAUSER 2011:145).

concorri, a més, algun dels requisits de l'art. 425 *Code civil*. Es considera que la protecció s'ha de centrar en mesures d'altre tipus. I que en dret francès s'anomenen «mesures d'acompanyament social», si bé cal mencionar que si es confirma que aquestes mesures són insuficients, hom preveu encara unes possibles «mesures d'acompanyament judicial» (arts. 495 a 495-9 *Code civil*). Aquestes mesures tampoc «no impliquen cap mena d'incapacitat» segons diu l'art. 495-3 *Code civil*, però legitimen un mandatari judicialment nomenat a cobrar les prestacions socials que concreti la mesura i a gestionar-les «en interès de la persona i tenint en compte la seva opinió i la de la seva família». Simultàniament, aquest mandatari «exerceix sobre aquesta persona una acció educativa tendint a restablir les condicions d'una gestió autònoma de les prestacions socials» (art. 495-7 III *Code civil*).

### **b) Model alemany de nomenament d'assistent i manteniment de la capacitat d'obrar vinculada a la capacitat natural de la persona**

El segon model és el del dret alemany, encara que processos semblants ja s'havien desenvolupat a Suècia i Àustria, i s'han estès després a d'altres països nòrdics.<sup>68</sup>

Fins el 31 de desembre de 1991, a Alemanya regia un sistema basat en la incapacitació de la persona (*Entmündigung*), seguida del nomenament de tutor, les facultats del qual es basaven en el model que proporcionava la tutela de menors d'edat. La llei de reforma de la tutela i de la curatela de 1990<sup>69</sup> va instaurar un model que, a diferència del dret previgent, posava l'accent en la necessitat de tenir cura de la persona a protegir i no en el canvi del seu estat civil. Amb aquesta finalitat, la llei també va derogar el § 6 BGB, que establia les causes d'incapacitació i feia esment, en particular, a la malaltia o la debilitat mental que impedia la persona de tenir cura dels seus assumptes. També es va abolir el procediment d'incapacitació (§§ 645 ss ZPO) i la distinció entre graus d'incapacitació (total per causa de malaltia mental, § 104 III BGB, i limitada, en altres casos de prodigalitat o debilitat mental, § 114 BGB). Els règims de tutela o curatela per a majors d'edat (§§ 1896 i 1910 BGB, respectivament) foren substituïts per un únic règim, denominat assistència (*Betreuung*).<sup>70</sup>

Com a conseqüència d'aquest canvi, al dret alemany no preveu un acte jurídic de derogació total o parcial de la capacitat d'obrar. El BGB només preveu

68 Cf. *Comparative Study* (nota 5) p. 97-119. Vegeu també *La protection juridique des majeurs* (Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, núm. 148, Juin 2005) p. 19-23.

69 *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz—BtG)* de 12.9.1990 (BGBl I, 2002), que va entrar en vigor l'1.1.1992. Posteriorment, la normativa sobre l'assistència ha estat modificada en diverses ocasions. Les reformes més importants van tenir lloc mitjançant la segona llei de reforma, de 21.4.2005 (2.BtAndG 2005; BGBl I, 1703) i la tercera llei de reforma, de 29.7.2009 (3.BtAndG 2009; BGBl I, 2286).

70 En la reforma de 2005 es va mirar de clarificar que el sentit d'aquesta assistència es la protecció *jurídica* i no l'assistència social. D'aquí el canvi de nom pel d'assistència jurídica (*rechliche Betreuung*). Això es va materialitzar també en les remuneracions (a càrrec dels *Länder*) per les tasques dels assistents, de manera que es van excloure els vinculats a l'atenció a aspectes psicosocials o personals per reduir costos. Només es pot cobrar per les tasques de representació i assistència legal.



que, sota determinades circumstàncies, una persona pot trobar-se necessitada de protecció perquè no pot menar per ella mateixa els seus assumptes. Tanmateix, l'assistent és *sempre* el representant legal de la persona protegida en els àmbits en què està legitimat per intervenir.<sup>71</sup>

Quant a la falta de capacitat natural, el BGB es limita a reconèixer que a una persona pot mancar-li i que això afecta la validesa dels actes i negocis jurídics en què prengui part. D'acord amb el § 104 II BGB, no té capacitat negocial i la seva declaració de voluntat serà, per tant, nul·la, la persona que es troba en una situació en què la seva activitat mental es troba disminuïda fins al punt d'excloure la lliure determinació de la voluntat. La càrrega de la prova d'aquesta manca de capacitat natural recau sobre qui l'al·lega. En altres mots, l'obertura del règim de protecció no afecta l'estat civil de la persona protegida, que com a regla general manté intacta la seva capacitat d'obrar, si bé, és clar, el sistema legal sí que atribueix efectes al fet que, en molts casos, la persona protegida no té prou capacitat natural o discerniment per a realitzar vàlidament determinats actes jurídics.

Segons el § 1896 I 1 BGB, l'autoritat judicial pot, d'ofici o a instància de part, nomenar un assistent a la persona major d'edat que, per causa d'una malaltia mental o per raó de discapacitat física, psíquica o espiritual, no pot tenir cura totalment o parcialment dels seus interessos.<sup>72</sup> A la pràctica, la instauració d'aquest règim és estricta. Concretament, la malaltia mental diagnosticada per un metge psiquiatre ha de ser particularment greu, i s'han inclòs les demències, el retard mental, el síndrome de Down, les discapacitats vinculades a lesions cerebrals, i també les psicopatologies. Per contra, l'autisme, la desorientació vinculada a l'edat o les addicions a l'alcohol o les drogues que no hagin derivat en psicosi, no s'hi inclouen.<sup>73</sup> Pel que fa a la discapacitat física que limita les possibilitats de la persona de tenir cura dels seus afers, s'aplica molt rarament i no inclou ni els invidents ni els sords, ja que es considera que el recolzament d'aquestes persones pot venir donat pels serveis socials o de salut, o per altres mitjans.<sup>74</sup>

A part de la persona concernida i, quan escau, del jutge d'ofici, o a instància de l'entitat pública competent, ningú més no està legitimat per a demanar la constitució de l'assistència.<sup>75</sup>

Les persones adultes amb suficient capacitat de voler i entendre no poden ser obligades a tenir un assistent. Segons el § 1896 Ia BGB, no es pot nomenar assistent quan la persona major d'edat declara vàlidament la seva voluntat contrària a aquest nomenament. Només quan a la persona a protegir li manca la capacitat natural per expressar una voluntat lliurement formada és possible

71 BAUER 2011:2533.

72 § 1896 I BGB: «Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer».

73 BAUER 2011:2534 i allà més referències.

74 Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1896 núm. 7.

75 Només en cas que la realització efectiva de drets d'algun tercer depengui del nomenament d'assistent es preveu excepcionalment la possibilitat que aquest tercer insti aquest nomenament (cf. § 20 FGG).

que el jutge ordeni d'ofici la constitució de l'assistència tot i la possible oposició de la persona. Respecte a la persona major d'edat que no pot tenir cura dels seus interessos per raó d'un impediment físic, l'entitat competent només pot sol·licitar el nomenament d'assistent si la persona també està impedida per a expressar la seva voluntat (cf. § 1896 I 1 *in fine* BGB).

L'oportunitat de constituir una assistència i, si escau, el nomenament d'assistent tenen lloc en un procediment de jurisdicció voluntària.<sup>76</sup> Ara bé, en aplicació del principi de subsidiarietat, el dret alemany no només té present l'estat de salut o la condició personal del possible beneficiari de la mesura. Per això, no cal l'assistència si els interessos dels que la persona no en pot tenir cura no requereixen la representació legal o es poden atendre amb la mateixa eficàcia per altres mitjans, per exemple si la persona ha nomenat un apoderat perquè en tingui cura.<sup>77</sup>

L'assistència només pot abraçar els àmbits en què és necessària (§ 1896 II 1 BGB). La resolució judicial determina, per a cada cas individual, quin és l'abast de l'actuació de l'assistent, en relació amb aquells àmbits en què és previsible que, segons les circumstàncies, caldrà que intervingui (§ 1897 I BGB). No hi ha previsions legals generals sobre el possible abast d'aquesta actuació. L'assistència, per tant, és un sistema flexible i individualitzat que es pot instaurar amb diferents graus d'intensitat depenent de la situació de la persona concernida. La necessitat d'una assistència que abraci tots els assumptes de la vida quotidiana de la persona (*Totalbetreuung*) és excepcional i limitada als casos en què hi ha una greu discapacitat psíquica o un estadi molt avançat de demència senil.

Tret que així ho declari expressament l'autoritat judicial, no formen part de l'àmbit de funcions de l'assistent ni la decisió sobre les comunicacions telefòniques o d'altre tipus de la persona protegida, ni tampoc rebre, obrir i guardar la correspondència que li és adreçada (§ 1896 IV BGB) i resten fora de l'àmbit de funcions de l'assistent els interessos de naturalesa personal respecte als quals la voluntat de la persona protegida no pot ser substituïda ni complementada i que només pot exercir ella sola si té prou capacitat natural. La llei especifica també les decisions que l'assistent mai no podrà prendre tot sol i per a les que, si escau, haurà de demanar autorització judicial: actes de disposició de béns del patrimoni de la persona assistida, tractaments mèdics o intervencions que posin en risc la vida de la persona assistida, esterilització, internament en centre tancat i extinció del contracte de lloguer de l'habitatge de la persona protegida.

Com ja s'ha dit, el nomenament d'un assistent no comporta automàticament la pèrdua de la capacitat d'obrar, ni pressuposa tampoc que la persona protegida no té capacitat natural. Són, doncs, qüestions diferents i independents.<sup>78</sup> Legalment, la persona que es troba en assistència legal té capacitat d'obrar per prendre les decisions per a les quals conserva la capacitat natural necessària.

<sup>76</sup> BAUER 2011:2533.

<sup>77</sup> § 1896 II BGB. Si hi ha un apoderat especialment nomenat, l'autoritat judicial pot no obstant nomenar un assistent per tal que vetlli perquè en l'exercici de les seves funcions l'apoderat respecta els interessos de la persona protegida (§ 1896 III BGB)

<sup>78</sup> Palandt/DIEDERICHSEN 2012, Einf v § 1896 núm. 13

I quan no la té, el negoci o l'acte jurídic corresponent es podrà anul·lar (§ 104 II BGB). Contràriament, si la persona protegida té capacitat per a dur a terme l'acte o negoci en concret, llavors és possible que en l'àmbit de facultats atribuïdes a l'assistent es produeixin actuacions concurrents i fins i tot contradictòries d'aquella persona i del propi assistent que ostenta funcions representatives. En aquest cas, hom distingeix: en els negocis obligacionals, són eficaces tots dos negocis;<sup>79</sup> en els negocis de disposició, només és vàlid i eficaç el primer. L'impacte que això té al tràfic jurídic ja va ser tingut en compte abans de la reforma, però es va concloure que és preferible protegir més les persones incapaces o amb capacitat limitada que no pas la seva contrapart contractual.<sup>80</sup> Amb altres paraules, entre l'autonomia de la persona i la seguretat del tràfic, s'ha optat per l'autonomia.<sup>81</sup>

Amb tot, en els casos en què la persona actuant pel seu compte es podria veure exposada a riscos irraonables,<sup>82</sup> el jutge pot ordenar que l'assistència inclogui la càrrega d'obtenir l'autorització de l'assistent per als actes inclosos en el seu àmbit d'actuació (§ 1903 BGB: *Einwilligungsvorbehalt*). D'acord amb la llei, això només s'esdevé, tanmateix, si la lliure actuació individual de la persona protegida li comporta un risc molt greu de patir danys. El fet d'acordar aquesta mesura no guarda necessàriament relació amb el fet que la persona sigui incapaç o no, ja que una persona que conserva la seva capacitat natural però que està impossibilitada de gestionar adequadament els seus assumptes pot també arriscar-se a patir perjudicis seriosos si participa al tràfic jurídic.<sup>83</sup> A la pràctica, encara que han crescut, els casos en què la *Betreuung* es constitueix amb l'esmentada «reserva d'autorització» es limiten a un 10% i poden tenir un contingut molt variat, normalment de caràcter patrimonial.<sup>84</sup> Els seus efectes són que es limita la capacitat d'obrar de la persona en la mesura corresponent, i que els actes jurídics realitzats sense l'autorització de l'assistent són ineficaces (§ 111 BGB).<sup>85</sup>

En principi, fins i tot si s'ha posat en vigor una reserva d'autorització de l'assistent, la persona protegida pot realitzar vàlidament tota sola qualsevol

79 Si l'altra part contractual coneixia que l'actuació de l'assistent contravenia la decisió de la persona protegida, hom considera viable invocar la nul·litat del contracte per extralimitació en la legitimació conferida legalment. Cf. BAUER 2011:2546.

80 Palandt/ELLENBERGER 2012, Einf v § 104 núm. 3.

81 La jurisprudència també ha declarat nul·les per abusives les condicions generals on entitats bancàries pretenien traslladar als seus clients el risc de patir algun perjudici com a conseqüència de llur possible futura incapacitat (BGH 25.6.1991–XI ZR 257/90 [BGHZ 115, 38]).

82 Noteu que, tractant-se d'una persona a qui manca la capacitat natural, per anul·lar conforme al §104 II BGB, recau sobre ella la càrrega de la prova que aquella circumstància va afectar la seva declaració de voluntat.

83 Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1903 núm. 5.

84 Com ara la limitació que afecta actes de disposició per damunt de certa quantitat mensual o per a realitzar despeses en relació amb algun bé immoble, per exemple. Cf. BAUER 2011:2548. Admetent la possibilitat d'aplicar aquesta mesura per evitar el reconeixement d'un fill, cf. Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1903 núm. 4. En general, però, no s'aplica als actes *materials* com ara actuacions en temes de salut o relatives a la fixació de la residència de la persona.

85 En particular, els contractes només tenen efectes a partir de llur confirmació per l'assistent (§ 108 I BGB), moment fins el qual l'altra part contractant en pot desistir.

acte que només li reporti utilitat i també els relatius a «assumpes de la vida quotidiana de poca importància» (cf. § 1903 III BGB). El jutge pot, no obstant, disposar altrament si, ateses les condicions del beneficiari, aquesta possibilitat és contrària al seu interès.<sup>86</sup>

La resolució que nomena l'assistent ha d'establir el termini dins el qual s'ha de comprovar que romanen les circumstàncies que el van determinar. Aquest termini no pot excedir els cinc anys (§ 69 I 5 FGG). L'assistència s'extingeix per la mort de la persona protegida i per la desaparició de les circumstàncies que van determinar la seva constitució (§ 1908d I BGB). Per raons de seguretat jurídica, això darrer requereix una decisió formal pel jutge competent.

### 3. QUIN MODEL TENIM AVUI A CATALUNYA?

Amb la perspectiva que dóna la breu panoràmica comparada anterior, i a reserva de l'explicació dels detalls del règim jurídic de l'assistència del Codi Civil de Catalunya, la primera conclusió a què es pot arribar és que aquest text legal té una mica de cadascun dels models que hi ha vigents als països del nostre entorn.

En primer lloc, es pot dir que si bé s'ha iniciat la transició des del model basat en la prèvia incapacitació cap a un model alternatiu, és un fet que la incapacitació roman i és el pressupòsit per aplicar nombroses normes del Llibre segon. Alhora, el règim de protecció derivat de la incapacitació remet, com tothom sap, bé a la tutela, bé a la curatela, amb els efectes, respectivament, de restricció més o menys àmplia de la capacitat d'obrar de la persona i la seva substitució per la representació legal atribuïda al tutor o la subjecció de determinats actes al complement de capacitat que dóna el curador.

En segon lloc, i com a novetat respecte al règim heretat del CC espanyol, el nou dret català de la persona ha incorporat l'assistència. Com a Itàlia o Alemanya, la nova institució catalana no està vinculada a la prèvia incapacitació de la persona, de manera que no pressuposa un pronunciament general sobre l'absència o la limitació de la capacitat de la persona. Per altra part, també comparteix amb aquests sistemes el fet que les atribucions conferides a l'assistent no venen predeterminades per la llei sinó que es concreten, respecte als àmbits personal i/o patrimonial, en la resolució judicial de nomenament i amb base en les circumstàncies concretes de la persona que ha demanat l'assistència. Com al dret alemany, però a diferència del dret italià, l'assistència s'estableix sense menyscapte de la capacitat d'obrar del beneficiari de l'assistència, que la conserva per a la realització de la generalitat d'actes de la vida civil que tingui capacitat natural per atorgar. En el dret italià, en canvi, l'AdS es configura com exclusiva i exclouent de la capacitat del beneficiari.

Com veurem, l'assistència en dret català implica imposar al beneficiari una «reserva d'autorització» de determinats actes per part de l'assistent. A diferència del dret alemany, on aquest instrument és opcional, en dret català

<sup>86</sup> Per exemple, per instaurar una reserva d'autorització de l'assistent per impedir que la persona protegida adquireixi pel seu compte begudes alcohòliques (BAUER 2011:2549).

aquest element tipifica l'instrument de protecció perquè és de necessària incorporació.<sup>87</sup>

A diferència dels dos sistemes esmentats, a Catalunya no es pot dir que l'assistència constitueixi una *alternativa* al règim de la tutela (o curatela). Això és així a Alemanya, on la disminució de facultats que mena a nomenar un assistent abraça indubtablement la que afecta les persones que abans de 1992 eren incapacitades, i també a Itàlia, on tant el Tribunal Constitucional com el Suprem han decidit que l'AdS es pot aplicar a tothom qui ho necessiti, encara que (també) se'l podria incapacitar. En altres mots: a Alemanya l'assistència ha derogat la incapacitació i a Itàlia la jurisprudència l'ha arraconada com una institució aplicable únicament a casos considerats excepcionals. A Catalunya, en canvi, el legislador no ha donat aquest pas. Ho ha volgut deixar clar a partir, fonamentalment, de la delimitació del supòsit de fet de l'assistència, que es basa en el requisit que la disminució que afecta el sol·licitant i beneficiari de la mesura sigui *no incapacitant*. Tot apunta, per tant, a que la nova normativa catalana vol cobrir una possible llacuna del sistema de protecció d'adults més que no pas substituir *in totum* el sistema de la incapacitació seguida de tutela o curatela.<sup>88</sup>

D'altra banda, i per comparació amb la *sauvegarde en justice* del dret francès, que també comporta una protecció jurídica sense afectar en principi la capacitat d'obrar de la persona, cal subratllar que per legitimitació, pressupòsits i extensió, el que en el dret francès es concep més aviat com a temporal o provisional, en dret català és una mesura dissenyada a imatge i semblança de la tutela o la curatela, en tant que, com aquestes, és una mesura de caràcter temporalment indeterminat i d'abast més general.

#### 4. RECAPITULACIÓ

N'hi ha prou amb una ullada al context en què s'incorpora l'assistència al Codi Civil de Catalunya i a la comparació dels elements essencials del seu règim amb els dels models comparats més propers per concloure que l'abast de la nova figura és molt limitat.<sup>89</sup>

D'una banda, perquè el legislador admet explícitament que no es tracta de substituir els règims vigents de tutela o curatela, que ara per ara encara pressuposen la incapacitació de la persona a protegir, sinó de complementar-los. D'altra banda, en l'experiència dels tribunals catalans sovint la incapacitació s'ha aplicat tant a les persones mancades d'autogovern en sentit estricte, és a dir, a persones mancades en tot o en part de capacitat natural,

87 A diferència de l'atribució judicial de facultats representatives per a l'administració ordinària, que es defineix com a opcional i a petició de la persona interessada.

88 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:412: «institución nueva... compatible con el mantenimiento del régimen de incapacitación/tutela-curatela, cuando la situación personal de la persona disminuïda lo requiera. *Se trata de un complemento y no de un cambio o sustitución de una institución por otra*» (èmfasi afegit).

89 En aquest sentit, MARTÍN PÉREZ 2010:158 («Hay que reconocer que la regulación ha sido audaz... Pero tampoco hay bases para afirmar que la nueva figura encuentre un gran campo de aplicación y sea eficaz»).

com a persones únicament afectades per una disminució física greu que les fa dependents d'altres persones per a poder realitzar la generalitat d'actes de la vida diària i que els obliga a requerir llur suport per a dur a terme els actes necessaris per a la gestió i la defensa dels seus interessos. Per tant, l'eventual llacuna que s'hauria volgut cobrir és relativa, i vinculada a l'ús que facin els tribunals de la incapacitació.

Al caràcter complementari que té l'assistència respecte als règims vinculats a la incapacitació de la persona s'ha d'afegir que, també respecte al nomenament d'assistent, s'ha d'aplicar el test de necessitat de la mesura propi de qualssevol institucions i mesures de protecció d'adults.<sup>90</sup> En virtut d'aquest principi, abans de donar curs a la petició de la persona afectada i de nomenar-li un assistent, és preceptiu explorar si, mitjançant altres mesures jurídiques, o àdhuc mitjançant una intervenció de caràcter social o assistencial, es podria donar una resposta adequada i suficient que no requereix la constitució de l'assistència. En particular, escau valorar si el nomenament judicial d'assistent és innecessari perquè n'hi podria haver prou amb que la persona que sol·licita la mesura atorgués un mandat a un tercer de la seva confiança, que s'ocuparia dels assumptes que per raó de la seva disminució no pot gestionar adequadament o sense incórrer en riscos irraonables.

Finalment, al text legal hi ha prou elements per pensar que l'assistència incorporada al Codi Civil de Catalunya depèn tant per al seu establiment com per al seu manteniment de la conformitat de la persona a protegir. Això pot portar a concloure que, en termes pràctics, la mesura pot tenir poca utilitat,<sup>91</sup> ja que pressuposa que la persona a protegir té inicialment i manté en el temps una actitud de cooperació que és inexistent en un bon nombre de situacions de vulnerabilitat associades a comportaments de risc de persones que, tanmateix, és qüestionable de qualificar com a malalties mentals o discapacitades psíquiques.

La potencialitat de la institució, tal i com ha quedat definida en el text en vigor és, doncs, reduïda. No cal dir que el seu abast real no guarda proporció amb les expectatives que pot haver suscitat.<sup>92</sup> Dit això, no obstant, també és possible que arribi a tenir un lloc en el sistema de protecció d'adults, especialment en la mesura en què la incapacitació retrocedeixi com a instrument per obtenir la protecció jurídica a què hom tenen dret les persones vulnerables.<sup>93</sup>

90 Conforme al principi de subsidiarietat, les mesures de recolzament o protecció només s'han d'establir si són *necessàries* en funció de les circumstàncies individuals i les necessitats de la persona afectada (Principi 5(1) Recomanació CdE 99(4). Per decidir si cal prendre alguna mesura s'ha de tenir en compte la possibilitat d'aplicar solucions menys formals, o si l'assistència la poden proporcionar informalment els membres de la família o altres persones (Principi 5(2) Recomanació CdE 99(4).

91 Ho apunta MARTÍN PÉREZ 2010:163.

92 Vegeu *supra* nota 2.

93 El Consell de Ministres va aprovar en data 30.3.2010 un *Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en el qual s'indicaven els punts a adaptar de la legislació civil i processal civil. En aquesta línia, un esborrany elaborat l'equip del Ministeri de Justícia en la legislatura anterior s'encaminava en la línia marcada per les reformes del dret francès.

Això pot passar si les futures reformes situen la incapacitació exclusivament per als casos de trastorns mentals o discapacitats psíquiques més greus. Però també si en el futur els «processos de modificació de la capacitat» (o el nom que puguin rebre) s'apliquen només a persones privades de discerniment suficient per a comprendre i decidir. En aquesta tessitura, l'assistència sí que pot tenir un paper, ja que cobriria l'espai de protecció de les persones que, tot i conservar llur capacitat natural, per altres raons no poden actuar autònomament i tenen serioses dificultats per atendre els seus interessos. En aquest punt concret, és evident que es respecta més i millor el principi de proporcionalitat que inspira tota la normativa si, per contrast amb l'actual resposta judicial basada en la incapacitació parcial seguida de curatela, s'ofereix a aquelles persones un instrument de protecció que no restringeix indegudament la seva capacitat d'obrar.<sup>94</sup> També resulta més adequada per a la protecció de persones d'edat avançada i que es troben en una situació de vulnerabilitat a causa de la seva debilitat i dependència de tercers, sense incórrer en l'abús de promoure o admetre la seva incapacitació.

D'altra banda, en resposta a l'objecció vinculada a la necessitat d'una mesura d'aquestes característiques quan la persona pot atorgar poders en favor de tercers, es pot dir que, en determinades condicions personals i familiars, aquesta opció no està exempta de riscos. S'acaba de mencionar ara mateix el cas de la persona gran que per l'edat avançada té disminuïdes les seves facultats físiques o psíquiques i això la col·loca en situació de debilitat que la fa vulnerable. Des d'aquest punt de vista, la introducció de l'assistència obre una alternativa fins ara no explorada i que podria tenir interès si hom supera les previsibles traves procedimentals. Perquè és obvi que per a la persona a protegir té un clar avantatge que algú vetllí pels seus interessos, de manera que s'eviti el risc d'abús o explotació per part de tercers, i alhora que la persona encarregada d'assistir-la pugui gestionar els seus interessos, reti comptes davant de l'autoritat judicial i estigui, en general, subjecta a les mesures de salvaguarda que, com a institució legal de protecció de les persones, la normativa en vigor preveu en interès de les persones protegides. Contràriament, ni l'actuació del mandatari voluntari, ni encara menys la del tercer que actua com a «conseller», estan subjectes a un control públic d'intensitat semblant.

Finalment, el caràcter «voluntari» de la mesura, en lloc de representar una limitació a l'eficàcia pràctica de la mesura, pot resultar, paradoxalment, un estímul perquè persones a qui cal un suport per poder ser més autònomes tinguin un assistent que vetllí pels seus interessos d'acord amb un pla d'atenció a mesura de les seves necessitats i de les capacitats que conserven. De fet, la

---

94 Com indica el Principi 6(2) Recomanació CdE 99(4), qualsevol mesura ha d'interferir únicament sobre la capacitat d'obrar i els drets de l'individu el mínim necessari per assolir la finalitat de la intervenció. La mesura apropiada la dona el grau de capacitat de la persona afectada, de manera que la mesura ha d'estar dissenyada a les circumstàncies individuals i necessitats de la persona afectada (Principi 6(1) Recomanació CdE 99(4). Per complir aquesta finalitat, el marc legal ha de permetre una resposta apropiada a la diversitat de situacions, fent flexible la resposta jurídica, si escau combinant recursos jurídics, i incloent, per als casos apropiats, mesures que no requereixin restringir la capacitat d'obrar de la persona afectada (Principi 3(4) Recomanació CdE 99(4).

lliure «disponibilitat» de la mesura per la persona assistida ha estat, allà on hi ha institucions similars que funcionen a la pràctica, un dels principals atractius i el que ha despertat l'interès per part d'entitats tutelars i altres estaments vinculats amb la protecció de la vellesa i de les persones vulnerables amb risc social.<sup>95</sup>

En aquest mateix sentit, també és interessant constatar que en el nostre entorn doctrinal més proper veus molt autoritzades han apuntat des de fa anys vers la conveniència d'incorporar al sistema de protecció d'adults instruments basats en l'accés voluntari a les mesures de protecció, tant dins del marc de la incapacitació com fora d'aquesta. Resulten molt il·lustratives, a aquest efecte, sengles indicacions formulades fa temps pels professors Luis Díez-PICAZO i Cesare M. BIANCA.

Per al primer,

Hay personas que se encuentran en estados en los que no han perdido la consciencia y la capacidad de decisión; que se dan cuenta de su ineptitud para gobernarse por sí mismas, y que en su propio interés pueden preferir la autoeliminación de su capacidad. Piénsese en ebrios o toxicómanos habituales que voluntariamente se someten a tratamientos de recuperación de su salud y que durante ese tiempo prefieren encontrarse asistidos jurídicamente, o en personas cuyo avanzado estado de senilidad no les permite un puntual conocimiento de las situaciones que puedan afectarles. El nombramiento de administradores y de apoderados de carácter voluntario puede suponer una ayuda. Sin embargo, no es una solución definitiva, porque la tutela o la curatela que la incapacitación determina constituyen funciones públicas, con específicas cargas de deberes y una fiscalización de órganos públicos.<sup>96</sup>

95 Quan s'ha plantejat la revisió del dret suís en aquesta matèria s'ha constatat que, malgrat les limitacions tècniques d'institucions subjectes a la lliure disposició dels afectats (vegeu *infra* § III.2), aquesta mena de figures han estat força utilitzades a la pràctica (vegeu les estadístiques a BK LANGENEGGER, 2002, Art. 372 ZGB, § 18 p. 1837) i poden ser útils per a donar una via de solució a determinades situacions. Així, entre les opinions favorables a mantenir l'anomenada «curatela d'acompanyament», que es caracteritza per no limitar la capacitat d'obrar de la persona afectada i que depèn de la conformitat del beneficiari per a mantenir-la en vigor, l'associació *Insieme* va manifestar que era idònia per a persones sense familiars, que poden comptar amb algú en qui poder confiar atesa la seva situació de vulnerabilitat. Altres entitats destacaven també que la mesura era irrenunciable si es volia garantir el principi de proporcionalitat, en particular per als casos de persones amb trastorns mentals episòdics i que solament requereixen un control regular (*Mente Sana*). Aquestes i altres opinions es poden consultar a <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft/ve-ber.pdf> [data de consulta 14.08.2012]. Contràriament, entre nosaltres, la *Coordinadora Catalana d'entitats tutelars* va advertir durant la tramitació de l'avantprojecte de llei del Llibre segon del CCCat que l'assistència no convenia per a persones amb disminució psíquica o trastorn mental, i considerava que, per als altres casos, seria suficient un «contracte de prestació de serveis entre la persona i l'assistent», sense haver de requerir nomenament judicial. Aquestes aportacions es poden consultar a l'arxiu del Parlament, dins els antecedents del Projecte de Llei núm. expedient 200-00054/08 (BOPC núm. 389, 19.1.2009, p.72).

96 Díez-PICAZO 1986:188.



En una línia paral·lela, el professor italià també suggeria que

Fóra convenient introduir un instrument d'ajut que es tradueixi en termes d'assistència jurídica sense perjudicar la personalitat de l'ancià: una forma d'ajut que podria consistir en una mena de *curatela voluntària*, que d'una manera àgil i prescindint de particulars formalitats donés a l'ancià un referent per a l'acompliment dels actes d'ordinària administració i d'ordinària salvaguarda jurídica.<sup>97</sup>

## II. RÈGIM JURÍDIC DE L'ASSISTÈNCIA

### 1. BENEFICIARI DE LA MESURA

De conformitat amb l'art. 226-1.1 CCCat,

«la persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent, d'acord amb el que estableix aquest capítol, pel procediment de jurisdicció voluntària».

Es desprèn d'aquesta norma que, per poder nomenar assistent, cal que el sol·licitant i potencial beneficiari pateixi en una determinada mesura una disminució en les seves facultats físiques o psíquiques [*infra* § 1.1] que li impedeixi tenir cura de la seva persona o del seu patrimoni [*infra* § 1.2.a], sempre que per superar aquesta situació i evitar els riscos que hi són inherents calgui constituir una assistència i no hi hagi altres mitjans per aconseguir el mateix resultat [*infra* § 1.2.b].

A banda d'aquests requisits, la mesura es reserva exclusivament per a les persones majors d'edat. Això connecta amb la idea que les institucions de protecció estan pensades per a adults i que, durant la minoria d'edat, la protecció dels interessos de les persones vulnerables per disminució de les seves facultats físiques o psíquiques passa per l'actuació de la potestat parental o, en el seu defecte, de la tutela.<sup>98</sup> La instauració d'un règim de protecció abans de l'arribada a l'edat de majoria no sembla necessària mentre la persona es troba sota la guarda

<sup>97</sup> BIANCA 1998:243 (èmfasi a l'original).

<sup>98</sup> La possibilitat que un menor emancipat pugui sol·licitar el nomenament d'assistent, perquè legalment té capacitat per regir la seva persona i béns com si fos major d'edat, és una qüestió interessant des del punt de vista teòric o doctrinal, però es fa difícil que la pràctica doni peu a formular-la ja que, per hipòtesi, el cas suposa que, poc abans d'accedir a l'edat de majoria, la persona afectada hauria complert els requisits per ésser emancipat i, en conseqüència, haver sortit del règim de guarda a què estava subjecta per, gairebé immediatament, trobar-se en una situació de manca d'autonomia tal que requereix un assistent per tenir cura de la seva persona o béns. D'altra banda, a diferència de la tutela o la curatela d'emancipat incapacitat, el nomenament d'assistent poc afegiria durant la minoria d'edat a l'assistència que precisament ja han de prestar els progenitors, i per tant és dubtosa la necessitat de la mesura.

dels seus progenitors o del tutor. Ara bé: com també passa amb la possibilitat de promoure la incapacitació d'un menor d'edat (cf. arts. 201 CC, 236-33 CCCat i 757.4 LEC), hom podria plantejar si els titulars de la potestat parental o la tutela podrien sol·licitar el nomenament d'assistent en nom del menor, per evitar que després de la majoritat es donés un període sense protecció. En el procediment s'hauria d'examinar si les característiques del menor fan concloure que, quan s'extingeixi la potestat o la tutela, requerirà una protecció com la que li pot proporcionar l'assistència. Si s'admet aquesta possibilitat, tramitat el procediment durant la minoria d'edat, el nomenament d'assistent quedaria en suspens fins a l'arribada de la majoria d'edat de la persona interessada. Aquesta possibilitat, tanmateix, topa amb la necessitat que el nomenament d'assistent l'insti el mateix beneficiari, la qual cosa solament és possible quan aquell és major d'edat. De manera que aquest hipotètic procediment on s'anticipa el nomenament d'assistent sempre hauria d'ésser confirmat o ratificat pel mateix interessat, que podria oposar-se al nomenament d'assistent contra la seva voluntat.

### 1.1. Pressupòsits subjectius

Malgrat que la situació a què mira de donar resposta és més àmplia que la coberta estrictament per la incapacitació, l'assistència incorporada al CCCat no és una mesura accessible a tothom que pateixi dificultats o riscos en la gestió dels seus interessos. Ben al contrari, és una mesura doblement circumscrita. Cal patir una disminució de les facultats psíquiques o físiques i cal que aquesta disminució no tingui un grau que comporti la possibilitat de promoure'n la incapacitació. Com ja he apuntat, això s'explica perquè l'assistència és un complement i no una alternativa a la incapacitació de la persona.

#### a) «Disminució de les seves facultats físiques o psíquiques»

La norma empra l'expressió *facultats* per fer referència a les condicions que són el pressupòsit bàsic del desenvolupament d'una vida autònoma. Esmenta en primer lloc la disminució de les facultats *físiques*, és a dir, la que afecta negativament el funcionament d'òrgans o parts del cos humà però no compromet la capacitat d'entendre i voler de la persona afectada. En canvi, la disminució en les facultats *psíquiques* és la que afecta les facultats que la persona requereix per a entendre la realitat, formar-se una voluntat i tenir la capacitat de transformar-la en acció. En contrast, per tant, amb el dret francès, que limita els instruments de protecció a les persones afectades per alteració de les facultats mentals i que només els aplica a les persones amb disminució física si aquesta és de tal natura que impedeix l'expressió de la pròpia voluntat,<sup>99</sup> el dret català empra una fórmula àmplia com la que també trobem en el dret italià<sup>100</sup> i en l'alemany.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Vegeu *supra* § 1.2.a.

<sup>100</sup> L'art. 404 c.c. permet nomenar l'AdS a persones afectades per malalties o per disminucions físiques o psíquiques.

<sup>101</sup> Vegeu *supra* nota 72 sobre el § 1896 I 1 BGB, que autoritza a nomenar un assistent a la persona major d'edat que, per causa d'una malaltia mental o per raó de discapacitat física, psíquica o espiritual, no pot tenir cura totalment o parcialment dels seus interessos.

No prejutja la llei per quina causa hom pateix aquella disminució de facultats.<sup>102</sup> Tant pot ser a causa d'un accident o un traumatisme sobrevingut, amb la perspectiva que al cap d'un temps aquella persona es pugui recuperar, com per causa d'una malaltia, d'un factor congènit, o també per raons vinculades al deteriorament de l'organisme producte de l'edat avançada o de les condicions de vida de la persona afectada. En aquest sentit, potser cal subratllar que els termes del precepte comentat no permeten concloure que la tramitació de l'expedient requereix aportar certificació oficial del grau de discapacitat.<sup>103</sup> De fet, són imaginables supòsits de persones a qui potser cal el nomenament judicial d'assistent sense que, alhora, estiguin en condicions de sol·licitar i obtenir el reconeixement oficial d'un cert grau de discapacitat.<sup>104</sup> Com a molt, el que es pot dir és que dins el marc de l'expedient de jurisdicció voluntària, el reconeixement administratiu de la discapacitat podrà facilitar l'acreditació del requisit de la disminució de facultats, però això no exclou que el jutge pugui tenir en compte altres elements per concloure que les facultats del sol·licitant estan disminuïdes.

Per últim, encara que no calgui acreditar-la amb un certificat oficial, la limitació de facultats ha de revestir certa gravetat, perquè altrament no comprometria l'autonomia de la persona o ho faria d'una manera irrellevant jurídicament.<sup>105</sup>

### b) *Disminució «no incapacitant»*

Dins del grup de les persones afectades per la disminució de les seves facultats, resten excloses de l'accés a l'assistència les persones la disminució de les quals és *incapacitant*. I això per tal com el text legal preveu aplicar la mesura únicament si la disminució de facultats és «no incapacitant».

102 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:412.

103 Vegeu, tanmateix, el document intern de treball, adreçat a les entitats titulars per l'Institut Català d'Assistència i Serveis Socials, i que porta per títol *La protecció legal de la persona a través de la figura de l'assistència* (Desembre 2011 [document no publicat; arxivat per l'autor]), on es fa referència, com a «documentació requerida al jutjat per la valoració del cas», al «Certificat de reconeixement de discapacitat emès pel CAD». Crec que es barregen en aquest punt els trets de l'assistent que regula el CCCat amb l'«assistent personal» com a prestació de la legislació de dependència. Vegeu *infra* notes 107 i 108.

104 En els supòsits en què, arran de l'abús de l'alcohol o de dependència de les drogues, o fins i tot en situacions de tractament per prèvia manipulació mental en sectes destructives, la persona es troba afectada en les seves facultats físiques i/o psíquiques, i requereix per això el suport d'un assistent, no es veu quin sentit té requerir certificació administrativa de la discapacitat per tramitar el nomenament d'assistent. Semblantment, respecte a les persones d'edat avançada que requereixen protecció jurídica.

105 Les resolucions que s'han acordat i a les que he tingut accés no són molt explícites sobre aquest punt. Una d'elles refereix el dictamen mèdic aportat amb la sol·licitud i on es diu que el sol·licitant «presenta una leve desorientación en el tiempo y una alteración significativa de la memoria verbal», a més d'un dèficit lleu en capacitat visuoespacial (Interlocutòria JPI n. 8 Terrassa, 20.4.2012). L'altra es limita a dir en els fonaments jurídics que concorre en el sol·licitant «una disminución no incapacitante de sus facultades psíquicas» (Interlocutòria JPI n. 6 Girona, 29.6.2012). Agraïxo el lletrat Alfons Catena Oliva i la Fundació Tutelar de les Comarques Gironines haver-ne facilitat una còpia anonimitzada d'aquestes resolucions.

En línia amb el caràcter complementari de l'assistència, es pot partir de la idea que es tracta d'una disminució de facultats físiques o psíquiques que no seria causa d'incapacitació segons la llei. Aquesta és la interpretació que s'està fent d'aquest requisit per la doctrina que ha tractat fins ara el tema.<sup>106</sup> Aquí cal recordar, per tant, que conforme a l'art. 200 CC espanyol, que regula la matèria, són causes d'incapacitació

[las] enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Per tant, l'assistència podria instaurar-se per a persones les facultats psíquiques de les quals estan disminuïdes per malalties o deficiències que impedeixen l'autogovern però que *no són persistents*, i també per a persones les facultats (psíquiques o físiques) de les quals estan disminuïdes, però sense que això afecti llur autogovern.

## 1.2. Pressupòsits objectius

Els pressupòsits *objectius* de la mesura són dos, que han de concórrer simultàniament. El primer és que, per causa de l'assenyalada disminució de facultats, la persona *no pot tenir cura* dels seus interessos. El segon que *necessita* que se li nomeni un assistent.

### a) Impossibilitat de tenir cura dels propis interessos

La impossibilitat de tenir cura dels propis interessos remet a la idea de falta d'autonomia. La persona afectada, arran de la disminució de facultats que sofreix, no està en condicions, encara que pugui tenir prou discerniment per entendre la pròpia situació i per expressar la seva voluntat, de tenir cura de la seva persona, els seus interessos econòmics o d'ambdues coses.

La falta d'autonomia s'ha d'entendre en sentit ampli, i inclou no només actes i negocis jurídics, sinó àmbits de l'esfera personal en què aquella pot estar compromesa i un recolzament en forma d'assistència es veu com a necessari. S'ha de tractar, no obstant, d'interessos a atendre en el moment en què es demana,<sup>107</sup> encara que no siguin «urgents», i sempre que tinguin per objecte béns patrimonials o extrapatrimonials prou importants com per justificar la intervenció social mitjançant el recurs a una institució de protecció jurídica.

La impossibilitat de tenir cura dels propis interessos pot ser «parcial» i limitada a algun àmbit o esfera de la vida de la persona a protegir. Però la impossibilitat a la que es refereix la llei no és causada pels especials coneixements o requeriments que un concret acte o situació demandin, sinó que té per objecte la realitat jurídico-social que envolta qualsevol persona i que,

106 «En grado que no llegue a requerir una incapacitación judicial (total o parcial)» (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:415); «cuando existiendo [disminución de facultades] no tenga suficiente alcance para provocar la falta de autogobierno de la persona» (MARTÍN PÉREZ 2010:163) o «por contraposición a las causas de incapacitación» (PADIAL / SERRANO / TOLDRÀ 2010:908).

107 A l'atenció d'interessos futurs es dediquen específicament el document de voluntats anticipades de l'art. 212-3 CCCat i els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat, que la persona pot atorgar conforme a l'art. 222-2 CCCat.

a la persona a protegir, per causa de la seva disminució, se li fa especialment feixuga, costosa o arriscada.

L'assistència no és, en qualsevol cas, un servei social o assistencial. En altres mots, l'assistència, com a institució de protecció *jurídica* de la persona, no té com a objectiu de donar solució a problemes econòmics, d'habitatge, de salut o d'integració social de la persona a protegir. L'assistència incorporada al CCCat té el mateix objecte que totes les institucions de protecció jurídica d'adults: donar resposta als riscos i dificultats de la persona de prendre tota sola decisions sobre la seva persona i el seu patrimoni. Pot afectar tant persones amb fortuna com persones privades de recursos econòmics. En ambdós casos, la disminució de facultats psíquiques o físiques els pot presentar una dificultat seriosa per fer-se el càrrec dels seus afers atesa la complexitat de les decisions que la vida social requereix quotidianament. L'assistent recolza o aconsella la persona protegida en els àmbits on aquesta necessita el seu suport, i en controla l'actuació a fi d'evitar els riscos a què l'exposa la disminució de les seves facultats. La garantia del benestar material i econòmic de la persona protegida, si els seus recursos no són suficients o es troba en una situació de desemparament, passa per altres mesures. I en cas que la problemàtica que afecta la persona sigui exclusivament econòmica o d'exclusió social, s'escau només l'adopció de mesures de caràcter social.

L'assistència no es refereix tampoc a la persona que materialment proveeix les necessitats o atén a les persones en situació de dependència per a la realització de les activitats de la vida diària. Convé aquí especialment fer referència a l'«assistent personal» objecte de la normativa de prestacions socials de dependència.<sup>108</sup> Malgrat que hi ha certes concomitàncies amb l'assistència, especialment perquè en ambdós casos es tracta de persones mancades d'autonomia però que posseeixen prou capacitat natural per a prendre decisions, l'enfocament d'ambdues figures és diferent. L'assistent personal es concep exclusivament com un prestador de serveis d'acompanyament i de suport a l'autonomia.<sup>109</sup> En canvi, en l'assistent del CCCat predomina el caràcter de funció de protecció, que confereix al nomenat legitimació per intervenir en els interessos personals i patrimonials de la persona afectada, vetllant de manera imparcial per ella i prevenint abusos vinculats a la disminució de facultats que l'afecta. D'acord amb aquestes premisses, sembla que s'han de mantenir separades ambdues figures, tot i que per a determinats actes materials hi pot haver solapament. En aquest cas, cal recordar que, aplicant per remissió de l'art. 226-6 les normes de la tutela, s'hauria d'excloure la possibilitat que es reuneixin en una mateixa persona o entitat ambdues

<sup>108</sup> L'art. 2.6 Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a la dependència, defineix com aquest assistent personal com la persona que «realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal».

<sup>109</sup> La normativa reglamentària catalana on s'ha desenvolupat aquesta figura la defineix com «el servei... que consisteix en un suport personal realitzat, durant un determinat nombre d'hores, a una persona amb capacitat d'autodeterminació i en situació de dependència». Art. 2 Ordre ASC/471/2010, de 28 de setembre, per la qual es regulen les prestacions i els i les professionals de l'assistència personal a Catalunya (DOGC núm. 5731, 8.10.2010).

condicions si l'«assistent personal» fa la seva feina mitjançant una relació laboral o contractual (arg. ex art. 222-17 CCCat).

### b) «Necessitat» de l'assistència

D'acord amb els termes literals de l'art. 226-1.1 CCCat, l'assistent solament s'ha de nomenar si per la impossibilitat de tenir cura dels propis interessos el sol·licitant ho «necessita». Aquest element es pot llegir en connexió amb els principis de subsidiarietat i mínima intervenció que presideixen totes les institucions de protecció de la persona.<sup>110</sup> Per això, abans d'adoptar la mesura l'autoritat judicial hauria de valorar si es poden aplicar altres solucions menys formals o si el resultat pràctic de l'assistència es pot assolir mitjançant el suport informal de membres de la família o a través dels serveis socials.

En relació amb un dispositiu voluntari com és l'assistència incorporada al CCCat, això implica especialment valorar si la impossibilitat que afecta el sol·licitant es podria solucionar mitjançant el recurs a formes d'apoderament més o menys àmplies, segons les circumstàncies que afecten el sol·licitant. En aquest punt, convé tenir present, de totes maneres, que el requeriment de subsidiarietat no és absolut i que en el tipus de persones en què està pensant la llei no és gens aventurat dir que podrien tenir greus dificultats per seleccionar correctament qui les pot representar, o que fins i tot la tria d'alguna persona pot ésser un tema delicat pel risc que provoqui un empitjorament en la condició de la persona (v.gr. ansietats vinculades a la selecció del representant i l'abast de les seves facultats) o que pugui generar conflictes entre els potencials representants (v.gr. familiars o persones properes a la persona, que tenen opinions contraposades sobre l'interès d'aquella).<sup>111</sup>

D'altra banda, el fet que la persona afectada ja hagi atorgat poders generals o especials perquè tercers persones es facin càrrec dels seus interessos, o que es trobi atesa en un establiment residencial o similar, no és motiu suficient per excloure la necessitat de nomenament d'assistent. Segons les circumstàncies, la impossibilitat de tenir cura dels seus interessos que justifica el nomenament d'assistent es pot referir únicament a la possibilitat real de controlar i revocar, si escau, els poders concedits, o de salvaguardar els propis drets en el context de la prestació de serveis assistencials de què aquella persona sigui usuària.

<sup>110</sup> Principi 5(2) Recomanació CdE 99(4).

<sup>111</sup> En dret suís fins i tot es requereix expressament que no s'hagi nomenat representant voluntari per a constituir la curatela a què fa referència l'art. 393 núm. 2 ZGB. A la pràctica, tanmateix, no s'ha posat massa èmfasi en aquest requeriment perquè molts sol·licitants de la mesura la trien precisament per no haver d'escollir algú en situacions en què la tria pot generar conflictes entre els seus familiars o quan la pròpia persona no té prou criteri per a avaluar la idoneïtat d'una o altra persona. Cf. EGGER 1948, ZK ZGB Art. 394, p. 313. Els principis de necessitat i subsidiarietat de qualsevol mesura protectora no exclouen que fins i tot quan s'han atorgat poders de caràcter general, calgui nomenar curador a la persona si aquesta no està en condicions reals de controlar tothora i supervisar els seus representants voluntaris, ni de reemplaçar-los si cal (així, vegeu per exemple sentència del Tribunal Suprem federal suís de 22.5.2008 [BGE 134 III 385]). També DESCHENAUX/STEINAUER 2001:419.

## 2. NOMENAMENT D'ASSISTENT

### 2.1 Competència i procediment

El nomenament d'assistent es fa per interlocutòria del jutge de primera instància del domicili de la persona que ho sol·licita<sup>112</sup> després d'un expedient de jurisdicció voluntària.<sup>113</sup> Això darrer és viable per tal com en el procediment no hi ha contradicció ja que no hi ha en joc una declaració genèrica d'incapacitat o de modificació de la capacitat i només el pot instar la persona que requereix la protecció.<sup>114</sup>

### 2.2 Objecte

En l'expedient es nomena assistent i es fixa l'àmbit objectiu de l'assistència.<sup>115</sup> Amb aquesta finalitat no es tracta només de constatar judicialment que hi ha una disminució i que no és incapacitant, sinó d'apreciar el seu reflex en l'autonomia de la persona.<sup>116</sup> Potser encara més que en el procés d'incapacitació, es tracta aquí d'una decisió jurídica tot i que les proves mèdiques tenen una gran importància en la formació de la convicció del jutge sobre si cal o no l'assistència que es demana. Si en el procediment d'incapacitació el jutge parteix del trastorn mental o de la disminució psíquica tal i com li venen descrits i qualificats per la ciència mèdica, en relació amb l'assistència es pot anar més enllà perquè del que es tracta és de sospesar l'impacte de la disminució de facultats sobre l'autonomia personal. El jutge considerarà les proves que hom li presenti, en particular informes mèdics o psicològics, informes socials i qualsevol altra mena de proves de les que es puguin concloure tots els pressupòsits subjectius i objectius, i especialment si és necessària.

Cal decidir també, un cop s'ha conclòs que la mesura de nomenar un assistent és necessària, quin és el grau d'immissió que aquest ha de dur a terme en la vida de la persona que sol·licita l'assistència, la qual cosa pot incidir tant en la decisió sobre *qui exercirà el càrrec* [infra § 2.4 a] com en *l'abast de les funcions* que a aquest se li assignaran [infra § 2.4 b].

### 2.3 Legitimació

Segons l'art. 226-1.1 CCCat el nomenament d'assistent només el pot demanar la persona afectada.<sup>117</sup> Això contrasta fortament amb el procediment d'incapacitació, que pot promoure el presumpte incapaç, però en el que també

112 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:914 es plantegen que en lloc del domicili (art. 63.18a LEC 1881) el tribunal competent fos el de residència habitual del sol·licitant (cf. art. 756 LEC).

113 L'expedient de jurisdicció voluntària adreçat al nomenament d'assistent no pot començar i si escau s'ha de suspendre si hi ha en tràmit un procediment d'incapacitació del sol·licitant.

114 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:416.

115 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:909.

116 MARTÍN PÉREZ 2010:164.

117 Suscita dubtes si és preceptiva la intervenció d'advocat i procurador en aquest procediment. Per exemple, en aquesta obra, vegeu *infra* les aportacions de l'advocat Miquel Puiggalí i de la fiscal Remei Soriano.

tenen legitimació activa alguns parents i, si aquests no existeixen o no ho han sol·licitat, també el ministeri fiscal (cf. art. 757 LEC).<sup>118</sup>

Es tracta, per tant, d'una persona que conserva la seva capacitat natural<sup>119</sup> i que té prou discerniment per a decidir si està interessada o no en la protecció que significa nomenar un assistent. Per això, s'ha dit amb bon criteri que, en cas d'evident incapacitat del promotor, la sol·licitud de nomenament d'assistent s'ha de desestimar.<sup>120</sup> Alhora, de la mateixa norma es dedueix que ningú altre no pot instar aquesta mesura, i per exclusió dirigeix els altres possibles casos a l'adopció de mesures que requereixen la prèvia incapacitació de la persona.

Pressupòsit de la possibilitat de nomenar assistent, amb tot, no és només que la persona tingui prou capacitat natural, sinó que aquesta persona sigui capaç de reconèixer que té necessitat de protecció i que no prendre mesures podria tenir conseqüències negatives per a ella. També ha de ser conscient de les conseqüències de la mesura, en particular que suposa una autolimitació en la seva actuació en el tràfic jurídic i que haurà de suportar la interferència de l'assistent en els seus interessos personals i patrimonials. En aquest sentit, el fet d'acordar la mesura comportaria que el potencial beneficiari és capaç de sopesar els seus pros i contres.<sup>121</sup>

En el procediment per a nomenar assistent també ha d'intervenir el ministeri fiscal, en particular en atenció a les funcions que la seva pròpia normativa li imposa respecte a tots aquells procediments en què estiguin en joc els interessos de persones incapacitades o, més genèricament, vulnerables.<sup>122</sup> Cal tenir present que un dels pressupòsits subjectius de la mesura és que la disminució de facultats no sigui incapacitant, i que per tant es pot plantejar si l'assistència és idònia o, pel contrari, la situació de la persona requereix, per a la seva protecció, que s'endegui un altre procediment, que comporta una intromissió més profunda en la seva esfera personal o patrimonial.

118 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:418.

119 MARTÍN PÉREZ 2010:164.

120 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:147. Aquest autor subratlla correctament que la sol·licitud és un acte personalíssim de la persona afectada, si bé especula entorn a la possibilitat que també es pugui atorgar un poder específic del tipus *nunciatura*, on el sol·licitant conferiria poders per a tramitar el nomenament d'assistent i podria indicar la persona triada com assistent i fent una proposta de les característiques que tindria l'assistència (149). Aquesta opció sembla interessant sobretot en cas de persones afectades per gravíssims problemes de mobilitat i d'expressió de la seva voluntat, però en el procediment igualment s'ha d'explorar la persona sol·licitant per determinar la necessitat de la mesura i quin abast ha de tenir. La possibilitat d'una delegació com la suggerida, per tant, únicament afectaria la fase inicial de l'expedient.

121 En la doctrina suïssa hom subratlla que, a més de la capacitat necessària per acceptar i assumir la mesura que sol·licita, el sol·licitant hauria de demostrar capacitat i disposició a cooperar, car altrament la constitució de l'assistència i el nomenament d'assistent a curt termini esdevindran inútils. Cf. ROSCH 2011:140.

122 En aquesta línia, vegeu la Instrucció de la Fiscalia General de l'Estat, de 29 de desembre, *sobre la organización de las secciones de lo civil y régimen especializada en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas* [disponible a <http://www.fiscal.es>]. PADIAL / SERRANO / TOLDRÀ 2010:915 argumenten, amb base en l'art. 1815 LEC 1881, que la intervenció dels fiscals és preceptiva i que té lloc en forma de dictamen sobre la procedència de l'assistència.



Tocant a la intervenció de tercers, és evidentment possible i pot ésser relativament freqüent, especialment si hi ha diferents parers entre els familiars de la persona a protegir. S'ha destacat, no obstant, que l'oposició d'aquests tercers no es considera suficient per convertir en contenciós l'expedient, sinó que l'oposició s'ha de tramitar i resoldre en el mateix acte.<sup>123</sup>

## 2.4 Resolució de nomenament i encàrrec

### a) *Tria de l'assistent*

L'art. 226-1.2 CCCat diu que l'autoritat judicial ha de respectar la voluntat de la persona a protegir pel que fa al nomenament [o l'exclusió] d'alguna persona com assistent. Això és coherent amb el fet que només pot endegar el procediment la mateixa persona afectada, la qual pot manifestar una preferència determinada, més o menys condicionada: igual com podria no sol·licitar d'adopció de la mesura, no seria possible imposar-li algú a qui la persona no vol o preferir un tercer si aquesta persona ha indicat qui vol que exerceixi el càrrec, i aquesta persona és apta i està disposada a assumir-lo.

Aquesta formulació legal planteja almenys dos problemes: el primer, en el cas que la persona triada per l'interessat no fos apta legalment per a exercir el càrrec; el segon, en el cas en què fos apta, però les circumstàncies del cas portessin a concloure que no és oportú que sigui nomenada. Quant al primer problema, les normes «en matèria d'aptitud, excusa i remoció dels tutors» són aplicables per remissió de l'art. 226-6 CCCat, sense que la limitació a «la mesura en què siguin compatibles amb la funció d'assistència» permeti donar al jutge una llibertat més gran en atenció a la voluntat expressada pel sol·licitant i al menor abast de l'assistència, per comparació amb la tutela.<sup>124</sup> El segon problema no està resolt per la normativa, ja que per hipòtesi la persona triada per l'interessat és apta<sup>125</sup> però objectivament seria preferible nomenar una altra persona. Els termes legals són, tanmateix, taxatius i durant el tràmit parlamentari va desaparèixer el «motiu greu» com a causa per apartar-se del que demana l'interessat. RIVERO ho ha criticat, perquè l'elecció pot resultar capriciosa o justificada en l'afecte però perfectament inadequada en la utilitat.<sup>126</sup> En conseqüència, si el jutge no estima oportú nomenar aquella persona, només tindria l'opció de no acordar la mesura, ateses les limitacions imposades pel sol·licitant i que motivadament resulten contràries al seu interès.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:915 (amb cita de la DA 3ª LO 1/1996, de 15 de gener, de *protecció jurídica del menor*, que així ho estableix expressament).

<sup>124</sup> Tanmateix, *contra* MARTÍNEZ GARCÍA 2011:150, que postula la viabilitat del nomenament d'una persona triada per l'assistit però que prèviament havia estat remogut d'una tutela o encara que es tracti d'algú amb qui la persona assistida té un conflicte d'interessos.

<sup>125</sup> Vegeu no obstant BARRÓN ARNICHES 2011:231 (aplicant el mateix criteri a ambdues situacions).

<sup>126</sup> RIVERO HERNÁNDEZ 2011:419.

<sup>127</sup> A la pràctica, no obstant, si no es procedeix a nomenar assistent en aquesta hipòtesi és ben probable que aquella persona segueixi aconsellant o fins i tot gestionant els assumptes de la persona en el seu nom, sense cap mena de control específic, per limitat que pugui ser en l'assistència. Nomenar-la podria permetre controlar-la millor i exigir-li si escau que reti comptes davant l'autoritat judicial.

Si l'interessat no ha designat ningú, l'autoritat judicial haurà de triar la persona més adequada. També aquí s'apliquen, per remissió, les normes de la tutela en matèria d'aptitud i excusa dels cridats com a tutors. Una regla de preferència dels familiars respecte a tercers es pot deduir de l'art. 227-10 CCCat, que requereix que no hi hagi persones de l'entorn familiar o comunitari que puguin assumir la tutela abans de designar persones jurídiques públiques o privades sense ànim de lucre.<sup>128</sup> D'altra banda, no veig raons per justificar que les entitats o persones jurídiques l'objecte de les quals és el suport i la protecció de persones amb disminució no puguin tenir la condició d'assistents, per bé que ha de quedar clar que han de designar la persona física que es responsabilitza de les tasques d'assistència en els àmbits personal o patrimonial.<sup>129</sup>

Enlloc no s'indica, en el moment de fer el nomenament, la durada de la mesura i si escau revisar-la periòdicament. S'ha dit que això contradiu els principis internacionals en aquesta matèria i contrasta amb els precedents comparats més propers.<sup>130</sup> No obstant això, actualment encara és un tret comú a totes les funcions de suport i protecció del CCCat i del CC espanyol, i tal vegada és una omisió molt menys greu en l'assistència, pel seu caràcter voluntari i disponible, més que no pas en la tutela o la curatela, on aquesta disponibilitat no existeix i on està més justificada la revisió periòdica de la mesura i fins i tot la seva caducitat.

### *b) Abast de l'assistència*

Segons l'art. 226-2.1 CCCat, en la resolució de nomenament, l'autoritat judicial determina l'àmbit personal o patrimonial de l'assistència, i els «interessos» dels quals ha de tenir cura l'assistent. Aquesta fórmula tan general, tanmateix, s'ha d'enquadrar en el sentit de la mesura: només allò que sigui estrictament necessari per pal·liar les dificultats derivades de la disminució de facultats i per evitar els riscos que podria comportar.

El text legal citat, per tant, s'ha d'entendre com una crida a que la decisió judicial sigui ben concreta, tant pel que fa als àmbits com als aspectes o interessos específics de què ha d'ocupar-se l'assistent (l'àmbit de les «funcions de l'assistència» a què al·ludeixen els arts. 226-2.3 i 226-4.1).<sup>131</sup> RIVERO assenyala correctament, d'altra banda, que «el respeto de la voluntad del solicitante, que preside la asistencia, exige que el contenido de esta se adecúe a esa voluntad lo máximo posible», si bé admet que el jutge «excepcional y razonadamente deberá desatenderla».<sup>132</sup>

128 RIVERO afirma que no és aplicable directament, sinó per analogia, l'art. 222-10.2 CCCat, ja que l'encàrrec de l'assistent és més limitat i el jutge tindria més llibertat per ajustar-se a les necessitats i situació personal de la persona (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:417). Vegeu també MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146.

129 En aquest sentit, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:148. Vegeu també PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:909. *Contra* RIVERO HERNÁNDEZ 2011:418.

130 GARCÍA LÓPEZ/CASAS PLANES 2011:212. Cf. art. 12 CNUPD i Principi 14 Recomanació CdE 99(4).

131 Algunes resolucions dictades fins ara, no obstant, es limita a parafrasejar els articles del capítol del CCCat sobre l'assistència, sense concretar quin és l'abast de les funcions que concretament encomana a l'assistent. Aquest és el cas de la interlocutòria JPI n. 6 de Girona, 29.6.2012.

132 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:421.

Encara que literalment sembla que el precepte presenta una alternativa entre àmbits personal o patrimonial, conclou que només pot incidir en un i prou d'aquests àmbits és una conseqüència incoherent amb la *personalització* de totes les institucions de protecció, fins i tot les que fins ara tenien més en compte el patrimoni o els béns que no pas la persona posada en algun règim de protecció. Per tant, l'assistent es pot centrar només en un dels dos àmbits, o incidir en tots dos simultàniament, segons el que disposi a aquest efecte la resolució judicial (cf. art. 221-1 CCCat).

El text legal complementa la fórmula general<sup>133</sup> de l'apartat 1 tot fixant un quadre també general en relació amb cadascun dels dos àmbits.

En l'àmbit *personal*, les tasques encomanades a l'assistent poden ser molt àmplies i variades, i en aquest punt la nova figura presenta una singularitat que l'especifica respecte a les institucions tutelars, i en particular respecte a la presentació legal de la curatela.<sup>134</sup>

L'assistent, diu l'art. 226-2.2 CCCat, «ha de vetllar pel benestar de la persona assistida». En relació amb la cura de la persona, les tasques de l'assistent es poden referir tant a aspectes materials com a aspectes jurídics, segons el tipus de suport que aquella precisa. La resolució delimita les tasques de l'assistent i preveu el deure de mantenir un contacte regular amb la persona assistida, encarregant-li tasques concretes orientades a vetllar pel seu interès. Per exemple, en relació amb l'organització de la seva vida domèstica (com ara controlar la seva dieta i alimentació, supervisar les mesures d'higiene i de salut indicades pels serveis mèdics o assistencials, prendre iniciatives per evitar l'aïllament social de la persona i promoure'n la participació en la vida social i comunitària). Però l'assistent també pot venir legitimat en la resolució de nomenament per a donar suport a la persona en relació amb decisions amb rellevància jurídica, com ara conflictes derivats de les relacions de veïnatge o en el seguiment del compliment de les mesures imposades a la persona per altres instàncies (com ara l'accés a determinats llocs, la prohibició d'apropar-se o contactar amb determinades persones, el seguiment de programes de reeducació o similars).<sup>135</sup>

Per a recolzar la persona en aquest àmbit personal no cal, ni seria possible en molts casos, atribuir la representació legal a l'assistent. Les tasques assignades a l'assistent, i en especial el deure de vetlla que caracteritza el seu encàrrec, es fan efectius mitjançant l'assistència i el consell que aquell li ha de prestar durant la vigència del càrrec. D'altra banda, en l'àmbit patrimonial la finalitat de la llei també és donar suport i protecció a la persona. Per això, no es parteix de la substitució de la persona assistida per l'assistent en la presa de decisions que l'afectin sinó que l'assistent s'ha de limitar a cooperar amb la persona protegida perquè aquesta pugui exercir de manera segura la capacitat que conserva. Ara bé, en interès de la persona protegida i només a petició seva,

133 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:150.

134 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:911. Sobre la versatilitat de la curatela en la seva aplicació judicial, vegeu no obstant *supra* nota 23.

135 Cal remarcar, tanmateix, que en relació amb les mesures imposades en àmbits penals o en sancions administratives l'assistent no és una mena de delegat del jutjat o de l'entitat pública competent, sinó una persona que només vetlla per l'interès de la persona protegida. Cf. ROSCH 2011:140.

les tasques de l'assistent es poden eixamplar i incloure facultats d'administració ordinària, on aquell representarà si escau la persona protegida.<sup>136</sup> L'assistent català, tanmateix, no pot ser nomenat amb l'exclusiva finalitat de gestionar o administrar determinats béns de la persona assistida, ja que aquestes facultats expressament es refereixen per la llei com addicionals a l'establiment de la necessària intervenció d'aquell en determinats actes que la persona protegida no podria fer tota sola.

L'art. 226-2.3 especifica en primer lloc que l'assistència consisteix a *intervenir* juntament amb la persona assistida en els actes jurídics relacionats amb les funcions de l'assistència. La llei s'aparta de la terminologia de *complement de capacitat* emprada per als emancipats, i el propi d'assistència, que és l'emprat a la curatela i que denomina aquí la institució de suport i protecció com un tot. Els termes de la llei semblen indicar que es tracta d'*acompanyar la persona* en la realització dels actes inclosos en l'àmbit de les atribucions de l'assistent (*v.gr.* cobrar les prestacions socials, fer despeses superiors a determinada suma amb càrrec als fons indicats a la resolució, disposar dels fruits, etc). La doctrina subratlla també la novetat de la terminologia<sup>137</sup> si bé hom conclou que per la seva eficàcia es tracta d'un complement de capacitat, de manera que l'autor de l'acte intervingut és la persona assistida, la capacitat de la qual és complementada o completada, sense substituir-la, per l'assistent.<sup>138</sup> Per la meua banda, crec que no és imprescindible qualificar la declaració de l'assistent per relació amb la (restricció de la) capacitat d'obrar de la persona. N'hi ha prou amb destacar-ne la finalitat i l'eficàcia. Serveix per a substanciar la protecció que el nomenament d'assistent representa tot limitant el risc que la persona protegida atorgui negocis jurídics que el podrien perjudicar. Per aconseguir aquesta protecció, l'acte en qüestió resta sotmès a la conformitat o autorització de l'assistent, sense la qual és anul·lable. Aquesta protecció s'aconsegueix fent participar o intervenir l'assistent a la celebració de l'acte personalment, amb la qual cosa hi dóna la seva conformitat mitjançant l'aquiescència i, als efectes de preconstituir la prova de l'assistència, signa la documentació corresponent. Però per a la mateixa finalitat també pot ésser suficient una autorització

136 La conformació legal de les facultats atribuïdes a l'assistent suscita perplexitat en la doctrina, com exemplifica molt bé el plantejament crític de BARRÓN, quan afirma que l'assistent s'apropa l'apoderat en previsió d'incapacitat i que les seves funcions s'aproximen a les d'un guardador de fet, però que mai no pot tenir les funcions d'un tutor, ni hi podrà haver representació. Cf. BARRÓN ARNICHES 2011:231.

137 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:423 «es jurídicamente neutra... no corresponde a ninguna categoría jurídica tipificada legalmente». Vegeu també BARRÓN ARNICHES 2011:232. L'ambigüïtat expressiva d'aquestes normes l'hem heretada del CC espanyol, on l'expressió «intervenir» s'utilitza en seu de curatela als arts. 288, 290 i 293. Com va explicar molt bé la professora Casanovas, en aquests articles l'expressió intervenir és anàloga a la d'assistència i a consentiment en la modalitat d'assentiment o declaració de voluntat unilateral externa a l'acte realitzat per una altra persona, com a exigència legal per a la seva plena eficàcia (CASANOVAS MUSSENS 1985: 95). La Llei Concursal també utilitza aquesta terminologia per al concurs voluntari tot subratllant el caràcter d'autorització habilitant de la plena eficàcia de l'acte (cf. art. 40.1 LC: «el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la *intervención* de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad»).

138 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:423; MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146. *Contra* BARRÓN ARNICHES 2011:232.

prèvia, que no requereixi participació de l'assistent en persona, posat que aquest estigui assabentat de totes les condicions de l'acte en qüestió.

A l'hora de configurar els límits a l'actuació tota sola de la persona protegida no s'estableix una fórmula general, ni es remet a cap enumeració legal en concret, de manera que són imaginables moltes fórmules, amb l'objectiu d'adaptar-se a les necessitats concretes de l'interessat. Algunes d'aquestes fórmules es corresponen amb les que la pràctica judicial ja coneix en relació amb la curatela, com ara distingir entre la disposició dels ingressos i sobre el capital o els béns immobles o de més valor; distingir segons la tipologia d'actes, de manera que els actes d'administració no caldria autoritzar-los, però sí els actes de disposició; restringir l'accés de la persona protegida a determinats béns (com ara determinats béns de gran valor o immobles) o restringir les facultats de disposició dels fons dipositats en determinats comptes.

Juntament amb aquesta facultat d'intervenir obligatòriament en els actes jurídics relacionats amb les funcions de l'assistent, l'art. 226-2.3 preveu, com també ho fa per a la persona judicialment incapacitada subjecta a curatela, la possibilitat de conferir, en aquest cas a petició de la persona assistida, «funcions d'administració del patrimoni de la persona assistida» i que l'art. 226-6 CCCat qualifica d'*ordinària*. Caldrà sol·licitar-ho en l'escrit demanant el nomenament d'assistent, però s'admet que també es pugui fer després en el curs de l'exercici d'aquesta, si la persona protegida ho veu oportú.<sup>139</sup>

L'abast d'aquesta possibilitat depèn de la interpretació de l'expressió «administració ordinària», que també s'ha considerat imprecisa<sup>140</sup> i que cal relacionar amb la distinció en administració de béns aliens *ordinària* i *extraordinària*.<sup>141</sup> La primera faria referència a actes que permeten explotar i utilitzar els béns sense modificar-ne la destinació. La segona bàsicament a actes de disposició o alienació. D'aquí s'ha conclòs que l'assistent podria fer actes d'administració i en general els actes necessaris per a la conservació, el manteniment de la utilitat dels béns i l'extracció dels fruits i rendes, el cobrament de crèdits i pagament de deutes, la realització d'inversions prudencialment segures, la realització de despeses ordinàries i la substitució de béns per desgast.<sup>142</sup>

L'art. 226-6 fa l'aclariment que si l'assistent té atribuïdes funcions d'administració ordinària del patrimoni haurà de retre comptes anualment, com ho faria un tutor, davant l'autoritat judicial que va nomenar-lo (arg. ex art.

139 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:424.

140 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:424.

141 També s'empra aquesta terminologia en l'art. 223-5.1 (guarda de fet) i en l'art. 236-11.6 CCCat, que especifica que els actes d'administració extraordinària dels béns dels fills menors en potestat són els actes per als quals es requereix autorització judicial conforme a l'art. 236-27 CCCat.

142 Cf. RIVERO HERNÁNDEZ 2011:424 (connectant aquesta categoria amb la distinció entre administració ordinària i extraordinària que proposaven els treball preparatoris del llibre V). RIVERO pensa també que el jutge podria autoritzar també la realització d'actes de disposició, per evitar que el patrimoni quedi immobilitzat. Aquesta possibilitat no sembla possible atesos els termes de la llei i, concretament, el caràcter excepcional conferit a l'administració de l'assistent. Tanmateix, tindria l'avantatge que l'ús que es fes d'aquestes facultats formaria part de la rendició de comptes de l'assistent, cosa que podria no succeir si, en no dir res la resolució, la persona beneficiària atorgués poders en favor del mateix assistent.

222-31-2 CCCat),<sup>143</sup> si bé cal entendre aplicable l'excepció de l'art. 222-31.3 quan el patrimoni és molt reduït, de manera que a partir del primer rendiment de comptes l'autoritat judicial pot disposar que es retin comptes per períodes més llargs, sense ultrapassar mai els tres anys. En cessar l'assistent, aquest ha de retre també comptes finals de la seva gestió, encara que ho hagi anat fent de manera periòdica.<sup>144</sup>

Una qüestió que pot portar problemes és la relació entre aquest apoderament judicial per administrar i els mandats voluntaris que hagi atorgat o que pugui atorgar posteriorment la persona protegida, inclòs el poder preventiu que es pugui activar mitjançant el procediment *ad hoc* que estigui previst en ell. Els poders ja atorgats no resten afectats per la decisió de la persona de sol·licitar la constitució de l'assistència. Tanmateix, tal vegada a suggeriment de l'assistent i a fi de clarificar la situació jurídica de la gestió dels béns de la persona assistida, és versemblant que es revoquin. Ara bé: això no sempre serà possible, ni convenient (per exemple, perquè es refereixen a àmbits no inclosos en l'assistència o quan les facultats de l'apoderat són més àmplies, i inclouen poders de disposició de béns concrets de la persona assistida). En aquest cas, l'encàrrec de l'assistent es pot circumscriure a vetllar perquè l'interès de la persona protegida es respecti adequadament en l'ús que es fa dels poders atorgats. Pel que fa a la possibilitat d'atorgar nous poders, cal tenir present que un cop en vigor l'assistència no seria possible fer, mitjançant l'atorgament d'un poder, allò que no es podia fer amb plena eficàcia tot sol, car altrament resultaria ben fàcil articular una cadena de negocis, un de representatiu i la resta celebrats pel nou representant, que obviés el control que la persona s'autoimposa amb la sol·licitud de nomenament d'assistent.

### c) *Publicitat de l'assistència*

Conforme a l'art. 226-7.2 la presa de possessió del càrrec d'assistent s'ha d'inscriure al registre del domicili mitjançant comunicació de la resolució. En tant que la mesura afecta a la possibilitat de realitzar amb plena eficàcia actes relatius a la seva esfera patrimonial, s'explica que es prevegi la publicitat de la resolució en el Registre Civil. Ara bé, enlloc no diu que la inscripció de l'assistència sigui *obligatòria* i s'ha criticat que es prevegi la inscripció no de la constitució de l'assistència, sinó de la presa de possessió del càrrec d'assistent.

### d) *Estatut de l'assistent*

Un cop nomenat i després d'haver pres possessió del càrrec, en la mesura en què es tracta d'un ofici de dret privat, l'assistent està subjecte a un règim jurídic equiparable al de la resta d'institucions de protecció de nomenament judicial. Per tant, la remissió que fa l'art. 226-6 CCCat s'ha de completar amb l'aplicació dels principis generals aplicables a totes les institucions legals de protecció de la persona (cf. arts. 221-1 a 221-5 CCCat).<sup>145</sup> En particular, això permet donar resposta a qüestions com ara la gratuïtat de

143 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:152.

144 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:153.

145 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:417.

l'exercici del càrrec, on en principi es descarta que l'assistent hagi de percebre cap remuneració, sens perjudici del criteri general de reembossament de les despeses,<sup>146</sup> o també a la possibilitat o no de delegar alguna de les seves tasques.<sup>147</sup>

Hom es planteja, d'altra banda, i atès que en aquest punt no hi ha remissió expressa de la normativa específica, si cal aplicar les normes de la tutela sobre deure d'inventari del tutor. En puritat, la resolució que finalitza l'expedient és la que ha de concretar quines són les tasques i deures que incumbeixen a l'assistent,<sup>148</sup> si bé en la mesura en què aquella amplii l'abast ordinari de l'assistència i atribueixi funcions d'administració, requerir la formació d'inventari sembla inexcusable perquè la rendició de comptes es pugui fer amb unes mínimes garanties d'utilitat.

La normativa només es refereix a l'extinció de l'assistència, però és clar que també es pot donar l'extinció del càrrec d'un assistent bo i mantenir-se vigent la institució de protecció. A aquest efecte són causa d'extinció del càrrec la mort, declaració de mort o absència de l'assistent, i l'excusa sobrevinguda acceptada judicialment. El cessament i la remoció poden tenir lloc, com a la tutela, per ineptitud sobrevinguda, incompliment dels deures inherents al càrrec, negligència en el seu exercici i també per «problemes de convivència greus i continuats amb la persona» protegida. Poden demanar la remoció de l'assistent la persona protegida, però també el fiscal o fins i tot el jutge d'ofici, en virtut del control judicial inherent al càrrec i al seu exercici.

Malgrat la disponibilitat que regeix sobre l'assistència com a mesura de protecció, la persona protegida no pot sol·licitar el cessament de l'assistent sense justificar que s'ha donat alguna de les causes legals de remoció. La conseqüència natural del nomenament *judicial* de l'assistent fa que no entri dins de les possibilitats de la persona assistida la revocació de l'encàrrec d'aquell, la qual cosa allunya l'assistència dels mandats ordinaris o fins i tot de l'apoderament en previsió d'incapacitat mentre aquesta encara no s'ha declarat. La mediació judicial fa que es pugui afirmar sense cap mena de dubte que l'encàrrec a l'assistent no li ha conferit la persona protegida sinó el jutge, encara que sigui en exclusiu interès d'aquella.

### 3. EFECTES DE L'ASSISTÈNCIA

#### 3.1 Entre la persona assistida i l'assistent

En l'àmbit personal, el deure de vetlla que estableix l'art. 226-2.2 CCCat i que caracteritza genèricament les obligacions que assumeix l'assistent en l'àmbit personal no ve expressament acompanyat a la llei d'alguna facultat o possibilitat per fer-lo efectiu.<sup>149</sup> De fet, el text posa més aviat l'èmfasi en que cal «respectar plenament la voluntat i les opinions personals» de la persona protegida, si bé aquesta frase s'ha d'entendre en la línia de l'art. 221-1 CCCat,

146 Per tots, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:151. Vegeu principi a l'art. 221-3 CCCat.

147 Cf. PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:912 (adduint l'art. 221-5 CCCat).

148 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:152.

149 Compareu amb els arts. 222-35, 222-36.2 i 222-39 CCCat, en seu de tutela.

i per tant en el sentit que, com a funció de suport i protecció, s'ha d'exercir sempre d'acord amb la personalitat de la persona protegida.

Sembla que es pressuposa que l'assistent ha de vetllar per la persona mitjançant el diàleg i convencent-la de la conveniència de fer (o no) alguna cosa. En altres mots, la funció de l'assistent en aquest àmbit es reduiria a la d'aconsejar, educar i proporcionar suport. No crec que calgui assumir això sense explorar totes les possibilitats interpretatives. En aquest sentit, el nomenament d'assistent ha de comportar, com a mínim, que la persona assistida hagi de suportar, mentre està vigent la mesura, la interferència de l'assistent en allò que per a l'àmbit personal hagi establert la resolució. Mentre estigui vigent, i si així ho ha autoritzat la resolució judicial, haurà d'admetre, per exemple, que l'assistent accedeixi al seu domicili, que examini les seves medicines o revisi la seva alimentació, entre altres aspectes que poden anar dirigits a assegurar que la persona recobra la seva autonomia o es manté en una situació estable i sense empitjorar. En altres paraules, l'assistència pressuposa la legitimitat de les actuacions permeses a l'assistent i que fan efectiu el suport per a l'autocontrol que la pròpia persona s'ha imposat en sol·licitar l'establiment judicial de la mesura. Atès que hi ha un deure de vetlla que pot comportar la responsabilitat de l'assistent si no es prenen les mesures adreçades a garantir el benestar de la persona assistida, la torna d'aquesta responsabilitat són les limitacions autoimposades vinculades a l'acceptació de la pròpia situació i a l'empara que judicialment s'ha sol·licitat.

En darrer terme, tanmateix, el marc que proporciona aquesta mesura no deixa de ser força limitat ja que, en cas que no accepti o toleri les càrregues que imposa la vigència de la mesura, la persona protegida podrà demanar-ne l'extinció, si bé tramitant un nou expedient com aquell en què es va establir.

Pel que fa a l'àmbit patrimonial, per altra part, l'assistència té una eficàcia típica, consistent en la limitació de l'eficàcia de determinats actes jurídics, i una eficàcia dispositiva o no obligada, consistent a atorgar dins el procediment corresponent legitimitat perquè l'assistent pugui realitzar actes d'administració ordinària del patrimoni de la persona protegida. En ambdós casos, la constitució de l'assistència comporta per a la persona assistida la càrrega d'acceptar i assumir que, en ocasions, no podrà actuar pel seu compte i que, si escau, l'assistent durà a terme actes amb transcendència jurídica en el seu nom, que no podrà modificar o rectificar sense incórrer en responsabilitat. En la relació interna és evident que un dels primers efectes d'aquesta espècie de mandat judicial és que la persona protegida ha de comptar amb que l'assistent pot actuar i que està autoritzat a fer-ho<sup>150</sup> i que té, per tant, la càrrega de mantenir-lo informat d'aquells actes en què es puguin produir solapaments entre les actuacions d'un i altre. També sobre els mandats especials o generals que la persona protegida pugui haver atorgat o tingui intenció d'atorgar.

---

150 Rosch 2011:142.



### 3.2 Envers tercers

En les relacions amb tercers, interessa especialment comentar quina eficàcia té l'assistència en relació amb dos punts. Per una banda, en relació amb la possibilitat que, de resultes del nomenament d'assistent, aquest ostenti facultats representatives en l'àmbit de l'administració ordinària dels béns de la persona protegida, malgrat que la persona protegida pugui seguir actuant en aquell àmbit amb plena eficàcia jurídica. Per un altre costat, la ineficàcia que s'atribueix als actes jurídics fets per la persona protegida sense la intervenció de l'assistent allà on aquesta era preceptiva.

En relació amb la primera qüestió, la llei té cura d'advertir que les facultats atribuïdes a l'assistent no afecten la capacitat d'obrar de la persona protegida i que es manté la possibilitat de fer «per ella mateixa» la mena d'actes que també està autoritzat a fer l'assistent (art. 226-2.3 CCCat). D'on es desprèn, per tant, que, com s'esdevé amb ocasió de l'atorgament voluntari de poders representatius, existeix el risc que d'aquesta administració solidària o indistinta se'n derivin com a conseqüència actes (d'administració ordinària) concurrents i en tot o en part contradictoris. És possible, per exemple, que hi hagi arrendaments concurrents incompatibles. RIVERO assenyala respecte d'això, correctament al meu parer, que en cas de conflicte s'han d'aplicar les regles generals sobre doble disposició vàlida (prioritat en el temps, bona fe de l'adquirent).<sup>151</sup> Però anant una mica més lluny, roman el problema de les possibles responsabilitats envers la contrapart contractual de bona fe, l'interès de la qual pot haver quedat defraudat amb la manca de consumació del negoci corresponent. En aquesta hipòtesi no es pot descartar que la persona protegida incorri en responsabilitat i que, d'altra banda, en algun cas es pugui repetir contra l'assistent pel defectuós compliment de les seves obligacions d'informar sobre les gestions fetes en exercici del seu poder representatiu o per haver infringit les instruccions expressament formulades per la persona protegida en relació amb una concreta gestió.<sup>152</sup>

Pel que fa a la segona qüestió, tot i que la norma expressament no es manifesta en el sentit de modificar la capacitat d'obrar de la persona, la llei declara el caràcter claudicant dels actes inclosos en l'àmbit de l'assistència i que la persona protegida hagi atorgat tota sola.<sup>153</sup> Segons l'art. 226-3 CCCat, la manca d'intervenció de l'assistent fa anul·lables, a instància de l'assistent o de la persona assistida, els actes en què, conforme al que es disposa a la resolució de nomenament, havia d'intervenir l'assistent. En cas de mort, poden anul·lar-los els hereus, en el termini de quatre anys des de la mort. Si s'arriba a constituir

---

151 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:425. Per a BARRÓN ARNICHES 2011:233 l'assistent no pot «representar» i s'ha de limitar a «assistir», d'on resulta que l'eficàcia dels actes inclosos en l'administració ordinària conferida judicialment a l'assistent dependria de l'actuació *conjunta* de tots dos, assistent i persona assistida, malgrat el que expressament preveu l'apartat final de l'art. 226-2.3 CCCat.

152 Conforme al criteri de diligència del bon administrador aplicable al tutor i que, per analogia, també es podria aplicar a l'assistent, a desgrat de la limitada remissió de l'art. 226-6 CCCat (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:425 i 438).

153 Cal tenir present que el remei de l'anul·labilitat no es refereix a l'àmbit personal, ja que només els «actes jurídics» resulten impugnables (v. art. 226-3 *pr* CCCat). Cf. RIVERO HERNÁNDEZ 2011:423.

la tutela en interès de la persona assistida, a partir d'aquell moment s'obre un termini de quatre anys. No hi ha, per tant, termini per a la impugnació mentre viu la persona protegida i per això la llei no n'especifica cap.<sup>154</sup> Malgrat que la norma tampoc no ho especifica, tractant-se d'un supòsit d'anul·labilitat l'assistent pot confirmar expressament o tàcita el negoci celebrat sense el seu assentiment.<sup>155</sup>

En essència, el nomenament d'assistent per a una persona amb disminució no incapacitant que es considera legalment vulnerable suposa posar la vena abans que la ferida, arran del risc d'explotació o abús vinculat a la situació personal del beneficiari. Resulta tanmateix molt difícil d'acceptar que l'anul·lació pugui venir interessada per la pròpia persona, sense tenir en compte altres factors, de tipus patrimonial (*v.gr.* utilitat de l'acte, entitat de la lesió, etc) o de tipus jurídic (bona o mala fe de la persona subjecta a assistència, imputabilitat de l'acte a l'altra part, actuació de l'assistent). En aquest sentit, noteu que malgrat que la norma guarda un gran paral·lelisme amb la vigent en matèria d'anul·lació dels actes del sotmès a curatela (cf. art. 223-8 CCCat), en aquest darrer cas la persona posada en curatela no té legitimació per a impugnar fins que surti de la curatela. En canvi, la norma objecte de comentari permet a la persona protegida venir contra els seus propis actes d'una manera que podria ser contrària a la bona fe. Cal, per tant, fer-ne una interpretació correctora, que restringeixi la legitimació de la persona protegida al moment en què s'extingeix l'assistència, a la manera de la legitimació del menor emancipat o del subjecte que estava sotmès a curatela.<sup>156</sup> Altrament, es dona una paradoxa insostenible i que és que, en tenir legitimació per impugnar-lo, la persona protegida el pot confirmar quedant sense sentit la limitació en què consisteix l'assistència.

Per altra banda, una vegada es conclou amb l'anul·lació de l'acte, el problema rau a determinar quin és el règim de la possible restitució de les prestacions, ja que les normes aplicables supletòriament del CC espanyol limiten la restitució a allò en què la persona es va enriquir quan aquesta estava «incapacitada», condició que no té la persona posada en assistència però la qual presenta una disminució en les seves facultats que pot entrar en la finalitat de protecció d'aquelles normes.

154 RIVERO considera aplicable el termini de 4 anys de l'art. 1301 CC espanyol, comptadors des de la perfecció o consumació de l'acte, si hi ha pretensió de danys (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:428); però això darrer encaixa molt malament amb la finalitat de protecció de la norma.

155 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:427. Tema diferent al de l'anul·lació dels actes de la persona assistida és el de la ineficàcia, per extralimitació de l'assistent, dels actes jurídics de l'assistent en nom de la persona assistida fora de l'àmbit d'actuació permesa per la resolució judicial. Es tracta d'una actuació il·legítima, que no vincula la persona protegida (*ex art.* 1259 CC), però que aquesta podria ratificar a títol de gestió de negocis aliens. Cf. art. 1259 II en relació amb arts. 1892 i 1893 CC.

156 Aquesta és la interpretació que es fa a Itàlia respecte a l'art. 412 *c.c.*, que també confereix indistintament legitimació a l'administrador i al beneficiari. La doctrina estima que malgrat que es parteix de la presumpció de capacitat d'obrar, que permetria al beneficiari impugnar els actes extralimitats o il·lícits de l'administrador, no podria fer el mateix respecte als seus propis actes en l'àmbit atribuït exclusivament a l'administrador (CORTELLONI 2009: 899).

#### 4. MODIFICACIÓ I EXTINCIÓ

Atès que tota mesura de protecció ha de ser flexible i proporcionada a les circumstàncies de les persones, un principi bàsic en aquesta matèria és que, quan les circumstàncies que van motivar el nomenament d'assistent cessen o es modifiquen, tant per millorar com per empitjorar, la protecció instaurada en interès de la persona també s'ha d'extingir o si escau reduir o ampliar, respectivament. Això és també el que resulta dels arts. 226-4 i 226-5 CCCat. El primer disposa que si és necessari ateses les circumstàncies s'ha de reduir o ampliar l'àmbit de funcions de l'assistent. L'art. 226-5.1 lletra b), de la seva banda, diu que l'assistència s'extingeix «per la desaparició de les circumstàncies que la van determinar». En ambdós casos, l'autoritat judicial ha de prendre la decisió, acordant la reducció o ampliació que estimi convenient o donant lloc a l'extinció de l'assistència i deixant sense efecte el nomenament d'assistent.<sup>157</sup>

Aquestes normes presenten una gran ambigüitat pel que fa a la legitimació per a sol·licitar la presa d'aquesta decisió. En dos llocs es diu que es fa «a instància de part». Per tant, sembla que algú hauria de fer la petició en aquest sentit, incloent-hi la persona assistida. Però, qui és «part» si només la persona assistida tenia legitimació activa per demanar la constitució de la mesura? Es podria pensar en l'assistent, però d'aquest es diu expressament que el que ha de fer és «comunicar al jutge l'existència de circumstàncies que permeten l'extinció o la modificació» (cf. art. 226-4.2) i no, per tant, instar el corresponent expedient. Des de la perspectiva processal, s'ha advertit que en un expedient de jurisdicció voluntària no és tècnicament correcte referir-se a «parts» i que, per tant, la modificació o extinció tindrà lloc únicament a petició de la persona protegida. Això explicaria per què l'assistent no té legitimació per promoure la modificació del seu encàrrec, ni per què no es preveu l'actuació d'ofici del jutge.<sup>158</sup> Evidentment, això suposa una limitació notable de la potencialitat de la institució en aquells casos en què en lloc de millorar, la condició psicofísica del beneficiari ha empitjorat. La possibilitat d'actuació d'ofici, a instància de l'assistent, ajudaria a articular una via judicial per a l'adaptació de l'assistència a la nova situació de la persona, sense avançar necessàriament cap a la seva incapacitació.<sup>159</sup>

Noteu que la incapacitat natural sobrevinguda de la persona assistida no es preveu a la norma com a causa específica d'extinció de l'assistència, a diferència de la incapacitació, que sí s'esmenta de manera expressa, juntament amb la mort, la declaració de mort o l'absència. Una interpretació pot aduir, ben raonablement, que la incapacitat natural sobrevinguda comporta la «desaparició de les circumstàncies que la van determinar» a què al·ludeix l'art. 226-5.1 lletra b) CCCat, ja que per constituir l'assistència el pressupòsit sine qua non era que la disminució de facultats no fos «incapacitant». Així, arribada

157 RIVERO apunta que a més de la possible ampliació o reducció de funcions de l'assistent, també hi podria haver la necessitat de modificació per trobar millor eficàcia o precisar millor la forma d'exercici de l'encàrrec després d'haver estat un temps i a la vista de com s'ha desenvolupat la relació entre assistit i assistent (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:430-1).

158 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:916.

159 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:431.

aquesta situació d'incapacitat no declarada, cal extingir l'assistència perquè han decaigut les condicions que van portar a instaurar-la. El cas d'incapacitat natural sobrevinguda coincidiria, per tant, amb el d'incapacitació com a causa autònoma d'extinció.<sup>160</sup> Adoptant un altre punt de vista, potser més amantent al principi de subsidiarietat que ha d'informar aquesta matèria, també es pot defensar que no sempre cal que l'assistència ja constituïda s'extingeixi i que s'hagi d'obrir un procediment d'incapacitació adreçat a constituir una tutela o una curatela.<sup>161</sup> Això només s'hauria de donar si la incapacitació és necessària perquè sense ella i sense el règim de guarda corresponent, no es tenen els instruments tècnics per aconseguir una protecció eficaç dels interessos personals o patrimonials de la persona afectada. L'argument normatiu que es pot aportar és que no cal incapacitar i nomenar un tutor o un curador si ja hi ha un assistent nomenat, com tampoc no cal necessàriament promoure la constitució d'una tutela quan hi ha un poder en previsió de futura incapacitació ja atorgat (arg. *ex art.* 222-2.1 CCCat).<sup>162</sup> El problema, però, és que podria ser que la resolució de nomenament d'assistent no prevegi facultats d'administrar el patrimoni de la persona, i en aquestes condicions només seria útil si fos suficient amb el deure de vetlla i de control dels actes determinats que la persona afectada no pot fer tota sola. Efectivament: en aquesta situació, si no s'instaura la tutela o una curatela amb facultats més àmplies, prèvia incapacitació de la persona, l'abast de l'assistència resulta massa estret.

En el supòsit de millora, d'altra banda, el més versemblant és que la mateixa persona la invocarà per posar fi a l'assistència. Però si aquesta persona no ho fa la llei no preveu ni l'extinció automàtica de l'assistència, ni la possibilitat d'actuació d'ofici del jutge. S'ha defensat, per això, que l'assistent pugui promoure l'extinció de la mesura<sup>163</sup> i, en definitiva, la finalització del seu encàrrec, com a manifestació del principi de mínima intervenció i també en exercici del dret a alliberar-se de la responsabilitat que s'hi vincula quan objectivament no està justificat.

Finalment, la normativa no esmenta com a causa d'extinció la petició que pugui fer la persona assistida, invocant exclusivament que no vol seguir

160 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:435. Vegeu també PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:916 (concloent que la comunicació de l'assistent al jutge prevista a l'art. 226-4.2 CCCat es preveu als efectes que aquest traslladi la informació al fiscal perquè aquest, si ho estima oportú, insti la incapacitació).

161 De fet, la possibilitat que concorrin una situació d'incapacitat (natural) i l'assistència és el pressupòsit de la situació descrita a l'art. 226-2.2 CCCat respecte a la realització d'actes i tractaments mèdics, sota el pressupòsit que a) la persona no pot decidir per ella mateixa i b) no hi ha un document de voluntats anticipades [DVA]. En aquesta situació, la vigència de la situació d'assistència col·loca l'assistent com a persona de referència en l'ordre dels legitims legalment per a prestar el consentiment informat per substitució (que és una regla que es formula amb independència de si la persona està o no incapacitada i exclusivament en funció de la capacitat natural; cf. art. 212-1.4 CCCat). A més, val a dir que tot i que hi pot haver un DVA, la funció que podria pertocar fer a l'assistent, si no hi ha una persona específicament designada al DVA, és també la d'interpretar-lo a la llum dels desitjos de la persona assistida i expressar el criteri a seguir.

162 Semblantment, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146, si bé aquest autor posteriorment diu que l'assistent estaria obligat a promoure la incapacitació de la persona protegida (151).

163 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:435.

subjecta a aquell règim. Hom podria pensar que la mesura és irreversible llevat que la persona afectada al·legui i demostrï que les circumstàncies que van justificar la mesura han desaparegut.<sup>164</sup> En altres paraules, haurà de demostrar que la disminució de facultats ha desaparegut o minvat fins al punt de fer innecessària l'assistència, o que malgrat que la disminució persisteix, està tanmateix en condicions de tenir cura de la seva persona i els seus béns. Aquesta conclusió és difícilment defensable en la mesura en què la persona protegida és l'única que pot sol·licitar la mesura, que aquesta mesura únicament s'estableix en el seu exclusiu interès, i no en el de tercers (v.gr. familiars amb dret d'aliments, creditors, serveis socials), i que només comporta limitacions per a la realització de determinats actes jurídics que especifica la resolució i que, per tant, en línia de principi s'ha de partir que tot i la disminució que limita les seves facultats conserva suficient capacitat natural o discerniment per a decidir què fer. Acreditat aquest últim requisit, s'escau l'extinció de la mesura. Però aquesta s'ha de demanar i acordar en el marc del corresponent expedient de jurisdicció voluntària que ha d'instar la persona protegida. Com indica RIVERO, pel fet de ser una institució de protecció de constitució judicial, «no puede desaparecer del ámbito jurídico de cualquier manera, sino que tiene que intervenir o dejarse constancia en sede judicial», a més de tenir el reflex registral corresponent.<sup>165</sup> Amb ocasió de la negativa de la persona protegida a continuar sota el règim d'assistència, tanmateix, es pot posar en evidència la necessitat de protecció d'aquella persona i que cal iniciar els tràmits per a la imposició de mesures al marge de la seva voluntat, mesures que hores d'ara, a l'espera de les futures reformes en la matèria, passen per instar-ne la incapacitació.

### III. CONFIGURACIÓ DE L'ASSISTÈNCIA REGULADA AL CCCAT

De l'anàlisi de la regulació de l'assistència al CCCat, mitjançant la interpretació sistemàtica de les seves disposicions a la llum de l'experiència que proporciona el dret comparat europeu, es poden establir els trets essencials que caracteritzen aquesta figura, permeten distingir-la d'altres i forneixen arguments per a respondre alguns dels dubtes interpretatius que la nova normativa planteja.

#### 1. INSTITUCIÓ DE SUPORT I PROTECCIÓ TÍPICA, DE CONSTITUCIÓ JUDICIAL

En primer lloc, es tracta d'una mesura de suport i protecció típica, nominada i regulada per la llei, i que es constitueix mitjançant una decisió motivada de l'autoritat judicial després d'un procediment en què s'avaluen, en relació amb la persona que la sol·licita, el compliment dels requisits que preveu

<sup>164</sup> Així, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:152.

<sup>165</sup> RIVERO HERNÁNDEZ 2011:433. Fins i tot en cas de mort, i per tal d'alliberar l'assistent de les seves responsabilitats (arg. *ex art.* 222-48.2 CCCat) i retre comptes.

la llei i l'oportunitat de la mesura. Aquest primer tret apropa, evidentment, l'assistència a la tutela, la curatela i al defensor judicial.<sup>166</sup> I l'allunya, en canvi, de la situació jurídica que resulta de l'atorgament d'un mandat ordinari o de poders generals o especials en favor de tercers, tant si aquests actes jurídics tenen eficàcia immediata com si la tenen diferida a un moment posterior, vinculat a la pèrdua de la capacitat de l'atorgant. Naturalment, també situa les coordenades de l'assistència lluny dels contractes que la persona afectada per la disminució pugui haver atorgat per obtenir serveis de suport o consell per a la millor gestió dels seus interessos.<sup>167</sup>

En aquests dos últims casos, mitjançant el suport o recolzament dels tercers amb qui la persona vulnerable pot convenir la representació o l'assistència per a la gestió dels seus afers, s'aconsegueix, en efecte, superar la disminució de les pròpies facultats i es pot continuar prenent part en el tràfic jurídic. D'altra banda, el control de la correcta gestió dels seus interessos es basa en la possibilitat de revocació de l'encàrrec. Més enllà d'això, s'apliquen al compliment de l'encàrrec les regles incloses en l'acord o el contracte corresponent, o, en darrer terme, el règim legal del mandat i les regles generals de les obligacions i els contractes.

Pel que fa al primer element, la disminució de facultats que afecta la persona del mandant i la mateixa finalitat de l'atorgament del mandat, fan que sigui poc probable que, quan calgui, la persona vulnerable es trobi, de fet, en condicions de fer ús de les seves prerrogatives contractuals. Més aviat al contrari, l'atorgament de poders, o el fet de dipositar la seva confiança en el consell de tercers, col·loca aquella persona en una situació en què corre el risc que aquells en qui havia confiat la cura dels seus interessos s'aprofitin de la seva debilitat o de la seva disminució de facultats per obtenir avantatges indeguts.<sup>168</sup>

Pel que fa al segon punt, el fet de ser una institució legal de suport i protecció de constitució judicial fa que, en l'assistència, com en la tutela o en la curatela, el control de la correcta gestió dels interessos de la persona es basi en la protecció legal vinculada a l'establiment de la mesura i a les competències que tenen l'autoritat judicial, la fiscalia i, si escau, de l'entitat pública de protecció d'adults. Més enllà de la responsabilitat per una execució diligent de l'encàrrec rebut, per tant, l'assistent gestiona els interessos de la persona posada en assistència com a *officium* de dret privat i això implica un plus de responsabilitat i control que s'evidencia amb la remissió que fa la llei al règim de la tutela.

Alhora, com a instrument de constitució judicial i basat en la delimitació d'uns interessos que el legislador ha considerat mereixedors de protecció, l'assistència dóna pas igualment a un règim de protecció, basat en la ineficàcia de determinats actes de la persona posada en assistència, que és oposable *erga*

166 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146.

167 En relació amb l'«assistent personal», vegeu *supra* nota 110 i text al que correspon.

168 Per exemplificar aquest risc, vegeu el supòsit de fet de la STS 30.6.2009, on un matrimoni d'avançada edat havia atorgat poders generals i especials al seu fill, incloent facultats per a disposar a títol gratuït i eximint-lo de la prohibició d'autocontractació, dels quals aquest abusa en clar perjudici dels poderdants.

*omnes* en interès d'aquella i que, naturalment, els instruments de suport i recolzament d'origen merament voluntari no poden assolir.

## 2. INSTITUCIÓ CONFIGURADA ENTORN A LA VOLUNTAT DE LA PERSONA

Tot i tractar-se d'una mesura judicialment acordada, es troba subjecta al principi de lliure disposició per la persona que la va sol·licitar, car per definició en demanar el nomenament d'assistent la disminució que l'afectava no era incapacitant, l'adopció de la mesura no comporta la incapacitat de la persona protegida i els interessos a protegir són exclusivament d'aquesta persona.

L'assistència que regula el CCCat posa èmfasi en l'exclusiva decisió personal de demanar el nomenament d'assistent i en el caràcter «no incapacitant» de la disminució de facultats que afecta el sol·licitant i que justifica l'adopció de la mesura. Com que, a més, l'assistència no compromet genèricament la capacitat d'obrar de la persona, encara que determinats actes realitzats sense la intervenció de l'assistent siguin anul·lables, d'aquí es dedueix que l'assistència està basada en el principi de lliure disposició de la mesura de protecció i que la mesura depèn de que la persona protegida, si conserva la seva capacitat natural, mantingui la seva conformitat a la vigència de la mesura.

Es pot plantejar, tanmateix, si no seria possible configurar el règim de l'assistència adoptant un punt de vista molt diferent.

D'acord amb aquest altre punt de vista, el fet d'admetre la legitimació exclusiva de la persona a protegir no seria decisiu perquè la vigència de la mesura depengués de la seva conformitat a mantenir-la. A més, l'anul·labilitat que es predica dels actes realitzats per la persona assistida sense la intervenció de l'assistent sembla portar a la conclusió que la capacitat d'obrar de la persona assistida està almenys restringida. D'aquí es podria sostenir que, una vegada nomenat l'assistent i establert l'àmbit de les funcions d'aquest, la persona protegida perdria la facultat d'instar *ad nutum* la finalització de la mesura i només podria acollir-se, si fos el cas, a la desaparició de les circumstàncies que van portar a nomenar l'assistent. Aquesta configuració és la que resultaria aplicable si l'assistència fos un tipus d'«incapacitació voluntària» com la suggerida per Díez-PICAZO en la cita reproduïda al final de la secció I d'aquest treball.<sup>169</sup>

De fet, la inclusió d'aquest tipus d'incapacitació fou una de les propostes de l'avantprojecte de llei de reforma del CC espanyol en matèria de tutela, elaborat per un equip dirigit pel mateix Díez-PICAZO. No obstant, la proposta no va reeixir i no va entrar al projecte de llei presentat a les Corts Generals.<sup>170</sup> En aquella «incapacitació voluntària» el punt de partida era que la persona que la demanava es trobava afectada per deficiències o limitacions que la feien

<sup>169</sup> Vegeu nota 96 i text al que correspon. En un sentit semblant s'ha pronunciat PEREÑA VICENTE 2011:201, qui ha qualificat l'assistència incorporada al CCCat com una mena de «curatela voluntària».

<sup>170</sup> Cf. BOCG, Congrés, II, Sèrie A, núm. 4-I, 27.1.1983, p. 11.

vulnerable, però que no es podien incloure en els supòsits tipificats com a causa d'incapacitació.<sup>171</sup> Concretament, l'art. 211 de l'avantprojecte deia

«[P]odrán someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias contempladas en el artículo 200, y las personas en avanzado estado de senilidad o con alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses»

Les semblances amb el supòsit de fet de l'assistència regulada al CCCat són remarcables. Els efectes, però, són molt diferents. En l'avantprojecte de llei esmentat s'establí que «en la incapacitación voluntaria se aplicarán *plenamente* las disposiciones del presente título».<sup>172</sup> Per tant, la idea era que, si bé ningú més que la persona concernida podia instar-la, la incapacitació resultant de la seva demanda era equiparable a qualsevol altra, tant pel que fa a la seva declaració, com al règim de guarda legal que s'escaigués.

Es pot dir que aquest és el règim de l'assistència regulada al CCCat? Crec que no. Per les següents raons:

- a) A diferència de la «incapacitació voluntària», el nomenament judicial d'assistent no mena, com resulta del tot obvi, a la «incapacitació» de la persona posada en assistència. Tot i les limitacions que, des de l'entrada en vigor de l'assistència, s'imposen a l'eficàcia dels actes en què ha d'intervenir l'assistent segons la resolució judicial, la persona no es declara incapacitada, ni tan sols «parcialment» incapacitada. És més, l'assistència es presenta com una alternativa a la incapacitació i no com una via addicional per assolir els seus mateixos efectes.
- b) Sense declaració expressa d'incapacitat, el tipus d'ineficàcia que la llei estableix com a conseqüència de la vigència de la mesura de protecció per als actes atorgats sense intervenció de l'assistent tampoc no comporta concloure que la persona assistida està incapacitada o té restringida la seva capacitat d'obrar. Com també s'esdevé en la prodigalitat, la llei pot disposar que determinats actes siguin impugnable en atenció a la situació personal de l'atorgant i que havia justificat l'establiment de l'assistència. L'aplicació de l'anul·labilitat és una conseqüència lligada a l'oportunitat del remei en sí, per la seva especial contundència i per l'interès que té per a la persona protegida, no un efecte vinculat, necessàriament, a una determinada estructura

<sup>171</sup> *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea / SEREM: Madrid, 1977 (conté l'*Anteproyecto de Ley de reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, elaborat pels profs. Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas i Cafarena).

<sup>172</sup> Èmfasi nostre. En veritat, la norma feia excepció de l'aplicació de l'art. 205 de l'avantprojecte, però el cas és que aquest article es referia al cas —contradictori amb la situació d'incapacitació a demanda de la persona— en què «el presunto incapaz no comparezca en el procedimiento de incapacitación».



negocial defectuosa (en aquest cas, per raó de la falta de capacitat d'un dels atorgants).<sup>173</sup>

- c) A diferència d'altres supòsits amb un cert paral·lelisme amb l'assistència, com ara el règim de la prodigalitat o el del concurs voluntari, en l'assistència
- la resolució judicial només es pot obtenir a petició de la persona interessada;
- no s'imposa en un procediment contradictori sinó que resulta d'un procediment de jurisdicció voluntària, i
- els interessos tutelats per la norma són exclusius a la persona assistida, no de tercers com els familiars que estarien en condicions de reclamar aliments (al pròdig) o dels creditors (del concursat).

L'anomenada «incapacitació voluntària», per tant, està més propera al resultat a què s'arriba amb la legitimació atribuïda, des de 2003, al presumpte incapaç per instar la seva pròpia incapacitació, que amb l'assistència regulada al CCCat.

Aquesta conclusió, a més, és conforme amb el precedent de la proposta d'«incapacitació voluntària», que es troba en el ZGB suís.<sup>174</sup> En efecte: l'art. 372 ZGB, referent a la «interdicció voluntària» i que ha estat vigent fins a l'1.1.2013 (quan ha entrat en vigor la reforma de tot el dret suís de protecció d'adults aprovada el 2011), disposava que

«[Q]ualsevol persona major d'edat pot demanar el nomenament d'un tutor, si prova que no pot tenir cura dels seus afers a causa de feblesa senil, una altra malaltia o de la seva inexperiència»<sup>175</sup>

La possibilitat de desistir o de retirar la demanda d'interdicció voluntària s'acabava quan ja s'havia pronunciat la interdicció, encara que la resolució no li hagués estat comunicada al sol·licitant.<sup>176</sup> A partir d'aquest moment, era d'aplicació el que disposava l'art. 438 ZGB, a tenor del qual «la revocació de la tutela pronunciada a instància del tutelat només es pot acordar *si el fonament que va menar a establir la tutela ha cessat*». Per tant, si la situació no havia canviat i la tutela continuava essent necessària, s'havia de mantenir malgrat el canvi d'opinió del tutelat. Segons el parer unànim de doctrina i jurisprudència, de la interpretació conjunta dels arts. 372 i 438 ZGB es desprenia que, en la interdicció voluntària, la sol·licitud de l'interessat era únicament un pressupòsit *formal*, no un fonament *material* de la interdicció i subsegüent posada en tutela. L'únic fonament material era l'apreciació

173 Les causes d'anul·labilitat són, en principi, les de l'art. 1301 CC, és a dir, l'existència de vicis o la incapacitat d'obrar, però la llei pot, i de fet així s'esdevé en altres situacions, vincular aquest remei amb altres casos si el considera el més adequat per assolir les finalitats que es proposa considerant el seu caràcter disponible, relatiu i protector de l'interès d'una de les parts i no del de l'altra. Per a tot això, fonamental: GORDILLO CAÑAS 1990:981.

174 Vegeu l'origen de la proposta de l'avant-projecte de llei, com s'indica a la p. 23 de l'estudi citat a la nota 172.

175 Per tots, vegeu CHK-AFFOLTER/STECK/VOGEL 2007 ZGB 372 núm. 4-10.

176 BK ZGB LANGENEGGER, 2002, Art. 372 ZGB núm. 16, p. 1836.

judicial de la necessitat de la mesura arran de la impossibilitat de la persona de tenir cura dels seus afers. Per això, un cop incapacitat, el canvi de parer sobrevingut, sense canvi en les circumstàncies de fet, no tenia cap rellevància legal.<sup>177</sup>

Quan el que promovia la mateixa persona que necessita suport i protecció no era la seva incapacitació seguida de tutela sinó el nomenament de curador les conseqüències eren ben diferents. Es tractava del supòsit de l'anomenada «curatela voluntària», també recollit en el dret civil suís derogat i que parcialment es manté també a la reforma de 2011. L'art. 394 ZGB, que la regulava, especificava que

«[Q]ualsevol persona major d'edat pot demanar el nomenament d'un curador, quan concorren les condicions per a la interdicció voluntària»

A diferència de la «interdicció voluntària», en el cas de la «curatela voluntària» el criteri igualment unànime dels tribunals i la doctrina suïssa era que la curatela no es podia mantenir en contra de la voluntat de la persona protegida.<sup>178</sup> Malgrat que la norma aplicable repetia el criteri de l'art. 438 ZGB i assenyalava que la curatela només finalitzarà «des que cessi la causa per la qual es va establir» (art. 439 II ZGB),<sup>179</sup> la jurisprudència va considerar que el precepte tenia una llacuna en no contemplar el cas en què la curatela l'havia sol·licitat el mateix interessat. En la mesura en què, segons l'art. 417 I ZGB, «les persones en interès de les quals s'ha establert una curatela conserven l'exercici dels seus drets civils», el fonament últim de l'aparent contradicció en les solucions era que l'establiment de la tutela pressuposava la incapacitació de la persona, mentre que la curatela no, amb la conclusió que en aquest instrument «tot depèn de la bona voluntat de la persona posada en curatela».<sup>180</sup>

Aquest és també el plantejament que s'aplica a Alemanya en els casos en què l'assistent es nomena per a una persona no afectada per cap trastorn mental o discapacitat psíquica que li impedeixi formar-se i expressar una voluntat lliure. En el moment en què aquesta persona sol·licita l'extinció de la mesura, s'ha de procedir a declarar-la. Hom parteix del principi, establert clarament a la llei, que «no es pot nomenar assistent quan la persona major d'edat declara vàlidament la seva voluntat contrària a aquest nomenament» (§

177 En aquest sentit, BK ZGB GEISER 2002, Art. 438 ZGB núm. 3 p. 2203. Vegeu també HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER 2007:334.

178 BK ZGB GEISER 2002, Art. 439 ZGB núm. 12 p. 2206-7.

179 Cf. ZK ZGB EGGER 1948, Art. 440, p. 634.

180 Així ho va justificar fa decenni el Tribunal Federal suís, quan va estimar la petició d'una persona subjecta a curatela voluntària després de demanar ajuda a les autoritats per la seva addicció a l'alcohol i que posteriorment en va voler desistir (Sentència 25.1.1945 [BGE 71 II 18, 20]): «Ist sie von einem Handlungsfähigen gemäss Art. 394 anbegehrt und der Schutzbefohlene auch nicht etwa tatsächlich gehindert, selbst zu handeln, so ist ihre Ausübung von guten Willen des Schutzbefohlenen abhängig». Posteriorment, es recalca aquesta mateixa idea a la sentència 20.1.2006 (disponible a <http://www.bger.ch>).

1896 Ia BGB).<sup>181</sup> Per això, el § 1908d II BGB disposa que si la petició d'assistència l'ha feta el propi interessat, s'escau posar-hi fi quan ho demana, tret que es donin les condicions perquè l'entitat competent insti el nomenament d'assistent. Hom distingeix llavors segons si la persona posada en assistència solament patia una disminució de facultats *físiques*, en el qual cas s'ha d'estimar la seva petició i l'assistència finalitza amb la resolució corresponent, o una disminució psíquica o espiritual, en el qual cas es requereix l'informe de l'assistent abans de procedir a extingir l'assistència. En aquest cas, per economia processal, l'autoritat judicial avalua de nou el cas i pot decidir que es mantingui l'assistència, però ara ja com a assistència constituïda a instància de l'autoritat competent (*Amtsbetreuung*).<sup>182</sup>

A Itàlia, per contra, malgrat que en la doctrina es mantenen els dubtes al respecte, a partir de la sentència de la *Corte costituzionale* de 19 de gener de 2007, la majoria de la doctrina conclou que l'AdS es pot imposar (i per tant, mantenir) a desgrat de la negativa de la persona afectada, i encara que aquesta no tingui una disminució que alteri les seves facultats mentals, sempre i quan es mantinguin les circumstàncies que fan que no pugui tenir cura dels seus propis interessos. Noteu que aquesta conclusió pot ésser vàlida per a Itàlia, on la possibilitat de demanar l'AdS no es limita al potencial beneficiari, sinó que té una àmplia legitimació tot i que la mesura s'estén indubtablement a persones que no pateixen trastorns o malalties que exclouen o limiten la seva capacitat natural. Precisament aquesta és una de les diferències fonamentals del règim català. A Catalunya una de dos: o a la persona a protegir li manca l'autogovern i es promou la incapacitació i s'imposa la tutela o la curatela, o, si la capacitat roman, l'única mesura judicial a l'abast és l'assistència, que a diferència del precedent italià no es pot constituir d'ofici, ni a instància del fiscal, ni dels parents propers de la persona, sinó exclusivament amb el consentiment de la persona protegida.

Per tant, l'assistència apareix com un *tertium genus* entre la «incapacitació voluntària», que en l'experiència d'altres ordenaments on existeix mena a sotmetre la persona, encara que no es reuneixin els requisits per incapacitar, al règim derivat de la incapacitació,<sup>183</sup> i l'accés voluntari d'una persona vulnerable a tractaments mèdics o de rehabilitació, que en qualsevol moment, sense cap

181 I cal fer notar que excepcionalment es pot imposar una reserva d'autorització que, segons la doctrina, limita la capacitat d'obrar en relació amb una persona subjecta a assistència tot i conservar la seva capacitat natural (cf. Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1903 núm. 5 i allà més referències). En aquest cas, no obstant, el beneficiari que conserva la suficient capacitat natural segueix podent sol·licitar l'extinció de la mesura *ad nutum*.

182 Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1908d núm. 6. El mateix criteri sosté la doctrina suïssa, seguint fil per randa el criteri de la jurisprudència. Vegeu *supra* nota 180 i a més DESCHENAUX/STEINAUER 2001:422 i CHK-AFFOLTER/STECK/VOGEL 2007 ZGB 439-440 núm. 6, 550.

183 I això genera no poca perplexitat en la doctrina ancorada en la dicotomia capacitat-incapacitat, malgrat la determinació expressa de la llei; vegeu per exemple BARRÓN ARNICHES 2011:233 (quan conclou que «[la norma] es discutible porque la anulabilidad presupone falta de capacidad de obrar o vicio de la voluntad y el punto de partida de la asistencia es, precisamente, una disminución no incapacitante»).

limitació addicional i amb l'única càrrega formal de signar el document d'alta, aquella persona podria deixar de seguir.<sup>184</sup>

### 3. RECAPITULACIÓ

Malgrat la complexitat del marc constitucional en què el legislador català ha de maniobrar en aquesta matèria, hom podia haver optat (com el legislador italià) per incorporar un supòsit de fet ampli, adreçat a oferir suport i protecció jurídica a qualsevol persona que en tingués necessitat per causa d'una disminució de les seves facultats físiques o psíquiques. Com que la llei catalana continua regulant la tutela o la curatela com a «règims de guarda» derivats del procés d'incapacitació que regula la LEC, aquesta opció hauria comportat inevitablement el solapament d'institucions. El legislador català no ha volgut fer aquest pas. En canvi, s'ha volgut avançar a les possibles reformes del marc estatal en matèria d'incapacitació i fer-ho amb una proposta adreçada a superar una de les crítiques recurrents que es fan a la incapacitació: la desproporció en la seva aplicació a situacions que en veritat no són «incapacitants».

Atès l'arrelament de la tutela (i més recentment de la curatela), i l'evolució relativament favorable que ha tingut la pràctica judicial respecte a l'anomenada incapacitació parcial o relativa i la flexibilització de la resposta a les necessitats concretes de les persones a protegir, no és previsible que a la pràctica judicial es produeixi un fenomen semblant a l'italià d'arraconament de la incapacitació. Entre altres coses perquè el disseny de l'assistència incorporada al CCCat presenta dificultats importants per fer possible que arribi a poder cobrir totes les necessitats que s'atenen bé mitjançant la tutela, bé amb la curatela, en particular en la interpretació judicial «àmplia» d'aquesta última.

L'assistència incorporada al CCCat s'ha de configurar a partir de dos trets: el primer és que es tracta d'una institució de necessària constitució judicial, que determina l'entrada en vigor d'un règim legal de protecció de la persona; i el segon, que, malgrat això, es configura tota ella entorn de la voluntat de la persona a protegir. Així configurada, a la pràctica l'assistència bàsicament pot servir per a canalitzar una protecció jurídica adaptada a les circumstàncies de la persona en casos en què aquesta s'avé al nomenament d'assistent i al seguiment de les mesures de control corresponents, tant en l'esfera personal com patrimonial. Mentre està en vigor, l'assistència comporta la instauració d'un marc jurídic de relacions entre la persona protegida i l'assistent, i entre aquella i els tercers amb qui té tractes jurídicament rellevants. Nomenat judicialment, l'assistent té conferida legitimació per a poder desplegar les facultats que li són conferides i que no tenen cap més objectiu que recolzar i assistir la persona protegida per tal que aquesta pugui superar les seves limitacions i per a evitar l'actualització dels riscos que, vinculats a la disminució de facultats que pateix la persona, es poden presentar amb el contacte amb tercers o en la pròpia actuació d'aquella.

<sup>184</sup> Cf. art. 212-2.3 CCCat i 21 Llei 41/2002, de 14 de novembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

Indubtablement, la lliure disposició de la mesura és una important limitació en molts casos, ja que sobre l'exercici del deure de l'assistent de vetllar i de controlar la persona posada en assistència plana tothora la possibilitat que aquesta hi renunciï. Tot i així l'assistència pot ser un primer pas, tal vegada fins i tot l'únic pas a donar, per a dotar d'un recolzament adequat persones que presenten una clara vulnerabilitat, bé respecte a la cura de la seva persona, bé respecte als seus interessos econòmics, però per a les que l'inici d'un procediment d'incapacitació, a més de tècnicament desproporcionat des d'un punt de vista legal, podria resultar contraproduent perquè minaria la relació de confiança que cal establir amb la persona o entitat que accepta ajudar-la.<sup>185</sup>

## BIBLIOGRAFIA

- AFFOLTER, Kurt / STECK, Daniel / VOGEL, Urs (2007). «Kommentar zum Art. 360-456 ZGB». *Handkommentar zum schweizer Privatrecht* (Zürich, Basel, Genf: Schulthess).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia / SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio (2010). «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad (una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad)», *Derecho privado y Constitución* núm. 24, p. 11-66.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de (2006). «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *RDP* núm. 90, p. 9-68.
- (2008). *Incapacitación y mandato* (Madrid: La Ley).
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther (2003). «Comentari dels arts. 237 a 246». J. Egea Fernández, J. Ferrer Riba (dirs.); A. Lamarca Marquès, C. Ruisánchez Capelastegui (coords.), *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) p. 972-1000.
- VARELA AUTRÁN, Benigno (2013). «Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre», *La Ley*, n. 8006, 22.1.2013.
- BARRÓN ARNICHES, Paloma de (2011). «La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi Civil de Catalunya». C.E. Florensa i Tomàs (dir.), J.M. Fontanellas Morell (coord.), *La codificació*

<sup>185</sup> Aquesta mateixa necessitat s'ha fet sentir en el procés de reformes recentment emprès a Suïssa, i respecte a una institució semblant a l'assistència incorporada al CCCat: la «curatela d'acompanyament» (*Begleitbestandschaft*). Davant les reticències dels governs cantonals i de les institucions jurídiques, les entitats de protecció de discapacitats i gent gran s'han mostrat favorables al manteniment d'una institució de protecció fonamentada en la voluntarietat de la mesura i l'objectiu de la qual sigui, bàsicament, el suport i l'acompanyament a la persona protegida. Vegeu *supra* nota 96 i allà altres referències.

*del Derecho civil de Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación* (Madrid: Marcial Pons) p. 217-236.

- BAUER, A. (2011). «Kommentar zum §§ 1896-1908k». H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Hrsg.), *BGB Kommentar*, 6. Aufl. (Köln: Luchterhand) p. 2532-2561.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2011). «La asistencia como institución de protección». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad. Comunicaciones* (Madrid: La Ley) p. 81-94.
- BIANCA, Cesare M. (1998). «Senectus ipsa morbus?». *Rass. dir. civ.* p. 241-250.
- CASANOVAS MUSSONS, Anna (1985). «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», *RJC* p. 85-102.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de (1948). «Incapacitación del imbecil. (Sentencia 5 de marzo de 1947)», *ADC* vol. I, p. 291-302.
- CORTELLONI, Manuela (2009), «Commentario art. 412». P. Cendon (cur.), *Commentario al codice civile (Art. 315-455)* (Milano: Giuffrè) p. 873-902.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia (2010). *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español*. (Comunicación presentada al 1r Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires 10-11 Junio 2010; <http://www.articulo12.org.ar/trabajos.html>).
- DESCHENAUX, Henri / STEINAUER, Paul-Henri (2001). *Personnes physiques et tutelle* 4e ed. (Stämpfli: Bern).
- DIEDERICHSEN, Uwe (2012). «Kommentar zum §§ 1896–1908k». *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (71ª ed. Beck: München) p. 2123-2162.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1979). *Estudios sobre la jurisprudencia civil* (2ª ed. Madrid: Tecnos).
- (1986). «Comentario del artículo 204». *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (Madrid: Tecnos).
- ELLENBERGER, Jürgen (2012). «Kommentar zum § 104». *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (71ª ed. Beck: München) p. 77-81.
- ELÓSEGUI SOTOS, Aurora (2011). «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 247-258.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (2010). «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 295-338.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel / SIMÓN RODRÍGUEZ, Carmen Mª / MAGRO SERVET, Vicente (2011). «Ámbito jurisdiccional civil». P. Aguirre Zamorano, M. Torres Vela (dirs.), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la*

- Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las reglas de Brasilia* (Madrid: CGPJ) p. 98-148.
- GARCÍA LÓPEZ, Petronila / CASAS PLANES, M<sup>a</sup> Dolores (2011). «La «amministrazione di sostegno» del Derecho italiano, y el «asistente» del Derecho catalán: análisis comparativo». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (Madrid: La Ley) p. 197-218.
- GEISER, Thomas (2002). «Kommentar zum Art. 431-450». H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* 2. Aufl. (Basel: Helbing & Lichtenhahn) p. 2185-2232.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen (1985). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid: Civitas).
- GORDILLO CAÑAS, Antonio (1990). «Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. I (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces), p. 935-983.
- GOUBAU, Dominique (2008). *Le droit des personnes physiques* (4<sup>a</sup> ed. Cowansville, Québec: Yvon Blais).
- HAUSER, Jean (2011). «Proteger y respetar a la persona». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. (Madrid: La Ley) p. 138-150.
- HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina (2007). *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches : Eheschliessung, Scheidung, allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, eingetragene Partnerschaft* 3. Aufl. (Bern: Stämpfli, 2007).
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (2011). «Entre la tutela de familia y la tutela institucional: dificultades prácticas en el nombramiento del tutor». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. (Madrid: La Ley) p. 465-480.
- LANGENEGGER, Ernst (2002). «Kommentar zum Art. 369-372, 392-395». H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* 2. Aufl. (Basel: Helbing & Lichtenhahn) p. 1810-1837, 1908-1928.
- LENTI, Leonardo (2011). «Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. (Madrid: La Ley) p. 494-513.
- MALLET, Eric (2011). *Enfant handicapé et protection juridique* (Paris: LexisNexis, 2011).
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio (2011). «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña». R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Barcelona: Bosch) p. 157-169.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2010). «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 187-220.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel-Ángel (2011). «Instituciones de protección: la asistencia. El documento de voluntades anticipadas». R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Barcelona: Bosch) p. 133-155.
- MASONI, Roberto (2009), «Commentario artt. 404-408». P. Cendon (cur.), *Commentario al codice civile (Art. 315-455)* (Milano: Guiffirè) p. 545-709.
- PADIAL ALBÁS, Adoración / SERRANO MASIP, Mercedes / TOLDRÀ ROCA, M<sup>a</sup> Dolors (2010). «La protección de las personas discapacitadas en el Libro II del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 891-921.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat (2011). «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (Madrid: La Ley) p. 194-205.
- (2011a). «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *La Ley* 2011-4, D-333. p. 1419-1428.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. Carmen (2010). «Comentario de la sentencia de 29 de abril de 2009», *CCJC* núm. 82, p. 317-350.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO (2011). «Comentario de los artículos 226-1 a 226-6». E. Roca Trías (coord. gral.), P. Ortuño Muñoz (coord.), *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Las Rozas: Sepin) p. 411-441.
- ROSCH, Daniel (2011). «Kommentar zu Artt. 388-398 ZGB». D. Rosch, A. Büchler, D. Jakob, *Das neue Erwachsenenschutzrecht* (Basel: Helbing Lichtenhahn) p. 127-149.
- TERRÉ, François / FENOUILLET, Dominique (2005). *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (7a ed. Paris: Dalloz).
- VIVAS TESÓN, Inmaculada (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español* (Observatorio Estatal de la Discapacidad: Badajoz).



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



# L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial

SÍLVIA VENTURA MAS

Magistrada del jutjat de primera instància Barcelona n 40

I. INTRODUCCIÓ II. ANÀLISI DE LA SITUACIÓ JURÍDICA ACTUAL III. LA CONVENCIÓ DELS DRETS DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT IV. L'ASSISTENT V. CONCLUSIÓ

## I. INTRODUCCIÓ

Prèviament a parlar de la pràctica voldria detenir-me en la realitat jurídica dels jutjats de Estat Civil i Modificació de la Capacitat.

Davant la greu problemàtica de les persones que pateixen algun tipus de discapacitat, la solució més freqüent es planteja una demanda d'incapacitació, amb la convicció de poder superar legalment les limitacions discapacitants. Segons fons de la Fiscalia General de l'Estat, l'any 2010 es varen presentar a Espanya prop de 24.000 demandes, de les quals tant sols se'n varen desestimar 170, i en la major part hi va recaure una sentència d'incapacitat total.

El motiu perquè això ocorri es deu, a la manca de mitjans sanitaris, assistencials, econòmics i jurídics que hi ha en aquesta matèria; pretenent resoldre's la situació d'aquestes persones a través de procediments de modificació de la capacitat d'obrar (incapacitacions) amb la concurrència d'errors conceptuals molt estesos —de vegades provinents de la pròpia administració— que en lloc de protegir, única finalitat del procediment, provoquen vulnerar els drets d'aquestes persones, com fa més de cent anys pervertint així el sistema. Es presenten demandes d'incapacitació pretenent resoldre qüestions administratives: obtenir o augmentar una pensió, tenir una plaça residencial, o bé tenir representació. La causa és que el Codi Civil per presentar demanda d'incapacitació no exigeix «motiu» del plet, sinó tan sols la concurrència dels requisits de l'art. 200 En la majoria dels casos hi hauria una altre solució.

Aquesta situació parteix d'unes premisses socials, jurídiques i polítiques. Encara que no explícitament, existeix la convicció que davant la «desgràcia» de patir una discapacitat la llibertat d'aquesta persona no és «tan important», com resoldre qüestions elementals de salut i cura personal i econòmica; per tant, pot ésser matisada o anul·lada constantment a canvi de cobrir les seves necessitats bàsiques; o pel bé comú, ja sigui familiar o social. Encara que en aparença dins la nostra societat de democràcia occidental, en què es reconeixen constitucionalment els drets de la persona, quan intenta exercir-los una persona amb discapacitat, sovint s'inicia un judici de valor qüestionant la seva competència. Judici de valor que freqüentment es resol en un procediment judicial de modificació de la capacitat.

## II. ANÀLISI DE LA SITUACIÓ JURÍDICA ACTUAL

La nostra legislació reguladora del procediment de modificació de la capacitat, prové del segle XIX, establerta amb criteris clarament economicistes, que malgrat que ha anat variant al llarg del S.XX, el cert és que la majoria del articulat d'aquesta matèria va dirigida a protegir l'esfera econòmica i no la personal; amb l'agreujant que en aquests moments hi ha normativa dispersa i contradictòria. El procediment porta al jutge i a les parts, davant un «impossible»: avaluar la capacitat d'una persona per realitzar qualsevol hipotètic acte jurídic, ara i en el futur. Això no és possible en les discapacitats no severes. En els casos de dubte sobre el grau de discapacitat s'hauria d'aplicar el criteri *in dubio pro capacitate*. Però l'*usus fori* ha portat a consideracions com ara «és el millor per ell», «ara està bé, però el dia de demà...» Adoptant una postura paternalista i prepotent alhora davant les persones amb menys possibilitats per exercir els seus drets.

En la primera fase de l'estudi de camp *Cognició i Capacitat* (Jutjats de Tortosa, jutjat especialitzat de Barcelona i Puigcerdà), propiciat entre d'altres institucions pel Consejo General de Poder Judicial, s'ha posat en evidència que en les demandes d'incapacitació dirigides a persones amb diagnòstic de demència, han recaigut en l'any 2010 sentències d'incapacitat total en un 93% del casos. Per tot i per sempre, com si no poguessin prendre cap decisió sobre ells i el seu voltant, fent-ho en el seu lloc terceres persones. Això no es correspon amb la realitat.

## III. LA CONVENCIÓ DELS DRETS DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT

En aquest context el 13 de desembre de 2006 s'aprova a les Nacions Unides la Convenció dels Drets de les persones amb Discapacitat, que Espanya ratifica l'any 2008. L'adhesió aquest text internacional comporta assumir els seus principis i introduir-los a tot el que faci referència a la discapacitat. S'introdueix una nova forma de veure i pensar en aquesta matèria, en què es consagren els principis d'igualtat i autonomia, que impliquen múltiples reformes legals: Codi Civil, llei d'Enjudiciament Civil, Codi de Comerç... juntament amb nombrosíssimes reformes de caire administratiu: mèdiques, educatives, arquitectòniques, publicitàries... Per tant i pel que estableix l'article 10 de la Constitució Espanyola aquest text queda incorporat en el nostre dret intern havent-ne de efectuar les reformes legislatives que siguin adients per que això es compleixi eliminant les possibles contradiccions.

- Principis base de la comunitat. Accessibilitat. Vida independent.
- Nou concepte de la discapacitat: no supressió de la capacitat d'obrar.
- Nou model de recolzament en la presa de decisions.
- Manteniment del sistema de garanties.
- Moviment d'auto-recolzament.
- En aquest sentit els Estats-part contreuen obligacions de que en tots els àmbit de la societat, es promoguin, reformin, deroguin les disposicions que calguin per tal de:

- Respecte dignitat i autonomia individual (art.3)
- Derogació lleis i practiques que portin discriminació (art.4)
- Garantia igualtat de protecció jurídica (art. 5)
- Igualtat del dret a posseir i controlar la seva economia. (art. 12)
- Accés a la justícia en igualtat de condicions (art.13)
- Dret a triar, on i amb qui viure (art.19), entre d'altres.

Les conseqüències immediates de la convenció són en tots els aspectes de la vida i s'enumeren en el seu preàmbul, però des de el punt de vista dels judicis de capacitat serien:

- La interpretació i reinterpretació de les normes sobre els dret de les persones amb discapacitat que es faran en la perspectiva dels drets humans (preàmbul i art.1).
- L'establiment del sistema de recolzaments i presa de decisions. (art.12)
- L'abandó o superació del model de substitució i creació de noves formes de recolzament entre elles, l'assistent.

La convenció es molt més que un text jurídic, dins del món de la discapacitat es una revolució com la que va ser en matèria penal, passar del procés inquisitiu a la presumpció d'innocència

En matèria de procediments de modificació de la capacitat la Convenció també estableix unes directrius, que afecten directament a la practica jurisdiccional:

- a) En processos de modificació de la capacitat d'obrar: S'haurà de remoure, promoure i assegurar igualtat de condicions de tots els Drets Humans.
- b) Aplicar la dosis justa de protecció: del recolzament complementari al recolzament més intens, des de les habilitats naturals de la persona.
- c) Cal «introduir de facto» en el procediment d'incapacitació l'exigència de la causa o motiu que porti a interposar-la. Permet ajustar-se aquell problema.
- d) Revisió periòdica de la persona i dels recolzaments que devinguin necessaris, obrint-li de forma efectiva el procés de recuperació de capacitat

Per això es varen fer modificacions parcials en lleis dels passats mesos d'agost i setembre de 2011, però no s'ha afrontat el procés de modificació de la capacitat d'obrar

L'actual sistema legal ha estat denunciat pel comitè d'experts de Nacions Unides encarregats del seguiment del compliment de la Convenció de les persones amb discapacitat (conclusions – recomanacions, 23 setembre 2011). Es recomana a l'Estat Espanyol, la revisió de les lleis que regulen la guarda i la tutela; i prengui tanmateix les mesures adients per adoptar lleis i polítiques per les que es reemplacin els règims de substitució en l'adopció de decisions, per tal d'una assistència per la presa de decisions; proporcionant-ne formació sobre aquesta qüestió a tots el Funcionaris Públics i a d'altres professionals pertinents (Art. 33 i 34).

#### IV. L'ASSISTENT

A Catalunya, amb el nou Codi Civil de l'any 2010, s'introdueixen els principis preconitzats per la Convenció mitjançant noves figures, que han de coexistir amb les institucions jurídiques clàssiques de tutela i curatela, malgrat que es parli sempre de mesures de protecció, ja que les limitacions dels drets fonamentals són competències de l'Estat. Sorgeixen els poders preventius, poder de previsió de pèrdua sobrevinguda, guarda de fet i l'assistent; totes elles amb la finalitat d'oferir diverses possibilitats jurídiques que permetin en diferents supòsits personals obtenir la protecció que calgui, sense que la voluntat de la persona sigui substituïda per tot i per sempre. Es pretén que es pugui anar construint un «vestit a mida» — no inamovible — com és la incapacitació, sinó variable; amb les oscil·lacions de les circumstàncies vitals i de salut de la persona, reservant-li en la mesura del possible la seva voluntat.

**L'assistent.** La petició d'assistència per tenir cura de la seva persona o dels seus béns es pot demanar per l'interessat davant una minva de facultats que no tenen que ser incapacitats; a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent. El Jutge haurà de respectar la petició. Llevat d'un motiu molt greu l'autoritat judicial haurà de respectar el criteri del peticionari.

No hi ha procediment regulador —òbviament en una llei substantiva— a seguir, però s'hauria de tramitar a través del procediment de jurisdicció voluntària. Al marge de la ratificació de la petició del peticionari i de l'assistent d'acceptar el que en principi se li encomana; el jutge hauria de fer una exploració a la persona sol·licitant per tal d'establir el seu estat, la seva necessitat, la coherència de la seva petició i el vincle que té amb que l'ha d'assistir, per tal d'assegurar el bon fi de la mesura. Com que no hi ha un tràmit preestablert, la autoritat judicial podrà demanar les diligències precises per formar-ne una correcta convicció. Malgrat la presumpció de capacitat, si de forma molt obvia es derivés la seva manca, caldrà ordenar un reconeixement mèdic forense, i si fos el cas, desestimar la petició donant trasllat al Ministeri Fiscal per promoure incapacitació.

Aquesta mesura podrà ser deixada sense efecte o modificada a petició de qualsevol de les parts assistent/assistit. L'assistent deurà retre comptes al Jutjat si es fa càrrec de l'administració dels bens del assistit, en un mecanisme paral·lel a la tutela o la curatela. L'incompliment de les obligacions equivalents permetria la remoció del càrrec d'assistent.

L'assistència permet anar variant periòdicament el seu contingut en funció de les necessitats o bé acordar-se per una missió concreta. La inscripció preceptiva al Registre Civil al meu entendre pot dificultar la intervenció d'aquesta flexible mesura.

El Ministeri Fiscal, hi té una intervenció preceptiva, per que es tracte: 1) de protecció de persones en situació de fragilitat, 2) per la matèria al voltant de regulació de drets fonamentals 3) per les inscripcions registrals.

Una pregunta a fer-se és, si iniciat un procediment d'incapacitació a la vista de la situació cognitiva i circumstàncies personals del demandat, i amb el consentiment de les parts i de la persona interessada es podria concloure en sentència una assistència, en lloc de tutela o curatela?

Els destinataris d'aquesta figura jurídica crec que serien alguns malalts mentals i també algunes persones amb un deteriorament cognitiu lleu. L'assistent de la

seva confiança, podria supervisar la seva salut i cura personal, així com els actes burocràtics i administratius complexes, ja sigui per un defecte volitiu o cognitiu.

Quin paper tenen les institucions tutelars a la hora d'exercir aquestes funcions? Doncs haurien d'estar al servei de les persones, amb aquesta nova funció. Caldrà que algunes d'elles (les que només accepten incapacitats totals) es reciclin per assumir funcions des de una perspectiva diferent a la de la substitució de la voluntat, per assumir el respecte i compatibilitzar els gustos, preferències, creences, afectes i motivacions de les persones que pateixen alguna discapacitat. Cal destacar el notable esforç teòric en descriure el model de tutela per part de la *Asociación Española de Entidades Tutelares*.

Aquesta figura regulada en l'art.226, 1-6 del Codi Civil, dins el capítol 6 del Títol II, «de protecció a la persona», juntament amb altres sorgides en el Codi, pot alleugerir molt tant el nombre d'incapacitats, com el sofriment que algunes d'elles poden comportar. El problema principal es que des de l'entrada en vigor del Codi ( gener 2011) fins al dia d'avui, en els jutjats de Barcelona en especialitzats en la matèria; hi han tingut entrada dues peticions d'assistència front les quasi 500 peticions d'incapacitació anuals, que té cada un d'ells.

El motiu per el qual hi ha tan poques peticions podria ser: a) que no hi ha persones amb les que hi encaixi la mesura b) no s'inicien tràmits judicials sinó es per situacions molt més greus a les que es preveuen en l'assistència c) desconeixement de la seva existència.

Evidentment totes les situacions discapacitats no son severes, i aquestes s'inicien d'una forma lleu, i per tant hi ha les persones destinatàries a qui els pot esser útil «l'assistent», però desgraciadament hi ha un desconeixement importantíssim del dret català, únic a l'Estat que el contempla. Desconeixement, potser premeditat, ja que a l'Escola Judicial s'estudia —al igual que el català— sens dubte per part de la Judicatura; però sobre tot per part de l'Advocacia i dels agents implicats al voltant de la discapacitat, treballadors socials, metges, Fundacions, entitats cíviques, etc. etc. Tornant a l'estudi de camp abans esmentat, hi ha un percentatge molt baix d'advocats que invoquin Dret Foral i cap, que esmenti la convenció de Nova York, com tampoc hi surt en cap de les sentències estudiades.

## V. CONCLUSIÓ

Perquè la figura de l'Assistent prosperi caldrà:

- Necessitat d'abandonar per part de la societat del principi de beneficència en favor un model igualitari i social.
- Divulgació urgent entre els agents socials implicats de les mesures alternatives a la incapacitació.
- Necessitat d'un canvi de enfocament de visió de les persones que pateixin alguna discapacitat: la solució no és només jurídica.
- Dotació de mitjans i recursos.
- Especialització jurídica en aquesta matèria: Jutges, fiscals. Advocats, funcionaris.
- Guia de bones practiques.





# L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de l'advocacia

MIQUEL PUIGGALÍ I TORRENTÓ

Advocat. Vice-President de la comissió de defensa dels Drets  
la Gent Gran de l'Iltre. Col·legi d'Advocats de Barcelona

I. ACTUACIONS DINS DE L'ÀMBIT PERSONAL II. ACTUACIONS D'ÀMBIT PATRIMONIAL  
III. PROCEDIMENT

Intentaré amb aquesta ponència tractar la nova figura de l'assistència legal des del punt de vista d'advocat en exercici per a veure els avantatges, o no, d'aquesta nova figura de suport a les persones del nostre ordenament aplicada a la pràctica.

Ja comença a ser més habitual, malgrat el desconeixement, les consultes de persones als despatxos d'advocats sobre què fer davant d'una possible disminució total o parcial de les facultats físiques o psíquiques. Però, en persones grans o amb patologies de demències, no són els propis interessats els qui et demanen assessorament sinó la família directa, amb diferents interessos, i alguns d'ells no en benefici del familiar. Un elevat nombre de les consultes quan les fan, estem davant de situacions que molt possiblement no tenen altre solució que no sigui un procediment d'incapacitació. La legislació civil, i sobretot ara la catalana, dona un ventall important de mesures a prendre de prevenció del futur per a situacions que minvin d'alguna forma la nostra capacitat d'obrar i actuar. No és estrany que els clients quan els assessores i proposes fer testament, et preguntin a més sobre el testament vital o document de voluntats anticipades o l'autotutela i aprofitar el dia de fer la signatura del testament obert davant notari fer el testament vital i/o autotutela, en algunes ocasions el poder preventiu. La proliferació de notícies sobre situacions límit de persones en situacions de no poder ja decidir per si mateixes àdhuc alguna pel·lícula han motivat a les persones, encara que a Catalunya ja fa anys que estàn regulades aquestes figures. Doncs bé, amb les figures de protecció davant de les incerteses que podem tenir de futur manca coneixement i també hi manca la cultura de prevenció i planificació del futur, ja no tant els ciutadans sinó d'una part dels propis professionals que ens hi dediquem.

El nostre codi civil enquadra dins la Títol II del llibre segon sobre «*Les institucions de protecció de la persones*» en seu capítol VI la nova figura de l'assistència a cavall de la regulació de la guarda de fet, amb una nova regulació, i del patrimoni protegit

Les diferents figures de protecció, s'han d'aplicar sota els principis del respecte de la dignitat inherent a la persona, l'autonomia individual, inclosa la llibertat de prendre les pròpies decisions, i la independència de les persones, paraules literals del que preveu Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, fet a Nova York el 13 de desembre de 2006, ratificat per l'Estat Espanyol mitjançant Instrument de ratificació de la (BOE 21/04/2008), per tant

totes aquelles mesures que no respectin aquests principis no es poden dur a terme, i sempre s'han d'ajustar a la situació en concret.

I en aquest context, la figura de l'assistent, en un primer moment o consideració, sembla donar i facilitar el suport a una persona sense haver d'anar a procediments d'incapacitació judicial que són innecessaris i que obeeixen, potser, a altres interessos de les persones que els insten o terceres. La Magistrada del Jutjat de primera instància núm. 40 de Barcelona sobre la capacitat de les persones, Sra. Sílvia Ventura ja fa temps que reivindica la necessitat, per regulació legal, d'incloure el motiu o la causa de les peticions d'incapacitat, ja que podrien utilitzar-se altres figures sense necessitat d'anar al procediment d'incapacitació i sempre sota el respecte a la dignitat i a l'autonomia personal. Llavors la funció dels advocats i juristes la crec molt important, per assessorar quines són aquestes altres figures i com aplicar-les.

És interessant el que diu sobre l'assistència el preàmbul de la llei 25/2010 que introdueix el Llibre segons del codi civil de Catalunya:

«Juntament amb la disposició que permet no constituir la tutela si s'havia atorgat un poder en previsió de la pèrdua de capacitat, els canvis en relació amb la guarda de fet són un reflex del nou model de protecció de la persona que dissenya el llibre segon. Aquest model ha estat guiat per la idea de considerar que la incapacitació és un recurs massa dràstic i, a vegades, poc respectuós amb la capacitat natural de la persona protegida. És per això mateix que el capítol VI inclou un nou instrument de protecció, l'assistència, adreçat al major d'edat que ho necessita per a tenir cura de la seva persona o dels seus béns a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques. Es parteix, així, d'una concepció de la protecció de la persona que no es vincula, necessàriament, als casos de manca de capacitat, sinó que inclou instruments que, basant-se en el lliure desenvolupament de la personalitat, serveixen per a protegir les persones en situacions com la vellesa, la malaltia psíquica o la discapacitat. Aquest instrument pot ésser molt útil, també, per a determinats col·lectius especialment vulnerables però per als quals la incapacitació i l'aplicació d'un règim de tutela o curatela resulten desproporcionades, com ara les persones afectades per un retard mental lleu o altres per a les quals, pel tipus de disminució que sofreixen, els instruments tradicionals no són apropiats per a atendre llurs necessitats... A més, aquesta tendència és la mateixa que inspira la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat.»

La figura de l'assistent, inspirada en el dret alemany, ve regulada a partir de l'art. 226-1 del codi civil, celebrada la seva inclusió com a instrument, en canvi no crec, que a la pràctica, ara per ara, i sobretot en la determinació dels àmbits d'actuacions de l'assistent, pugui ser tant necessària o operativa com els principis manifestats en el preàmbul de llei, no gensmenys no vol dir que un desenvolupament pràctic de la figura jurídica no sigui una bona eina, i crec que passa per crear protocols o documents d'àmbits d'actuació obertes personals o patrimonials, defugint del formularis, i que facilitin la feina dels òrgans judicials que són qui en definitiva determinaran l'àmbit d'actuació de l'assistència. Els operadors jurídics i socials, sobretot els advocats, podríem aportar propostes i

assessorament als nostres clients, acurades i ajustades a la seva realitat i quan fem la sol·licitud judicial facilitar la feina a l'òrgan judicial de la determinació de l'àmbit de l'assistència tot respectant la voluntat de la persona sol·licitant, futura assistida.

Em centraré en els àmbits d'actuació i del procediment com a punt que a la pràctica poden tenir inconvenients.

L'assistència (art.226-1), té com premisses:

- Persona major d'edat
- Amb capacitat
- Disminució física o psíquica de les seves facultats
- Necessitat
- Sol·licitud judicial
- Inscripció (art. 226-7)

I l'article 226-2 estableix que la resolució de nomenament, l'autoritat judicial determina l'àmbit personal o patrimonial de l'assistència i els interessos dels quals ha de tenir cura l'assistent, tot respectant la voluntat de la persona que s'ha d'assistir sobre el nomenament (art.226-1)

Per tant, determinades l'existència i voluntat de nomenament, és clau i fonamental la resolució judicial, doncs serà aquesta la que en definitiva acoti l'àmbit d'actuació del futur assistent.

## I. ACTUACIONS DINS DE L'ÀMBIT PERSONAL

Ara, situacions de persones que estarien en la situació que preveu el codi civil per poder demanar l'assistència, son els familiars directes ( parelles-cònjuges-fills-pares) que de *facto* se n'encarreguen de fer una espècie de cuidador i d'assistent, o per personal de residències, entitats socials dedicades, i/o persones amb experiència.

Crec important examinar com s'ha regulat administrativament i a nivell assistencial-social, ja que s'ha treballat en un camp proper i potser sobreposat a la regulació del que tractem en aquesta ponència. Recordem, encara que enfocat més sobre cuidadors i desenvolupant la llei de la dependència, ja des de l'any 2007 el Departament de Benestar i família ja va posar en marxa una experiència pilot per avaluar la viabilitat d'un servei d'assistència personal. La Llei de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència inclou des de la seva posada en marxa aquesta figura en el seu catàleg de prestacions, i finalment s'ha regulat amb l'ordre ASC/471/2010, de 28 de setembre, per la qual es regulen les prestacions i els i les professionals de l'assistència personal a Catalunya, que son professionals tant persones físiques com jurídiques.

Aquestes actuacions, de fonament administratiu, i amb el denominador comú i requisit de ser destinades exclusivament a persones amb dependència (i d'altres com l'edat, graus de discapacitat etc.) persones moltes d'elles que estarien dins de la definició de l'art. 226-1.1 del codi civil , persona major d'edat, amb capacitat, amb disminució física o psíquica de les seves facultats i amb necessitats de suport.

L'article 2 de l'ordre estableix que l'assistència personal «...consisteix en un suport personal realitzat, durant un determinat nombre d'hores, a una persona amb capacitat d'autodeterminació i en situació de dependència. Aquest suport està destinat a la realització de les activitats bàsiques de la vida diària o a la col·laboració en el desenvolupament d'altres activitats per promoure l'autonomia personal, fomentar la vida independent i facilitar l'accés a l'educació i al treball.»

I l'article 3 estableix els objectius de l'assistència personal «.. l'assistència personal té com a objectius els següents: a) Ajudar en l'exercici de l'autodeterminació, entès com l'habilitat de la persona per definir i per aconseguir objectius propis. La persona determina les fites i les activitats per a les quals s'acorda el suport, organitza el suport segons les seves preferències, decideix la provisió de l'assistent personal i supervisa la prestació. b) Fomentar l'autonomia personal, la integració social i la participació en la vida de la comunitat.

Podem veure que tant en el contingut i objectius de l'ordre esmentada estan en la mateixa línia del que preveu el codi civil i Convenció de l'any 2006 de Nacions Unides de respecte de l'autonomia personal, fomentar la vida independent i de poder determinar el seu suport i en consonància plena del que preveu l'art. 226-2.2 del codi civil

S'estableixen, en aquesta norma administrativa, dues modalitats d'assistència personal:

Assistència personal de suport en l'acompanyament a activitats laborals, ocupacionals i/o formatives. Aquest servei ofereix suport a la persona amb dependència en els desplaçaments a les activitats laborals, ocupacionals i formatives regulars i és compatible amb els serveis d'ajuda a domicili, centre de dia, centre de dia d'atenció especialitzada i centre ocupacional.

Assistència personal de suport a la vida autònoma i d'integració social i comunitària. Ofereix suport en el desenvolupament d'activitats de la vida diària, així com en les activitats de caràcter laboral, ocupacional, formatiu, de relació social, cultural i de participació associativa. Aquesta modalitat inclou com a mínim accions d'atenció personal; suport a l'organització, la neteja i l'ordre de la llar; acompanyament i suport en les activitats laborals, ocupacionals, formatives i culturals, i gestions entre altres; i altres accions que formin part del pla d'activitats de la persona beneficiària. Les activitats compreses en aquesta modalitat poden tenir lloc, indistintament, dintre i fora del domicili habitual de la persona beneficiària. Inclou, com a mínim, les accions següents: a) Atenció personal (suport a la higiene personal, l'alimentació, la mobilitat i la cura de la salut, entre d'altres). b) Suport a l'organització, la neteja i l'ordre de la llar. c) Acompanyament i suport en gestions personals fora de la llar.

Per tant, hi ha un grup de ciutadans, els que compleixin el requisits de l'ordre ASC/471/2010, de 28 de setembre, que tenen un suport personal i que molt possiblement no els hi farà falta de cap altre tipus d'intervenció ni de la figura de «l'assistència civil» per l'amplitud del contingut que s'hi preveu a la norma administrativa, centrant-se sobretot en la part de cura personal, i una aproximació potser a la part més patrimonial en establir «Acompanyament i suport en gestions personals fora de llar».

També l'art. 226.2 inclou a l'assistent dins de les persones que poden donar consentiment en actuacions d'intervencions mèdiques i consentiment informat, quan sobre qui ha de recaure es troba en un estat físic o psíquic que no li permet

rebre la informació, ni prestar el consentiment o comprendre-la en el ben entès, entenc, que així ho ha tingui previst la resolució judicial de nomenament de l'assistent, i amb respecte de la voluntat i opcions personal de la persona assistida, i en defecte de cap altre persona que ho pugui decidir.

## II. ACTUACIONS D'ÀMBIT PATRIMONIAL

El tercer apartat de l'art. 226-3 a diferència l'actuació de la personal, la de l'àmbit patrimonial, qüestió aquesta que és origen de consultes al despatxos d'advocats, hi hem de diferenciar dos supòsits. La llei parla que l'assistent haurà «d'intervenir» (amb l'assistit) i serà la resolució judicial que haurà de determinar aquest contingut i àmbit «d'intervenció».

Un supòsit d'actuació en el que intervé l'assistent serà sempre amb la persona assistida en el actes jurídics que s'hagin d'efectuar a nom d'aquesta darrera.

L'altre supòsit és convertir l'assistent, per l'autoritat judicial, en un administrador patrimonial.

A l'actualitat la primera de les actuacions, a igual que passa a nivell personal, la família directe de fet és la que se'n fa càrrec àdhuc els serveis socials i altres institucions. Inclús algunes vegades son contractades a professionals com els advocats, però no hi ha inconvenient, tot el contrari que s'efectuï el nomenament d'assistent, acotant i detallant la seva actuació, sobretot per facilitar el desenvolupament del seu càrrec al poder acreditar en front de tercers la seva actuació. Però, tenint en compte que l'assistent no tindrà legitimació per actuar autònomament i que l'actuació ha de ser sempre conjunta amb la persona assistida, que és major de edat i amb capacitat, quines o de quin tipus seran aquestes actuacions que necessiten assistent? S'haurà de veure a la pràctica i la casuística, però només crec que ho seran aquelles de complexitat burocràtica, o actuacions concretes.

En canvi en la segona actuació, la patrimonial, hi veig més possibilitats pràctiques, encara que limitades. La possibilitat de determinar, quan així ho demani la persona assistida, que la resolució permeti a l'assistent tenir l'administració patrimonial pot ajudar en tots aquells casos d'actuacions d'administració patrimonials (que no de disposició) indeterminades o son contínues o de tracte successiu. En definida aquí estaríem davant d'una figura similar a un apoderament limitat, però sota un control judicial, ja que l'art. 226-6 la sotmet a la rendició de comptes, garantia superior de la rendició de comptes del mandat o poder limitat que no és judicial.

La possibilitat d'existir un poder general o limitat per administrar faria innecessària aquestes actuacions d'assistent dins de l'àmbit patrimonial, àdhuc personal i amb el complement de documents privats per reforçar i garantir les actuacions de l'apoderat, potser ser una mesura més econòmica i ràpida que la de sol·licitar judicialment el nomenament d'assistent.

## III. PROCEDIMENT

Podríem distingir una fase de petició inicial i un altre sobre les incidències que puguin afectar a l'assistència.

La petició inicial de nomenament serà pel procediment de jurisdicció voluntària i així ho estableix l'art. 226-1. Per raó de la matèria i segons preveu l'art. 10.3 de la Llei de Enjudiciament Civil de 1881, vigent segons la disposició derogatòria de la Llei 1/2000, serà de quantia indeterminada el que obliga preceptivament a la intervenció d'advocat. No crec d'aplicació la regulació de la llei orgànica 1/1996 que establia, per a menors i incapaços per aquelles actuacions que no fossin les declaracions d'incapacitat o prodigalitat la no preceptivitat d'advocat i procurador, ja que aquí la persona sol·licitant no està incapacitada, és capaç i s'hauran de regir les normes general de la postulació i defensa processal en la que estableix la preceptivitat d'advocat i procurador i només en el casos que es puguin quantificar, extrem aquest que només serà possible quan s'hagi de fer l'assistent sobre un acte patrimonial quantificat, serà preceptiva si supera la quantia de 2.404'05€ (les antigues 400.000 pessetes). En tot cas la funció de l'advocat de preparació de l'expedient la crec fonamental per facilitar la feina de l'òrgan judicial.

Per tant, els professionals que ens hi dediquem hem de conèixer a fons aquesta figura de protecció hem de facilitar la feina a l'òrgan judicial quan fem la petició sobre el motiu i quina actuació i àmbit ha de recaure el nomenament d'assistent, inclús amb previsió d'una situació actual i molt de raonables d'actuacions futures, el que pressuposa un assessorament clar al client futura persona assistida que pren aquesta decisió amb distinció d'altres possibles actuacions o figures jurídiques que facin potser innecessària la petició. A més, aquesta petició s'ha d'expressar les circumstàncies per la que es demana el nomenament, ja que la variació d'aquestes poden comportar l'extinció de l'assistència (art.226.1b)).

Creo que important que el jutge s'entrevisti amb el sol·licitant per explorar les premisses i necessitat de la sol·licitud d'assistència i la clara voluntat del contingut de l'assistència.

La resolució haurà de determinar l'àmbit d'actuació sobre quins aspectes de la vida de la persona assistida haurà d'actuar l'assistent, amb un redactat clar sense que generi dubtes per evitar problemes d'actuació futura de l'assistent.

Un cop anomenat assistent, que ha d'acceptar el càrrec, el codi civil preveu el mecanisme de possibles variacions de la reducció o ampliació de l'àmbit de les funcions de l'assistent, obligació aquesta que inclou com a obligat el mateix assistent. També preveu la seva extinció.

Per raó de la matèria en tot el procediment hi ha d'intervenir i tenir coneixement el Ministeri Fiscal.

No hi hauria inconvenient en sol·licitar i gaudir de l'assistència jurídica gratuïta en tant estigui la persona sol·licitant del nomenament de l'assistència dins dels paràmetres econòmics de la justícia gratuïta.

I per últim, la inscripció del nomenament de l'assistent al registre civil del domicili de l'assistent, que és obligatòria segons l'article 226-7, en el que s'ha d'inscriure la presa de possessió de l'assistent mitjançant la comunicació de la resolució judicial. Hem d'entendre que la modificació que es pugi produir de l'àmbit d'actuació també s'haurà de comunicar.

En resum, crec important la funció preventiva de les diferents figures de protecció a les persones, divulgació d'aquestes figures entre els professionals que ens hi dediquem amb especialització.

# L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia

REMEI SORIANO  
Fiscal

I. INTRODUCCIÓ II. APLICACIÓ PRÀCTICA DE LA FIGURA DE L'ASSISTENT

## I. INTRODUCCIÓ

Amb motiu de l'adhesió a la Convenció de les Persones amb Discapacitat l'any 2008 i l'obligació legal d'establir mecanismes de protecció a mida de les necessitats de les persones amb discapacitat, i no dels interessos del seu entorn, la figura de l'assistent ha sigut rebuda amb expectació i existeix una voluntat clara de conèixer l'eficàcia pràctica d'aquest nou mecanisme de protecció. Cal indicar l'interès de la Fiscalia General de l'Estat per conèixer l'aplicació de la figura de l'assistent al territori de Catalunya al tractar-se d'un procediment de protecció aliè al ja conegut procediment judicial contradictori, regulat a la Llei d'Enjudiciament Civil.

Des del punt de vista de la Fiscalia, entenem que la voluntat del legislador és fer prevaler el principi d'autonomia de la voluntat del propi interessat, com a premissa en el moment d'adoptar mesures de protecció. Principi d'autonomia que haurà de ser respectat pels operadors jurídics i, evidentment, també pels familiars o les persones properes a la persona protegida.

Com amb la figura de l'autotutela, vigent a Catalunya des de l'any 1996 (introduïda per la Llei 11/1996, de 29 de juliol) el legislador ha previst que el ciutadà sigui el que fixi la seva pròpia protecció per si es dóna el cas que circumstàncies de tipus físic o psíquic aconsellen prendre mesures d'autoprotecció.

Amb total respecte a l'esperit de la Convenció del Drets de les Persones amb Discapacitat, el legislador regula tres noves institucions que, segons el mateix preàmbul de la Llei 25/2010, van adreçades a protegir les persones, però a la vegada a afavorir la seva autonomia; l'assistència (1), la constitució de patrimonis protegits i els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat. Cap d'aquestes institucions de protecció va lligada a una sentència prèvia que declari la modificació de la capacitat de la persona.

## II. APLICACIÓ PRÀCTICA DE LA FIGURA DE L'ASSISTENT

Després d'un any i nou mesos de l'entrada en vigor del Llibre II del Codi civil, des d'un punt de vista molt pràctic podem fer una sèrie d'observacions:

### **Primera. En quant al grau de coneixement de la figura**

El gran desconeixement de l'existència de noves figures de protecció, alienes a la declaració d'incapacitació es una constant.

Ja va passar amb el mecanisme de l'autotutela, introduïda pel legislador català a l'any 1.996 i que s'ha mantingut com a figura desconeguda durant molt de temps.

Per les dades recollides a la Fiscalia Provincial de Barcelona, només tenim constància de quatre expedients tramitats als jutjats de tota la província de Barcelona: dos als jutjats de Barcelona i dos als jutjats de Terrassa.

Convé que aquest mecanisme de protecció sigui ben conegut pels professionals del dret, institucions assistencials, entitats particulars o públiques implicades al mon de la discapacitat i en general tota la ciutadania com una nova fórmula d'auto protecció.

### **Segona. En quant al procediment**

En l'àmbit procedimental s'ha regulat a l'article 226-1 del Codi Civil que la petició de nomenament d'assistent s'ha de fer davant del jutjat pels tràmits de la jurisdicció voluntària.

A diferència del que preveu l'article 759 de la Llei d'enjudiciament civil en els processos de modificació de la capacitat, no s'estableix, per a la designació d'assistent, quines proves ha de practicar el jutgador.

¿N'hi ha prou amb la petició formulada pel peticionari? ¿S'ha de prendre algun tipus de garantia?

En aquest sentit, des de la Fiscalia demanem, atesa la transcendència de l'acte i vist el pressupòsit que la persona sol·licitant es troba afectada d'una discapacitat no incapacitant, la pràctica de diligències que assegurin el principi de tutela judicial efectiva, concretament:

- a) Respecte a la persona sol·licitant, que la rebí en audiència el jutge, amb la intervenció del fiscal:
  - per valorar si la sol·licitant té coneixement de l'acte que realitza i la seva transcendència perquè manifesti el seu parer o la seva voluntat sobre els actes per als quals entén que necessita assistència.
  - perquè expliqui els motius per a l'elecció de la persona que li donarà assistència.
- b) Respecte a la persona que ha de ser designada, que la rebí en audiència el jutgador, amb la intervenció del fiscal, per:
  - comprovar que no hi concorren causes d'inhabilitat per assumir el càrrec d'assistent (art. 222.15 del Codi civil) o causes d'exclusió per conflicte d'interessos (art. 222.17 del Codi civil).
  - comprovar que tingui aptitud per assumir el càrrec.
- c) Si de l'entrevista sorgeixen dubtes sobre la capacitat de discerniment de la persona peticionària, ens reservem la possibilitat de sol·licitar una valoració medicoforense.



Entenem que no és necessari ni convenient demanar d'entrada una valoració forense perquè seria discriminatori.

Tot això, sens perjudici que l'expedient de jurisdicció voluntària dóna la possibilitat de practicar tot tipus de prova d'ofici o a instància de part, com podria ser escoltar persones properes tant al peticionari com a la persona escollida per assumir la funció d'assistència.

Entenem d'aplicació en la tramitació del nomenament d'assistent la disposició addicional tercera de la Llei 1/96, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (2), en els següents punts:

- Actuació del jutge i el fiscal en interès del peticionari pel que fa a la possibilitat de practicar les proves i diligències que s'estimin adequades i quant a la possibilitat d'assessorar-los respecte als seus drets i la manera d'esmenar els defectes de les sol·licituds.
- No es necessària la intervenció d'advocat ni procurador.
- El procediment no es torna contenciós encara que algun interessat hi presenti oposició.

### **Tercera. Legitimació activa**

Respecte a la legitimació per demanar la designació d'un assistent, el legislador ha previst que només es pot designar a petició de la persona major d'edat que ho necessiti per tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques.

El peticionari ha de reunir unes característiques:

- 1) ha de ser major d'edat. Descarta qualsevol interpretació vers la capacitat natural i està a la capacitat legal.
- 2) ha de patir un grau de disminució, físic o psíquic, no incapacitant. A diferència de l'article 227-1 que determina el grau de discapacitat que ha d'acreditar la persona que vulgui ser beneficiària d'un patrimoni protegit, el legislador no fixa en aquest cas graus de disminució ni la manera d'acreditar-ho. Entenem que el legislador de forma conscient no ha volgut posar limitacions.
- 3) Ha de necessitar una protecció per la seva cura personal y/o dels seus béns. Entenem que el peticionari ha d'explicar quina es l'abast de la seva necessitat, deixant fora d'aquest procediment peticions sense causa.

Amb total respecte al principi d'autonomia de la voluntat, exclou la legitimació prevista a l'article 757 de la Llei d'enjudiciament civil dels parents més propers i del fiscal, fins i tot de manera més restrictiva que per a la declaració de prodigalitat.

En conseqüència, la Fiscalia pot assessorar sobre l'existència de la figura jurídica, però no pot dirigir-se al jutjat per demanar la designació d'un assistent per a determinada persona.

És a dir, la intervenció del fiscal com a demandant només es dóna en el procés contradictori de declaració de modificació de la capacitat regulat com a procés especial a la llei d'enjudiciament civil.

No és infreqüent la recepció a Fiscalia de comunicacions de serveis socials d'Ajuntaments, de centres de salut o de centres residencials, en què es posa de manifest situacions de persones grans que no presenten cap deteriorament cognitiu ni cap malaltia incapacitant, les denominades a vegades «persones fràgils», però que són objecte d'abusos econòmics o maltractaments, a vegades pel propi entorn familiar.

En aquest cas es donaria el «motiu» per constituir una protecció d'aquesta persona en l'àmbit civil, que milloraria el seu benestar, la seva dignitat i qualitat de vida, però no es donaria la premissa de «malaltia o deficiència de caràcter físic o psíquic persistent que comporti falta d'autogovern» que estableix l'article 200 del Codi civil (3) i que podria legitimar la Fiscalia per presentar una demanda de modificació de la capacitat per constituir una tutela o una curatela i, fins i tot, demanar mesures urgents de protecció d'aquella persona.

¿Podríem actuar des de la vessant del dret penal per protegir la persona maltractada o explotada? Sí, a la pràctica és el que fem, però amb resultat escàs per dues raons jurídiques:

Si l'únic testimoni és la víctima mateixa i l'agressor o agressora és un parent, normalment s'acullen davant del jutjat a la dispensa de declarar prevista a l'article 416 de la Llei d'enjudiciament criminal (5). Podem actuar si existeixen testimonis que no es puguin acollir a aquesta dispensa.

En l'àmbit dels abusos econòmics comesos per parents, s'aplica l'exclusa absoluta de l'article 268 del Codi penal (4).

En l'àmbit estrictament civil, no podem demanar als jutjats la designació d'una figura de protecció d'una persona major d'edat si no hi ha una causa d'incapacitació i, en conseqüència, no podem iniciar un procediment per a la designació d'un assistent.

Aquesta situació posa de manifest la necessitat d'estendre el coneixement dels drets de les persones i la divulgació de les eines jurídiques de protecció.

#### **Quarta. Designació de l'assistent**

De la redacció de l'art. 226-1 s'entén que el jutgador no pot designar una persona diferent de la proposada pel sol·licitant. Pot no fer la designació, però no pot modificar la voluntat del peticionari.

¿Es pot designar més d'un assistent? Entenem que no hi ha cap objecció respecte d'això, atès que no regeix la limitació de l'article 222-25 respecte del nombre de titulars de la tutela.

#### **Cinquena. Contingut de l'assistència**

L'article 226-2, apartat primer, del Codi civil, estableix que el jutge ha de fixar el contingut de l'assistència en l'àmbit personal o patrimonial i els interessos dels quals ha de tenir cura l'assistent.

El legislador no estableix, a diferència de l'apartat 1r, que el jutge hagi de respectar la voluntat del peticionari, i la pregunta que sorgeix és si el jutge pot fixar un contingut diferent del que demana l'assistent.

Pot passar també que el peticionari no indiqui clarament quins són els àmbits en què creu necessària l'assistència.

Sorgeixen diverses qüestions quant al contingut de l'assistència:

**¿El jutge pot suplir les carències de la sol·licitud mitjançant l'entrevista amb el peticionari i la pràctica d'altres diligències?**

Entenem que sí, només cal recordar la disposició addicional tercera de la Llei 1/96, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, quant a la possibilitat d'assessorar-los respecte als seus drets i la manera d'esmenar els defectes de les sol·licituds.

En aquest punt, pel que fa al contingut de l'assistència, queda minvat el principi de respecte absolut a la voluntat de l'assistit.

Aquesta voluntat legislativa queda clara quan a l'article 226-4 es preveu la modificació del contingut de l'assistència a instància de l'assistit mateix, de l'assistent o a instància de part (¿en aquest cas, també la Fiscalia?).

L'única limitació per al jutge és la impossibilitat d'atorgar a l'assistent funcions d'administrador de patrimoni, si no és a instància del mateix assistit.

**¿L'assistent, en l'àmbit personal, sempre està legitimat per rebre la informació mèdica i donar consentiment per a intervencions mèdiques quan no pugui fer-ho l'assistit, encara que la resolució judicial no ho determini?**

De la redacció dels articles 226-2, apartat 2n, i 212-1 i 212-2 (6), sembla que si no està exclòs expressament, la voluntat és que l'assistent pugui assumir aquestes funcions.

### **Sisena. Control judicial de l'actuació de l'assistent**

El legislador no estableix cap control periòdic i, en conseqüència, l'expedient judicial finalitzaria amb la presa de possessió del càrrec per part de l'assistent.

L'únic control per part del jutjat es preveu a l'article 226-6, referit a una rendició de comptes en l'àmbit de la gestió del patrimoni de l'assistit quan s'ha conferit a l'assistent l'administració ordinària del patrimoni d'aquell. Això posa de manifest la desconfiança del legislador quan es refereix a la gestió de patrimonis aliens, que no es dona en canvi en els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat. Si no s'ha conferit aquesta administració econòmica cap control ordinari correspon al jutjat. Això es congruent amb el fet que estem parlant de persones assistides que tenen capacitat d'autogovernar-se. De totes maneres sempre és aplicable, com a disposició comuna a totes les institucions de protecció de la persona, l'article 221-5 (7), que permet establir les mesures que s'estimin necessàries per controlar el bon funcionament de la institució de protecció, fins i tot d'ofici pel jutge mateix.

### **Setena. Persones beneficiàries**

Amb relació a quines persones podrien aprofitar la institució de l'assistent, sense voluntat de ser exhaustius, podríem indicar:

- Qualsevol persona que tingui una discapacitat física o sensorial limitativa però no incapacitant.
- Persones amb deteriorament neurològic lleu o no greu.
- Persones amb trastorns de personalitat no incapacitant.
- Persones amb malalties mentals.
- Persones amb discapacitat mental lleu.

Totes aquestes persones poden ser conscients de la necessitat de comptar amb algú per exercir plenament la seva capacitat d'obrar, però l'alternativa fins ara era o un procés de declaració judicial d'incapacitat o res. Les figures d'autoprotecció amb reconeixement jurídic davant de tercers, com la figura de l'assistent, poden venir a satisfer una necessitat d'aquestes persones sense que vegin minvada la seva autonomia d'actuació.

# El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat

JOSEP M. VALLS XUFRE  
Notari

I. INTRODUCCIÓ. II. ANTECEDENTS HISTÒRICS. III. LA LLEI 25/2010, ART. 222-2 CCCAT. IV. DRET TRANSITORI: 1732 CC vs 222-2 CCCAT. V. NATURALESA I RÈGIM JURÍDIC DEL PODER EN PREVISIÓ DE PÈRDUA DE CAPACITAT A CATALUNYA. VI. DRET INTERREGIONAL I INTERNACIONAL PRIVAT. 1. Plantejament. 2. Normes de conflicte aplicables. 3. Dret internacional privat. 4. Dret interregional. VII. COMENÇAMENT DE LA VIGÈNCIA DEL PODER PREVENTIU. VIII. EL PODERDANT. IX. L'APODERAT. X. OBJECTE. XI. FORMA: ESCRIPTURA PÚBLICA I INSCRIPCIÓ. XII. EXTINCIÓ. XIII. RENDICIÓ DE COMPTES. XIV. COEXISTÈNCIA DEL PODER PREVENTIU AMB ALTRES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA. 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial. 4. El guardador de fet. 5. L'assistent. 6. L'administrador del patrimoni protegit. XV. PODER PREVENTIU I PODER MERCANTIL. XVI. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAFIA. — Llibre segon del Codi civil de Catalunya. — Código Civil. — Articles de revista. — Legislació. — Jurisprudència.

## I. INTRODUCCIÓ

La Llei 25/2010 de la Generalitat de Catalunya, de 29 de juliol, per la qual es va aprovar el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, en el seu article 222-2 regula el poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat, dient que:

«No cal posar en tutela les persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, no es poden governar per si mateixes, si a aquest efecte han nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingui cura de llurs interessos.»<sup>1</sup>

Aquest precepte se situa en la línia dels ordenaments jurídics més actuals, que donen preferència a l'autonomia de la voluntat, donant la possibilitat de suplir, amb solucions familiars, la intervenció judicial per constituir la tutela a les persones que perden la capacitat. S'ha tingut en compte la realitat social que, en la majoria dels casos, la incapacitació només se sol·licita per resoldre problemes concrets, com ara la venda o lloguer d'un pis, o per fer front a les despeses de manteniment de la persona incapaç.

1 Continua dient el precepte:

«2. El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder. En el primer cas, la pèrdua sobrevinguda de capacitat del poderdant no comporta l'extinció del poder. El poderdant també pot fixar les mesures de control i les causes per les quals s'extingeix el poder.

3. Si en interès de la persona protegida s'arriba a constituir la tutela, l'autoritat judicial, en aquell moment o amb posterioritat, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder.»

S'ha de destacar la situació del precepte citat dins del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, dedicat a la persona i la família, i en concret a les disposicions generals del capítol II, dedicat a la tutela.

Avancem ja que això dóna al poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat un caire d'institució **quasitutelar, o tutelar privada**, que, com veurem al llarg de l'exposició, modifica el caràcter purament contractual del mandat, base de la representació atorgada mitjançant el poder.

O, si volem, podem dir-ho d'una altra forma més global: **s'introdueix el poder preventiu dins de la regulació de la tutela no perquè es consideri que és un supòsit de representació legal, o tutelar, sinó perquè a la representació del tutor (legal) s'hi afegeix la representació de l'apoderat preventiu (voluntària) per configurar un sistema d'institucions de protecció de la persona més complet i també més d'acord amb la realitat social actual.**

No oblidem com s'està allargant l'esperança de vida en el món occidental, i en particular al nostre país. Però si aquesta vida física s'allarga, no és menys cert que la plena capacitat generalment no es manté fins al final, i la veritat és que amb el pas dels anys una gran majoria arribarem a patir algun grau de discapacitat psíquica.

D'aquí l'oportunitat d'introduir la representació voluntària a través del poder preventiu, dins de les institucions de protecció de la persona, al costat de la tutela, per evitar-la però amb el degut control judicial, si és necessari.

En realitat és el triomf del principi d'autonomia de la voluntat de la persona, ja que s'enforteix l'autonomia personal i s'eviten així la innecessària judicialització de la vida patrimonial del discapacitat i la seva incapacitació, quan no resulti imprescindible.<sup>2</sup>

En l'àmbit internacional, la **Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat (Nova York, 13 de desembre de 2006)** proclama el principi de l'autonomia personal, considera la incapacitació com una mesura extraordinària i reconeix la importància que per a les persones amb discapacitat té la seva autonomia i independència individual, inclosa la llibertat de prendre les seves pròpies decisions. L'article 12, apartat quart, disposa que els Estats Parts asseguraran que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionin salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos, de conformitat amb el dret internacional en matèria de drets humans.

**Aquestes salvaguardes asseguraran que les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica respecten els drets, la voluntat i les preferències de la persona i prendran totes les mesures que siguin pertinents i efectives per garantir el dret de les persones amb discapacitat a ser propietàries i heretar béns, a controlar els seus propis assumptes econòmics, etc.<sup>3</sup>**

2 Hi ha autors contraris a aquestes fórmules, com ara Cristina de Amunategui Rodríguez: «Personalmente estoy absolutamente convencida de que la institución que ofrece una protección integral al sujeto es la incapacitación», «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *Revista de Derecho Privado*, 1-2/2006, VLEX-289865, pàg.7

3 Montserrat Pereña Vicente adverteix del perill d'una excessiva generalització dels poders preventius i destaca la necessitat del control judicial que proclama l'article 12 de la Convenció, *La Ley* n° 7691, 2011, pàg.5.

En l'àmbit intern, s'han de considerar també les referències al principi d'autonomia en la Llei estatal 39/2006, de 14 de desembre, de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que en el seu article 2, de definicions, diu:

«A efectos de la presente Ley, se entiende por autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.»

El principi d'autonomia ha de ser prioritari i implica la possibilitat d'actuar de forma independent i lliure i inclou la disposició a assumir certs nivells de risc, cosa que implica poder triar el propi estil de vida, participar en l'adopció de les decisions que afecten directament o indirectament la pròpia persona i ser respectat en les pròpies opcions.

Com explica **Sergio Nasarre**<sup>4</sup> en comentar les novetats del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, en els treballs preparatoris es va prendre en consideració la possible supressió de la incapacitació de la persona, pel seu deficient funcionament en la realitat sociojurídica, com ha passat a països tan pròxims i d'ordenaments tan prestigiosos com Alemanya, on s'han substituït la tutela i la curatela per institucions més flexibles i adaptades al món actual, com ara la figura de l'**assistència** (novetat també de la Llei catalana 25/2010, en l'ordenament jurídic espanyol) i la del **poder preventiu**, objecte de la present exposició.

## II. ANTECEDENTS HISTÒRICS

Quan parlem dels **antecedents** de l'article 222-2 CCCat, en primer lloc hem de citar el típic poder general atorgat per persones d'una certa edat, que veuen com a poc a poc van perdent facultats, i que volen que els seus fills o familiars més propers comencin a cuidar-se del que faci falta.

Des de sempre, les persones grans han atorgat poders generals a favor dels fills, o dels parents més propers, per evitar els problemes d'actuació jurídica derivats de les normals deficiències físiques i psíquiques pròpies de l'edat. Amb el pas del temps, aquestes deficiències van augmentant, apareixen les alteracions de memòria i consciència, amb dies bons i altres no tant.<sup>5</sup>

El fet cert és que quan s'atorga el poder el notari vetlla per la plena capacitat d'obrar del poderdant, però després, lògicament, en augmentar l'edat aquella va disminuint. En disminuir aquesta capacitat, disminueix també

4 Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, (coord.), Barcelona, Bosch, 2011, 990 pàg.XXX.

5 És molt interessant la Real Orden de 14 de març de 1924 que recull la doctrina de la tutela fiduciària de Diego María Crehuet. Vegeu DURAN CORSANEGRO: *La autorregulación de la tutela*, Ed. Areces, ISBN 915.398.659, 2007, pàg. 105.

la possibilitat que té el poderdant per controlar l'activitat de l'apoderat, per exigir-li la rendició de comptes i, en definitiva, per revocar-lo.

La redacció originària del Codi Civil comú incloïa la interdicció civil com causa d'extinció del mandat; però **NO incloïa expressament la incapacitació**. No obstant això, tant la doctrina com la jurisprudència aviat es van posar d'acord a equiparar per analogia interdicció i incapacitació. D'aquí la nostra tradicional fórmula notarial en enjudiciar la suficiència i legitimitat del poder: «(...) el representant manifesta que el poder no li ha estat revocat, modificat o condicionat i **no han variat les circumstàncies personals del poderdant (...)**».

La Llei estatal 6/1984, en suprimir la pena d'interdicció civil, va eliminar la paraula *interdicció* de tots els preceptes en què apareixia, i també, per tant, de l'article 1732 del Codi Civil comú. Però en tots els fòrums jurídics es va continuar entenent que la capacitat del poderdant era una condició essencial en el contracte de mandat basat en la confiança de les dues parts.

I és que el poder és un acte unilateral, però es fonamenta en el contracte bilateral del mandat. Com diu León Alonso, en la regulació del mandat els ordenaments jurídics moderns han tingut des d'un principi, com a pressupòsit essencial per a la perduració del mandat l'anomenada *perseverantia consensus*.<sup>6</sup> Víctor Garrido Palma<sup>7</sup> hi afegeix que el mandat és el prototipus de contracte de gestió. És un contracte bilateral, però que durant la seva execució una de les parts pot esdevenir incapaç, i —valgui la redundància— incapaç per fer front als abusos de l'apoderat, mitjançant la seva principal arma que és la revocació i l'acció per exigir responsabilitats.

Per tant, basant-se en això, s'entenia que el poder s'extingia en el moment que es perdia de fet la capacitat, i els actes realitzats per l'apoderat, en un moment en què el poderdant ja no tenia capacitat real per conèixer i controlar l'activitat de l'apoderat, podien ser impugnats, encara que no s'hagués produït una incapacitació judicial i el consegüent nomenament de tutor.<sup>8</sup>

Com diu Fernando Puente,

«teniendo en cuenta el carácter causalista de nuestro sistema, el poderdante, en el instante en que el apoderado actúa en su nombre, debe tener capacidad suficiente para realizar el negocio por sí mismo... aunque el negocio realizado por el apoderado no podrá ser impugnado si reduna en utilidad del poderdante (art. 304 CC, su situación se asemeja a la del guardador de hecho); y los terceros se encuentran protegidos según lo establecido por el art. 1738 del CC. En este sentido, la STS de 3 de julio de 1976 señala que la buena fe de los terceros es fundamento suficiente para protegerlos, pues si el mandato constituye una relación que afecta a mandante y mandatario, el poder es una manifestación

6 LEÓN ALONSO, José R. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirig. por Manuel Albaladejo, Edersa, 1996).

7 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *La protección de los discapaces, la autotutela y el poder preventivo de protección*, Anales Academia Matritense del Notariado, curso 2008/2009.

8 Cristina de Amunátegui Rodríguez, citant la sentència del Tribunal Suprem de 20-5-2002, en la qual es declara nul el poder per falta de capacitat, i com a conseqüència la compravenda, cosa que en la seva opinió, que compartim, seria solament ineficaç, inicialment en espera de la possible ratificació del tutor. «Incapacitación y mandato», *La Ley*, 2008, pàg. 193.



de aquél que afecta a terceros y, siendo el mandato una relación jurídica basada en la confianza, el tercero no tiene por qué conocer sus vicisitudes».<sup>9</sup>

El cert és que, exceptuant els casos esmentats, utilitat del poderdant i protecció de tercers de bona fe, la doctrina i la jurisprudència proclamaven la nul·litat dels actes realitzats per l'apoderat quan el poderdant es trobava en una situació d'incapacitat no purament temporal, sobre la base que el poder esdevenia ineficaç perquè no existia ja una voluntat, la del poderdant, capaç de decidir el manteniment o la revocació del poder.<sup>10</sup>

L'esmentat buit legal va ser omplert per la Llei Orgànica 1/1996, de **Protecció del Menor**, que va incloure expressament la incapacitació del mandant o del mandatari com a causa d'extinció del mandat, amb què ratificava la posició de la majoria de la doctrina. La terminologia mateixa del legislador, en utilitzar la paraula *incapacitació*, segons la jurisprudència **resolia la controvèrsia: incapacitat natural o legal, a favor de l'extinció del poder per la sentència d'incapacitació**, amb independència de la pèrdua anterior de la capacitat natural (TS 11 d'octubre de 2000).<sup>11</sup>

Això, sens perjudici que, entre les mesures que la Llei d'Enjudiciament Civil (art. 762) preveu per protegir el discapacitat, sempre s'ha defensat la possibilitat d'incloure la de revocar els poders. Per tant, durant el procés d'incapacitació el jutge determinarà el que correspongui respecte als poders atorgats pel presumpte incaç. Si no hi ha motius, el jutge no té per què revocar els poders i l'apoderat seguirà actuant fins a la sentència.<sup>12</sup>

I finalment arribem a la reforma de 18 de novembre de 2003. Amb la **Llei de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat** es va donar a l'article 1732 una nova redacció, que reconeixia la possibilitat que en el mateix mandat «se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste.

9 PUENTE DE LA FUENTE, Fernando, «El Mandato preventivo», a: *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, València, Tirant lo Blanch, 2007, p. 145-169.

10 No cal exposar aquí en profunditat les diferents opinions doctrinals sobre aquest punt. Resumint, hi havia qui defensava que era la pèrdua de capacitat natural la causa suficient per defensar l'extinció del poder, i qui defensava que, basant-se en la seguretat del tràfic jurídic, consideraven com a criteri més segur el de l'extinció del poder com a conseqüència de la sentència d'incapacitació. Per a mi, el problema fonamental de la primera posició és que, en la major part dels casos, la incapacitat es produeix de forma progressiva, deteriorant la capacitat natural de forma gradual (l'Alzheimer, per exemple). Aleshores: quin és el moment en què es produeix l'anul·lació del poder?

11 Una qüestió diferent és la de la validesa dels actes celebrats per l'apoderat abans de la incapacitació, que es podran impugnar en base a la mala fe dels tercers, i a més a més es podran exigir a l'apoderat les responsabilitats derivades de la seva actuació (art. 1726 CC). I a la inversa, pot ser vàlida l'actuació fins i tot després de la incapacitació, quan es tracta d'acabar el que s'havia començat (Argument ex art. 1718: «Debe también acabar el negocio que estuviera comenzado al morir el mandante, si hubiera peligro en la tardanza»). I en tot cas podria esmenar-se qualsevol deficiència amb la ratificació del mateix tutor.

12 Si l'apoderat no ha actuat fidelment o amb la diligència deguda, el jutge li revocarà els poders, fins i tot abans de la sentència d'incapacitació, i una vegada nomenat el tutor, aquest li podrà exigir les responsabilitats corresponents (art. 1719 i 1727 CC).

En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

Aquest precepte reconeixia i regulava una realitat ancestral, i és que el típic poder general atorgat per persones d'una certa edat, en la major part dels casos obeeix a la voluntat dels particulars d'evitar la intervenció judicial i tot el que suposa una incapacitació judicial, quant a temps, despeses, obligacions posteriors, etc.

La reforma de 2003 va ser acollida amb satisfacció per tots els professionals del Dret, però també amb una certa desil·lusió perquè va ser massa minimalista, com diu **Montserrat Pereña Vicente**.<sup>13</sup> Segons la citada autora, amb independència del judici que puguem fer quant a la tècnica legislativa de regular, dins del contracte de mandat, una matèria que pertany a la protecció dels discapacitats psíquics, el cert és que **afegint tan sols un incís final a l'article 1732 es deixen enlaire massa aspectes; en realitat, tots.**

**Víctor M. Garrido de Palma** posa de relleu<sup>14</sup> que la regulació legal del contracte de mandat no s'ajusta *in toto* al mandat preventiu. Així, no és admissible que el menor emancipat pugui tenir aquest càrrec, ni que l'apoderat pugui nomenar un substitut, si no se li ha prohibit expressament...

El caràcter personalíssim de l'actuació de l'apoderat en el poder preventiu feia necessari regular d'alguna forma, encara que fos per la via d'imposició al poderdant, **d'explicitar en els poders temes tan importants com la possible substitució dels poders, la rendició de comptes, la provisió de fons al mandatari o la remuneració, la possible renúncia del mandatari o la revocació del poder per tercers o per un òrgan de control designat a l'efecte, etc.**

Tots aquests aspectes hauran de ser assumits pels juristes, advocats i notaris en aconsellar els seus clients; el legislador carrega, d'aquesta manera, tota la responsabilitat del bon funcionament de la institució en els professionals del dret. Destaquem aquest fet per les repercussions que tindrà, com veurem, ja que tal com es va plantejar la reforma, no es pensava en absolut a obviar la declaració d'incapacitat, tal com diu **Fernando Puente**:

«No parece que pueda prescindirse del organismo tutelar, ya que el artículo reformado, al final dispone que el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. (...) El mandato preventivo y el poder correspondiente, por amplio que éste sea, no evita en absoluto la constitución de la tutela, y ello porque ésta última no tiene como finalidad exclusiva suplir la falta de capacidad del incapacitado, sino que su finalidad fundamental es la de proteger al incapaz. (...) Ahora bien, el hecho de que tenga que constituirse la tutela designando tutor, no supone que éste no pueda coexistir con el apoderado y que el juez tenga necesariamente que extinguir el poder. La subsistencia del apoderado con el tutor resulta del propio tenor del art. 1732.»<sup>15</sup>

13 PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

14 GARRIDO DE PALMA, Víctor M., *op. cit.*

15 PUENTE DE LA FUENTE, Fernando, *op. cit.*, pàg. 164. Aquest autor en cita també d'altres que defensen la tesi exposada: Ignacio Serrano García, Rafael Leña Fernández, etc.

És a dir, que en el sistema del dret comú s'imposa la constitució de l'organisme tutelar malgrat l'existència del poder preventiu. En canvi, en el dret català, l'article 222-2 CCCat parteix del principi contrari: «*no cal posar en tutela...*»

### III. LA LLEI 25/2010, ART. 222-2 CCCAT

A la llei 25/2010, el legislador català ha volgut anar un pas més enllà, i dotar d'una regulació pròpia els poders preventius, situant-los dins del llibre II, relatiu a la persona i la família, i en el capítol 2, que regula la tutela.<sup>16</sup>

Això mateix s'ha fet a França, regulant l'anomenat *mandat de protecció futura* entre les institucions tutelars, donant-li un règim específic i afrontant tots els aspectes problemàtics que els poders d'aquest tipus poden generar, sens perjudici que, com diu l'article 478 del Code, seran aplicables supletòriament les normes del mandat sempre que no siguin incompatibles amb la regulació pròpia del mandat de protecció futura.<sup>17</sup>

És la línia seguida també pel CCCat: regulació pròpia dins de la tutela, que ens apropa a la representació legal, però com a excepció a la tutela, en nom de l'autonomia de la voluntat, que és la base de la institució com a supòsit de representació voluntària.

Aquesta sistematització no ens ha de portar, per tant, a interpretar que aquesta institució resta subsumida, limitada o condicionada per aquest aspecte concret. En el pròleg, el legislador català proclama que, juntament amb les institucions tutelars, s'inclou la regulació de l'assistència i la protecció patrimonial de persones discapacitades i dependents, i s'incorpora una gran varietat d'instruments de protecció que pretenen cobrir tot el ventall de situacions en què poden trobar-se les persones amb discapacitat.

El legislador hi afegeix que la Llei manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, però que també en regula d'altres que operen o poden operar al marge d'aquesta, atenent la constatació que, en molts casos, la persona amb discapacitat, o els seus familiars, prefereixen no promoure-la. Acaba expressant que aquesta diversitat de règims de protecció

16 La llei 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón, recull també en el seu article 95 el poder preventiu: «Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente podrá en escritura pública designar (...) incluido el otorgamiento de un mandato que no extinga por su incapacidad o incapacitación. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el juez y el Ministerio Fiscal.»

17 El Code possibilita l'atorgament d'aquest mandat davant de notari, fent constar l'acceptació del mandatari. En aquest cas, s'entrega el mandat al secretari judicial, amb una certificació mèdica acreditativa de l'existència de la causa d'incapacitat; una vegada homologat judicialment, ja no es pot obrir el procediment de tutela.

La novetat del dret francès, en relació amb altres, va consistir en el fet que el mandat preventiu podia servir no solament per als actes de gestió patrimonial, sinó també per als actes relatius a la protecció de la persona, ja que l'article 479 del Code estableix que el mandatari queda sotmès a les obligacions establertes per als tutors i curadors en relació amb la protecció personal de l'incapac.

sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, tal com preconitza la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, aprovada el 13 de desembre de 2006 a Nova York i ratificada per l'Estat espanyol l'any següent.

La diferent concepció dels poders preventius, entre l'article 1732 del Codi Civil comú i el 222-2 del Codi Civil de Catalunya, és essencial perquè el poder preventiu de l'art. 1732 està dins de la regulació del contracte de mandat, que és el paradigma de la representació voluntària, com apunten la major part d'autors, com ara Cristina Amunátegui, Esther Arroyo Amayuelas, Josep Ma Segura, etc. i tots queixant-se de la poca visió de futur del legislador estatal.

En l'art. 1732 no hi ha més regulació que la del mandat, i amb les normes del mandat haurem de construir el poder preventiu, omplint les llacunes del poder amb la mateixa regulació. A més, com que el poder preventiu no és obstacle per a la constitució de la tutela, els possibles buits en les facultats de l'apoderat seran assumits pel tutor.

En canvi, en la meua opinió, el 222-2 preveu un supòsit de representació quasi-tutelar, o tutela privada, basat en una fórmula, el poder, que té per essència l'autonomia de la voluntat. Autonomia de la voluntat sí, però modulada, ja que està enquadrada en les institucions de protecció de la persona.

Ja es parteix de la base que, en principi, no caldrà constituir la tutela; és a dir, que el poder preventiu supleix la tutela; si el poder està ben configurat i l'apoderat respon com és d'esperar, el jutge no intervindrà mai.

Aquesta concepció diferent del poder preventiu, representació quasi tutelar basada en l'autonomia de la voluntat, presideix tota la regulació continguda en el CCCat i ens ha de servir per interpretar aquestes normes, i les seves llacunes, sens perjudici de no deixar mai de respectar la voluntat del poderdant si aquesta és clara i ferma, encara que no s'hagi expressat d'una forma literal.

La concepció quasi-tutelar del poder preventiu explica que el CCCat, en regular la matèria, exigeixi l'autorització judicial per als mateixos casos que el tutor la necessita, llevat del cas que el poderdant l'hagi exclòs expressament. És l'article 222-44 CCCat.<sup>18</sup>

Per tant, si el poderdant no fa cap menció sobre aquest punt, l'apoderat necessitarà autorització judicial, per exemple, per disposar de béns immobles. Abans, sota l'imperi del 1732 del Codi Civil comú, si els poders s'havien atorgat sense cap limitació expressa, els apoderats no necessitaven l'autorització judicial. Ara, amb el Codi Civil català la regla canvia i és la contrària: l'autorització judicial s'imposa a menys que l'hagi exclòs el poderdant. Això implica un règim completament diferent per als poders atorgats abans, conforme a l'article 1732 del Codi Civil comú, i els atorgats a partir de la vigència de l'article 222-2 del Codi Civil de Catalunya.

18 Com explica Xavier Campà i de Ferrer, la redacció de l'avantprojecte subjectava, en tot cas, l'apoderat preventiu a un règim d'autorització judicial prèvia pels mateixos actes que al tutor, sense possibilitat que el poderdant pogués excloure-ho. *Dret Civil català. Volum II*, Editorial Bosch, 2012, pàg. 183.

#### IV. DRET TRANSITORI: 1732 CC VS 222-2 CCCAT

Aquí voldria fer una referència especial al **problema de dret transitori**, que es va plantejar en relació amb aquesta diferent regulació per culpa de la **disposició transitòria primera** de la llei 25/2010, que ja vaig exposar en la meua conferència al Col·legi de Notaris sobre les novetats de la llei.<sup>19</sup>

En la seva redacció originària, el text de l'apartat 2 de l'esmentada disposició transitòria deia literalment:

«Disposició transitòria primera. Institucions tutelars.

2. Els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats, en aplicació del dret estatal supletori, abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei queden subjectes, quant a llur eficàcia i règim d'exercici, al que estableix el Codi civil.»

Aquesta disposició transitòria plantejava el dilema dels poders atorgats amb anterioritat, en els quals, a partir de la vigència de la llei 25/2010, l'apoderat necessita autorització judicial en els mateixos casos que el tutor, a menys que en el poder el poderdant expressament ho exclouï. En el dret estatal no existeix una norma que sotmeti l'apoderat a l'autorització judicial en els mateixos casos que el tutor la necessita, i fins ara els poders atorgats a Catalunya no contenien cap previsió respecte d'això.

La conjunció de l'article 222-44.3, que exigeix a l'apoderat l'autorització judicial, i de la disposició transitòria citada, a partir de la vigència de la llei, l'1 de gener de 2011, produïa el problema que els poders que s'havien atorgat d'acord amb l'article 1732 CC podrien quedar limitats si s'interpretaven literalment els preceptes citats. Així, l'apoderat, en les seves facultats dispositives sobre immobles, per exemple, quedaria subjecte a l'obtenció de l'autorització judicial.

**Fins al dia 31 de desembre de 2010 l'apoderat podia per si sol vendre un immoble del poderdant incapaç, però a partir de l'endemà, el mateix apoderat, amb els mateixos poders, no podria fer-ho sense l'autorització judicial.**

És una qüestió que vaig plantejar a la conferència abans citada i que va donar lloc a un ampli debat doctrinal posterior.

Per a alguns, tota la qüestió quedava subjecta a la consideració que una Llei autonòmica no pot modificar el que s'hagi verificat sota l'imperi d'una llei estatal, encara que reconeixent que, a partir de la seva vigència, no controvertida per un possible recurs d'inconstitucionalitat, els actes jurídics que es realitzin en l'esmentat àmbit autonòmic hauran de subjectar-se a la nova llei. No entrarem en aquesta qüestió, per a mi ja resulta per innombrables sentències del Constitucional en què es declara que, si no hi ha inconstitucionalitat, **no existeix col·lisió de rang entre dues lleis, una d'estatal i una altra d'autonòmica**; simplement, la posterior modifica l'anterior. I és que una Llei autonòmica no té, sobre el seu àmbit territorial,

<sup>19</sup> 28 octubre de 2010, Curs sobre El llibre II del CCC: principals novetats, Tirant lo Blanch i Col·legi de Notaris de Catalunya.

ni major ni menor rang que una d'estatal, i si la norma autonòmica no és impugnada per inconstitucional, modifica, anul·la o substitueix la de mateix rang estatal.

Altres defensaven la integritat dels poders atorgats, amb criteris de lògica i seguretat jurídica: el poderant, quan va atorgar el poder, era conscient que l'apoderat quedava facultat per realitzar actes de disposició d'immobles, per si sol i sense autorització del jutge. Precisament això és el **que volia el poderant: evitar la intervenció judicial**. La seguretat jurídica exigeix que les facultats de l'apoderat es mantinguin, sense excepció, en els poders atorgats amb anterioritat. Imaginem si no, per exemple, una venda en document privat, ja consumada, i que ara es vol elevar a escriptura pública; la carta de pagament i cancel·lació d'una condició resolutòria que es vol atorgar ara, respecte d'una venda amb preu ajornat atorgada abans de la vigència d'aquesta llei, etc.

Si el poderant no ha limitat a l'apoderat aquestes facultats, és perquè vol concedir-li una total autonomia en l'exercici del poder. **El poderant bé podria haver limitat la seva execució exigint una autorització complementària, com la d'un parent o d'una persona de confiança**. Si no ho ha fet és perquè la seva voluntat és que l'apoderat actuï amb plena llibertat, i en aquest sentit han d'interpretar-se els poders que hem autoritzat conforme a l'article 1732 del Codi Civil comú, abans de la vigència de l'article 222 CCCat.

Ara, l'article 222-44.3 diu que «l'apoderat necessita l'autorització judicial per als mateixos actes que el tutor, llevat que el poderant l'hagi exclosa expressament».

En canvi, en els poders atorgats conforme a l'article 1732, el poderant, en no imposar a l'apoderat una autorització especial per a actes de disposició, té *in mente* la seva pròpia exoneració a l'apoderat de qualsevol tipus de control judicial.<sup>20</sup>

En aquesta mateixa línia, el notari Pere Albiol va defensar que l'adverbi «expressament» s'havia d'interpretar no literalment, sinó des d'un **punt de vista voluntarista**. En els poders anteriors, la voluntat expressada sense limitar l'actuació del poderant era clarament excloent de l'autorització judicial. El poderant tenia la convicció mental que en cap cas l'apoderat necessitaria autorització judicial. Si el poderant hagués volgut que l'apoderat hagués de demanar-la per a determinats actes, ho hauria imposat expressament.<sup>21</sup>

20 En les jornades sobre el llibre II, efectuades al Col·legi de Registradors, on vaig plantejar el problema, també hi va haver opinions diverses sobre aquest mateix punt: la literal, defensada per alguns, i la que persegueix defensar la voluntat del poderant a manera de *voluntas testatoris*, aquí *voluntas domini*. Aquesta última posició favorable a la interpretació que la voluntat del poderant, plasmada d'acord amb l'article 1732 del CC, sense expressar limitacions ni prevencions de cap espècie, ha de ser mantinguda sense excepcions, va ser defensada per la majoria, de la qual haig de citar, per la seva rellevància, el catedràtic de la Universitat de Salamanca Don Mariano Alonso Pérez.

21 Pere Albiol es va enfrontar a una qüestió semblant en comentar el Codi de Successions, que en matèria de quarta falcídia exigeix al testador que prohibeixi la seva detracció si vol impedir a l'hereu la reducció de llegats (actual article 427-40 del CCCat). No fa falta una paraula màgica, ni cap fórmula sacramental, sinó que n'hi ha prou que el testador ho hagi volgut i això resulti de manera clara del testament. *Comentarios al Código de Sucesiones, Ley 40/1991 de 30 de diciembre*, Editorial Bosch, 1994, pàg. 978.

La inseguretat provocada per la problemàtica esmentada va fer que el Col·legi de Notaris promogués davant la Conselleria de Justícia una solució lògica i simple. Així, la llei 10/2011 de la Generalitat de Catalunya, de 29 de desembre, de simplificació i millorament de la regulació normativa, en el seu article 45 va modificar l'apartat 2 de la disposició transitòria primera de la llei 25/2010 fent-ne una nova redacció, que és l'actual: «Els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei resten subjectes, quant a llur eficàcia i llur règim d'exercici, al que estableix el Codi Civil, llevat del que exigeix l'article 222-44.3.»

És a dir, els poders anteriors al dia 1 de gener de 2011 atorgats conforme a l'article 1732 CC passen a regir-se pel nou article 222 CCCat, llevat de l'autorització judicial que l'article 222-44.3 exigeix als apoderats nomenats d'acord amb la nova regulació. En canvi, en els poders posteriors a aquella data, si el poderdant vol excloure la intervenció judicial, ho haurà de fer constar en l'atorgament.

Una solució tan senzilla, fàcil i lògica és la que vaig proposar a fi de preservar els poders atorgats amb anterioritat, que ja s'estaven utilitzant i que no es podien modificar, ja que el poderdant ja havia esdevingut incapaç i, per tant, no podia fer-ne de nous.<sup>22</sup>

## V. NATURALES I RÈGIM JURÍDIC DEL PODER EN PREVISIÓ DE PÈRDUA DE CAPACITAT A CATALUNYA

El poder és una declaració de voluntat unilateral, que normalment respon a un mandat previ, però no té per què ser-ho sempre. Pot no existir aquest mandat previ, considerat com a contracte bilateral.

És el cas del poderdant que ha atorgat uns poders sense que l'apoderat ho sàpiga; aquests poders poden haver estat detalladament confeccionats, i així el poderdant dóna instruccions detallades a l'apoderat, li confereix drets i li imposa obligacions com la de retre comptes a un consell familiar, etc.

En tal supòsit, és evident que el que pugui haver-hi de mandat està contingut en el poder; però solament ha estat atorgat per una de les parts: el poderdant, que és alhora mandant. Més endavant, quan el poderdant lliura el document a l'apoderat i aquest l'accepta, **queda ratificat el mandat, ratificació que pot ser inclús tàcita, pel sol fet que l'apoderat faci ús del poder**, executant alguna de les facultats conferides.

L'especialitat, en cas d'un poder preventiu, és que aquesta ratificació tàcita de l'apoderat pot tenir lloc en un moment en què el poderdant i mandant ja

<sup>22</sup> Alguns autors, com ara Fernando SANTOS URBANEDA, han defensat que abans de la llei 41/2003 alguns poders es van atorgar preveient la incapacitat però sense cap previsió expressa. Diu que aquesta disposició sobre la continuïtat del poder no té per què ser expressa i que podrà provar-se tal pretensió de continuïtat per altres mitjans, com ara la prova documental, el mandat previ al poder, per exemple, i fins i tot la prova testifical. *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Consejo General del Poder Judicial, ISSN 1134-9670, pàg. 81.

ha esdevingut incapaç, però això no té més rellevància, perquè la llei ho ha previst i ho permet, ja que no exigeix la ratificació prèvia de l'apoderat.

Normalment, el poderdant ho haurà comentat amb els possibles apoderats, hauran parlat de com portar-ho a terme, del que vol i del que no vol el poderdant, del que haurà de fer l'apoderat, etc. **Encara que només sigui verbal, ja tenim un mandat.** El problema, com sempre, serà el de la prova, si en els poders, o en un document a part no s'ha reflectit el contingut del contracte bilateral de mandat.

Pot ser també que no hi hagi mandat, formalment parlant, perquè el poderdant i l'apoderat no han pactat res referent a això, o fins i tot que l'apoderat s'assabenti del poder quan el poderdant ja ha esdevingut incapaç per fer-li saber les seves instruccions, però malgrat tot hi ha un contingut, que és **l'establert per la pròpia regulació legal del mandat.**

A Catalunya, a part de les normes contingudes en els art. 221 i 222 CCCat respecte al poder preventiu, també hi seran aplicables les normes del mandat en general, del codi civil comú. Per tant, un contingut mínim sempre tindrà el mandat implícit en els poders preventius.

L'autonomia de la voluntat està present en tota la regulació del mandat, amb normes que tenen un caire fonamentalment dispositiu, i això es pot predicar, també, del poder preventiu, que respecta al màxim la voluntat del poderdant.

La voluntat del poderdant informa tota la institució, i és així com ho ha volgut el legislador en incloure el poder preventiu dins de la tutela, però com una excepció a aquesta. Només començar la regulació de la tutela, just després de nomenar les persones que s'han de posar en tutela (art. 222.1), regula el poder preventiu (art. 222-2) dient que «**no cal posar en tutela**» si s'ha atorgat el corresponent poder preventiu.

Queda expressat literalment i visualment el caràcter subsidiari que el legislador vol donar a la tutela.

Abans he dit que el poder preventiu és una institució quasi-tutelar, o tutela privada, basada en l'autonomia de la voluntat. Si volem ser més conformes amb la terminologia del legislador, podem definir el poder preventiu com **la institució de protecció de la persona que supleix la tutela i que té per base el principi de l'autonomia de la voluntat de la persona que en faculta una altra per cuidar del patrimoni i fins i tot de la mateixa persona en previsió que esdevingui incapaç.**

Es pot parlar d'una regulació legal del poder preventiu? Quins preceptes la conformen?<sup>23</sup>

Apart del ja citat article 222-2 CCCat que configura la regulació fonamental del poder preventiu, el Codi hi dedica altres preceptes específics:

- 1) art. 222-40, que imposa a l'apoderat el deure d'actuar amb la diligència d'un bon administrador, **responent dels danys causats amb la seva actuació** i assenyalant un termini de prescripció de tres anys des de la rendició final de comptes.

23 Cristina De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ alaba la regulació catalana però la critica dient: «se echa en falta una ordenación algo más sistemática y cuidada». «La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad», *La Ley* 15238, 2011.



- 2) art. 222-44.3, que, com ja hem vist, estableix la **necessitat d'autorització judicial** per als mateixos actes que el tutor, llevat que el poderdant l'hagi exclosa.
- 3) art. 222-46.2, que estableix l'**anul·labilitat dels actes fets sense autorització judicial** i determina les persones i el termini en què es pot demanar.

A part d'aquestes disposicions específiques, l'art. 221 CCCat conté les **disposicions comunes a les institucions de protecció de les persones** i, per tant, aplicables al poder preventiu de l'art. 222-2 CCCat.

En el decurs de l'exposició citarem els cinc números que el componen, però ara, a tall de resum, valgui el següent:

- L'art. 221-1 proclama el **principi de primacia de l'interès personal del discapacitat**, d'acord amb la seva personalitat i s'adreça tant a la cura de la seva persona com del seu patrimoni.
- L'art. 221-2 estableix el **principi del caràcter personalíssim del càrrec**, i la seva indelegabilitat, amb les excepcions que veurem.
- L'art. 221-3 imposa el **principi de gratuïtat**, sens perjudici de disposició en contrari.
- L'art. 221-4 conté el **principi d'informació** a la persona protegida.
- L'art. 221-5 atribueix a l'autoritat judicial el **principi de control**.

Aquests principis, dels quals en veurem el desenvolupament pel que fa als poders preventius, són aplicables a totes les institucions de protecció de la persona, però així com a la tutela tots aquests principis tenen un caire imperatiu, en els poders preventius els preceptes que els desenvolupen accentuen el caràcter dispositiu del seu règim jurídic.

## VI. DRET INTERREGIONAL I INTERNACIONAL PRIVAT

### 1. PLANTEJAMENT

La regulació continguda en el Codi Civil de Catalunya, ¿és aplicable únicament als poders atorgats a Catalunya per persones que tinguin veïnatge civil català?

El que tingui veïnatge civil comú, en atorgar un poder preventiu a Catalunya, ho podrà fer d'acord amb el 1732 CC o queda sotmès al 222-2 CCCat?, i si és aragonès: ho haurà de fer d'acord amb l'article 95 de la Llei aragonesa 13/2006?

Què passarà amb els canvis de veïnatge civil dins del nostre país, com per exemple la persona que en atorgar el poder tenia un veïnatge civil comú, i residia fora de Catalunya, i després, en perdre la capacitat, té ja el veïnatge català?

La necessitat de l'autorització judicial per a actes de disposició d'immobles, ¿serà aplicable a tots els poders que s'exercitin a Catalunya?

**I què hem de dir dels estrangers?** Podem atorgar poders a casa nostra si la seva llei personal no inclou els poders preventius? Podem distingir entre estrangers residents i no residents i donar solucions diferents?

Podem fer moltes combinacions amb veïnatges civils i nacionalitats, llocs d'atorgament i llocs d'exercici de facultats, etc., que ens plantejaran altres problemes similars.

L'existència d'una figura jurídica en la qual una persona, en nom del seu apoderat, contracta amb un tercer, fa néixer una complexa varietat de relacions jurídiques entre els tres elements personals que hi intervenen: el poderdant, l'apoderat i el tercer.

Doncs bé, quan el tres elements esmentats no tenen la mateixa nacionalitat, o el país on s'atorga el poder no és el mateix on s'exerciten les facultats conferides, la problemàtica augmenta i es fa necessari un plantejament de les normes aplicables per poder resoldre els conflictes de lleis que puguin aparèixer.

Tenint en compte els tres elements personals que inclou, la doctrina diferencia entre:

- 1) La llei que ha de regular el contracte de representació, entre el representant i el representat.
- 2) La llei que ha de governar el contracte conclòs entre el representat i el tercer a través de l'activitat del representant.
- 3) I la llei que ha de determinar la capacitat del representant, de vincular el representat a través del seus actes respecte de tercers.

Els dos primers enunciats tenen un caràcter purament contractual, que fa que quedin sotmesos a l'apartat 5 de l'article 10 CC, referent a les obligacions que neixen de contracte.

En canvi, el tercer aspecte és el més important per a nosaltres, perquè, com diu **Penedes Pons**,

«abarca cuestiones como: 1) las facultades del representante, 2) la capacidad de vincular al representado, 3) la existencia, el alcance, la renovación y la extinción del poder, 4) la extralimitación del representante en su actividad y sus consecuencias. Estos extremos quedan sometidos a la ley determinada según la norma de conflicto contenida en el artículo 10,11 CC (...), mientras que las cuestiones de capacidad de las partes (art. 9.1 CC) y de forma del poder (art.11) se someten a normas de conflicto independientes».<sup>24</sup>

## 2. NORMES DE CONFLICTE APLICABLES

Si consideréssim el nostre poder preventiu com una institució tutelar, li seria aplicable l'apartat 6 de l'article 9 del Codi Civil comú: «La tutela y las

<sup>24</sup> PENEDES PONS, Manuel A. *op. cit.*

demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste».

En tal cas, la regulació quedaria completada pel primer incís de l'apartat 11 de l'article 10 CC: «A la representació legal, se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante».<sup>25</sup>

En canvi, si considerem, com he defensat, el poder preventiu com una **institució quasi-tutelar, una tutela privada** basada en l'autonomia de la voluntat i que té per base un contracte de mandat (expres o tàcit), i la finalitat de la qual és la realització de negocis jurídics amb tercers, en nom del representat, que pot haver esdevingut incapaç, els preceptes aplicables seran els continguts en l'apartat 5 i 11 (segon incís) de l'article 10 del Codi Civil comú.

L'apartat 5 diu: «Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.»

L'apartat 11, en el seu segon incís diu: «[A la representació] voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.»

S'ha de tenir en compte que aquests preceptes van quedar modificats per l'entrada en vigor, **l'1 de setembre de 1993, del Conveni de Roma**, aplicable a les obligacions contractuals; al seu torn, aquest Conveni ha estat modificat pel **Reglament Roma I, vigent a Espanya des del 17 de desembre de 2009**.

Tenim, per tant, tres fonts de normes que configuren el complex règim jurídic de les relacions contractuals internacionals i que seran aplicables a les relacions entre poderdant i apoderat (mandat) i a les relacions nascudes dels contractes celebrats per l'apoderat amb tercers en nom del poderdant.

El règim de punts de connexió del Reglament Roma I es basa en el principi d'autonomia de les parts, i sols en absència d'elecció entraran en joc les normes de conflicte. De l'enumeració que es fa queda clar que el mandat pot quedar subjecte a una llei i el contracte celebrat amb tercers a una altra llei, perquè es dóna preferència al lloc de celebració del contracte i, evidentment, el mandat pot haver-se atorgat en un país i el contracte amb tercers en un altre.

Penedes Pons destaca que, a falta de submissió expressa, la normativa internacional «garantiza el respeto al principio de proximidad de la ley aplicable, al prescribir que, cuando se desprenda claramente que los elementos del contrato están manifiestamente más vinculados a otro ordenamiento, será esa la ley nacional aplicable por el juez».<sup>26</sup>

La major part d'autors exigeixen que la submissió sigui expressa i, per tant, que el poder expressi clarament aquesta circumstància. Alegria Borràs critica

25 Si fos aquest el cas del poder preventiu, ja no hi hauria problema, ja que d'acord amb l'apartat 11 de l'article 10, com que es tractaria d'un supòsit de representació legal, la mateixa llei, la personal del poderdant, s'aplicaria tant a la relació jurídica bàsica, entre el representant i el representat, com a les relacions d'aquest últim i els tercers. Així ho explica María Ballesteros de los Ríos en els comentaris al Codi Civil dirigits per Rodrigo Bercovitz, Ed. Aranzadi, 2001, pàg. 80.

26 Penedes Pons, Manuel A., *Código Civil comentado*, Civitas Thomson Reuters, 2011, pàg. 143.

aquesta norma dient que és una connexió poc operativa en els supòsits en què l'actuació sigui ocasional, i es decanta per la llei del país on s'hagin de produir les prestacions més característiques.<sup>27</sup>

Una vegada vista la normativa general teòrica, ens aproparem a la pràctica distingint entre el dret internacional privat i el dret interregional.

### 3. DRET INTERNACIONAL PRIVAT

Com hem vist, molts països del nostre entorn jurídic preveuen i regulen figures similars al nostre poder preventiu,<sup>28</sup> unes en forma més propera a l'article 1732 CC i d'altres s'acosten al 222-2 CCCat.

Cap problema en el cas d'un poder preventiu atorgat a l'estranger per un estranger d'acord amb la seva llei personal i complint-ne les formalitats, amb la corresponent postil·la de La Haia o legalització diplomàtica o consular. Si són uns poders notariais, encara tindrem una garantia més de la seva validesa.

Haurem d'esbrinar si, com passa en el CCCat, l'omissió de manifestació del poderdant respecte de determinats actes implica la necessitat d'una autorització complementària. En canvi, si la llei de l'atorgant no imposa limitacions a l'actuació de l'apoderat, no podrem oposar-li el 222-44.3 i, per tant, podrà actuar lliurement sense necessitat de l'autorització judicial.

Ja ho he defensat abans, quan hem vist el dret transitori, que el poderdant, en el moment d'atorgar el poder, ha tingut present mentalment la regulació legal del seu país, i si la llei que presideix l'atorgament no preveu casos d'autorització especial, si ell no els ha imposat voluntàriament és perquè vol que l'apoderat actuï lliurement.

**El problema és diferent quan és un estranger que vol atorgar poders preventius aquí. Penso que hem de distingir dos supòsits: primer, que sigui resident a casa nostra i segon, que no sigui resident, encara que sí ho pugui ser l'apoderat.**

Si l'estranger és resident a casa nostra, hi ha prou arguments legals i lògics per fer valer el criteri de la residència. Tots els convenis de La Haia i els reglaments del tractat de Roma van en la direcció de donar preferència, a falta de sotmetiment exprés, a la residència, més que a la nacionalitat.<sup>29</sup>

En el segon supòsit, si l'estranger no és resident a Catalunya, encara que sí ho pugui ser l'apoderat, com que preval el principi de la submissió expressa, podrà atorgar poders preventius fent constar aquesta circumstància. Evidentment valdran, a casa nostra. A d'altres països no ho puc assegurar, dependrà de l'admissió de la figura del poder preventiu i de la ratificació dels convenis internacionals per part dels països on s'intenti exercir. Però queda clar que almenys, en relació amb el mandat, seran plenament vàlids.

27 BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, *Comentarios al Código civil*, Compila Forales (Manuel Albaladejo), Edersa, 1995, pàg. 793.

28 No és objecte d'aquesta exposició fer un repàs dels diversos sistemes de poders preventius. Un estudi molt recomanable el fa SERRANO GARCIA, Ignacio, en el seu treball *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Ed. Iustel, 2008, pàg. 278 i següents.

29 En aquest sentit, el magistrat Joaquim Bayo Delgado, en la seva conferència a la Universitat de Barcelona el 31 de gener de 2013: «*Aplicació del Dret civil català*».

#### 4. DRET INTERREGIONAL

Per a mi, la naturalesa contractual del mandat (expres o tàcit), base del poder (i també del preventiu), així com el principi voluntarista (i no legalista) que informa la regulació del CCCat dels poders preventius, fan que l'aplicació en matèria de dret interregional sigui clarament favorable als **punts de connexió voluntarista i territorial dels apartats 5 i 11 de l'article 10 del CC.**

Davant d'aquestes consideracions teòriques, penso que no hem d'oblidar els aspectes pràctics del problema. Considerant que el poder preventiu és admès a tot l'Estat espanyol, el més important és que el contingut que s'hi doni s'adapti tant a l'art. 1732 CC, com al 222-2 CCCat, com al 95 de la Llei 13/2006 d'Aragó i qualsevol altre precepte que en el futur es pugui publicar en la matèria. I per a això només hi ha una norma: **CLAREDAT**. Els poders preventius han de dir el que se n'espera, la regulació d'una tutela privada, completa, a mida del poderdant, però, per sobre de tot, clara.

Així ho farem saber els professionals, advocats i notaris, aconsellant els nostres clients perquè quedi clara la seva voluntat. Per exemple, si estem aconsellant a un català o resident a Catalunya, li farem saber el contingut de la nostre llei; li explicarem que si en el poder només hi ha el nomenament de l'apoderat, aquest quedarà subjecte a les limitacions dels tutors. Aleshores, **amb criteri informat, el poderdant decidirà si vol exonerar l'apoderat de les limitacions del tutor o si vol que l'afectin aquestes limitacions en l'exercici del poder.** Però, en tot cas, val la pena fer-ho constar expressament, tant si decideix una cosa com una altra. Pensem que aquests poders es poden arribar a utilitzar fora de Catalunya i val més que quedi ben expressada la voluntat del poderdant, per evitar conflictes d'interpretació.

Ara pensem en el cas contrari, que estem aconsellant a un poderdant de veïnatge civil comú o resident fora de Catalunya i que, per tant, quedarà subjecte a l'article 1732 del Codi Civil comú. En aquest cas també serà preferible que quedi ben clar allò que el poderdant vol realment. L'article 1732 del Codi Civil comú no impedeix al poderdant posar les limitacions que consideri convenient, com per exemple sotmetre a l'autorització judicial, o d'un tercer, els mateixos actes per als quals el tutor la necessita.

El que és important es que quedi ben clara la voluntat del poderdant, expressant en el poder el règim d'actuació de l'apoderat, amb limitacions o sense. Això farà que no hi hagi problemes, tant si el poder es fa servir a Catalunya com a fora, i tant si el poderdant conserva el seu veïnatge com si el canvia.

**Si el poder expressa clarament les limitacions de l'apoderat o la seva llibertat absoluta d'actuació, ja no tindrà cap mena d'importància el lloc on es faci valer el poder o el veïnatge civil del poderdant en el moment d'actuació de l'apoderat.**

Ens hem de sensibilitzar de la importància de donar a conèixer la nostra norma a tothom, catalans o no, i també que els nostres companys juristes de la resta de l'Estat coneguin la nostra llei i la seva diferència amb l'article 1732 del Codi Civil comú. D'aquesta manera, tenint en compte que els poders atorgats fora de Catalunya poden haver d'utilitzar-se a Catalunya, o que el poderdant pot canviar de veïnatge civil per residència, els poders es redactaran deixant clara la qüestió de les limitacions de l'apoderat.

En realitat, les solucions als problemes que se'ns puguin plantejar haurien d'estar presidides per la lògica. Aquesta ens diu que si a Madrid una persona de dret comú atorga uns poders preventius, ho farà d'acord amb l'article 1732 CC. Si més endavant l'apoderat l'ha d'utilitzar ocasionalment a Catalunya, perquè es vol vendre un immoble situat a casa nostra, no es pot defensar la necessitat d'autorització judicial, perquè en atorgar el poder, **el poderdant, en la seva ment, va excloure l'autorització judicial en no imposar-la expressament.**

El mateix val a dir dels poders atorgats per un català a Catalunya, si després s'han d'utilitzar fora. Si el poderdant tenia en ment que l'apoderat necessitava l'autorització judicial i no va fer l'exclusió en atorgar els poders, si s'han d'utilitzar per vendre un immoble a Madrid, l'apoderat haurà de demanar l'autorització judicial.

La idea és la mateixa que defensava quan ens plantejàvem el problema del dret intertemporal, respecte dels poders fets abans de la vigència del 222-2 CCCat.

Pel que fa al possible **canvi de veïnatge civil del poderdant**, queda clar que en l'atorgament del poder s'ha de tenir en compte el veïnatge civil del poderdant. Ara bé, una vegada atorgat, el canvi de veïnatge del poderdant **no s'ha de tenir en compte**, sobretot si pensem que el poderdant pot haver-se **incapacitat gradualment** en el decurs del temps de residència necessari per guanyar el nou veïnatge civil.

És com en els testaments, que, com diu l'article 9.8 del CC, són vàlides les disposicions fetes en testament i els pactes successoris ordenats conforme a la llei nacional del testador o del disposador en el moment del seu atorgament, encara que sigui una altra llei la que regeixi la successió (la nacional del causant en el moment de la mort).

Pensar d'una altra forma seria absurd. Una vegada atorgat el poder, el seu contingut ha de ser **interpretat i executat conforme a la llei en què es va emparar**, encara que canviï el veïnatge civil del poderdant. Aquest, en el moment que el va fer, va haver de considerar la regulació sota la qual es redactava i pronunciar-se d'una forma o altra, en tots els aspectes, sobretot en aquells als quals, com hem vist, la llei imposa una norma, excepte que el poderdant l'exclouï expressament.

El problema se'ns plantejarà amb els poders en què no hi hagi cap manifestació respecte de les limitacions de l'apoderat.

I si el poderdant, en atorgar el poder, té veïnatge civil comú i després guanya el català? I a l'inrevés, què passa en el cas del poderdant que perd el veïnatge català i en donar el poder no va fer cap menció a les limitacions de les facultats de l'apoderat imposades per la llei catalana?

**La solució lògica és que ha de valer el règim inicial del poder**, és a dir, el canvi de veïnatge civil no pot afectar el règim del poder, que es regirà sempre per l'article 1732 del Codi Civil comú o per l'article 222-2 del Codi Civil català, segons el veïnatge civil del poderdant en el moment de l'atorgament, amb independència dels canvis posteriors de veïnatge civil.

En la pràctica, tindrem el problema que els veïnatsges civils no se certifiquen, sinó que els manifesten l'interessat o, en aquests casos, l'apoderat, que, en fer ús del poder, haurà de manifestar que el poder el va atorgar el seu representat de conformitat amb l'article 1732 CC o 222-2 CCCat, o l'article 95

de la llei 13/2006 d'Aragó, d'acord amb el seu veïnatge civil o residència en el moment de l'atorgament.

Per tot això, la llei a la qual es va sotmetre el poder preventiu en el moment de l'atorgament, encara que el veïnatge civil del poderdant sigui un criteri insegur, dependent tan sols de la manifestació de l'apoderat, és el que ha de prevaler.

## VII. COMENÇAMENT DE LA VIGÈNCIA DEL PODER PREVENTIU

Com dèiem, la finalitat del poder en previsió de pèrdua de la capacitat és principalment evitar la constitució de la tutela, mitjançant el nomenament d'un apoderat.

Això es pot aconseguir de dues formes, com diu l'article 222-2.2: «El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder.»

- El primer cas és l'apoderament amb clàusula de continuïtat. És a dir, el poder desplega tota la seva eficàcia des de l'atorgament i no es veu alterat per la pèrdua de capacitat del poderdant. La seva vigència no planteja problemes; l'apoderat no haurà d'acreditar ni manifestar-se sobre la capacitat del poderdant quan exerceixi les seves facultats. **A la pràctica, aquests poders amb clàusula de continuïtat són la gran majoria.**
- En el segon cas, que és el pròpiament dit poder preventiu o, com l'anomenen molts autors, «**poder ad cautelam**», és un poder la vigència del qual està sotmesa a la condició suspensiva de la pèrdua de capacitat per part del poderdant. En aquest cas sí que es planteja el problema de la vigència del poder, ja que com diu el codi el poderdant pot establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder.

Es dona per tant plena llibertat al poderdant, el qual **pot determinar el moment a quo del poder ad cautelam**. Pot ser un certificat mèdic, que evidentment haurà d'acompanyar el poder, com en el cas del dret francès, molt formalista amb aquest aspecte, que regula detalladament. O bé pot ser l'altre extrem, el del dret anglès, en el qual és el propi judici de l'apoderat el que determina l'inici de la seva activitat representativa.

Entre un extrem i l'altre, el nostre codi permet al poderdant que reguli les circumstàncies que determinaran l'inici de la vigència del poder, donant-li una llibertat total. Per exemple, jo proposo una solució intermèdia, que seria deixar la decisió a un consell de família, la qual es faria constar en acta notarial, que acompanyaria el poder. Aquest consell de família ens pot servir, com veurem al llarg de la meua exposició, per a moltes altres finalitats.<sup>30</sup>

30 En el mateix sentit, SEGURA URBANO, José M<sup>a</sup>, «Discapacitado, patrimonio separado y legítima», *Cuadernos de Derecho Judicial*, ISSN 1134-9670, 2005, pàg. 81.

El problema se'ns planteja quan no hi hagi cap previsió del poderdant respecte de l'inici de la vigència del poder, que és un cas molt excepcional, ja que els professionals aconsellarem no deixar aquest punt sense regular. Si no s'ha previst res, no quedarà més remei que acudir al jutge, perquè declari la incapacitat del poderdant, encara que sense necessitat de nomenar tutor, als únics efectes que l'apoderat pugui iniciar la seva activitat representativa.

És un supòsit que cal evitar, perquè si no la institució perd la seva finalitat primordial, que és evitar la intervenció judicial. Però si és el cas, el poder s'haurà d'acompanyar de la sentència d'incapacitació, de la qual es deduirà que no el modifica ni l'anul·la.

## VIII. EL PODERDANT

En congruència amb la doctrina general del poder, les persones físiques amb capacitat natural d'obrar poden atorgar poders sempre dins de les seves pròpies aptituds, de tal manera que no poden atorgar poders per a aquells actes per als quals no tinguin capacitat per fer-ho en persona.

Per tant, el poderdant podria ser, per exemple, un **menor emancipat**, però no podria conferir facultats de disposició de béns immobles, ni aquelles altres per a les quals necessita un complement de capacitat. Amb aquest complement, el consentiment dels seus pares o tutor, defenso que podria donar poders, però aquest no seria un cas normal, sinó excepcional.

És semblant la qüestió de si una persona sotmesa a curatela pot atorgar poders preventius. Com defensa **Montserrat Pereña**, si en el poder s'inclouen només actes que el sotmès a curatela pot fer per si sol, no hi haurà problema, però si és general o per fer actes per als quals necessitaria l'assistència del curador, aquest també haurà de complementar la capacitat del poderdant.<sup>31</sup>

No estic gaire d'acord amb aquesta posició doctrinal, tant per als menors emancipats com per als sotmesos a curatela. L'especialitat del poder preventiu i la seva transcendència futura em fan pensar en un criteri restrictiu. Com a argument legal, podem acudir a la natura quasi-tutelar del poder preventiu, i hem de dir que **solament les persones que puguin nomenar-se un tutor, l'autotutela, podran nomenar un apoderat que faci innecessari el nomenament d'un tutor en el futur.**

Així, d'acord amb l'article 222-4, que regula les delacions tutelars fetes per un mateix, el poderdant serà persona amb plena capacitat d'obrar. Per tant, pot ser qualsevol persona física major d'edat, amb plena capacitat d'obrar, circumstància que el notari haurà d'apreciar.

En definitiva, si del que es tracta és de decidir si es vol tenir tutor o no, és a dir, substituir un organisme imposat legalment a l'incapaç per un de triat voluntàriament, el mateix hem d'exigir al poderdant, la mateixa capacitat que per nomenar tutor. La congruència s'imposa i, per tant, poden atorgar poders preventius les mateixes persones que puguin nomenar-se un tutor per a elles mateixes. En conseqüència, s'imposa **la plena capacitat d'obrar.**

31 PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Los poderes preventivos», *VLEX* 228210461, pàg. 7.



També té interès el tema de si **els pares**, com a titulars de la potestat parental i que poden nomenar tutor per als seus fills, **¿poden també nomenar apoderats preventius?** En el dret francès això és possible i és objecte d'una detallada regulació. En el nostre dret no hi ha tal previsió i per tant l'hem de negar. Això no vol dir que *de lege ferenda* no sigui una possibilitat a defensar, sempre que es donessin més directrius a la llei, per omplir uns mínims indispensables que els pares haurien d'establir, com ara el control per part d'un consell de família amb rendició de comptes anual i la intervenció en determinats actes de disposició. Per a això, la regulació del poder preventiu hauria d'haver estat molt més aprofundida, donant plena llibertat al poderdant, sí, però obligant-lo a pronunciar-se sobre una sèrie de punts com els esmentats.

També acudirem a la doctrina general per resoldre el problema d'una persona amb discapacitat o malaltia mental però que no està incapacitada judicialment i que vulgui atorgar els poders en un **interval de lucidesa**, aplicant el que la legislació disposa per al testament sobre aquest supòsit.<sup>32</sup>

En canvi, si la persona ja ha estat incapacitada, no podem plantejar l'atorgament de poders en interval de lucidesa, perquè **l'article 222 tan sols preveu el supòsit d'atorgament amb anterioritat a la incapacitació legal**.

Com abans hem vist, molts d'aquests poders s'atorguen quan ja es comença a preveure que en un futur pròxim es produirà una situació greu d'incapacitat, la qual cosa fa que s'hagin de prendre les màximes precaucions en l'atorgament. Com a reflexió, i també com a forma professional d'actuació, intentarem que en el contingut d'aquest tipus de poders es reflecteixi que el **poderdant és perfectament conscient que està substituint una institució tutelar, minuciosament regulada per la Llei, per una figura jurídica, la del poder**, en la qual queda a la seva voluntat l'organització i el funcionament d'una situació en la qual ell mateix no podrà controlar l'activitat de l'apoderat ni revocar-li els poders.

Amb això vull dir que **no hem d'acontertar-nos amb la redacció d'una clàusula d'estil**. En el poder preventiu, hem de posar en relleu al poderdant que hi ha una sèrie de punts que haurien de quedar definits, com ara: l'inici de la vigència del poder, l'extinció del poder o causes de revocació i qui podrà exercir-les, mesures de control, autoritzacions complementàries per a determinats actes, rendició de comptes, remuneració i despeses, etc. Tot això, a més, ens ajudarà a formar un judici de capacitat del poderdant molt més realista, ja que en les seves respostes i decisions es reflectirà la seva aptitud per comprendre el que està fent.<sup>33</sup>

Deixem per al final de l'exposició una mena de qüestionari o *check list* que proposo per formular al poderdant, de manera que el puguem ajudar a formar

32 Article 421-9.1: «Si el testador no està incapacitat judicialment, el notari (...) si ho considera pertinent, pot demanar la intervenció de dos facultatius (...) [que] han de certificar que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per fer-ho.»

33 Ja la Llei Orgànica del Notariat, de 28 de maig de 1862, en el seu article 17, disposa que «el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes de que a su juicio tienen CAPACIDAD y legitimación de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la VOLUNTAD DEBIDAMENTE INFORMADA de los otorgantes e intervinientes».

la seva voluntat i a la vegada, com dèiem abans, poder-nos fer una idea més real de la capacitat del poderdant, que, com hem defensat, ha de ser plena.

## IX. L'APODERAT

**Pot ser una persona física o jurídica o, si són diversos apoderats, una combinació de les dues.** Pensem que existeixen entitats especialitzades en la protecció de persones discapacitades. També es poden dividir les facultats entre diverses persones físiques o jurídiques, atorgant facultats solidàries o mancomunades, amb el mateix o amb diferent àmbit d'actuació.

Fins i tot pot haver-hi diversos poders preventius, a diversos apoderats amb facultats diverses. Des d'un punt de vista pràctic, seria més aconsellable que hi hagués només un poder preventiu, encara que en un sol document es nomenessin diversos apoderats, cadascun amb diferents facultats (per exemple, unes de caire personal i unes altres d'índole patrimonial...); a cada apoderat se li donaria la seva còpia per poder actuar amb la necessària independència. Però el cert és que no veig inconvenient que hi hagi més d'un poder preventiu, cadascun amb la seva pròpia documentació d'instruccions i condicions, sempre que es vagi amb compte de no generar contradiccions entre un i altre poder.

Per donar plena utilitat als poders preventius, s'hauran de preveure les **possibles substitucions** en cas d'impossibilitat de l'apoderat per exercir el càrrec. L'apoderat pot faltar, pot quedar incapacitat o senzillament quedar impossibilitat o fer-se-li massa onerosos l'encàrrec. Pot renunciar, evidentment, però això, si no s'ha previst, en quina situació deixa el poderdant que ha esdevingut incapaç? Aplicant els criteris que per al tutor imposa el Codi mateix, podríem defensar la solució del Code francès, que no admet una renúncia purament abdicativa: l'apoderat que renuncia ho ha de fer promovent la tutela, de forma que està obligat a continuar en l'exercici del càrrec fins que l'autoritat judicial nomeni tutor.

Si el poderdant té diversos fills, serà convenient que tots ells apareguin en el poder com a apoderats, o amb funcions de control. Els fills poden nomenar-se mancomunadament tots ells, o amb actuació d'una part o d'un d'ells i el cònjuge del poderdant, etc. Són precisament els fills que queden fora del poder els que, en la pràctica, han impugnat autoritzacions de poders, en sentir-se perjudicats amb la possible responsabilitat notarial, al·legant la falta de plena capacitat del poderdant en el moment de l'atorgament.

En cas que el poder prevegi l'**autocontractació** o en el cas d'**interessos contraposats**, és convenient determinar o especificar els supòsits d'acord amb la doctrina i jurisprudència que neguen la possibilitat de fer-ho genèricament, o nomenar un substitut per salvar-la. Si no s'ha fet així, i per aplicació de les normes de la tutela, (recordem que estem davant d'una institució quasi-tutelar), l'apoderat podrà sol·licitar al jutge el nomenament d'un defensor judicial, d'acord amb el que disposa per al tutor l'article 224-1 a) CCCat.

És una solució necessària per evitar que, per falta d'una previsió pel que fa al cas, pugui perdre's una oportunitat que beneficiï tant el poderdant com l'apoderat.

Així mateix, considero aplicable als apoderats l'exclusió que el codi fa (article 222-17), quant als tutors, de les persones físiques o jurídiques privades que, en virtut d'una relació contractual, presten serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga a la que rep la persona protegida.

La qüestió és si pot salvar-ho una disposició expressa del poderdant, com en el cas de la relativa a exonerar d'autorització judicial determinats actes de disposició.

Per exemple, una persona que està en una residència d'avis i que té plena capacitat d'obrar, pot atorgar un poder preventiu a favor del director de la residència? La resposta dependrà de la consciència del poderdant que la persona a qui apodera ocupa tal càrrec i que així ho manifesti expressament en el poder. És a dir, s'imposa altre cop l'autonomia de la voluntat informada.

Per la resta, és aplicable la doctrina general del poder en tots els aspectes relatius a l'apoderat i la seva aptitud, i com a institució quasi-tutelar, aquelles normes que afecten la persona del tutor, que podríem considerar imperatives perquè s'han dictat en interès de la persona incapaç.<sup>34</sup>

Per acabar, torno a insistir que estem autoritzant com a notaris, o aconsellant com a advocats, un poder que presumiblement el poderdant no podrà revocar, ni controlar, per la qual cosa hem d'extremar la nostra cura, sobretot en aquest punt dels apoderats i les seves facultats, perquè a més ens servirà per confirmar l'aptitud del poderdant i evitar futures impugnacions per part de familiars que se sentin perjudicats en les seves expectatives hereditàries.

## X. OBJECTE

El poder en previsió de pèrdua de la capacitat pot tenir per objecte **unes facultats d'indole personal i altres de caràcter patrimonial**, a què s'aplica la normativa general que ja coneixem. Les facultats concedides a l'apoderat poden ser tan àmplies com les d'un poder general o tan restringides com les d'un poder especial. Per exemple, el cas d'una persona que té una persona de la seva absoluta confiança i de coneixements àmpliament provats en el decurs dels anys, i al qual s'atorguen poders amb un objecte limitat al patrimoni, però per a la resta d'assumpes de caire més personal, nomena uns familiars.<sup>35</sup>

Les limitacions poden ser de quantia o per a determinats actes de disposició, com per exemple exigir un complement, com ara l'autorització de determinada persona, un professional, una taxació, etc. La mateixa llibertat tindrà el poderdant per organitzar les mesures de control que estimi convenients, com

34 Per exemple, en cas de renúncia de l'apoderat o d'extinció del poder per altra causa, serà aplicable l'article 222-48.2, que imposa al tutor l'obligació de comunicar-ho al jutjat. En aquest sentit, també JIMENEZ CLAR, Antonio J, *La autotutela los apoderamientos preventivos*, Colegio Notarial de Valencia, 2005, pàg. 153

35 En el mateix poder preventiu es poden incloure fins i tot les voluntats anticipades de l'article 212-3 CCCat. En aquest sentit, LUNA CUBERO, Víctor M., *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar La Rioja, 2009, pàg. 69.

per exemple rendició de comptes anual a una junta de parents, a una entitat especialitzada, etc. Val la pena establir un bon sistema perquè si no l'apoderat pot fer mal ús dels poders i, si és el cas, l'autoritat judicial podrà revocar el poder, limitar-lo, condicionar-lo i nomenar un tutor.

Entre les previsions del poderdant pot haver-hi també la de donar poders a favor d'alguns parents o d'un **consell de família, perquè en el cas que no considerin adequada la gestió de l'apoderat li revoquin els poders**. Inclús si el poderdant no ha previst una substitució, per a tal cas penso que podria facultar les persones esmentades per al nomenament d'un substitut com a nou apoderat.

Com diu Garrido de Palma,<sup>36</sup> en el nostre dret el poder s'integra sempre dins d'un mandat, i el fet que se separi documentalment el poder només té per finalitat desvincular-lo del mandat per aconseguir que la seva eficàcia respecte als tercers de bona fe sigui independent de les vicissituds del mandat. Això suposa una abstracció, però *inter partes* no es trenca la unitat de mandat i poder. Però aquest no és el cas del poder preventiu, en el qual **s'ha de pretendre la màxima vinculació de l'actuació de l'apoderat a les instruccions del poderdant**. El poder ha de procurar recollir tot allò que vincula el mandatari amb instruccions, i no limitar-se a ser un senzill recull de facultats.

El poder preventiu pot contenir també aquelles disposicions pròpies d'altres institucions de protecció de la persona, com per exemple les declaracions típiques dels testaments vitals o voluntats anticipades, internaments o consentiment a determinats actes mèdics, encara que siguin regulats amb altres normes legals. Però **no es podrà estendre a les facultats personalíssimes indelegables**, com per exemple matrimoni, testament, dret de vot, reconeixement de fills, etc., a menys que la llei, en determinats casos excepcionals, permeti la delegació.<sup>37</sup>

L'amplitud de la llei suposa un repte per als juristes a fi d'assessorar en cada supòsit real el poderdant, segons les seves circumstàncies.

## XI. FORMA: ESCRITURA PÚBLICA I INSCRIPCIÓ

L'art. 222-2 CCCat exigeix que el poder s'atorgui en escriptura pública i l'art. 222-8.3 CCCat, que s'inscriu en el Registre de Nomenaments Tutelars No Testamentaris, de la mateixa manera que fins ara es feia amb les autotuteles i les tuteles deferides pels titulars de la potestat parental.

El **decret 30/2012, de 13 de març (DOGC 15-3-2012)**, dóna una nova regulació a aquest registre, al qual li canvia el nom pel de **Registre de**

36 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, op. cit., pàg. 73.

37 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, 2000, pàg. 145. Vegeu també la sentència del TS de 27 de febrer de 1999 en la qual, referint-se a un cas d'interposició de demanda de divorci per part d'un tutor, diu el TS que «existen actos que no pueden realizarse por el tutor, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibido al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentificación.»

### **nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat.**<sup>38</sup>

L'article 222-2 exigeix, en tot cas, que el nomenament es faci en escriptura pública, i acaba així amb els dubtes que havia generat el 1732 del CC. Recordem que, per una part, el mandat com a contracte consensual no exigeix forma pública, però per altra part el 1280 del mateix cos legal l'exigeix per als poders.

L'escriptura pot ser específicament un poder, o l'apoderament pot estar inclòs en una altra escriptura, com ara uns capítols, un pacte successori, etc., i podem plantejar-nos la qüestió de la seva revocabilitat, si estan continguts en un negoci jurídic irrevocable, com és el cas dels exemples citats. Al meu entendre, preval el caràcter personalíssim i quasi-tutelar d'aquest tipus de poder, i no val admetre cap excepció a la revocabilitat.

Quant a la inscripció, el decret 30/2012 abans citat, en el seu article 3, apartat b), diu que seran inscripcions: «L'atorgament i la revocació total o parcial dels poders atorgats en escriptura pública en previsió d'una situació d'incapacitat i, si escau, l'extinció judicial d'aquests poders. Les modificacions dels poders seran inscripcions sempre que estiguin inscrits els poders el règim jurídic dels quals es pretén modificar.»

Com a dades inscripcions, es demanen totes les del poderdant i del document notarial de què es tracta, encara que en cap cas s'hi ha d'inscriure la identitat de les persones apoderades en previsió d'una situació d'incapacitat.<sup>39</sup>

Aquestes dades han de constar en la comunicació que imperativament ha de fer el notari que ha autoritzat l'escriptura corresponent, segons l'article 7 del decret. «Aquesta comunicació s'ha de trametre dins del tercer dia, comptat des de la data de l'autorització del document corresponent, al Col·legi de Notaris de Catalunya. El Col·legi (...) ha de lliurar setmanalment, via telemàtica, al Registre (...) la informació de totes les comunicacions rebudes. Els notaris d'altres col·legis, els òrgans judicials i els agents diplomàtics o consulars d'Espanya a l'estranger PODEN trametre a la Direcció General a la qual s'adscriuen el Registre (...) la comunicació que s'expressa a l'apartat precedent.»

El Col·legi de Notaris de Catalunya té subscript un conveni amb la Conselleria de Justícia en virtut del qual el notari que ha autoritzat un poder preventiu a Catalunya ha de comunicar-ho telemàticament al Col·legi en el termini de tres dies hàbils, i aquest ho comunica a la Conselleria.

Se'ns planteja també la qüestió dels poders atorgats amb anterioritat. Quedi clar que la inscripció no té caràcter constitutiu, i el registre solament té funcions informatives.

La finalitat primària del Registre és informar el jutge de l'existència d'un poder atorgat en previsió d'incapacitat.

Es tracta d'evitar que es constitueixi una tutela si existeix el poder: El jutge, en iniciar el procés d'incapacitació, ha de consultar el registre i,

<sup>38</sup> Aquesta disposició crea, a més a més, el Registre de Patrimonis Protegits.

<sup>39</sup> Article 4.2, (...) dades següents: nom, cognoms, domicili i document d'identitat de l'atorgant; lloc i data de l'autorització de l'escriptura, número de protocol corresponent, nom i cognoms del notari autoritzant, el col·legi notarial al qual pertany i la classe d'acte de què es tracta, entre d'altres, l'atorgament, la revocació total o parcial i l'extinció judicial...

mitjançant la seva certificació, serà informat del notari autoritzant i altres dades necessàries perquè sol·liciti una còpia del poder. Si, malgrat el poder, arriba a constituir-se la tutela perquè el jutge revoca o modifica el poder, la lògica jurídica dicta que l'autoritat judicial oficiarà el Registre, i també el notari autoritzant, per a la seva constància en la matriu.

Pensant en aquest sistema de lògica jurídica i traslladant-lo a la pràctica notarial, no quedava més remei que defensar la necessitat de procurar la inscripció dels poders anteriors, i així ho vaig fer en la conferència al Col·legi Notarial que abans he esmentat, encara que reconeixent que només es pot demanar amb caràcter purament voluntari.

La disposició transitòria del Decret 30/2012, recollint aquell parer, estableix que «els actes inscriptibles atorgats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquest decret PODEN inscriure's en el Registre (...) mitjançant una comunicació realitzada pel notari o notària titular del protocol en què figurei el document públic (...) sempre que no hi consti la seva revocació».

Ara només quedaria demanar que en una propera reforma poguéssim tenir accés telemàtic al contingut del Registre per comprovar la subsistència del poder o la seva revocació.

De la mateixa manera que podem comprovar, accedint telemàticament al Registre Mercantil, la subsistència dels poders atorgats per una societat, també hauríem de poder comprovar que uns poders preventius continuen vigents, perquè ni el poderdant ni el jutge els han revocat o modificat.

El problema és que caldrà habilitar un sistema d'accés telemàtic, que de moment no existeix, perquè la informació sigui instantània. Mentrestant haurem de conformar-nos amb l'asseveració del mateix apoderat, com fins ara, en què manifesti que, malgrat la incapacitat del poderdant, el jutge no ha dictat cap mesura que els alteri.

Finalment, ens queda la qüestió de si, a més de la inscripció en el Registre de Poders s'hauran també d'inscriure en el Registre Civil, tal com s'exigeix per als poders atorgats d'acord amb l'article 1732 del CC. La llei estatal 41/2003, de 18 de novembre, sobre **Protección patrimonial de la persona con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa Tributaria con esta finalidad**, va donar una nova redacció a l'article 223 del Codi Civil comú, conforme al qual els documents públics atorgats pels pares per nomenar tutor o per qualsevol persona amb capacitat suficient en previsió de ser incapacitada judicialment en el futur es comunicaran d'ofici pel notari autoritzant al Registre Civil, per a la seva indicació en la inscripció del naixement de l'interessat.<sup>40</sup>

Un temps després, la llei estatal 1/2009, de 25 de març, de reforma de la llei del Registre Civil i de l'esmentada llei 41/2003, va introduir un nou article a la primera, l'article 46.ter, que diu:

«En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante, las escrituras de

40 Alguns autors defensen l'aplicació del 223 en els poders del 1732 CC: Jiménez Clar, Tena Arregui, Pereña Vicente, Garrido Palma... En contra, Amunátegui. Aquesta discussió va quedar resolta en publicar-se la modificació de la llei del Registre Civil el 25 de març de 2009.

mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivan la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante».

Per a mi aquest precepte ha deixat de ser imperatiu a Catalunya, des del moment que el 1732 ha estat substituït per l'article 222 del CCCat. Una altra cosa és que, per raons de prudència i respecte d'aquelles persones que no hagin nascut a Catalunya i que es pugui preveure que no continuaran residint de forma definitiva al nostre país, sigui convenient realitzar la comunicació del seu naixement també al Registre Civil.

La pregunta és si un jutge de fora de Catalunya consultarà el registre català si es troba davant d'una demanda d'incapacitació d'una persona que resideix fora de Catalunya en el moment d'iniciar-se el procediment, però que deu anys abans, quan tenia el veïnatge civil català o residia a casa nostra, va atorgar poders preventius davant un notari català que va notificar-ho al Registre català, però no al Registre Civil.

El Col·legi de Notaris de Catalunya ha donat instruccions a tots els seus col·legiats, en el sentit de notificar-ho també al Registre Civil.

## XII. EXTINCIÓ

En aquest punt és aplicable la doctrina general i les normes legals sobre les causes per les quals l'apoderament deixa de tenir efecte. Excepte la incapacitat del poderdant, que és l'especialitat del poder preventiu.

A més, hem d'afegir-hi les causes específiques d'extinció del poder preventiu,<sup>41</sup> és a dir, la revocació judicial a instància del tutor i les determinades pel poderdant en atorgar el poder.

De la revocació judicial en tenim un exemple molt recent en la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 16 de juliol de 2012 (núm. recurs 306/2012), en la qual es deixa sense efecte el poder atorgat per la demandada, a la qual s'incapacita, a favor d'una neboda, a qui no es considera oportú designar com a tutora. El més interessant d'aquest cas és que es considera ineficaç el poder per aplicació de l'article 222-4.3, ja que el Ministeri Fiscal havia obert diligències arran d'una denúncia presentada pels Serveis Socials.

A continuació ens centrarem en les causes determinades pel mateix poderdant en el poder. Hom pot pensar en multitud de causes, el decurs d'un determinat termini, el compliment per l'apoderat d'una edat concreta, o la revocació efectuada per una tercera persona designada pel poderdant.

Aquesta última és l'única que mereix la nostra atenció: realment és com si el poderdant hagués fet un poder preventiu específic a favor d'un tercer per instar la revocació del poder preventiu general vigent. En aquest sentit ho hem d'entendre i admetre. Aquest tercer pot ser una persona determinada,

---

41 Entres aquestes causes generals, per exemple, la separació o el divorci entre poderdant i apoderat; com diu l'article 102 CC «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio (...) 2º quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro».

un consell de família, una institució encarregada de vetllar per l'actuació de l'apoderat, etc.

El problema pot aparèixer quan el poderdant ha expressat els motius o causes de revocació, com per exemple no obtenir uns rendiments o no resultar aprovats els comptes presentats a la persona que ha de decidir la revocació.

Ens podem preguntar si en aquests casos l'apoderat es pot oposar a la revocació dirigint-se al jutge. Penso que sí, però també és veritat que el tercer s'haurà de dirigir al jutge instant la incapacitació del poderdant, i en el procés es podrà dilucidar la procedència de la revocació decidida pel tercer.

Una excepció a la necessitat de portar a terme la revocació de forma conjunta amb el procés d'incapacitació i nomenament seria el cas que l'apoderat, preveient el cas de la revocació, hagués nomenat expressament un substitut.

Indirectament, podríem plantejar la qüestió de si **el poderdant pot facultar el tercer per nomenar substitut a la seva elecció en cas de revocació**. El caràcter personalíssim del càrrec d'apoderat d'un incapaç fa que no poguem defensar aquesta possibilitat. Fins i tot en el cas de l'autotutela, no es preveu la designació de tutor o substituïts per tercers, solament la feta pels pares com a excepció que confirma la norma (art. 222-5) i que no podem estendre al poder preventiu.

### XIII. RENDICIÓ DE COMPTES

A la tutela, el tutor ha de retre anualment a l'autoritat judicial els comptes de la tutela (art. 222-31) i acompanyar-los d'un informe sobre la situació personal i familiar del tutelat (art. 222-32).

En els poders preventius no hi ha cap indicació legal sobre això, però recordem, com diu Serrano García, que l'article 1720 CC, aplicable a tota classe de mandats, imposa al mandatari l'obligació de retre comptes.<sup>42</sup>

El poderdant pot, dins de la seva llibertat, configurar un sistema de rendició de comptes senzill o complex, però aquí se'ns plantegen dos dubtes: **Pot exonerar de la rendició de comptes? Es pot remetre al sistema de la tutela?**

A les dues qüestions podem respondre-hi afirmativament, però amb matisos.

Quant a l'exoneració de comptes al poderdant, és evident que per la mateixa naturalesa del poder preventiu no li és aplicable l'article 1720 CC. Però hi ha un cas en què sí és aplicable, que és el de la coexistència de poder preventiu i tutor; en aquest cas el tutor és el representant legal del poderdant i tindrà la facultat de demanar a l'apoderat la rendició de comptes com si fos el mandant mateix.

Quant a la segona qüestió enunciada, si el poderdant pot remetre's al sistema de la tutela, podem dir que és defensable però que cal evitar-la.

<sup>42</sup> L'article 1720 CC preceptua que: «El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones al mandante.» La qüestió és que si el mandant està incapacitat no podrà exigir-les i el mandatari no tindrà a qui retre-les. SERRANO GARCÍA, Ignacio, op. cit. pàg. 780.



En els poders preventius s'intenta configurar una tutela privada per sostreure's al màxim a la intervenció judicial, i un del punts més calents de la problemàtica de la tutela a la pràctica és precisament aquest.

El que s'ha de fer és ordenar un sistema de rendició de comptes privat on les possibles responsabilitats de l'apoderat, si no se li aproven els comptes, es dilucidaran, això sí, judicialment. Mentre la seva actuació sigui honesta i acurada no haurà de ser intervinguda per l'autoritat judicial, amb tots els problemes d'aglomeració, que han estat una de les causes principals del desenvolupament de la figura del poder preventiu.

## XIV. COEXISTÈNCIA DEL PODER PREVENTIU AMB ALTRES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

### 1. LA TUTELA

El que més destaca de l'article 222-2 és que la vocació del poder que regula és que la persona incapaç no hagi de sotmetre's a tutela. Recordem que, literalment, diu: «No cal posar en tutela...»

Aquesta és la primera frase del precepte, però en l'última es preveu que «l'autoritat judicial, en aquell moment [de constituir-se la tutela] o amb posterioritat, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder.»

De la mateixa lletra del precepte es dedueix que l'existència del poder en previsió d'incapacitat no vol dir que s'exclouï la possibilitat de nomenament de tutor. Si l'apoderat no exerceix l'encàrrec amb la fidelitat o amb la dedicació necessària, en interès de la persona protegida es pot constituir la tutela, i en aquest moment o amb posterioritat, a instància del tutor, el jutge pot acordar l'extinció del poder.<sup>43</sup>

Però, tal com s'expressa el legislador, l'extinció del poder la pot ordenar el jutge en constituir-se la tutela **o amb posterioritat, a instància del tutor.**

Penso que el jutge, en atenció a les circumstàncies del cas, pot acordar simplement limitar el poder. Però també podem pensar en el cas que el poderdant mateix hagi fet un nomenament tutelar (autotutela), bé perquè el poder sigui específic i no general, bé preveient el cas de renúncia o impossibilitat de l'apoderat. Només cal que quedi clar com vol que funcioni un i altre nomenament.

Un cas ben normal seria el dels poders preventius atorgats a una persona de confiança perquè s'encarregui dels temes patrimonials i un tutor per a la resta de temes no previstos en els poders. Com abans hem dit, això es pot aconseguir

43 ROVIRA SUEIRO, María E., en el seu treball *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, defensa que en l'article 1732 CC la incapacitació implica la revocació del poder, en substituir-se el sistema de representació voluntària (poder preventiu) pel sistema de representació legal (tutela). Defensa, però, la conveniència d'una norma legal que obligués a un pronunciament judicial concret sobre la subsistència o extinció dels poders en els supòsits d'incapacitació graduada. Ed. Ramón Areces, 2005, pàg. 136.

també amb dos poders de diferents àmbits, però imaginem que l'apoderat per als temes generals no pot arribar a ser-ho per causa de mort o d'incapacitació.

En tots aquests casos pot haver-hi **coexistència de tutor i apoderat**, i correspon al jutge delimitar l'àmbit d'actuació de cadascun, basant-se en la voluntat manifestada per l'incapaç. Per a aquesta delimitació de facultats, el moment de nomenar el tutor serà el més adient, sens perjudici de possibles modificacions posteriors.

La coexistència d'apoderat i tutor és de tot punt defensable, sobre la base que el codi mateix preveu el supòsit dels béns subjectes a administració especial (és a dir, dels béns adquirits per donació o títol successori, si el donant o el causant ha nomenat la persona que ha d'exercir-la —article 222-41).

Així mateix, conforme a l'article 222-12, «en constituir la tutela, l'autoritat judicial pot separar la tutela de la persona i la de l'administració dels béns, designar els titulars d'ambdós càrrecs i fixar-ne l'àmbit de competència». Segons el mateix article, això mateix es pot produir amb posterioritat.

Per tant, com que el jutge pot nomenar un tutor personal i un altre de patrimonial, es pot pensar també en la coexistència d'un tutor i un apoderat, el primer per tenir cura de l'esfera personal de l'incapaç, i el segon de la patrimonial, en l'àmbit de les facultats concedides en els mateixos poders, limitades per decisió judicial, si fos el cas.

Hom pot pensar que pot ésser l'apoderat mateix qui, veient-se incapaç de complir la seva funció, demani al jutge el nomenament d'un tutor, i que el tutor ho sigui en l'àmbit personal i ell continuar exercint d'apoderat en l'esfera patrimonial. Pot demanar al jutge que li reservi, com a apoderat, els actes d'administració ordinària i que per als d'administració extraordinària, disposició d'immobles, etc., nomeni un tutor professional. En resum, penso que la regulació del codi és oberta a qualsevol possibilitat, i del que es tracta és d'afavorir l'incapaç en cada cas concret.

Garrido de Palma es planteja inclús la possibilitat que el poderdant preventiu hagi nomenat l'apoderat també com a tutor, en un document d'autotutela per al cas de ser incapacitat.<sup>44</sup> Respecte a l'article 1732, els autors discuteixen aquesta possibilitat, que nosaltres podem defensar en els casos en què l'apoderament ha estat especial per gestionar determinats negocis del poderdant.

En canvi, en el poder preventiu general és més difícil sustentar la subsistència del nomenament de la mateixa persona com a tutor i com a apoderat, en cas que el poder sigui revocat pel jutge en incapacitar el poderdant. És el mateix jutge qui decidirà si el nomenat tutor en el document d'autotutela és adient per exercir com a tutor, si no ho és com a apoderat.

Podem defensar-ho dient que potser com a apoderat el poderdant no li havia imposat cap limitació, i en canvi com a tutor estarà sotmès a les limitacions, controls i responsabilitats que imperativament estableix la llei amb caràcter general per a tots els tutors. Serà el jutge qui, en definitiva, decidirà, tenint en compte les circumstàncies concretes de cada cas.

44 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, op. cit. pàg. 82.

## 2. LA CURATELA

No ens referim a la qüestió de si una persona sotmesa a la curatela pot atorgar poders preventius, que ja hem tractat en parlar del poderdant.

Aquí partim del supòsit de la persona plenament capaç que ha atorgat un poder preventiu i que després, sense esdevenir incapaç, pateix un grau de dificultat que el fa ser un possible subjecte de curatela.

Si els poders que s'han atorgat són dels anomenats amb clàusula de continuïtat, com que el poder és vigent des del mateix moment de l'atorgament, el més normal serà que no faci falta constituir la curatela.

Podria donar-se el cas, si el poder no fos general, que fos necessari o convenient nomenar un curador per a la resta d'actes no inclosos en l'apoderament.

Acabem de veure que poder preventiu i tutela poden coexistir sense més problema que el de delimitar l'esfera d'actuació, tant del tutor com de l'apoderat.

Per les mateixes raons i arguments, defensarem també la possible coexistència amb la curatela, aquí encara amb més justificació, si es tracta d'un poder vigent des de l'atorgament, perquè, com diu l'article 223-4, «el curador no té la representació de la persona posada en curatela i es limita a complementar-ne la capacitat (...)».

D'aquesta manera, hi haurà actes que l'atorgant d'un poder preventiu farà pel seu compte, amb el complement del curador, si escau, i altres que farà l'apoderat, si el poder és un dels anomenats de continuïtat.

Si el poder és *ad cautelam*, és a dir, dels que començaran a regir amb la incapacitació, el nomenament del curador, com que no implica incapacitat del poderdant, no produirà per si mateix el començament de la vigència del poder, a menys que el mandant hagués disposat una altra cosa.

## 3. EL DEFENSOR JUDICIAL

En cas que es generi un conflicte d'interessos entre el poderdant incapaç i l'apoderat preventiu, si el supòsit no ha estat previst en el poder, procedeix l'aplicació de l'article 224-1 per nomenar un defensor judicial.

També podem pensar en el supòsit que l'apoderat no pugui continuar exercint el càrrec, temporalment o definitivament. Entenc aplicable l'apartat b) del mateix article: «Si ho exigeixen les circumstàncies de la persona que ha d'ésser tutelada, mentre la tutela no es constitueixi» o l'apartat c), que inclou la incapacitat relativa, o el d), per a tota mena de «supòsits en que per qualsevol causa els tutors o curadors no exerceixin llurs funcions, mentre no acabi la causa o no es designi una altra persona per a l'exercici dels càrrecs».

Aquí no hi ha coexistència, sinó suplència de l'apoderat per una altra persona, el defensor judicial, a fi de poder tirar endavant el tema controvertit o que l'incapaç no quedi desemparat.

És diferent el cas en què, havent-hi un tutor i un apoderat, es nomeni el defensor per suplir el primer, per les circumstàncies que siguin, o pel supòsit que, sent un poder preventiu limitat i s'hagi de nomenar un tutor o un curador, mentrestant es nomeni un defensor per suplir les mancances del poder.

Fins i tot podria ser el mateix apoderat qui demanés solament un defensor judicial per a un acte, que no havent estat previst en el poder, tingui el caràcter d'irrepetible i, per tant, no faci necessari un nomenament tutelar definitiu. Per exemple, el cas d'un apoderat per fer tota classe d'actes d'administració, inclús de disposició, però solament de béns mobles, si en el poder no es va preveure la venda de l'únic immoble de què és titular el poderdant incapaç i que constitueix el seu habitatge. L'apoderat necessita vendre o hipotecar l'habitatge per atendre les necessitats de l'incapaç, com podrien ser despeses mèdiques o l'ingrés en una residència. Potser amb una hipoteca inversa n'hi ha prou, però no es van incloure en el poder els actes de disposició de béns immobles. Si l'apoderat tingués facultats dispositives sense més, caldria només l'autorització judicial, llevat del cas que el poderdant l'hagi exclosa expressament (art. 222-44.3 CCCat).

En el cas plantejat, com que l'apoderat no està facultat per disposar d'immobles, tampoc podrà demanar autorització judicial. L'autorització judicial del 222-44.3 pressuposa que l'apoderat, d'acord amb els poders, pugui atorgar actes de disposició; si no ho està, no pot acudir a l'autoritat judicial a demanar-ho.

Per un sol acte aïllat i que no es repetirà, ¿cal nomenar tutor, havent-hi com hi ha un apoderat que, a partir de la venda estarà facultat per fer-ho tot? ¿No és millor sol·licitar al jutge el nomenament d'un defensor judicial per dur a terme l'actuació concreta? Pot demanar-ho, com diu l'article 224-2, qualsevol persona amb un interès legítim i, per tant, el mateix apoderat.

No veig inconvenient que el jutge, atenent les circumstàncies del cas, pugui nomenar defensor judicial el mateix apoderat del discapacitat, per a aquesta actuació concreta, acabada la qual «ha de donar compte de la seva gestió (...) a l'autoritat judicial» (art. 224-5 *in fine*) i continuarà exercint com a apoderat preventiu.

#### 4. EL GUARDADOR DE FET

L'article 225-1 diu que és guardadora de fet la persona física o jurídica que té cura d'un menor o d'una persona en la qual es dóna una causa d'incapacitació, si no està en potestat parental o tutela o, encara que ho estigui, si els titulars d'aquestes funcions no les exerceixen.

La figura del guardador de fet té un caire provisional, i com a tal pot ser que una persona que té atorgats uns poders preventius pugui veure's en la necessitat de ser atès temporalment, perquè l'apoderat no estigui *de facto* en disposició de fer-ho en aquell precís moment o en un període de temps concret.

En tal cas, el guardador de fet ho ha de comunicar a l'autoritat judicial en el termini de setanta-dues hores de l'inici de la guarda i el jutge haurà de decidir el que correspongui, com per exemple, conferir al guardador, les funcions tutelars aconsellables al cas, mentre l'apoderat no pugui exercir el seu càrrec.

Així mateix, en cas de que la situació que ha produït la guarda de fet es pugui atribuir a l'adequada actuació de l'apoderat, el jutge podrà fins i tot revocar el poder per a procedir al nomenament de tutor, fixant mentrestant les funcions del guardador de fet.

Segons l'article 225-5 «la guarda de fet s'extingeix per desaparició de les causes que la van motivar, ... o per la constitució del règim de protecció pertinent».

## 5. L'ASSISTENT

L'assistència preveu el cas d'una persona major d'edat que pateix una **disminució, no incapacitant, de les seves facultats físiques o psíquiques**. Si té atorgat un poder preventiu *ad cautelam*, com que no haurà entrat en vigor, pot perfectament demanar un assistent.

També pot ser que el poder amb clàusula de continuïtat sigui de caire exclusivament patrimonial i l'assistència es demani en l'àmbit personal.

Deixant a banda les crítiques rebudes pel legislador per haver mantingut el règim tutelar, amb la curatela inclosa, regulant l'assistència, figura a la qual tendeixen les legislacions més actuals, val a dir que la coexistència de l'apoderat amb l'assistent dependrà de la vigència i de l'amplitud del poder, igual que en els casos de la tutela i de la curatela.

## 6. L'ADMINISTRADOR DEL PATRIMONI PROTEGIT

En el patrimoni protegit, l'administrador té un àmbit d'actuació molt concret, el del mateix patrimoni protegit, que com sabem no és propi ni del constituent ni del beneficiari. És independent, com diu l'article 227-2: «És un patrimoni autònom, sense personalitat jurídica, sobre el qual el constituent, l'administrador i el beneficiari no tenen la propietat ni cap altre dret real.»

L'administrador del patrimoni protegit no representa el discapacitat-beneficiari, mentre que l'apoderat preventiu el representa amb tota l'amplitud que el poderdant hagi estipulat en atorga-li poders; actua sobre el patrimoni propi del discapacitat, mentre que l'administrador del patrimoni protegit no té cap relació amb el patrimoni del discapacitat, només per transferir-li els rendiments.

Finalment, les facultats de l'apoderat preventiu li han estat donades pel discapacitat quan era capaç, mentre que les facultats de l'administrador del patrimoni protegit han estat establertes pel constituent. La llei admet que pugui ser el mateix discapacitat (art. 227-3) qui constitueixi el patrimoni protegit, però no pot ser l'administrador.

Però tant si el patrimoni protegit l'ha constituït el discapacitat com una altra persona, queda clar que poden coincidir en una mateixa persona la figura de l'administrador del patrimoni protegit i la de l'apoderat preventiu. Són càrrecs diferents i si coincideixen en una mateixa persona, tant se val, però ha de tenir bona cura de separar les seves funcions.

**És com si una mateixa persona fos l'apoderat preventiu d'un incapaç i a la vegada l'administrador d'una societat de la qual el mateix discapacitat fos l'únic soci.**

Per acabar, podem considerar que tot el que hem dit respecte de l'administrador del patrimoni protegit i la seva relació amb l'apoderat preventiu seria aplicable, en l'aspecte conceptual i abstracte, a la persona nomenada pel

donant o testador com a administrador dels béns donats o heretats. Per la resta, a aquest administrador especial li són aplicables les normes relatives a la tutela... si el donant o el causant no ha establert altres normes (art. 222-41 CCCat).

## XV. PODER PREVENTIU I PODER MERCANTIL

El Codi de Comerç, com a dret mercantil comú de tot l'Estat, des de la seva publicació regula el contracte de comissió mercantil dient que «se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista», article 244 C de C.

Després de dedicar setze articles a la seva regulació, en la qual no entrarem aquí, immediatament, sota la rúbrica «De otras formas del mandato mercantil» es refereix al factor, entre d'altres.

El factor és configurat com un apoderat o mandatari, general o singular, que intervé en el comerç en nom del comerciant o empresa mercantil, en els assumptes propis del comerç: «El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta Sección» (art. 283 C de C).

Doncs bé, una de les disposicions aplicables és l'article 290: «Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido.»<sup>45</sup>

Aquest precepte està regulant no solament el cas de l'empresa persona jurídica, sinó també el del comerciant persona física, l'empresari individual.

En l'àmbit negocial de l'empresari individual, no té aplicació l'article 222-2 CCCat ni el 1732 CC, sinó l'article 290 C de C abans esmentat i que, com hem dit, regeix a tot l'Estat espanyol.

En l'àmbit civil de la mateixa persona, regiran els preceptes que imposen l'extinció del poder per mort o incapacitació del poderdant i els seus correlatius de continuïtat en cas d'incapacitació, si s'han atorgat els corresponents poders preventius.

Amb una mateixa persona, dos règims, el mercantil per al seu negoci o empresa individual i el civil per a la resta.

En el règim mercantil, amb la mort o incapacitació del poderdant no s'extingeixen els poders. L'extinció es produirà per revocació, atorgada pel

---

45 Aquests poders generals o de factor mercantil, per a la seva plena eficàcia respecte de tercers, s'inscriuran en el Registre Mercantil, en el full obert a cada empresari individual (art. 87.2 del Reglament del Registre Mercantil). En canvi, no cal la inscripció dels poders especials per a determinades actuacions.

tutor de l'incapaç o pels hereus del causant si no els interessa que el factor continuï al capdavant del negoci.<sup>46</sup>

També podria revocar el poder mercantil l'apoderat civil amb facultats suficients, d'acord amb el poder preventiu atorgat pel que ha esdevingut incapaç, però mentre això no tingui lloc, coexistiran els dos apoderats, el civil i el mercantil.

A la mort del comerciant, el poder preventiu civil s'extingirà sense més, i seran els hereus de l'empresari individual els que hauran de decidir la continuïtat dels poders mercantils.

Una altra diferència entre l'àmbit civil i el mercantil, important en aquest treball, és la facultat de substitució dels poders.

L'article 261 del C de C diu: «El comisionista desempeñará por sí los encargos que reciba, y no podrá delegarlos sin previo consentimiento del comitente, a no estar de antemano autorizado para hacer la delegación (...)»

**La regla mercantil sempre ha estat la de «no substitució dels poders», excepte si hi ha autorització. En canvi, la civil és la contrària: «substitució de facultats, excepte si hi ha prohibició».**

En Dret civil comú ho proclama l'article 1721, encara que fent responsable el mandatari de la gestió del substitut, si no se l'havia facultat per nomenar-lo. També el mandatari és responsable si se l'havia facultat però sense designar persona i el substitut fos notòriament insolvent o incapaç. Fins a la publicació del Llibre II, aquest precepte, l'article 1721, era aplicable també a Catalunya, però a partir de la vigència del Llibre II, entenc aplicable al poder preventiu l'apartat 2 de l'article 221-2 CCCat, en el qual es limiten les facultats de substitució de l'apoderat preventiu per atorgar poders especials per a actes concrets.

Aquest és un aspecte que acabarem de desenvolupar en l'apartat que específicament dedicarem, en les conclusions, a la substitució del poder preventiu.

## XVI. CONCLUSIONS

El fet cert és que el legislador ha dipositat en nosaltres, els juristes, una gran confiança, fet que comporta a la vegada una greu responsabilitat. En ser el poder preventiu una institució quasi-tutelar, com una tutela privada, no pot quedar en una simple clàusula d'estil més o menys complexa, sinó que ha de demostrar que ha estat objecte d'una personalització meditada pel poderdant, el notari autoritzant i els altres professionals que l'han aconsellat.

---

<sup>46</sup> Article 280 C de C: «Por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes.» Com diu Ignacio Serrano García, «hay una diferencia entre mandato y comisión que justifica la diferente solución del Código de Comercio y el Civil: El mandato tiene el objeto que quiera el mandante. La Comisión tiene un ámbito más reducido porque tiene que referirse a un acto u operación de comercio, y no se extiende a otras cuestiones personales o patrimoniales fuera del comercio», «La extinción del mandato», *La Ley*, 2006, pàg. 757.

Evidentment, en els poders que s'autoritzin a partir d'ara, amb una simple frase pot quedar tot resolt: «**El poder tindrà vigència encara que el poderdant esdevingui incapaç en qualsevol de les seves modalitats, i l'apoderat queda rellevat de les obligacions i limitacions que la Llei estableix per al tutor o curador.**»

Però la realitat és que la Llei no vol que aquest tema es resolgui amb una simple fórmula com l'esmentada. Per a això ja n'hi havia prou amb l'article 1732 del CC. En realitat el legislador està demanant als operadors jurídics una cura especial en aquesta matèria. Ens està donant elements per dissenyar una **tutela privada** a mida, però també vol que aconsellem en cada cas concret; que el poder en previsió de pèrdua de la capacitat no es converteixi en una fórmula més. Crec que ens està exigint una immersió més profunda en les expectatives i necessitats del poderdant per poder aconsellar el més convenient per a ell, la seva persona i el seu patrimoni.

Podríem proposar una espècie de plantilla o qüestionari per ajudar el poderdant a conformar la seva voluntat, com per exemple dilucidant els següents punts:

– **Inici de la vigència del poder:** Des del mateix moment de l'atorgament, en una data determinada, o quan es compleixi un esdeveniment com un diagnòstic mèdic, la decisió d'un consell de família, la simple decisió de l'apoderat, etc.

Garrido de Palma<sup>47</sup> manifesta que seria convenient la inclusió d'una clàusula en el poder en la qual es requerís al notari perquè no lliuri el poder al mandatari sense un certificat mèdic en el qual consti la pèrdua de capacitat real del poderdant. Afegim que podria estar subscript per dos facultatius, en la línia de l'article 421-9 CCCat que regula el testament atorgat en interval de lucidesa, encara que en aquest cas certificarien el contrari, la pèrdua de capacitat.

– **Extinció:** Quan l'apoderat compleixi una certa edat, perquè l'apoderat no ha superat un control establert pel poderdant, per la revocació com a facultat conferida a determinades persones o parents constituïts en una forma similar al consell de tutela regulat en l'article 222-54 CCCat.

Aquest consell es podria anomenar de supervisió, i se li podrien encomanar moltes tasques: no solament la revocació, sinó també l'inici de la vigència; el nomenament de substituïts, dins dels límits personals previstos pel poderdant; l'autorització de determinats actes o la substitució de la que hauria de donar el jutge; la rendició de comptes, etc., i fins i tot continuar vetllant i representant els interessos del discapacitat mentre se substancia el procés d'incapacitació, si el poder s'ha arribat a extingir definitivament.

– **Apoderats i substituïts:** Si són indistints o mancomunats, la seva forma d'actuació segons la importància dels actes, així com la forma de substitució en cas de mort, impossibilitat, renúncia o revocació, etc.

47 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, op. cit. pàg. 79.



Pel caràcter *intuitu personae* del poder, i més encara del poder preventiu, la designació dels apoderats o dels substituïts s'ha de fer d'una forma absolutament determinant, de manera que no deixi cap dubte respecte de la persona escollida per a una missió tan important.

—**Facultats i mesures de control:** Administració, disposició, autoritzacions complementàries, mesures de control —generals o específiques per a determinats actes—, etc. Com diu José Alberto Marín Sánchez, en la facultat d'establir mesures de control és on aquesta «tutela privada» arriba a la màxima intensitat.<sup>48</sup>

—**Autocontractació i contraposició d'interessos:** l'admissibilitat sense reserves, amb previsió dels casos admesos pel poderdant o amb les garanties de cada cas, com per exemple el consentiment d'un consell de família... Si no hi ha cap previsió, serà el jutge qui designarà el defensor judicial, tal com hem defensat abans.

—**Segones còpies:** Facultat que es pot atorgar a l'apoderat, sense més, o condicionant-la, per exemple, a l'autorització d'una persona de confiança.

Els notaris no poden expedir segones còpies d'un poder, excepte que la petició la formuli el mateix poderdant, l'apoderat —si el poderdant l'ha autoritzat—, o l'autoritat judicial, a instància de part (art. 227 Reglament Notarial).

En cas de no haver-se previst, l'apoderat sempre podrà al·legar judicialment la pèrdua i sol·licitar que sigui el jutge qui ordeni l'expedició d'una altra còpia autèntica.

—**Substitució del poder:** Recordem que, en matèria de poders civils, la norma general és la facultat de l'apoderat per substituir els seus poders, llevat que se li hagi prohibit (art. 1721 CC). Però en aquest cas estem davant un poder personalíssim i és lògica la norma especial de l'art. 221-2 CCCat, que dins de les disposicions comunes per a totes les institucions de protecció de la persona estableix que els titulars de funcions de protecció només poden atorgar poders especials per a actes concrets o per a diversos actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica.

Ara bé, com que en aquesta institució quasi-tutelar que és el poder preventiu preval la voluntat del poderdant, caldrà reconèixer que el poderdant pot preveure i consentir que l'apoderat substitueixi en una altra persona o entitat totes o part de les facultats que li han estat conferides. El poderdant concretarà els substituïts i les facultats que es puguin delegar a cadascú.

—**Rendició de comptes:** Podem arbitrar des d'una simple presentació a una persona de confiança o a un consell de família, fins a exigir l'aprovació judicial, passant per una auditoria, etc. Si no s'ha fet cap previsió, entenc que

48 MARÍN SÁNCHEZ, José A., *Comentarios al Libro II del Código civil de Cataluña*, Ed. Jurídica Sepin, 2011, pàg. 157.

les persones que podrien sol·licitar nomenament de tutor i la revocació dels poders preventius poden també sol·licitar, en interès de l'incapaç, la seva declaració d'incapacitat i una revisió de les activitats del representant, amb les conseqüències que això pugui portar.

—**Remuneració i despeses:** Aquí tenim també una àmplia llibertat, però si no s'ha fet cap previsió, l'art. 221-3 CCCat estableix la gratuïtat com a principi en els càrrecs tutelars, però reconeix el dret de reemborsament per les despeses ocasionades i la indemnització pels perjudicis causats.

Una vegada tinguem clara la situació personal, familiar i patrimonial del poderdant, podem aconsellar-lo sobre tots els punts esmentats. Com diu el notari Manuel A. Seda Herмосín, el Conveni de Nova York de 2006 citat més amunt proposa el canvi d'un sistema de substitució de la voluntat del discapacitat per la implantació d'un sistema d'integració i ajuda al discapacitat. Aquest canvi és fonamental i serveix clarament i rotundament a la defensa del poder preventiu.<sup>49</sup>

Ara ens toca a nosaltres els juristes, tant els científics i teòrics com als que estem en contacte amb la gent del carrer. La teoria ens donarà els mitjans per processar amb una sèrie de mesures el cas concret, però solament la pràctica diària i el coneixement de la persona i el seu entorn ens pot fer decidir per unes o altres.

El legislador ho ha fet prou bé. Podria haver estat millor, si per exemple hagués imposat al poderdant la necessitat de fer constar en els poders el qüestionari que acabem d'examinar. No ho ha fet però tenim, com hem vist, els mitjans per fer-ho nosaltres, la classe jurídica. **El legislador ens ha llançat la pilota, ara és a la nostra banda, ens correspon jugar-la i jugar-la bé, perquè amb els anys tots arribarem a ser, en un grau més o menys gran, discapacitats.**

## BIBLIOGRAFIA

### — LLIBRE SEGON DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

*Comentarios al Código Civil de Cataluña*, coords. Francisco de Paula Puig Blanes, Francisco José Sospedra Navas et al. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, cop. 2011, 2 vol.

*La Familia del siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Núria Ginés Castellet (coordinadora); M<sup>a</sup> Dolores Bardají Gálvez, M<sup>a</sup> Teresa Dupla Marín, M<sup>a</sup> Elena Lauroba Lacasa et al., Barcelona, Bosch, 2011, 227 p. (Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho de ESADE; 9).

<sup>49</sup> SEDA HERMOSÍN, Manuel A., «La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad», *La Ley* 15244, 2011, pàg. 10-14.

- Gete-Alonso y Calera, M<sup>a</sup> del Carmen, Judith Solé Resina, Maria Ysàs Solanes, *Derecho de la persona vigente en Cataluña: adaptado a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 3<sup>a</sup> ed., València, Tirant lo Blanch, 2011, 343 p.
- Lucas Esteve, Adolfo (dir.), *Dret civil català*, vol. II *Persona y familia*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2012, 554 p.
- Marín Sánchez, José Alberto, [Comentaris a] Sección 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup>, Capítulo II, La Tutela, a: *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, coordinadora general, Encarnación Roca Trías; coordinador d'aquest volum, Pascual Ortuño Muñoz, Las Rozas (Madrid), Sepin, 2011, p. 149-184 (art. 222-2, pp. 153-159).
- Martínez García, Manuel-Ángel, «Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas», a: *El Nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, Sergio Nasarre Aznar (coord.), Barcelona, Bosch, 2011, p. 133-155.
- El Nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, Sergio Nasarre Aznar (coord.), Barcelona, Bosch, 2011, 990 p.
- Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, coordinadora general, Encarnación Roca Trías; coordinador d'aquest volum, Pascual Ortuño Muñoz, Las Rozas (Madrid), Sepin, 2011, 1488 p.

## — CÓDIGO CIVIL

- Amunátegui Rodríguez, Cristina de, *Incapacitación y mandato*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008, 381 p. (Temas La Ley).
- Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras», a: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, Editorial La Ley, abril 2011.
- Anguita Ríos, Rosa María, «Discapacidad y medidas legales. Un acercamiento a la realidad española», a: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, Editorial La Ley, abril 2011.
- Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Fernando Santos Urbaneja (dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, 311 p. (Cuadernos de Derecho Judicial; 20 – 2005).
- Durán Corsanego, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2007, 270 p. (La Llave)
- Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2006, 97 p. (La Llave).
- Gomá Salcedo, José Enrique, «La tutela» i «Ejercicio de la tutela», a: *Instituciones de derecho civil común y foral*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 2010, vol. 3 *Derecho de familia*, pp. 2575-2597 i 2599-2622.

- Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Valencia, 12, 19, 26 de gener i 3 de febrer de 2004, Valencia, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, 2005, 227 p.
- León Alonso, José R., «Capítulo IV, De los modos de acabarse el mandato, Artículo 1732», a: Albaladejo, Manuel, (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo xxi, vol. 2, pp. 467-494.
- Luna Cubero, Víctor Manuel, «Los poderes preventivos», a: *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad* (Logronyo, 7-8 maig 2009), Gobierno de La Rioja, Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, p. 63-72.
- Pereña Vicente, Montserrat, *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del cuidador o del tutor*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2008, 109 p. (La Llave).
- Puente de la Fuente, Fernando, «El Mandato preventivo», a: *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 145-169.
- Seda Hermosín, Manuel Antonio, «El notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», a: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, Editorial La Ley, abril 2011.
- Serrano García, Ignacio, «La extinción del mandato. Modificación del artículo 1732 del Código Civil», a: *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006.
- Serrano García, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, 582 p.
- Rovira Sueiro, María E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2005, 157 p. (La Llave).

#### — ARTICLES DE REVISTA

- Garrido de Palma, Víctor M., «La protección de los discapaces: la autotutela y el poder preventivo de protección», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, T. IL (2009), p. [63]-86.
- Pereña Vicente, Montserrat, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?» *Diario La Ley*, n. 7691 (9 Set. 2011).
- Pereña Vicente, Montserrat, «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?», *Diario La Ley*, n. 6665 (6 Març 2007).

#### — LEGISLACIÓ

##### Catalunya

- Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (DOGC núm. 5686, 05.08.2010).

Llei 10/2011, del 29 de desembre, de simplificació i millorament de la regulació normativa (DOGC núm. 6035, 30.12.2011).

Decret 30/2012, de 13 de març, del Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat i del Registre de patrimonis protegits (DOGC núm. 6088, 15.03.2012).

## **Estatal**

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, 17.01.1996).

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 (BOE núm. 277, 19.11.2003).

## **— JURISPRUDÈNCIA**

### **AAPP**

SAPB 06.11.2012

SAPB 16.07.2012

SAPGI 30.05.2012

SAPCoruña 26.10.2010

SAPM 13.11.2008

SAPCS 22.04.2008

SAPAS 21.01.2003

### **TS**

STS 25.01.2008

STS 26.01.2004



# La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit<sup>1</sup>

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA  
Catedràtic de Dret Civil  
Universitat Rovira i Virgili

I. PRESENTACIÓ. II. LA NATURALESA I L'ESTRUCTURA DEL PATRIMONI PROTEGIT. 1. El patrimoni, en general. 2. Els patrimonis de la persona. 3. Els patrimonis al servei d'una persona o una finalitat: els patrimonis independents. 4. El patrimoni protegit com a patrimoni independent. 5. Pluralitat de patrimonis protegits a favor d'una mateixa persona. III. ELS BENEFICIARIS DEL PATRIMONI PROTEGIT. 1. Tipologia i limitació de la qualitat de beneficiari. 2. El beneficiari pot ser el constituent del patrimoni protegit, però no el seu administrador. 3. La pluralitat de beneficiaris. IV. LA CONSTITUCIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT. 1. El constituent. 2. El negoci de constitució del patrimoni protegit. V. LES APORTACIONS SUCCESSIVES. VI. L'ADMINISTRACIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT. 1. El càrrec d'administrador. 2. L'actuació de l'administrador. 3. El control de l'administració. VII. L'EXTINCIÓ I LA LIQUIDACIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT. 1. Les causes d'extinció. 2. Liquidació, rendició final de comptes i destinació del romanent. VIII. LA PUBLICITAT REGISTRAL. 1. Àmbit general de publicitat: el Registre de Patrimonis Protegits. 2. Àmbits específics de publicitat. BIBLIOGRAFIA.

## I. PRESENTACIÓ

Els art. 227-1 a 227-9 del CCCat incorporen al dret civil de Catalunya una nova institució de protecció de la persona: l'anomenat *patrimoni protegit*. El Preàmbul (apartat III-b) de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, que va aprovar el Llibre segon del CCCat, relatiu a la persona i la família, la descriu assenyalant que el patrimoni protegit «comporta l'afectació de béns aportats a títol gratuït per la persona constituent, i també dels seus rendiments i béns subrogats, a la satisfacció de les necessitats vitals d'una persona afectada per discapacitat psíquica o física d'una certa gravetat o per una situació de dependència igualment severa»; vegeu també l'art. 227-2.1 CCCat. Aquesta afectació de béns es tradueix en l'existència d'un patrimoni separat, independent i destinat a fer front a les necessitats de la persona discapacitada, que, a més, tindrà el seu propi patrimoni, com tota persona. Per exemple, els pares d'un nen discapacitat decideixen afectar una sèrie de béns fructífers a les necessitats, actuals i futures, del seu fill; aquest nou patrimoni és totalment independent dels patrimonis dels pares i del patrimoni propi del fill.

1 Aquest treball s'emmarca en el Grup de Recerca Consolidat «Dret civil català i dret privat europeu», finançat per la Generalitat de Catalunya (Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca, referència 2009 SGR 689), l'investigador principal del qual és el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa.

Per la seva finalitat, el patrimoni protegit no solament és perfectament compatible, sinó també complementari de les altres institucions de protecció de la persona. Així, és possible constituir un patrimoni protegit que garanteixi la viabilitat de la tutela d'una persona incapacitada, si aquesta persona pateix alguna discapacitat o es troba en situació de dependència, pressupòsits de constitució del patrimoni protegit, com veurem més endavant. Per aquest motiu, el títol del Capítol VII, «Protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent», és massa ampli, ja que aquesta denominació suggereix una regulació general dels diferents mecanismes que poden servir per a protegir específicament la persona discapacitada o dependent, i no la hi trobem. El capítol VII tan sols regula una institució molt concreta, el patrimoni protegit, que hagués hagut de donar nom al capítol. D'altra banda, hem de tenir en compte que la protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent es pot també assolir per altres institucions d'abast general, com ara el cens vitalici (art. 565-29 a 565-33 CCCat), la renda vitalícia garantida amb hipoteca (art. 569-38CCCat i 157 LH), o el contracte d'aliments (art. 1791 a 1797 CC). La tria d'aquestes figures, o d'altres, o bé la del patrimoni protegit dependrà, en cada cas, dels interessos concrets de les persones que intervenen en la relació jurídica.

En aquest punt inicial del present treball, la meua valoració general d'aquesta nova institució del CCCat és positiva, si bé en alguns aspectes, que anirem comentant, resulta insuficient o decebedora. En certa manera, sembla com si el legislador català hagués regulat el patrimoni protegit, tal i com ho ha fet, només, o gairebé només, per competir amb el legislador estatal, sens dubte amb la finalitat de millorar i fer més viable i atractiva una institució amb la que té algunes semblances, més aparents que reals, que és la regulada en la Llei estatal 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, però sense una voluntat real o, com a mínim, amb una certa por, de voler explorar i explotar totes les possibilitats de la figura del patrimoni protegit, per fer-ne una nova institució més estructurada i coherent des del punt de vista jurídic i, en definitiva, més útil des del punt de vista social.

En realitat, el legislador català ha creat un autèntic patrimoni fiduciari, inspirat en la regulació de la fidúcia en el Codi Civil del Québec, com veurem més endavant, però ho ha fet amb timidesa, per no dir amb por, ja que no ha gosat explotar totes les possibilitats i utilitats que pot donar la institució de la fidúcia.

El que sí queda clara és la voluntat d'aplicar els incentius fiscals que preveu la llei estatal, també als patrimonis protegits regulats en el CCCat. Aquesta finalitat fiscal es palesa en el mateix Preàmbul (apartat III-b), que assenyala que «s'ha pogut detectar que, malgrat els beneficis fiscals que estableix la legislació estatal, els casos en què les famílies catalanes han fet servir aquest instrument han estat més aviat pocs». Es tractava, per tant, de mantenir els incentius fiscals de la llei estatal, però aplicats a una figura més estructurada i coherent des del punt de vista jurídic i, en definitiva, més útil des del punt de vista social, com és la dels art. 227-1 a 227-9 CCCat.



No hi ha dubte, en la meua opinió, que els incentius fiscals que contempla la Llei estatal 41/2003 per la figura que ella regula, són aplicables també al patrimoni protegit que ara acull el CCCat. La raó és de pes: es tracta de figures que tenen el mateix nom i la mateixa finalitat, tot i que, des del punt de vista jurídic, tinguin una estructuració diferent.<sup>2</sup> D'altra banda, cal fer un retret al legislador estatal per la seua poca sensibilitat envers els altres drets civils existents a Espanya, diferents de l'estatal. En concret, fóra bo que quan el legislador estatal concedís, en relació amb impostos de la seua competència exclusiva, beneficis fiscals a institucions de dret civil, fes explícitament extensius aquests beneficis a institucions similars regulades en els drets civils no estatals que coexisteixen, en un pla teòric d'igualtat, a Espanya.

## II. LA NATURALESA I L'ESTRUCTURA DEL PATRIMONI PROTEGIT

El patrimoni protegit és un patrimoni independent, sense propietari, que està posat al servei de la persona discapacitada o dependent per tal que pugui fer front a les seves necessitats. Per tant, la protecció, en l'àmbit material, d'una persona discapacitada o dependent s'estructura al voltant de dos patrimonis, el seu patrimoni propi i el patrimoni protegit. La distinció entre l'un i l'altra és fonamental, ja que varia radicalment el règim de responsabilitat, com veurem més endavant.

El primer d'aquests patrimonis és el que és propi de la persona discapacitada o dependent, del que és titular pel sol fet de ser persona. Tota persona té el seu patrimoni —encara que tingui, temporalment, un valor zero—, sobre la base del qual s'articula la pedra angular del dret d'obligacions, que és el sistema de responsabilitat il·limitada (art. 1911 CC). Lògicament, amb aquest patrimoni general, la persona pot fer front als seus deutes derivats de la seua situació de discapacitat o dependència.

El segon patrimoni amb el qual la persona discapacitada o dependent pot fer front a les seves necessitats és un *patrimoni aliè* —en realitat no és de ningú—, però del qual se'n beneficia, si bé de manera totalment finalista: aquest patrimoni aliè —el patrimoni protegit—, només respon dels deutes derivats de la situació de discapacitat o dependència.

Estudiarem, en primer lloc, el concepte i les característiques del patrimoni, en general; posteriorment, veurem les característiques del patrimoni protegit.

<sup>2</sup> Vegeu, en aquest sentit, GETE-ALONSO, «El patrimonio», p. 80-81, i especialment la nota 6, que passem a resumir: «En el año 2005, por encargo del Observatori de Dret Privat de Catalunya realicé un informe— propuesta de texto articulado del título 1 del libro 2: [...] c)— Això porta a considerar que, malgrat que la remissió que fan les normes tributaries modificades per la llei estatal és a aquesta, un principi de coherència aconsella que es puguin aplicar les beneficis fiscals quan el patrimoni té les mateixes característiques que les de la llei estatal, malgrat que la regulació es contingui en una norma autonòmica».

## 1. EL PATRIMONI, EN GENERAL

A grans trets, podem descriure el patrimoni com el conjunt de posicions jurídiques de contingut econòmic, actives i passives, de les que una persona és titular (vegeu, en aquest sentit, l'art. 411-1 CCCat).

Si precisem una mica més, i seguint la descripció que en dona LACRUZ, podem dir que el patrimoni és un conjunt coherent de béns, que s'identifica, no per la individualitat dels objectes que el componen, sinó per la seva atribució a una persona (o a un grup de persones).<sup>3</sup> Per tant, veiem que el *mecanisme de cohesió* del patrimoni és la titularitat comuna del conjunt de posicions jurídiques que l'integren, agrupades en els conceptes d'actiu i passiu. Cal precisar que, en el concepte de patrimoni, l'actiu, és a dir, els béns que l'integren, és essencial i tipificador; en canvi, la inclusió o no del passiu en un patrimoni depèn de cada regulació concreta.<sup>4</sup> Finalment, el concepte de patrimoni es pot alhora precisar i ampliar, com fa GETE-ALONSO, per qualificar el patrimoni com el conjunt de béns destinats a una determinada finalitat, i que té com a denominador comú un règim unitari d'administració i responsabilitat.<sup>5</sup>

Observem, per tant, que el patrimoni no és un nou objecte de dret, diferenciat del béns que l'integren, sinó que és tan sols un punt de referència, o un denominador comú d'una sèrie de béns i deutes d'una mateixa persona, i als que la llei vol donar un règim específic, en matèries com l'administració o la responsabilitat. Això fa que el fet de pertànyer a un patrimoni no sigui neutral o irrellevant, sinó que marca els béns, ja que el seu règim dependrà del tipus de patrimoni i de circumstàncies com ara si és o no deficitari, o bé la finalitat a la que està destinat.

Vegem un exemple. En el tràfic jurídic el que importa, en primer lloc, és saber si una determinada finca és o no propietat del Sr. X, i si en pot disposar. Si a aquesta relació de titularitat li afegim una valoració addicional —purament intel·lectual— i diem que la finca forma part del patrimoni del Sr. X, aquesta dada ens servirà per aplicar a l'esmentada finca un règim específic, o per deduir-lo: com el Sr. X tenia deutes, la donació que va fer de la finca, tot i ser vàlida, està clarament amenaçada, ja que és inoponible als creditors del donant, anteriors a la donació (art. 531-14 CCCat) i el donatari no està protegit per la fe pública registral (art. 34 LH). Fixem-nos, per tant, que el que aquí és realment rellevant no és la titularitat de la finca, que ningú no discuteix, sinó l'amenaça que sorgeix quan aquesta finca forma part d'un patrimoni deficitari.

Que el patrimoni no sigui un objecte de dret té dues conseqüències teòriques importants. La primera és que la qualificació d'una persona com a *titular d'un patrimoni* no és estrictament correcta des del punt de vista tècnic,

3 LACRUZ, Elementos, I-3, p. 71.

4 Sobre aquesta matèria, vegeu especialment BADOSA, *Manual*, p. 204, i RIVERO, «Teoría general», p. 106-109.

5 En concret, GETE-ALONSO, «El patrimonio», p. 76 assenyalava: «El patrimonio es un concepto jurídico (intelectual) instrumental mediante el que se designa como un todo el conjunto de derechos y situaciones jurídicas, susceptibles de ser valoradas en dinero, que se atribuyen a un titular o se destinan (afectan) a una determinada finalidad, sometido a un régimen unitario de gestión, administración y responsabilidad.»

ja que si no hi ha objecte de dret, no hi ha titular. Aquesta expressió s'ha d'entendre referida, no al patrimoni en sí mateix considerat, sinó a cadascuna de les posicions jurídiques que l'integren. En sentit estricte, el «titular» d'un patrimoni és, en realitat, propietari d'una finca, copropietari d'una altra, usufructuari d'unes accions i deutor d'una obligació, per citar tan sols uns exemples.<sup>6</sup>

La segona conseqüència de que el patrimoni no sigui un objecte de dret és que el patrimoni, com a tal, no pot ser objecte d'alienació: el concepte d'alienació només es pot referir als béns (les coses i els drets patrimonials, d'acord amb l'art. 511-1 CCCat), i no al simple denominador comú de la inclusió en un patrimoni determinat. A més, l'alienació no pot incloure els deutes, ja que, tot i estar inclosos en el patrimoni, la seva transmissió entre vius requereix sempre el consentiment del creditor (art. 1205 CC). Sí que s'admet, en canvi, la successió universal en el patrimoni arran de la mort del seu titular. Quan mor una persona, el seu patrimoni es converteix en herència, amb un règim específic; quan els cridats a l'herència l'accepten, es converteixen en hereus, el que fa que adquireixin els béns que havien sigut del causant i se subroguin en les obligacions d'aquest que no s'extingeixin per la seva mort (vegeu especialment els art. 411-1 i 411-5 CCCat).

## 2. ELS PATRIMONIS DE LA PERSONA

Com hem apuntat abans, el concepte mateix de patrimoni se sustenta en la persona del seu titular: la referència *al seu* titular cohesiona i unifica *aquell* patrimoni concret. Sobre aquesta base, podem distingir entre el patrimoni *general o inherent* a la persona, i els patrimonis *especials o separats*.

### 2.1. El patrimoni propi, general o inherent a la persona

Tota persona, pel fet de ser-ho, és titular d'un patrimoni, el valor comptable del qual pot ser immens o totalment deficiari. Aquest patrimoni propi de tota persona es qualifica habitualment com a «general» de la persona (per exemple, l'art. 334-7.1 CCCat es refereix al «patrimoni general de la fundació»); pel seu caràcter necessari i inevitable, el podem també qualificar com a «inherent» a la persona; en el mateix sentit, la llei utilitza també l'expressió «patrimoni privatiu» (art. 461-23.1 CCCat).

El patrimoni propi, general o inherent a la persona té dues funcions. La primera és permetre a la persona fer front a les seves necessitats materials. En aquest sentit, vegeu l'art. 222-35.1 CCCat, que es refereix als «recursos econòmics» del tutelat com a sinònim del «patrimoni» d'aquest, terme que emprava l'art. 207.1 CF, actualment derogat; vegeu també l'art. 236-22 CCCat, referent a la contribució dels fills al pagament de les despeses familiars. La segona funció del patrimoni propi de la persona és que constitueix la garantia

6 Atès que un patrimoni no és un objecte de dret, l'expressió «usufructo sobre la totalidad de un patrimonio», que utilitza l'art. 506 CC, és incorrecta des del punt de vista tècnic; s'ha d'entendre referida a un usdefruit sobre cadascun dels elements que integren el patrimoni. Vegeu, en aquest sentit: CASTÁN, *Derecho Civil*, I-1º, p. 637, i LACRUZ, *Elementos*, I-3º, p. 72.

patrimonial universal davant els creditors (fonamentalment, art. 1911 CC; vegeu també, entre d'altres, els art. 211-8 i 461-18 CCCat), la qual cosa els permet «perseguir els béns privatis» del seu deutor (expressió de l'art. 461-23.3 CCCat).

## 2.2. Els patrimonis autònoms (especials, separats o de destinació)

A més a més del patrimoni general de la persona, l'ordenament jurídic preveu l'existència de patrimonis especials o separats, que poden estar adscrits o destinats a determinades finalitats, i que funcionen amb independència del patrimoni general de la persona, paral·lelament a ell, i sense barrejar-s'hi jurídicament. Això no exclou que, de manera excepcional, pugui haver una comunicació o trasvassament entre un patrimoni i l'altre (vegeu l'art. 426-56.2 CCCat). L'únic punt de connexió entre aquests patrimonis és que el seu titular és el mateix. És per aquest motiu que podem també qualificar aquests patrimonis com a *autònoms*, ja que tenen un règim específic, però sempre amb el punt de referència essencial del seu titular, que ho és també d'altres patrimonis (com a mínim, el general de la persona).

Hi ha un «*numerus clausus*» de patrimonis separats: només existeixen en els casos previstos específicament per la llei. L'autonomia de la voluntat no permet regular nous tipus de patrimoni separat, sinó que queda reduïda a la implementació d'algun dels models regulats per la llei.

El que justifica l'existència del patrimoni separat o autònom, en relació amb el patrimoni general de la persona, és que aquell compleix una finalitat específica, o té una *destinació* pròpia, que no seria operatiu assolir diluïnt els seus béns dins del patrimoni general de la persona. La nota diferenciadora o tipificadora és que el patrimoni separat sigui un patrimoni de responsabilitat de determinats deutes específics del seu titular, de manera que es produeixi, amb diferents graus, una delimitació de responsabilitats entre el patrimoni general i els patrimonis separats o autònoms d'una mateixa persona.<sup>7</sup>

Per exemple, en el règim de la *sociedad de gananciales* del Codi Civil espanyol, el patrimoni ganancial és un patrimoni separat, que té el seu propi règim de responsabilitat en relació amb els deutes contrets per qualsevol dels cònjuges. No hem d'oblidar que els deutors són els cònjuges, no la *sociedad de gananciales*, que no té personalitat jurídica. Així, d'acord amb l'art. 1365 CC, els béns gananciales responen «directament» de determinats deutes que ha contret un dels cònjuges, el que significa que, en cas d'insuficiència d'aquests béns, la responsabilitat recaurà sobre els béns del patrimoni general del cònjuge deutor. Altres supòsits de patrimonis separats són, per exemple, l'herència acceptada a

7 La subjecció a una responsabilitat pròpia és considerada un element essencial del patrimoni separat per FERRARA, citat per CASTÁN (*Derecho Civil*, t. I-2º, p. 639); Castán, però, adopta la fórmula més prudent i eclèctica d'ENNECCERUS (*Tratado*, t. I-1º, nº 125, p. 598-599), que defineix els patrimonis separats com a «conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio».

En la mateixa línia, BIANCA, *Vincoli*, p. 117-118, assenyala que «la teoria dei patrimoni di destinazione, così come altre teorie sulla personalità giuridica, nasce dell'esigenza pratica di trovare una collocazione unitaria a complessi patrimoniali caratterizzati da discipline speciali in tema di circolazione di beni e di responsabilità».

benefici d'inventari (art. 461-20 CCCat), el patrimoni de la persona declarada absent (art. 181 i seg. CC), l'herència subjecta a una substitució fideïcomissària (art. 426-1.1 CCCat) o els fons especials de les fundacions (art. 334-1 a 334-8 CCCat).

Finalment, cal precisar que l'existència d'una administració separada o especial de determinats béns no és, per sí sola, indicadora o tipificadora del patrimoni separat (vegeu, per exemple, els art. 222-27, 222-40, 236-25.a i 236-26 CCCat).<sup>8</sup> De vegades, en canvi, l'existència d'una administració separada sí que és testimoni explícit d'un patrimoni separat (art. 334-4.2 CCCat, que estableix que els béns dels fons especials de les fundacions «s'han d'administrar de manera separada»; cal destacar el poc encert de l'expressió «la resta del patrimoni fundacional»).

### 3. ELS PATRIMONIS AL SERVEI D'UNA PERSONA O UNA FINALITAT: ELS PATRIMONIS INDEPENDENTS

#### 3.1. *El patrimoni independent és un patrimoni sense titular*

Com acabem de veure, una persona pot ser titular d'una pluralitat de patrimonis: sempre d'un patrimoni general i, de vegades, d'un o més patrimonis especials. En tots aquests casos, el punt de referència o denominador comú de cadascun d'aquests patrimonis és la persona del seu titular.

A banda dels esmentats, existeixen altres patrimonis que podem qualificar com a *independents*, ja que, a vegades de manera provisional i a vegades definitiva, *no tenen titular*.<sup>9</sup> Per raons d'utilitat econòmica i d'operativitat jurídica, l'ordenament permet que, en ocasions, hi hagi una massa de posicions jurídiques, actives i passives que, tot i no tenir el suport d'un titular, actuï amb plena eficàcia en el tràfic jurídic. El mecanisme tècnic que garanteix la viabilitat d'aquest tipus de patrimoni en el tràfic jurídic és la *imposició d'un sistema d'administració* rigorós, que pugui garantir la finalitat que hom pretèn assolir amb el mateix.

Podem qualificar un patrimoni d'aquest tipus com a *independent*, ja que no té un titular (a diferència dels patrimonis especials, separats o autònoms que, com hem vist en l'apartat anterior, sí que en tenen). En aquest cas, el que dóna cohesió a aquesta massa de béns, permet qualificar-la com a patrimoni i dotar-la d'un determinat règim jurídic és el fet d'estar *al servei d'una persona*, o bé *destinada a una finalitat*. Ja podem avançar que el patrimoni protegit dels art. 227-1 a 227-9 CCCat és un patrimoni independent.

Per tal d'obtenir aquests objectius, és necessari que el patrimoni no tingui titular? D'entrada, cal reconèixer que imprescindible no és, ja que normalment a una determinada finalitat jurídica s'hi pot arribar mitjançant diferents models o institucions jurídiques; per exemple, el que es pot assolir amb el model del patrimoni fiduciari del Québec —patrimoni sense titular—, es podria

<sup>8</sup> Vegeu, en aquest sentit, BADOSA, *Manual*, p. 205.

<sup>9</sup> Sobre la possibilitat d'existència de drets i patrimonis sense titular, tant de manera provisional com indefinida, vegeu, per tots, BIANCA, *Vincoli*, p. 127-133, amb nombroses referències doctrinals.

assolir amb el model del *trust* anglosaxó, en el que el *trustee* és considerat propietari.

No obstant això, el model del patrimoni sense titular és molt útil, ja que permet justificar amb comoditat un règim especial de responsabilitat que, per la seva claredat, contribueix eficaçment a assolir la finalitat perseguida.

D'altra banda, l'admissió d'un patrimoni d'aquest tipus evita que un bé, o una massa de béns, es converteixi en *res nullius*, el que els comportaria l'aplicació d'un règim jurídic absolutament incompatible amb les finalitats que hom vol assolir amb aquells béns; per exemple, s'evita la possibilitat d'adquirir els béns mobles abandonats per ocupació, d'acord amb l'art. 542-20 CCCat). És per això que el legislador dota aquests béns d'un règim específic que en garanteixi la virtualitat i la operativitat jurídiques que hom pretén obtenir a partir de la manca d'un titular.

En aquest sentit, resulta evident que, des del punt de vista material, un bé no desapareix pel fet de no tenir propietari; tot i així, com tots els béns estan sotmesos al dret, creació intel·lectual que ho abasta tot, el règim residual o subsidiari és el de *res nullius*. No obstant això, com aquest règim pot resultar insatisfactori o insuficient per assolir determinades finalitats, el legislador dota determinats béns i patrimonis d'un règim específic que, partint de la manca de titular, els garanteix la virtualitat i la operativitat jurídiques. Més concretament, des del punt de vista de l'existència mateixa del dret de propietat, la distinció és clara:

- a) En un bé *nullius* no hi ha dret de propietat, ja que aquest dret s'ha extingit (art. 543-1: «la propietat s'extingeix ...»).
- b) En canvi, en els béns integrats en un patrimoni independent, *el dret de propietat segueix existint* sobre cadascun d'ells, però *sense un subjecte que el personifiqui*; evidentment, no s'exclou que, en el futur, aquells béns puguin arribar a tenir un propietari. Hem de destacar que, ja que no hi ha titular, la llei posa un èmfasi especial en garantir una acurada administració del patrimoni.

Atesa la transcendència que pot tenir l'existència de béns sense propietari, la llei permet la constància d'aquest fet en el Registre de la Propietat amb les màximes garanties. Així, en el cas del patrimoni protegit, el mecanisme és el de l'assentament d'inscripció a favor del mateix patrimoni, amb la denominació que consta en l'escriptura de constitució (vegeu l'art. 227-9 CCCat i l'epígraf VIII d'aquest treball).

Tancant el cercle, l'admissió de l'existència de patrimonis independents ens porta a una idea fonamental; l'important no és tant ser propietari d'un bé, sinó ser titular d'un dret que permeti a la persona gaudir d'alguna o algunes de les utilitats que el bé genera. Aquest és el cas, sense anar més lluny, de l'arrendament, l'usdefruit o el dret d'aprofitament parcial, i també és la clau de volta del patrimoni protegit que, com hem apuntat abans, és un cas de patrimoni independent.

### 3.2. Alguns exemples de patrimonis independents

Tot i no ser molt freqüents, en el nostre ordenament jurídic trobem alguns exemples de patrimonis independents, sense titular, de manera que la naturalesa jurídica del patrimoni protegit no constitueix un fet insòlit o excepcional.

En el nostre ordenament, l'exemple per excel·lència d'un patrimoni independent, sense titular, és l'*herència jacent*, regulada fonamentalment a l'art 411-9 CCCat. La d'herència jacent és la situació en la que es troba el patrimoni del difunt entre el moment de la seva mort, que dona lloc a l'obertura de la successió (art. 411-2.1 CCCat) i el moment de l'acceptació de l'herència, que fa que el cridat a la mateixa es converteixi en hereu i adquireixi la titularitat dels béns i els deutes hereditaris. En aquest període, que pot durar mesos o anys, els béns hereditaris *no tenen titular*. El patrimoni del difunt s'ha transformat en un patrimoni amb unes regles pròpies que anomenem *herència*, i temporalment no té un titular: el que ho era va morir, i el que està cridat a ser-ho (la o les persones instituïdes en el testament o en l'ordre de la successió intestada) encara no ho és, ja que només quan accepti l'herència n'esdevindrà el seu titular. A posteriori, l'art. 411-5 CCCat salva aquest període d'interinitat realitzant la freqüent ficció jurídica de la retroactivitat: un cop el cridat accepta l'herència, els efectes de l'acceptació es retrotrauen al moment de la mort del causant, de manera que s'entén que l'hereu ho ha estat des del moment mateix de la mort d'aquell, evitant així una solució de continuïtat en les titularitats dels béns hereditaris. Ara bé, la *ficció* jurídica, que és una creació intel·lectual, no pot esborrar la *realitat* de la situació en la que els béns hereditaris es troben des de l'instant de la mort del causant, i que és clarament constatable: es tracta d'uns béns sense titular. És per això que l'art. 411-9 CCCat estableix una sèrie de regles d'administració dels béns hereditaris, que es basen en la constatació que el legislador *no vol* que aquests béns es converteixin en *res nullius*, ja que això comportaria disgregar el patrimoni, sinó que s'han de mantenir viables jurídicament i econòmicament, en benefici de les persones que, tard o d'hora, esdevindran titulars de l'herència. En definitiva, l'herència jacent és un patrimoni el suport del qual no és un titular actual, però que l'ordenament jurídic manté cohesionat i viable en benefici dels titulars futurs.

Un altre exemple de patrimoni que la doctrina sol qualificar com a mancat de titular, malgrat que la formulació de la llei no és del tot clara en aquest punt, és el dels fons de titulització hipotecària, en els que el conjunt dels títols forma un patrimoni separat i tancat, diferent del de l'entitat que els ha emès, i sense personalitat jurídica (art. 5.2 de la Llei 19/1992, de 7 de juliol, *de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y fondos de titulización hipotecaria*).<sup>10</sup>

Amb caràcter més general, i amb un lloable criteri de flexibilitat, l'art. 6.1.4 LEC dona capacitat processal a «*las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular*», i l'art. 7.5 LEC afegeix que compareixeran en judici per mitjà dels qui, d'acord amb la llei, els administrin.

Finalment, també és un patrimoni sense titular el de la persona discapacitada o dependent.

<sup>10</sup> Vegeu especialment NASARRE, *La garantía*, p. 905-914 i ARROYO, «Dos principios», p. 620-622. Sobre aquest tipus de fons, vegeu també: art. 1 i 12.1 RD 926/1988, de 14 de maig, que regula els fons de titulització d'actius i les societats gestores dels mateixos; art. 3.1 Llei 35/2003, de 4 de novembre, d'institucions d'inversió col·lectiva.

#### 4. EL PATRIMONI PROTEGIT COM A PATRIMONI INDEPENDENT

A continuació, concretarem les idees que hem vist en l'apartat anterior al cas específic del patrimoni protegit.

##### 4.1. És realment un patrimoni

El patrimoni protegit té les característiques fonamentals del concepte de patrimoni, ja que disposa de mecanismes de cohesió, de manteniment i d'expansió.

- a) *Mecanismes de cohesió.* El que dóna cohesió al patrimoni protegit no és la persona del seu titular, que no existeix, sinó la persona *al servei de la qual està destinat el patrimoni*, que és el beneficiari, i la finalitat a la que està adreçat.
- b) *Mecanismes de manteniment.* En el patrimoni protegit opera la subrogació real, com palesa l'art. 227-2.1 CCCat, que inclou en el patrimoni protegit els «subrogats» dels béns que s'hi varen aportar.
- c) *Mecanismes de desenvolupament o expansió.* És possible incrementar el patrimoni protegit fent-hi noves aportacions (art. 227-3.4 CCCat); així mateix, els fruits o rendiments del béns del patrimoni s'hi inclouen i es destinen a la finalitat que va motivar la creació del patrimoni protegit (art. 227-2.1 i 227-4.3 CCCat).

##### 4.2. És un patrimoni independent

El patrimoni protegit és un patrimoni independent, sense personalitat jurídica, i que no és propietat de ningú, com remarca l'art. 227-2.1 en assenyalar que sobre el mateix, ni el constituent, ni l'administrador ni el beneficiari no tenen la propietat ni cap altre dret real; és a dir, el patrimoni protegit és un patrimoni sense titular, que es caracteritza per estar *al servei* d'una persona, que és el beneficiari, les necessitats vitals del qual s'han de satisfer amb els béns que l'integren, ara i en el futur i els «rendiments i subrogats», a que es refereixen els art. 227-2.1 i 227-4.3 CCCat.

En primer lloc, hem de fer una precisió terminològica, ja que l'adjectiu «autònom» amb el que l'art. 227-2.1 CCCat qualifica el patrimoni protegit no encaixa amb la terminologia que hem proposat abans; en realitat, no és un patrimoni «autònom», sinó, «independent». L'autonomia es predica en relació amb el titular d'un patrimoni, que ho és, alhora, d'altres; en canvi, el patrimoni protegit no té titular.

Notem també que l'art. 227-2 CCCat, que descriu els trets essencials del patrimoni protegit, no atribueix personalitat jurídica al patrimoni protegit. Això és un encert del legislador, no solament per la dificultat d'encaixar aquest patrimoni en algun dels models de persona jurídica existents, sinó també perquè la constitució d'una persona jurídica comportaria una estructura excessivament complexa i, segurament, cara, en relació amb la finalitat que es pretén obtenir. El legislador, per tant, ha optat per la simplicitat i la viabilitat.



La redacció de l'art. 227-2.1 CCCat palesa la influència que en la regulació del patrimoni protegit ha tingut la de la fidúcia en el Codi Civil del Québec, no solament en la redacció mateixa, manlevada de l'art. 1261 CCQ i de l'art. 514-2.1 de l'avantprojecte de llei català sobre els patrimonis fiduciaris, de l'any 2003,<sup>11</sup> sinó també en la configuració jurídica de la figura que, en part, se separa de la del *trust* anglosaxó. En efecte, el *trust* implica sempre la transmissió de la titularitat al *trustee* o fiduciari, mentre que la fidúcia quebequesa és un patrimoni sense titularitat i sense personalitat jurídica (art. 1261 CCQ).<sup>12</sup>

El caràcter independent del patrimoni protegit queda palès en el fet mateix que li cal una denominació que l'identifiqui, que ha de constar necessàriament en l'escriptura de constitució del patrimoni, i que s'ha de fer mitjançant l'expressió ritual «patrimoni protegit a favor de» seguida del nom i els cognoms del beneficiari (art. 227-3.c CCCat; vegeu també l'art. 227-2.1 CCCat). Remarquem, a més, que l'expressió utilitzada és «patrimoni protegit a favor de», i no «patrimoni protegit de», denominació que vinculària directament el patrimoni amb la persona i, per tant, impossibilitaria qualsevol noció d'independència. Que qualsevol patrimoni protegit tingui una denominació pròpia possibilita l'operativitat del mateix en el tràfic jurídic, ja que deixa clar elements essencials com són el seu àmbit d'actuació i el seu règim de responsabilitat.

El fet que el patrimoni protegit sigui un patrimoni sense titular no impideix que els béns que l'integren siguin inscripibles en el Registre de la Propietat o en altres registres públics; la inscripció es fa a favor del mateix patrimoni amb la denominació que, com hem vist, ha de constar en l'escriptura de constitució (art. 227-9.1 CCCat; vegeu l'epígraf VIII). Que els béns s'inscriguin a favor del mateix patrimoni no perjudja la titularitat —que no n'hi ha—, ni el converteix en persona jurídica, com queda palès en l'art. 227-2.1 CCCat, sinó que es tracta del mecanisme tècnic necessari per possibilitar la inscripció dels béns.

El caràcter independent del patrimoni protegit es palesa també en el règim de responsabilitat: únicament respon dels seus deutes, i no dels del beneficiari ni dels del constituent (art. 227-2.2 CCCat; vegeu també, amb més extensió, l'epígraf II.4.8). A més, com assenyala MARÍN, també podrà tenir el seu codi

11 L'art. 1261 CCQ estableix: «Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel». Així mateix, l'esmentat art. 514-2.1 de l'avantprojecte català assenyala que «el patrimoni fiduciari és un patrimoni independent respecte del qual ni el constituent, ni el fiduciari ni els beneficiaris no tenen ni la propietat ni cap altre dret real. No pot ser executat pels creditors del constituent, del beneficiari o del fiduciari». Aquest avantprojecte ha estat publicat a: DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Treballs preparatoris*, p. 31-44. Sobre aquesta matèria, vegeu ARROYO, *Dos principios*, p.615.

12 Aquesta configuració va ser, en relació amb el dret anterior, una novetat introduïda pel Codi Civil del Québec, de 1991. És perfectament descriptiva i aclaridora d'aquesta configuració la descripció que en fa LAFOND, *Précis*, p. 170: «Le patrimoine d'affectation ainsi constitué est parfaitement autonome et distinct de celui qui l'a créé. Celui qui en a l'administration n'en est pas non plus le propriétaire, ce qui constitue la trouvaille de l'institution, les intérêts du bénéficiaire s'en trouvant ainsi protégés. Il s'agit d'un exemple éloquent de patrimoine sans titulaire. Détaché de toute conception personnaliste du patrimoine, personne n'a de droit réel sur lui». Sobre aquesta matèria, vegeu també BARRIÈRE, *La réception*, p. 290-291

d'identificació fiscal (CIF), com el tenen altres entitats sense personalitat jurídica, com ara les comunitats de béns o les societats civils sense personalitat jurídica.<sup>13</sup>

### 4.3. Manca de personalitat jurídica

El patrimoni protegit de la persona discapacitada o dependent no té personalitat jurídica, com remarca explícitament l'art.227-2.1 CCCat. Aquesta nota permet reafirmar el caràcter independent del patrimoni, ja que ni tan sols ell mateix, personificat, és propietari dels béns que l'integren.

Evitar la personificació del patrimoni protegit és un encert del legislador, per dos motius. En primer lloc, per la dificultat d'encaix en algun dels models de persona jurídica existents. Així, no podria ser una fundació, ni un fons especial dins d'una fundació, ja que el patrimoni protegit no té una finalitat d'interès general (art. 331-1 i 334-1 CCCat). En segon lloc, per raons d'operativitat de la figura, ja que la constitució d'una persona jurídica comportaria una estructura excessivament complexa i, segurament, cara, en relació amb la finalitat que es pretén obtenir, de fer front a les necessitats d'una persona discapacitada o en situació de dependència. El legislador, per tant, ha optat per la simplicitat i la viabilitat.

### 4.4. Patrimoni de destinació

El patrimoni protegit és un patrimoni fiduciari semblant a la fidúcia regulada en el Codi Civil del Québec, si bé limitat al seu àmbit d'actuació específic, de protecció de les persones discapacitades o dependents. En efecte, el patrimoni protegit es crea per tal que amb els seus béns, els seus rendiments i subrogats, siguin satisfetes les necessitats vitals del beneficiari (art. 227-2.1 i 227-4.3 CCCat); es tracta, per tant, d'un patrimoni vinculat única i exclusivament a la finalitat que descriuen els articles esmentats, el que significa que no pot ser utilitzat per altres finalitats.

Els articles que regulen el patrimoni protegit no precisen què s'ha d'entendre per «necessitats vitals del beneficiari». És per això que, tret que el constituent del patrimoni protegit hagi especificat el sentit d'aquesta expressió, adaptant-lo a les circumstàncies concretes del cas, haurem de buscar-ne el sentit en els articles del CCCat que fan referència al dret d'aliments. En aquest sentit, a més de l'art. 237-1, que descriu el contingut del dret d'aliments,<sup>14</sup> cal fer referència especial, per la seva claredat, a l'art. 427-30, quan descriu el llegat d'aliments assenyalant que «comprèn tot el que sigui necessari per al manteniment, l'habitatge, el vestit, l'assistència mèdica i l'educació de l'afavorit».

13 MARÍN, «Comentario», p. 448

14 Article 237-1. *Contingut*: «S'entén per *aliments* tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de la persona alimentada, i també les despeses per a la formació si aquesta és menor i per a la continuació de la formació, un cop assolida la majoria d'edat, si no l'ha acabada abans per una causa que no li és imputable, sempre que mantingui un rendiment regular. Així mateix, els aliments inclouen les despeses funeràries, si no estan cobertes d'una altra manera».

Malgrat el paral·lelisme que, des del punt de vista de la prestació objectiva que rep el beneficiari, hi ha entre l'eficàcia del patrimoni protegit i el dret d'aliments, es tracta de dues figures clarament diferenciades. Així, mentre que el dret d'aliments és obligatori pels parents de la persona que els ha de rebre (art. 237-2.1 CCCat), la constitució d'un patrimoni protegit és voluntària i la pot fer qualsevol persona. Trobem una altra diferència important en relació amb la durada d'aquestes institucions: mentre que el dret d'aliments té una durada indefinida i pot arribar a ser vitalici (art. 237-13 CCCat), el patrimoni protegit pot estar sotmès a termini final i a condició resolutòria (art. 227-7.1.d CCCat).

#### 4.5. Es un patrimoni independent, però tutelat

El patrimoni protegit de la persona discapacitada o dependent és un patrimoni independent, però pot estar sotmès, en diferents graus, a la tutela o control del constituent.

En primer lloc, podem destacar que el constituent pot, fins i tot, arribar a recuperar la titularitat dels béns que va aportar al patrimoni protegit, de manera que la pèrdua del dret de propietat *no té per què ser definitiva*. En aquest sentit, un cop extingit el patrimoni protegit, el romanent dels béns pot *revertir* al mateix constituent, si en el títol de constitució no s'ha establert una destinació diferent (art. 227-8.2 CCCat). Si tenim en compte que l'extinció es pot produir per l'arribada del termini o el compliment d'una condició resolutòria que el mateix constituent va establir en el títol de constitució (art. 227-7.1.d CCCat), veiem que aquell té el màxim control sobre el patrimoni protegit, sobre la base del seu caràcter temporal: inevitable en el cas del termini, probable en el cas de la condició resolutòria.

En segon lloc, el constituent té a la seva disposició molts mecanismes de control i tutela del patrimoni protegit, en totes les fases de la seva existència. Fonamentalment:

- a) El constituent pot adoptar les mesures de control de l'actuació de l'administrador que consideri convenients, incloent-hi la designació de persones que supervisin l'administració (art. 227-5.1 CCCat).
- b) El constituent pot designar les persones davant les quals hom ha de retre comptes, en cas de conflicte d'interessos (art. 227-3.2.f CCCat).
- c) Si s'ha previst expressament en el títol de constitució, els comptes s'han de retre també al constituent o als seus hereus, tant pel que fa a la rendició anual (art. 227-6.2 CCCat) com a la rendició final de comptes (art. 227-7.4 CCCat).
- d) El constituent pot instar l'extinció del patrimoni protegit si el beneficiari incorre en una causa d'ingratitude envers el constituent (art. 227-7.2 CCCat).
- e) El constituent pot determinar el destí del romanent, que fins i tot pot revertir al mateix constituent o els seus hereus, com hem vist abans (art. 227-8 CCCat).

Podem observar que, tot i no ser propietari dels béns que integren el patrimoni protegit, el constituent es pot reservar molts mecanismes de control i decisió del destí del mateix. En definitiva, el patrimoni protegit és un *patrimoni independent, però tutelat*.

#### 4.6. Tipologia dels béns que integren el patrimoni protegit

El concepte mateix de patrimoni protegit gira en torn del concepte de «béns» que el constituent hi aporta. El CCCat no estableix cap precisió ni limitació, de manera que qualsevol tipus de bé pot integrar-se en un patrimoni protegit; és a dir, qualsevol cosa o dret patrimonial, d'acord amb el concepte de bé que dóna l'art. 511-1 CCCat. Tot i així, en la regulació del patrimoni protegit trobem determinades dades o referències que poden ajudar a esvaïr alguns dubtes.

En primer lloc, els béns del patrimoni protegit poden ser fructífers, o no. En moltes ocasions, els béns que integren un patrimoni d'aquest tipus produiran uns «rendiments» i caldrà «mantenir-ne la productivitat» (art. 227-2.1 i 227-4.3 CCCat); el cas emblemàtic és el de la suma de diners, els interessos de la qual s'apliquen directament a satisfer les necessitats de la persona discapacitada o dependent. No obstant això, també poden integrar el patrimoni protegit béns que no generin cap rendiment, però que es poden «aplicar directament» a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari (art. 227-4.3 CCCat). Per exemple, el constituent aporta al patrimoni protegit un pis adaptat a les necessitats de mobilitat limitada del beneficiari; la utilitat que aquest en rep no és en forma de rendiments, que no es generen, sinó per aplicació directa a les seves necessitats especials d'habitatge.

A l'art. 227-9.1 CCCat trobem una altra referència indirecta al caràcter obert de la tipologia dels béns que es poden aportar a un patrimoni protegit: els béns que l'integren «són inscriptibles en el Registre de la Propietat o en altres registres públics», de manera que es tracta tant de béns immobles com de béns mobles.

El CCCat no exigeix una quantitat mínima de béns, o que tinguin un determinat valor mínim, per tal de constituir un patrimoni protegit. Aquesta dada és important, ja que deixa clar que per constituir-lo no cal que amb els béns aportats i els seus rendiments es puguin o s'hagin de cobrir necessàriament totes les necessitats de la persona discapacitada o dependent.<sup>15</sup> Mantenir el contrari limitaria molt, en la pràctica, la constitució d'aquest tipus de patrimonis. En definitiva, el que és important és que el patrimoni protegit es constitueixi, encara que l'aportació inicial sigui insuficient, ja que un petit patrimoni inicial pot servir d'esquer i incentivar altres persones, potser dins del cercle familiar, a fer-hi més aportacions.

<sup>15</sup> En el mateix sentit, MARÍN, «Comentario», p. 449.

#### 4.7. Caràcter necessàriament temporal del patrimoni protegit

El patrimoni protegit té un caràcter *necessàriament temporal*. El CCCat no ho diu de manera explícita, però així es pot deduir, com veurem de seguida, de l'art. 227-7 CCCat, referent a les causes d'extinció.

Que el CCCat hagués qualificat explícitament el patrimoni protegit com a temporal no hagués estat sobrer, ja que el patrimoni general de la persona està lligat a l'existència de la persona, atès que desapareix amb la seva mort, per convertir-se en herència. Aquest argument ens portaria a afirmar que el patrimoni protegit, ja que no té titular, té una durada indefinida. Evidentment, no era aquesta la voluntat del legislador, com palesa el fet que contempli una sèrie de causes d'extinció del patrimoni protegit, el qual, com a molt, s'allargarà fins la mort del beneficiari (o, si n'hi ha més d'un, la mort de l'últim; art. 227-7.1.a CCCat). Aquest termini màxim, vitalici, queda reduït o avançat automàticament quan el beneficiari deixa d'estar en situació de discapacitat o dependència, ja que, en aquest cas, desapareix la causa o fonament de la constitució del patrimoni protegit.

Així mateix, l'art. 227-7.1 CCCat contempla causes *voluntàries* d'extinció del patrimoni protegit, com són la renúncia de tots els beneficiaris, així com l'arribada del termini i el compliment de la condició resolutorià que es varen establir en el títol de constitució (apartats *a* i *c*, respectivament; vegeu també l'epígraf VII.1).<sup>16</sup>

L'establiment d'un termini resulta no solament útil, sinó també imprescindible en els casos en els que el patrimoni protegit s'ha constituït a favor d'una pluralitat indeterminada de beneficiaris (vegeu l'epígraf III.3). En aquests casos es planteja el dubte de quin és el termini màxim, atès que sembla evident que no es pot establir un termini indefinit o perpetu, ja que seria contrari als principis que regeixen el CCCat i la nostra cultura jurídica. Sembla raonable aplicar els mateixos criteris de l'art. 563-2 en el cas dels drets d'aprofitament parcial, de manera que la durada del patrimoni protegit seria la pactada, amb un màxim de 99 anys; i si no es va pactar cap termini, la durada del patrimoni protegit és de 30 anys.

#### 4.8. Règim de responsabilitat

El règim de responsabilitat al que estan sotmesos els béns que integren el patrimoni protegit constitueix, sens dubte, un dels encerts en la regulació de la figura, que pot incentivar la seva utilització en la pràctica.

Podem observar ja que, en relació amb el patrimoni protegit, intervenen tres persones, o grups de persones, que després estudiarem amb més detall: el constituent el beneficiari, i l'administrador. Cap d'ells és propietari ni té cap dret real sobre el patrimoni protegit, de manera que els seus patrimonis individuals no es veuen afectats en absolut per les vicissituds del patrimoni protegit. A més, aquesta estructura garanteix al màxim el compliment de les finalitats per les que es va constituir el patrimoni protegit, ja que aquest queda totalment desvinculat dels deutes propis de les persones que intervenen en la relació jurídica.

<sup>16</sup> La llei estatal, en canvi, prohibeix explícitament el termini (art. 4.2 Ley 41/2003) i no diu res sobre la condició.

En aquest sentit, podem constatar la independència absoluta del patrimoni protegit en la primera part de l'art. 227-2.2 CCCat, en assenyalar que «el patrimoni protegit no respon de les obligacions del beneficiari, ni tampoc de les del constituent o de qui hi va fer aportacions». Aquesta afirmació és perfectament lògica, ja que els béns que integren el patrimoni protegit, en no pertànyer ni al beneficiari ni al constituent, no formen part dels seus respectius patrimonis de responsabilitat; recordem la clara formulació de l'art. 1911 CC, quan estableix que el deutor respon dels seus deutes amb *els seus béns*, presents i futurs (i els béns del patrimoni protegit *no són* ni del constituent ni del beneficiari).

Seguint la mateixa línia argumental, tampoc els béns del patrimoni protegit responen dels deutes propis o particulars de *l'administrador*. Ara bé, hem de tenir en compte que l'administrador pot *contreure obligacions* dins del marc de la finalitat del patrimoni protegit. Precisament, aquest és el mecanisme que permet complir aquesta finalitat: així, l'administrador *compra* la cadira de rodes, *lloga* un cotxe gran, per tal que el discapacitat pugui fer un viatge de vacances amb una certa comoditat, etc.. Ara bé, si el deute el contreu l'administrador, els béns sobre els que recau la responsabilitat són els del patrimoni protegit, com deixa clara la formulació de l'art. 227-4.4 CCCat, quan assenyala que l'administrador «pot contreure obligacions *a càrrec* del patrimoni», si són per complir la finalitat per la qual el patrimoni protegit es va constituir; en el mateix sentit es pronuncia el Preàmbul (apartat III-b), quan estableix que el patrimoni protegit «únicament queda vinculat per les obligacions concretes per l'administrador per a atendre les necessitats vitals de la persona protegida».

Podem observar que aquesta situació trenca els motllos de l'ortodòxia del dret d'obligacions, ja que estem davant un deutor —l'administrador— que és purament *formal i instrumental*. En efecte, *no és deutor en nom propi*, ja que no assumeix per a sí mateix els efectes de l'obligació ni en respon amb el seu patrimoni,<sup>17</sup> però *tampoc no actua en nom aliè*, ja que no actua en representació del beneficiari, i el patrimoni propi i particular del beneficiari no respon d'aquest deute.

En conseqüència, podem dir que l'administrador *fa de* deutor, o que *actua com a* deutor, però *no ho és*; d'aquí que es tracti d'un deutor merament *formal o instrumental*, que la llei crea i admet com a mecanisme tècnic més operatiu per assolir uns determinats objectius ètics i econòmics.

En definitiva, el sistema del patrimoni protegit és viable i operatiu gràcies a l'alquímia que ha practicat el legislador, flexibilitzant i adaptant unes categories jurídiques en benefici de l'assoliment d'una finalitat.<sup>18</sup>

17 El deutor és el suport de l'obligació: si no compleix cap tercer (art. 1858 CC), el deutor és l'únic contra qui es pot dirigir el creditor, per tal d'executar el seu patrimoni (art. 1911 CC), i aquest no és el cas de l'administrador del patrimoni protegit.

18 És útil, en aquest punt, fer una comparació amb la Llei estatal 41/2003, ja que el règim de responsabilitat que deriva de la configuració que s'hi fa del patrimoni protegit ha estat, sens dubte, determinant de la poca aplicació de la figura en la pràctica. En efecte, la llei estatal no estableix cap separació de responsabilitat entre els deutes derivats de la satisfacció de les necessitats vitals (art. 5.4 Ley 41/2003) i els altres deutes, particulars del beneficiari; ni tan sols s'estableix un criteri de preferència o subsidiarietat (vegeu, en aquest sentit, SERRANO — VILA, «El patrimoni», p. 1066). Això significa que per un tercer resulta arriscat fer aportacions a un patrimoni protegit sotmès a aquella llei, ja que mai no estarà segur de que

Lògicament, la figura del patrimoni protegit no pot ser utilitzada per a defraudar els drets de tercers, especialment dels creditors. És per això que la segona part de l'art. 227-2.2 CCCat estableix que les aportacions fetes a un patrimoni protegit després de la data del fet o de l'acte del qual neix un dret de crèdit no perjudiquen els creditors de la persona que les va fer, si manquen altres recursos per a cobrar-lo; així mateix, tampoc no perjudiquen els legitimaris. Sobre aquesta matèria vegeu, amb més detall, l'apartat 4.2.1.3 d'aquest treball.

En aquesta línia està també la prohibició de què el beneficiari del patrimoni protegit pugui ser, alhora, el seu administrador (art. 227-3.2.e CCCat), ja que això facilitaria el frau.

## 5. PLURALITAT DE PATRIMONIS PROTEGITS A FAVOR D'UNA MATEIXA PERSONA

Tot i que la regulació dels art. 227-1 a 227-9 CCCat es refereixi normalment al patrimoni protegit, en singular, no sembla haver inconvenient en què una mateixa persona sigui beneficiària, alhora, de dos o més patrimonis d'aquest tipus.

Pensem, per exemple, en el cas d'un oncle que vol beneficiar al seu nebot, discapacitat i que ja és beneficiari d'un patrimoni protegit que li va constituir el seu pare. L'oncle pot fer aportacions al patrimoni ja constituït, i voldria sotmetre-les a regles especials d'administració, cosa que només podrà fer si el jutge li ho autoritza (art. 227-3.4II i 227-4.6 CCCat).<sup>19</sup> També vol establir unes causes d'extinció específiques en relació amb la seva aportació, com ara una condició resolutòria (vegeu l'apartat 7.1). D'altra banda, li agradaria designar un administrador específic per l'aportació feta, diferent de l'administrador general del patrimoni protegit, en qui no confia, però l'art. 227-3.4 CCCat no li permet aquesta possibilitat, ja que l'única possible modificació que permet és la de les normes d'administració.

Davant tantes especificitats, pensant en l'operativitat de la gestió i en l'interès del beneficiari, el sentit comú ens indica que és preferible admetre la constitució d'un nou patrimoni protegit, que no pas forçar una nova aportació a un patrimoni ja constituït, ja que precisament hi ha el risc de què aquesta aportació no s'arribés a fer mai.

Això sí, aquest nou patrimoni protegit no podria tenir la mateixa denominació que l'anterior, de manera que a la denominació «patrimoni protegit a favor de [nom i cognoms del beneficiari]» a que fa referència l'art. 227-3.2.c CCCat, caldria afegir un número seqüencial ordinal, i li correspondria un codi d'identificació fiscal diferent al del patrimoni anteriorment constituït.<sup>20</sup>

---

les seves aportacions no acabin responent de deutes particulars del beneficiari, és a dir, de deutes potser capriciosos o superflus, que no estan vinculats a la situació de dependència.

19 L'art. 227-3.4 CCCat fa una remissió errònia al paràgraf cinquè de l'art. 227-4 CCCat, que s'ha d'entendre feta al paràgraf sisè.

20 En el mateix sentit, MARÍN, «Comentario», p. 448 i 454.

### III. ELS BENEFICIARIS DEL PATRIMONI PROTEGIT

#### 1. TIPOLOGIA I LIMITACIÓ DE LA QUALITAT DE BENEFICIARI

##### 1.1. Només poden ser beneficiàries del patrimoni protegit les persones discapacitades o en situació de dependència

Només poden ser beneficiàries del patrimoni protegit les persones afectades per una discapacitat psíquica o física d'una certa gravetat o bé per una situació de dependència igualment severa. El CCCat no defineix estrictament què s'entén per discapacitat o dependència, sinó que ho fa per una remissió genèrica a altres lleis. En aquest sentit, d'acord amb l'art. 227-1.1 CCCat, poden ésser beneficiàries de patrimonis protegits les persones amb discapacitat psíquica igual o superior al 33% o amb discapacitat física o sensorial igual o superior al 65%, i les persones que estan en situació de dependència de grau II o III, d'acord amb la legislació aplicable. Pel que fa a l'acreditació del grau de discapacitat o de dependència, es fa per mitjà del certificat emès per l'òrgan administratiu competent o per mitjà d'una resolució judicial ferma (art. 227-1.2 CCCat).

Podem constatar que el CCCat es limita a apuntar quin és el supòsit de fet que pot donar lloc a la constitució d'un patrimoni protegit: les situacions de discapacitat i de dependència. Ara bé, el mateix Codi «delega» la descripció del contingut d'aquestes figures a «la legislació aplicable», constituïda per tota una sèrie de normes essencialment administratives de l'àmbit de la sanitat i la protecció social. En conseqüència, correspon a l'Administració o, si escau, als Tribunals, el reconeixement a una persona de la qualitat de persona discapacitada o en situació de dependència.

A grans trets, podem descriure la persona *discapacitada* com aquella que té deficiències físiques, psíquiques, intel·lectuals o sensorials, de llarga durada, que li impedeixen participar de manera plena en la vida social, en igualtat de condicions amb la resta de persones; amb aquesta finalitat, cal valorar, no solament la persona mateixa, sinó també les circumstàncies que l'envolten i que poden dificultar la seva integració social, com ara el seu entorn familiar i la seva situació laboral, educativa i cultural.<sup>21</sup>

La persona dependent és aquella que, amb caràcter permanent i per raó de l'edat, la malaltia o la discapacitat, ha perdut o ha vist disminuïda la seva autonomia física, mental, intel·lectual o sensorial, de manera que requereix l'atenció d'altres persones, o ajuts importants per realitzar

<sup>21</sup> Vegeu especialment les normes següents:

RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia.

RD 1414/2006, d'1 de desembre, que desenvolupa les esmentades lleis 51/2003 i 39/2006.

En l'àmbit doctrinal, podeu veure una descripció més detallada de les situacions de discapacitat i dependència, II a, GETE-ALONSO, «El patrimonio», p. 82-85 i MARÍN, «Comentario», p. 443-446.



les activitats bàsiques de la vida diària, o, en el cas de les persones amb discapacitat mental o intel·lectual, requereix altres recolzaments per la seva autonomia personal (art. 2.2 Llei 39/2006). Les situacions de dependència admeten una graduació molt detallada, com podem observar en el mateix art. 227-1.1 CCCat: només es pot constituir un patrimoni protegit a favor de les persones que estiguin en una situació de dependència severa (grau II) o de gran dependència (grau III).<sup>22</sup>

Com hem indicat abans, l'acreditació del grau de discapacitat o de dependència es fa per mitjà del certificat emès per l'òrgan administratiu competent o per mitjà d'una resolució judicial ferma (art. 227-1.2 CCCat). La resolució judicial a que fa referència aquest article pot ser de dos tipus. En primer lloc, pot tractar-se d'una resolució específica que decideix una controvèrsia sobre l'existència o el grau d'una minusvalia o una situació de dependència. Podem observar que aquesta declaració és totalment independent de la incapacitació judicial de la persona, que depèn de les causes genèriques resumides en l'art. 200 CC: «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Això sí, és evident que la proximitat que existeix entre ambdós tipus de causes —les d'incapacitació i les que permeten la declaració de persona discapacitada o dependent— pot fer que en una mateixa persona puguin concórrer ambdues situacions. És per aquest motiu que, en la meua opinió, no hi ha inconvenient en què el reconeixement de la situació de discapacitat o de dependència es faci també en una sentència que declari la incapacitació de la persona, tot i que l'art. 760 LEC no ho esmenti específicament. Mantenir el contrari, interpretant de manera estrictament literal l'art. 760 LEC, no tindria massa justificació, ni des del punt de vista social, ni del de l'economia processal, ni del de la seguretat jurídica: és evident que el jutge que declara la incapacitat d'una persona té tota la informació necessària per decidir si, a més a més, té els requisits necessaris per ser declarada en situació de discapacitat o dependència.<sup>23</sup>

Finalment, cal destacar també que l'acreditació del grau de discapacitat o de dependència fet per mitjà del certificat emès per l'òrgan administratiu competent no prejutja l'existència d'una causa d'incapacitació, si bé és evident

22 L'art. 26 de la Llei 39/2006 fa la descripció següent dels graus de dependència:

*La dependència moderada* (grau I) es produeix «cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal».

*La dependència severa* (grau II) té lloc «cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal».

*La gran dependència* (grau III) es dona «cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal».

23 Un altre argument en la mateixa línia, si bé no amb caràcter definitiu, el dona l'art. 227-5.2 CCCat, segons el qual si el beneficiari del patrimoni protegit és un incapacitat, l'autoritat judicial pot acordar d'ofici les mesures que estimi necessàries per al bon funcionament de l'administració de l'esmentat patrimoni, d'acord amb els criteris que, amb caràcter general per a totes les institucions de protecció de la persona, estableix l'art. 221-5 CCCat.

que constitueix un argument que el jutge, si escau, haurà de tenir en compte en un hipotètic procés d'incapacitació.

## 1.2. Crítica a la limitació de la tipologia de beneficiaris

Una de les crítiques més severes que mereix la regulació del patrimoni protegit en el CCCat és la limitació en la tipologia dels beneficiaris, que hem descrit en l'apartat anterior. Més concretament, des del punt de vista de la *utilitat social* d'aquesta figura, no em sembla encertat fer-la dependre d'un declaració *actual* de discapacitat o dependència. Veiem dos exemples, que palesen la conveniència d'ampliar l'elenc de possibles beneficiaris d'un patrimoni protegit.

En primer lloc, hi ha persones a les que el fet mateix de la declaració de ser una persona discapacitada o en situació de dependència pot resultar *voxatori*. En efecte, hi ha persones que, tècnicament, podrien merèixer aquella qualificació, però que rebutgen radicalment demanar-la, en moltes ocasions per un sentiment de dignitat: simplement, *no volen* ser declarades discapacitades o dependents. Així, quin sentit té impedir, per exemple, als fills d'aquestes persones que, sense que calgui acreditar cap situació de discapacitat o dependència, constitueixin un patrimoni protegit a favor dels seus pares, per tal que tinguin garantida la satisfacció de les seves necessitats, que potser avui són poques, però que en un futur pròxim poden arribar a ser molt importants?

En segon lloc, la limitació de la tipologia de beneficiari *impedeix la previsió i no fomenta l'estalvi*. En aquest sentit, hi ha moltes persones grans que, sense tenir tècnicament una discapacitat o estar en situació de dependència, van perdent progressivament les seves aptituds físiques i sensorials, i en són conscients; saben que en un futur potser no massa llunyà les seves necessitats materials augmentaran de manera important. En aquesta mateixa línia, podem pensar també en la persona que, tot i gaudir avui d'unes condicions psíquiques i físiques excel·lents, és conscient que té un risc alt de patir una malaltia degenerativa, ja que les anàlisis que li han fet o l'existència d'antecedents familiars així ho indiquen. Per què aquestes persones no han de poder constituir avui un patrimoni protegit en previsió de la seva discapacitat o dependència futures?

És per donar solució a supòsits com aquests que, en la meua opinió, el legislador hauria d'ampliar molt els supòsits que permeten a una persona ser beneficiària d'un patrimoni protegit i no encotillar-la en el marc inflexible d'una declaració prèvia de discapacitat o dependència.

## 2. EL BENEFICIARI POT SER EL CONSTITUENT DEL PATRIMONI PROTEGIT, PERÒ NO EL SEU ADMINISTRADOR

El constituent i el beneficiari d'un patrimoni protegit poden ser una mateixa persona. Així ho destaca l'art. 227-3.1 CCCat: «Tota persona, inclosa la beneficiària, pot constituir un patrimoni protegit». Això possibilita que una persona, que actualment ja ha estat declarada com a discapacitada o en situació de dependència, organitzi la seva protecció futura, des del punt de vista patrimonial, en previsió que la seva situació de minusvalia o dependència s'agreuï més endavant. No hi ha cap risc anormal pels titulars de crèdits

posteriors a la constitució del patrimoni protegit, ja que sabem que l'únic patrimoni de responsabilitat és el patrimoni personal del deutor, en el que ja no figuren els béns que han passat a integrar el patrimoni protegit, de manera que aquells creditors coneixien perfectament el nivell de solvència del seu deutor.

En canvi, el beneficiari no pot ser, alhora, administrador del patrimoni protegit (art. 227-3.2.e CCCat), ja que aquesta situació podria donar lloc a frauds dels drets dels creditors.<sup>24</sup>

### 3. LA PLURALITAT DE BENEFICIARIS

Si bé la situació més habitual serà que el beneficiari sigui una única persona, la llei no exclou que hi hagi una pluralitat de beneficiaris, com palesa l'art. 227-7.1.c CCCat, que assenyalava que el patrimoni protegit s'extingeix per renúncia de tots els beneficiaris, el que significa, lògicament, que n'hi havia més d'un.<sup>25</sup> Aquest és l'argument definitiu, i més concloent. No ho és tant, en canvi, la utilització que els art. 227-1 a 227-9 CCCat fan del plural a l'hora de referir-se als beneficiaris, ja que de vegades això és un mer recurs estilístic (com en els art. 227-1.1 i 227-3.2.e CCCat) i d'altres vegades s'utilitza el singular (cas dels art. 227-2.2 i 227-4.2 CCCat, per exemple). Caldria que el legislador fes servir un criteri únic en la utilització del singular o del plural, en tot l'àmbit del CCCat.

Hi ha, però, un argument que es pot adduir en contra de l'existència d'una pluralitat de beneficiaris del patrimoni protegit. Es tracta de l'exigència que l'art. 227-3-2.c CCCat fa de que en l'escriptura pública de constitució del patrimoni protegit ha de constar la denominació del mateix, que *s'ha de fer* mitjançant l'expressió «patrimoni protegit a favor de» seguida del nom i els cognoms del beneficiari. Aquest requisit semblaria reduir a només un el nombre de possibles beneficiaris d'un patrimoni protegit, ja que la identificació, tal i com està descrita, es refereix només a una única persona. Mentre el legislador no corregeixi aquesta disfunció, cal fer una interpretació correctora del precepte esmentat, en relació amb la denominació, que permeti ampliar l'elenc de beneficiaris, sempre sobre la base d'una *presentació inequívoca de qui són els cridats a ser beneficiaris del patrimoni protegit* que es constitueix. En efecte, hem de tenir en compte que la finalitat d'aquest precepte és que el patrimoni protegit estigui perfectament identificat. Això ho demostra, a més, l'art. 227-9.1 CCCat, segons el qual la inscripció en el Registre de la Propietat es fa *a favor del mateix patrimoni protegit*, i la denominació es limita a la que és realment la seva funció, que és la de permetre i facilitar la identificació. En definitiva, no hi ha d'haver inconvenient que hi hagi una pluralitat de beneficiaris del patrimoni protegit si la identificació dels beneficiaris, un o més d'un, està perfectament clara d'antuvi, sense cap possibilitat que posteriorment sorgeixin dubtes al respecte. Això possibilita dos tipus de disposicions:

24 En canvi, la llei estatal permet que el beneficiari sigui, a més a més, administrador (art. 5.7 Ley 41/2003).

25 La llei estatal, en canvi, sembla optar per l'existència d'un únic beneficiari (art. 2.1 Ley 41/2003). Vegeu, en aquest sentit, ÁLVAREZ MORENO, «Diferencias», p. 121-122.

- 1) A una pluralitat de beneficiaris perfectament concretats, com, per exemple: «Patrimoni protegit a favor del Sr. A i la seva esposa, Sra. B».
- 2) A una pluralitat de beneficiaris en la que, com a mínim algun d'ells no estigui concretament determinat. Per exemple:
  - a) «Patrimoni protegit a favor del Sr. A i els seu germans».
  - b) Una pluralitat de beneficiaris designada de manera genèrica, describint-los simplement per una dada característica que en sigui un denominador comú; es tracta, per tant, de la designació dels beneficiaris per la seva pertinença a una determinada *classe o categoria*. Així, seria possible constituir un patrimoni protegit a favor, per exemple, dels fills discapacitats dels treballadors, actuals i futurs, d'una determinada empresa.

En definitiva, la disfunció o contradicció entre, d'una banda, l'admissió d'una pluralitat de beneficiaris i, de l'altra, la denominació del patrimoni protegit basada en la constància del nom i els cognoms del beneficiari es limita al cas —que serà el més habitual i que el legislador tenia *in mente*— en què hi ha un únic beneficiari perfectament concretat, però no s'exclou una designació —i una denominació— genèrica, mentre sigui suficientment clara. No seria admissible que una qüestió merament formal (el nom) passés per davant d'una qüestió material o de fons (la referència a una pluralitat de beneficiaris).

Finalment, la pluralitat de beneficiaris pot tenir caràcter simultani o successiu. Els beneficiaris ho poden ser *simultàniament* quan gaudeixen alhora dels beneficis del patrimoni protegit. El repartiment o gaudi no té per què ser homogeni, sinó que el constituent pot haver previst criteris de diferenciació entre els diferents beneficiaris, d'acord amb les necessitats de cadascun d'ells. Així mateix, els beneficiaris ho poden ser *successivament*, de manera que un no passarà a ser-ho fins que l'anterior no ho hagi deixat de ser. En aquest cas, el constituent ha d'haver previst els criteris, terminis i condicions que regeixen el canvi de beneficiari.

## IV. LA CONSTITUCIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

### 1. EL CONSTITUENT

El criteri del CCCat és generós a l'hora d'establir la legitimació per constituir un patrimoni protegit, ja que qualsevol persona, inclosa la beneficiària, ho pot fer (art. 227-3-1 CCCat). L'única limitació que adopta el CCCat és, com hem apuntat anteriorment, que el constituent no pot ser, a més, alhora administrador i beneficiari del patrimoni (art. 227-4.2 CCCat).

El caràcter ample i flexible d'aquests criteris de legitimació permet fer dues precisions addicionals. La primera és que, malgrat la utilització del singular en l'art. 227-3-1 CCCat, és possible que *diverses persones constitueixin alhora un patrimoni protegit*. Aquesta afirmació resulta evident quan els béns que s'aporten al patrimoni estan en situació de comunitat, però també és aplicable quan diverses persones aporten béns de titularitat exclusiva a un patrimoni

que decideixen que sigui únic, en comptes de constituir una pluralitat de patrimonis diferents. En aquest cas, l'autonomia de la voluntat juga un paper fonamental (art. 111-6 CCCat). Es tractaria d'una situació semblant a la dels art. 119 a 122 LH, que permet constituir una única hipoteca sobre varies finques —pertanyents a una o a diverses persones— en garantia d'un únic crèdit. A més, resulta lògic que, si es poden fer aportacions successives a un patrimoni protegit (art. 227-3.4 CCCat) i que res no impedeix que aquestes aportacions les facin persones diferents, res no ha d'impedir que la constitució d'un patrimoni protegit es faci per varies persones conjuntament.

La segona precisió que cal fer en relació amb la legitimació és que una persona jurídica també pot constituir un patrimoni protegit. Hi ha dos arguments sòlids per mantenir aquesta afirmació. D'entrada, que l'expressió «tota persona», que utilitza l'art. 227-3.1 CCCat no ho exclou. En segon lloc, perquè l'art. 227-4.1 CCCat permet que l'administrador sigui una persona jurídica i, com hem vist abans, l'administrador pot ser el mateix constituent del patrimoni protegit. D'altra banda, la constitució d'un patrimoni protegit pot ser un instrument idoni per donar resposta a l'interès d'una persona jurídica. Pensem, per exemple, en la societat anònima que en constitueix un a benefici del fill discapacitat d'un dels seus treballadors, mort en un accident laboral.

Pel que fa a la capacitat necessària per a constituir el patrimoni protegit, dependrà del tipus de negoci jurídic utilitzat. Com l'aportació de béns al patrimoni protegit s'ha de fer sempre a títol gratuït (art. 227-2.1 CCCat), caldrà la plena capacitat d'obrar si es tracta d'una donació o un pacte successori (art. 431-4 i 531-10 CCCat, respectivament), o bé tenir més de 14 anys si es fa en testament (art. 421-4 CCCat; si el testament és hològraf cal també la majoria d'edat, o bé estar emancipat, d'acord amb l'art. 421-17 CCCat).

Òbviament, el constituent ha de tenir ple poder de disposició sobre els béns que aporta al patrimoni protegit, ja que en perd la titularitat.

## 2. EL NEGOCI DE CONSTITUCIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

### 2.1. Tipologia del negoci de constitució

#### 2.1.1. *Plantejament. El negoci de constitució del patrimoni protegit i l'acceptació del beneficiari*

El CCCat no precisa gens quins tipus de negocis poden servir per constituir un patrimoni protegit. Ho hem de deduir de diferents dades que, de manera dispersa, ens dóna la regulació de la figura, i que formen els seus elements tipificadors; les detallem a continuació.

- 1) El negoci ha de contenir l'expressió de la voluntat de constituir un patrimoni protegit (art. 227-3.2.b CCCat). L'única voluntat que intervé és la del constituent (art. 227-3.1 CCCat: «tota persona ... pot constituir un patrimoni protegit»); es tracta d'un *negoci unilateral*, del que no forma part la possible acceptació del beneficiari (art. 227-3.1 CCCat), a la que farem referència posteriorment.

- 2) La voluntat expressada va referida a una *finalitat* (causa) molt concreta: *satisfer les necessitats vitals dels beneficiaris* (art. 227-3.2.b CCCat).
- 3) El CCCat deixa clar que el negoci de constitució d'un patrimoni protegit *no és transmissiu*, de manera que ni el beneficiari ni l'administrador no adquireixen la propietat ni cap dret real sobre els béns que integren aquell patrimoni (art. 227-2.1 CCCat).
- 4) Malgrat no ser titular de cap dret real sobre els béns que integren el patrimoni protegit, el beneficiari sí que en treu profit, bé utilitzant-los, bé a través dels seus rendiments i subrogats (art. 227-2.1 CCCat). L'obtenció d'aquest profit s'estructura com un *dret de crèdit* que el beneficiari té contra l'administrador, per tal que aquest posi a disposició del beneficiari els esmentats profits.
- 5) L'aportació de béns que el constituent fa per complir la finalitat de satisfer les necessitats vitals dels beneficiaris es fa *a títol gratuït* (art. 227-2.1 CCCat); això comporta un doble perjudici patrimonial pel constituent, ja que no només deixa de ser propietari dels béns que s'integren en el patrimoni protegit, sinó que, a més, no rebrà els seus rendiments i subrogats, com hem vist abans.

Les dades anteriors conformen l'estructura tipificadora del negoci de constitució del patrimoni protegit. Aquesta estructura encaixa perfectament en el model dels negocis unilaterals amb causa gratuïta, de manera que el negoci *existeix* amb la *sola declaració de voluntat* del constituent, emesa amb els requisits formals que veurem més endavant; lògicament, si la constitució es fa en negoci per causa de mort, el valor negocial no s'assolirà fins la mort del constituent.

En el cas que el beneficiari sigui una persona diferent del constituent, la constitució del patrimoni protegit no desplegarà els seus efectes fins que el beneficiari l'accepti. Aquesta estructura —negoci unilateral els efectes del qual poden dependre de l'acceptació del beneficiari— es palesa a l'art. 227-3 CCCat, malgrat que algun punt de la seva redacció pugui induir a confusió. En efecte, que per constituir un patrimoni protegit n'hi ha prou amb l'expressió de la voluntat del constituent queda clar en l'art. 227-3.2 CCCat. D'acord amb aquest precepte, la constitució del patrimoni protegit es formalitza per mitjà d'una escriptura pública en la que han de figurar una sèrie d'elements, fonamentalment «l'expressió de la voluntat de constituir un patrimoni protegit i d'afectar els béns que l'integren a la satisfacció de les necessitats vitals dels beneficiaris» (apartat *b* de l'esmentat article); en canvi, no es fa cap referència a la possible acceptació del beneficiari que, per tant, cal considerar com un element *extern* al negoci de constitució del patrimoni protegit. En definitiva, aquest negoci és estrictament unilateral i existeix sense necessitat que hi concorri l'acceptació del beneficiari.

És per aquest motiu que resulta criticable, per imprecisa, l'expressió que utilitza el primer apartat del mateix art. 227-3 CCCat, quan estableix que «la constitució d'un patrimoni protegit en interès d'una persona diferent del constituent *requereix* l'acceptació del beneficiari o, si escau, la dels seus representants legals». La interpretació correcta d'aquest precepte, i concorde amb l'apartat segon, que ja hem comentat, passa per entendre que l'acceptació és «requerida», no per constituir

el patrimoni protegit, com es podria deduir d'una primera lectura, sinó, per tal que la constitució, ja produïda, desplegui tots els seus efectes.

L'efecte essencial de l'acceptació del beneficiari és l'extinció del dret de propietat que el constituent tenia sobre els béns del patrimoni protegit; ho tractem amb més detall en l'apartat següent. A més, si la constitució del patrimoni protegit s'ha fet entre vius, l'acceptació produeix la irrevocabilitat del negoci (vegeu els art. 531-8 i 531-12 CCCat, en matèria de donació).

### **2.1.2. L'extinció del dret de propietat del constituent sobre els béns aportats al patrimoni protegit**

L'extinció del dret de propietat que el constituent té sobre els béns que aporta al patrimoni protegit, es produeix seguint criteris similars als d'altres negocis gratuïts, com ara la donació o el testament. Per tant, no cal la tradició (sobre la tradició, vegeu els art. 531-1 a 531.3 CCCat).

Quan es parla de «fer una aportació», o d'«aportar béns» a un patrimoni protegit (art. 227-2.1 i 227-3.2.d CCCat, entre d'altres), cal entendre aquestes expressions com a sinònimes d'*expressar la voluntat* d'aportar béns a aquell patrimoni, que n'adquirirà la propietat, o bé per aquesta *simple manifestació* si el constituent és, alhora, el beneficiari, o bé per l'*acceptació* del beneficiari, quan aquest és una persona diferent del constituent. Paradoxalment, l'efecte d'aquesta acceptació no és que el beneficiari adquireixi res, sinó que el constituent deixi de ser titular dels béns que manifesta aportar al patrimoni protegit.

Tot i que no calgui la tradició, és evident que cal fer el *lliurament* dels béns a l'administrador, per tal que aquest els destini a les finalitats pròpies del patrimoni protegit. Aquest lliurament es pot fer *inicialment*, en el moment mateix de constituir el patrimoni protegit, o bé *en un moment posterior*, però sempre tenint en compte que el constituent ja havia cedit la seva propietat. Aquest és el sentit que cal donar a l'exigència, i a l'expressió, de l'art. 227-3.2.d CCCat, segons el qual en l'escriptura pública de constitució del patrimoni protegit ha de constar, no solament la descripció dels béns objecte de l'aportació, sinó també «la forma com *es fa o es farà*» aquesta. En aquest últim incís, cal corregir el precepte, ja que *no es pot referir a l'aportació, que sempre és inicial, sinó al lliurament dels béns aportats, que es pot fer en qualsevol moment*. Aquesta expressió, a més, obre la porta a aportacions successives o futures.

### **2.1.3. Les aportacions a un patrimoni protegit no poden perjudicar a tercers**

Com hem vist abans, la constitució d'un patrimoni protegit implica un *empobriment* del constituent, ja que del seu patrimoni desapareixen els béns que s'integren en aquell; a més, el patrimoni del constituent no es veurà incrementat pels rendiments que els esmentats béns poguessin produir en el futur. El mateix podem dir dels patrimonis de les persones que fan aportacions posteriors al patrimoni protegit ja constituït.

Aquest empobriment voluntari del constituent *no pot perjudicar* a tercers que tinguin alguna pretensió o expectativa sobre el patrimoni d'aquell. En concret, l'art. 227-2.2 CCCat es refereix explícitament als titulars de drets

de crèdit anteriors a l'aportació i als legitimaris, tant del constituent com de les persones que fan aportacions a un patrimoni protegit, assenyalant que aquestes aportacions no els perjudiquen, és a dir, *no els són oposables*. En el cas dels creditors, això significa que, si escau, podran cobrar els seus crèdits dirigint-se contra els béns que integren el patrimoni protegit.

L'art. 227-2.2 CCCat preveu explícitament que la no oposabilitat als creditors de la constitució del patrimoni protegit només es produeix si aquests no tenen «altres recursos» per cobrar els seus crèdits. Cal entendre aquesta mesura de manera restrictiva, ja que, en cas contrari, suposaria un empitjorament inadmissible de la posició dels creditors. En efecte, si entenem aquell precepte en sentit literal, un creditor hauria de patir les conseqüències negatives de què el seu deutor decideixi constituir un patrimoni protegit, ja que veuria dificultada l'operativitat del seu cobrament. Per exemple, el creditor sabia que el seu deutor era titular d'una suma de diners important, dipositada en un banc, sobre la qual el cobrament del seu crèdit seria relativament fàcil. Si el deutor decideix destinar aquests diners a la constitució d'un patrimoni protegit, el creditor es veurà obligat, si el deute no es paga voluntàriament, a investigar si el deutor era titular d'altres béns, l'execució dels quals potser serà més complicada, amb la consegüent pèrdua de temps i de diners.

És per aquest motiu que cal entendre l'expressió «si manquen altres recursos per a cobrar-lo» de l'art. 227-2.2 CCCat en el sentit que el creditor pot *sempre* executar els béns aportats al patrimoni protegit amb posterioritat al seu crèdit, però el deutor por *evitar* aquesta execució si li assenjala béns suficients del seu patrimoni, per tal que el creditor pugui executar-los amb comoditat.

En el cas dels legitimaris, el no perjudici significa que les aportacions que es fan al patrimoni protegit s'han de *computar* en el càlcul de la llegítima (art. 451-5 CCCat) i poden ser reduïdes o suprimides per inoficiositat (art. 451-22.1 i 3 CCCat). Tot i que la regulació del patrimoni protegit no s'ho planteja, cal entendre que els mateixos arguments són aplicables en el cas de la protecció de la quarta vidual (art. 452-3 i 452-5 CCCat) i del dret a la compensació econòmica per raó del treball (art. 232-9 CCCat).

Una qüestió que pot generar dubtes és si, en el cas que el beneficiari sigui legitimari de l'aportant, cal entendre que l'aportació feta al patrimoni protegit s'imputa a la llegítima que correspon al beneficiari. Pel que fa als *béns aportats*, sembla clar que no s'imputen a la llegítima, ja que la seva propietat no es va atribuir en cap cas al beneficiari del patrimoni protegit. Pel que fa als *rendiments* del patrimoni protegit, amb els quals hom fa front a les necessitats vitals del beneficiari, es pot plantejar el dubte de si s'imputen a la llegítima, atès el caràcter gratuït de l'atribució i el seu paral·lelisme amb la donació. La regulació del patrimoni protegit no es planteja aquesta qüestió, de manera que la seva resolució passa per la interpretació de l'art. 451-8.1 CCCat<sup>26</sup> referent a la imputació de donacions i, si escau, la seva aplicació per analogia al cas del patrimoni protegit.

26 Els apartats 2, 3 i 4 de l'art. 451-8 CCCat no són aplicables, pel seu contingut, al cas del patrimoni protegit. L'apartat cinquè del mateix precepte, referent a deixar sense efecte la imputació a la llegítima, sí que hi és aplicable, però no el tractem ja que no té un interès especial per la nostra argumentació.



En aquest sentit, entenc que és possible que el constituent imputi a la llegítima els rendiments que, dels béns del patrimoni protegit, hagi percebut el beneficiari des del moment de la constitució fins la mort del causant. Tot i que l'art. 451-8.1 CCCat es refereixi únicament, i de manera explícita, a les donacions, no sembla que hi hagi d'haver cap inconvenient, ni jurídic ni d'interessos, per admetre també aquesta possibilitat en el cas del patrimoni protegit.<sup>27</sup>

#### 2.1.4. La constitució del patrimoni protegit per acte entre vius

La constitució del patrimoni protegit per acte entre vius presenta la peculiaritat de què es pot fer a favor d'un tercer o a favor del mateix constituent.

En el cas que el beneficiari sigui el mateix constituent (art. 227-3.1 CCCat), la constitució del patrimoni protegit és ferma des del moment mateix en què aquella persona atorga el títol de constitució; òbviament, no cal cap declaració d'acceptació, ja que el beneficiari ha emès la seva declaració favorable a la constitució del patrimoni protegit quan va emetre, ell mateix, la declaració de voluntat com a constituent (art. 227-3.1 i 2 CCCat). La declaració d'aquesta persona, alhora constituent i beneficiària del patrimoni protegit, té la virtualitat d'extingir el seu dret de propietat sobre els béns aportats a l'esmentat patrimoni, alhora que reté el dret a rebre'n les seves utilitats, per fer front a la situació de discapacitat o dependència. En aquest cas, difícilment es pot aplicar el concepte de títol lucratiu, no solament per la unicitat personal, sinó també perquè el «beneficiari», en realitat, s'ha empobrit!

En canvi, quan el beneficiari i el constituent són dues persones diferents, l'estructura del negoci sí que correspon a un negoci amb causa gratuïta: negoci unilateral del constituent que esdevé irrevocable amb l'acceptació del beneficiari (art. 227-3.1 CCCat: «requereix»). L'acceptació, a més, extingeix el dret de propietat que el constituent tenia sobre els béns que s'integren en el patrimoni protegit. Destaquem que aquests béns passen a no tenir propietari. En definitiva, l'acceptació del beneficiari no el converteix en propietari, sinó en titular d'un *dret de crèdit contra l'administrador*, per tal que aquest dugui a terme la conducta (prestació) de gestionar el patrimoni protegit i atribuir els rendiments al beneficiari. És per això que la constitució del patrimoni protegit entre vius *no és una donació*, tot i que l'estructura de la relació jurídica —títol gratuït i acceptació— se li assembla, ja que, tot i que del patrimoni del constituent han sortit béns, el beneficiari no els ha adquirit. Per tant, en la constitució del patrimoni protegit no trobem la correlació entre disposició i adquisició, que és consubstancial al concepte de donació, com palesa l'art. 531-7 CCCat, que la defineix com «l'acte pel qual els donants *disposen* a títol gratuït d'un bé a favor dels donataris, els quals *l'adquireixen*

<sup>27</sup> Pensem, per exemple, en el pare de tres fills, un dels quals és discapacitat. En vida, el pare constitueix a favor d'aquest últim un patrimoni protegit, integrat per una part important del seu propi patrimoni. Sens dubte, el pare tindrà interès en que el discapacitat, que ja té les seves necessitats cobertes, imputi els rendiments rebuts al pagament de la seva llegítima individual, de manera que els altres dos fills es podran veure més beneficiats per l'herència del pare.

si l'accepten en vida d'aquells». Això no impideix que, en tant que acte a títol gratuït, i atès que al beneficiari se li aplicaran els rendiments i les utilitats dels béns aportats al patrimoni protegit, es puguin aplicar al negoci de constitució del patrimoni protegit, si més no amb caràcter subsidiari, les normes de la donació, en la mesura que la seva naturalesa ho permeti. En aquest sentit, el dret del beneficiari del patrimoni protegit s'acosta més al dret del censalista o al del perceptor d'una pensió vitalícia, drets que es poden constituir «a títol gratuït», d'acord amb els art. 4.2 i 11.2 de la llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques (tot i que l'art. 4.1.b LPP assenyala que el títol de constitució del censal pot ser, a més del contracte, la donació i el llegat).

Finalment, si qui ha d'emetre la declaració d'acceptació és el representant legal del beneficiari, cal entendre que la *renúncia* a la constitució del patrimoni protegit, en tant que acte perjudicial, requereix l'autorització judicial, igual que en el cas de la renúncia a una donació, una herència o un llegat (argument dels art. 222-43.1.e, 236-27.1.e CCCat, en relació amb la tutela i la potestat dels pares, respectivament).

### 2.1.5. La constitució del patrimoni protegit per negoci per causa de mort

Si el patrimoni protegit es constitueix en negoci per causa de mort, la voluntat de constituir-lo s'ha de vehicular en un dels negocis d'aquest tipus taxats pel CCCat, i està subjecte als requisits i vicissituds del mateix. Així, si es fa en testament, és revocable fins el moment de la mort del causant; si s'inclou en un pacte successori, estarà subjecte als criteris de revocabilitat per voluntat unilateral de l'art. 431-14 CCCat.

Cal, però, que la constitució del patrimoni protegit s'ajusti a algun dels esquemes o estructures que el CCCat preveu per les atribucions fetes per causa de mort, àmbit en el que el marge de l'autonomia de la voluntat és molt més reduït que en el dels negocis entre vius. D'entrada, resulta evident que el beneficiari del patrimoni protegit no és hereu del constituent, ja que, per aquell sol fet, no es pot dir que «succeeixi en tot el dret del causant», en el sentit de l'art. 411-1 CCCat.

Podria semblar que el beneficiari del patrimoni protegit es el beneficiari d'un *mode* successori, especialment en el cas en que l'hereu o el legatari fossin els administradors d'aquell patrimoni, ja que es podria entendre que estan gravats per «una càrrega, una destinació o una limitació», en relació amb els béns del patrimoni protegit, que administren. No obstant això, l'assimilació al mode tampoc no sembla possible, ja que el beneficiari del patrimoni protegit no podria demanar el compliment del mode, ja que això redundaria en profit directe seu, cosa que l'art. 428-1.1 CCCat exclou de manera explícita. En canvi, el beneficiari del patrimoni protegit sí que pot exigir a l'administrador que compleixi amb els seus deures com a tal, com palesa el deure de retre comptes anualment (art. 227-6.1 CCCat).

La figura successòria que més s'adiu amb la del beneficiari del patrimoni protegit és la de *legatari*. Ho podem qualificar com un nou tipus de llegat, que podria prendre com a model o referència el llegat d'aliments o prestacions periòdiques de l'art. 427-30 CCCat. És un llegat de naturalesa específica,

ja que, del seu règim, el CCCat tan sols concreta que no ha de perjudicar els legitimaris, com ja sabem (art. 227-2.2 CCCat). Una peculiaritat d'aquest llegat és que la persona gravada —per exemple, l'hereu— ha de fer totes les gestions que possibilitin la constitució efectiva del patrimoni protegit (per exemple, la designació d'un administrador, si el causant no ho va fer). Inicialment, el legatari (el beneficiari del patrimoni protegit) pot exigir a l'hereu que implementi la constitució del patrimoni; un cop fet això, el seu interlocutor ja només serà l'administrador.

## 2.2. Forma i contingut

La constitució del patrimoni protegit s'ha de fer necessàriament en escriptura pública, segons es pot deduir de l'expressió inicial de l'art. 227-3.3 CCCat, que no dóna cap altra alternativa formal: «en l'escriptura de constitució s'hi pot fer constar ...». Aquesta dada permet interpretar de manera clara i inequívoca l'expressió que utilitza l'incís inicial de l'art. 227-3.2 CCCat: «la constitució del patrimoni protegit es formalitza per mitjà d'escriptura pública ...». L'expressió «es formalitza» dóna peu a confusió, ja que, en sentit estricte, formalitzar significa donar forma jurídica, en aquest cas mitjançant escriptura pública, i això es pot aplicar tant a un supòsit de forma constitutiva com al cas en que l'escriptura és merament declarativa i reconeixedora d'un negoci celebrat anteriorment. Com hem vist abans, l'apartat tercer de l'art. 227-3 CCCat permet interpretar l'apartat segon del mateix precepte en el sentit d'afirmar que l'escriptura pública és requisit de *constitució* del patrimoni protegit.

Seguint aquesta mateixa argumentació, les aportacions successives que es facin a un patrimoni protegit també s'han de fer necessàriament en escriptura pública (art. 227-3.4 CCCat, que també utilitza la confusa expressió «s'han de formalitzar»).

En cas que el patrimoni protegit es constitueixi en testament, el requisit de l'escriptura pública es compleix perfectament si, com és habitual, el testament s'atorga davant notari. En el testament haurà de constar qui és la persona encarregada d'executar aquesta voluntat de constituir un patrimoni protegit (cfr. art. 331-3.3 i 334-2.2 CCCat, en relació amb les fundacions i els fons especials, respectivament). Pot tractar-se d'un marmessor o, si no se'n designa cap, serà el mateix hereu. En el cas, infreqüent, del testament hològraf, cal entendre que la seva adveració i protocol·lització equivalen a l'atorgament d'escriptura pública (art. 421-18 CCCat; en relació amb l'adveració i la protocol·lització d'aquests testaments, vegeu també els art. 691 a 693 CC i els art. 211, 213 i 215 del Reglament Notarial).

És possible, però, que el testador s'hagi limitat a donar al seu hereu o a un marmessor l'encàrrec de constituir el patrimoni protegit, donant-els-hi unes indicacions mínimes, que hauran de precisar. En aquest cas, caldrà que l'hereu o el marmessor atorguin una escriptura pública posterior que compleixi el contingut exigít pels apartats segon i tercer de l'art. 227-3 CCCat; tot i així, cal entendre que l'efecte d'aquesta escriptura es retrotrau al moment de la mort del causant, és a dir, de l'obertura de la successió, que s'ha de prendre com a data de constitució del patrimoni protegit.

L'art. 227-3 CCCat distingeix entre un contingut obligatori de l'escriptura de constitució del patrimoni protegit i un d'opcional o facultatiu.

Com a contingut obligatori, l'apartat segon del precepte esmentat estableix que en l'escriptura *s'han de fer constar* les dades següents:

- a) *El constituent i els beneficiaris, i també les circumstàncies d'aquests que autoritzen la constitució del patrimoni protegit.* Ja que la redacció del precepte no és massa clara, cal precisar que «les circumstàncies d'aquests que autoritzen la constitució» es refereix a la concurrència, en els beneficiaris, d'alguna de les causes de minusvalia o dependència a què fa referència l'art. 227-1.1 CCCat.
- b) *L'expressió de la voluntat de constituir un patrimoni protegit i d'afectar els béns que l'integren a la satisfacció de les necessitats vitals dels beneficiaris.*
- c) *La denominació del patrimoni protegit, que s'ha de fer mitjançant l'expressió «patrimoni protegit a favor de» seguida del nom i els cognoms del beneficiari.* Aquesta dada d'identificació és fonamental, ja que la inscripció en el Registre de la Propietat o en altres registres públics es fa a favor del patrimoni identificat d'aquesta manera.
- d) *La descripció dels béns objecte de l'aportació i de la forma com es fa o es farà.* Com hem vist anteriorment, l'aportació de béns al patrimoni protegit no requereix la tradició. És per això que l'expressió «la forma com es fa o es farà» no es refereix a l'aportació inicial, sinó al lliurament dels béns, que pot ser inicial o posterior, i també deixa la porta oberta a aportacions successives o futures.
- e) *Les persones designades per a administrar el patrimoni protegit, que no poden ésser els beneficiaris.* En relació amb l'administració del patrimoni, vegeu l'apartat tercer del mateix art. 227-3 i l'art. 227-4 CCCat.
- f) *Les persones davant les quals hom ha de retre comptes en cas de conflicte d'interessos.* En relació amb la rendició de comptes, vegeu l'art. 227-6 CCCat.

Com a contingut opcional o facultatiu, l'apartat tercer del mateix art. 227-3 CCCat estableix que en l'escriptura *s'hi pot fer constar* qualsevol altra disposició referent al patrimoni protegit, especialment les normes d'administració dels béns que l'integren, les facultats de disposició i administració conferides a l'administrador i les garanties que aquest ha de prestar.

Així mateix, el títol de constitució pot també incloure causes d'extinció del patrimoni protegit diferents de les que estableix l'art. 227-7; cal tenir en compte que només si consten en el títol de constitució podran ser objecte d'inscripció registral (art.227-9.2CCCat; vegeu l'epígraf VIII.2).

Finalment, l'art. 227-3.3 CCCat estableix que en el títol de constitució també hi pot constar la destinació del romanent del patrimoni protegit per al moment en què aquest s'extingeixi. Si el títol de constitució no en fa referència, la destinació del romanent és la indicada per l'art. 227-8.2 CCCat.

## V. LES APORTACIONS SUCCESSIVES

El patrimoni protegit no és un patrimoni estàtic, sinó que es pot veure incrementat per aportacions posteriors, fetes pel mateix constituent o per terceres persones. Aquestes aportacions successives s'han de formalitzar en escriptura pública i la seva administració s'ha de subjectar al que s'hagi establert en l'escriptura de constitució (art. 227-3.4 CCCat). No obstant això, si la persona que fa l'aportació considera que les normes d'administració que conté l'escriptura de constitució del patrimoni protegit no serveixen adequadament la seva finalitat, pot demanar al jutge que les modifiqui (art. 227-4.6 CCCat).<sup>28</sup> En canvi, no és possible designar un administrador específic per l'aportació feta, diferent de l'administrador ja designat del patrimoni protegit, ja que l'art. 227-3.4 CCCat no sembla admetre aquesta possibilitat, atès que l'única modificació que permet és la de les normes d'administració.

Tot i que el requisit de l'escriptura pública, en el cas de les aportacions successives, ha estat criticat per excessivament rígid i formalista,<sup>29</sup> en la meua opinió es tracta d'una mesura encertada, ja que contribueix a evitar frau i beneficia la seguretat jurídica.

No s'exclou, però, que les aportacions posteriors adoptin l'estructura d'*aportacions periòdiques* que, de manera regular, fan el mateix constituent o bé terceres persones. En aquest cas, la forma d'escriptura pública és *exigible només a l'acte inicial* pel qual es configuren i articulen les aportacions (periodicitat, quantia, etc.), i no és exigible, lògicament, a cadascuna de les aportacions posteriors.

Tot i que l'art. 227-3.4 CCCat no ho digui explícitament, igual que succeeix en la constitució del patrimoni protegit, també caldrà l'acceptació del beneficiari per a cadascuna de les aportacions successives, si qui fa l'aportació és una altra persona (art. 227-3.1 CCCat).

## VI. L'ADMINISTRACIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

### 1. EL CÀRREC D'ADMINISTRADOR

Com sabem, una de les característiques més rellevants del patrimoni protegit és que no té titular. Ningú no és propietari ni té un dret real sobre el mateix: ni l'administrador, ni el constituent ni el beneficiari (art. 227-2.1 CCCat). Aquesta característica augmenta de manera exponencial la importància d'una bona administració del patrimoni, ja que només d'aquesta manera se'n pot garantir la subsistència i l'obtenció d'una rendibilitat correcta, que permeti assolir les finalitats que el constituent es va proposar. És per aquest motiu que el CCCat conté unes regles força detallades sobre el

<sup>28</sup> En relació amb aquest tema, l'art. 227-3.4 CCCat fa una remissió errònia al paràgraf cinquè de l'art. 227-4 CCCat, que s'ha d'entendre feta al paràgraf sisè.

<sup>29</sup> En aquest sentit es pronuncia CORVO LÓPEZ, «La constitució», p. 267, on fa extensives al CCCat les crítiques que aquest mateix requisit ha rebut en relació amb la llei estatal (art. 4.1 i 2 Ley 41/2003).

funcionament de l'administració del patrimoni protegit, en els art. 227-4 a 227-6 CCCat; a més, com a regulació supletòria, aquests preceptes fan una remissió a les regles de la tutela (art. 227-4.1 i 5, i art. 227-6.3 CCCat).

L'administració del patrimoni protegit correspon a la persona física o jurídica designada en l'escriptura pública de constitució (art. 227-4.1 CCCat). L'únic límit és que l'administrador no pot ser el beneficiari d'aquest patrimoni, però sí que en pot ser el constituent mateix (art. 227-3.2.e i 227-4.2 CCCat).

Si bé els preceptes que regulen l'administració del patrimoni protegit es refereixen sempre a l'«administrador», en singular, no hi ha inconvenient en què hi hagi una pluralitat d'administradors. A banda del caràcter raonable d'aquesta conclusió, l'art. 227-3.1.e CCCat, en relació amb l'escriptura pública de constitució del patrimoni protegit, fa referència, en plural, a les «persones designades per a administrar el patrimoni protegit». No hem de confondre aquest supòsit amb el que hem indicat en l'apartat anterior, que no és possible que hi hagi diversos administradors per les aportacions successives que es facin al patrimoni protegit. Quan ara afirmem que és possible que hi hagi una pluralitat d'administradors, significa que *tots* s'encarreguen i són responsables de l'administració de *la totalitat* dels béns que integren el patrimoni protegit. Aquesta administració s'estructurarà segons els criteris que hagi fixat el constituent; per exemple, si han d'actuar conjuntament o no, o si determinats béns queden reservats a la gestió d'un dels administradors, sota el control dels altres, ja que aquell té una formació idònia per dur-la a terme.

La persona designada com a administradora ha d'acceptar el càrrec. Si la constitució del patrimoni protegit es fa per acte entre vius, l'acceptació del càrrec es pot fer ja en el mateix acte de constitució, però també amb posterioritat.

En el cas que persona designada no pugui o no vulgui acceptar el càrrec, o bé renunciï a continuar exercint-lo, qualsevol persona interessada o el ministeri fiscal poden sol·licitar al jutge el nomenament d'un administrador (art. 227-4.1 CCCat). Aquest mateix precepte afegeix que són aplicables als administradors del patrimoni protegit les normes de la tutela en matèria d'aptitud, excusa i remoció del tutor (vegeu els art. 222-15 a 222-19 CCCat). En la meua opinió, aquesta remissió en bloc a la regulació de la tutela s'ha fet de manera poc meditada, sense pensar gens en les conseqüències. No hem d'oblidar que la persona sotmesa a tutela és un menor o un incapacitat, és a dir, una persona que necessita una direcció externa, no solament en l'àmbit patrimonial, sinó també, i especialment, en l'àmbit personal; en aquest cas, és obvi que la llei ha d'adoptar totes les precaucions possibles en relació amb el tutor i les seves vicissituds. En canvi, en el cas de la persona discapacitada o dependent, no solament es tracta d'una persona amb plena capacitat, sinó que, a més, la constitució d'un patrimoni protegit és merament voluntària i la funció de l'administrador es limita estrictament a l'àmbit patrimonial.

Per aquest motiu, l'aplicació genèrica i indiscriminada de les regles de la tutela no té massa sentit; la crida a aquestes regles s'hagués hagut de fer amb caràcter merament subsidiari o supletori de la voluntat del constituent del patrimoni protegit, que és, segurament, on tendirà la interpretació assenyada de la norma. A tall d'exemple, fixem-nos en els casos següents:

- 1) El càrrec de tutor pot ser obligatori (art. 222-10 CCCat), fet que justifica l'existència reglada d'una sèrie d'excuses per a assumir-lo *inicialment* (art. 222-18 CCCat). No té sentit, en canvi, parlar d'excuses en el cas del patrimoni protegit, ja que el càrrec d'administrador sempre és voluntari (cfr. art. 227-4.1 CCCat: «*no vol acceptar*»).
- 2) Si l'administrador del patrimoni protegit és una persona jurídica, l'aplicació de les normes de la tutela significaria que només ho podrien ser les «persones jurídiques sense ànim de lucre que es dediquin a la protecció de persones menors o incapacitades (art. 222-16.1 CCCat). Aquesta limitació no té cap sentit, fonamentalment perquè no respecta l'autonomia de la voluntat del constituent en una qüestió que és estrictament patrimonial; així, per què el constituent no hauria de poder designar administrador del patrimoni protegit el despatx d'advocats amb el que ha mantingut una relació professional duradora, i en qui confia plenament? D'altra banda, limitar les persones jurídiques a les que no tinguin ànim de lucre no sembla el millor criteri des del punt de vista de la finalitat del patrimoni protegit, ja que tanca la porta a molts professionals de l'administració de patrimonis aliens (per exemple, un despatx d'advocats o d'administradors de finques) que podrien obtenir-ne una més gran rendibilitat, en benefici, no ho oblidem, de la persona discapacitada o dependent.

En conclusió, fóra preferible que el legislador establís, com a regles subsidiàries a l'administració del patrimoni protegit, les normes de la marmessoria (art. 429-1 a 429-15 CCCat; vegeu l'art. 429-4 CCCat, pel que fa a les excuses). L'aplicació de les regles de la marmessoria serà especialment útil en el cas en què l'administrador del patrimoni protegit sigui una persona jurídica que tingui ànim de lucre.<sup>30</sup>

## 2. L'ACTUACIÓ DE L'ADMINISTRADOR

Amb caràcter general, l'actuació de l'administrador del patrimoni protegit ha d'anar adreçada a complir la finalitat que va justificar la seva creació: satisfer les necessitats vitals del beneficiari (art. 227-2.1 CCCat). Per això, l'administrador ha de conservar els béns que integren el patrimoni, n'ha de mantenir la productivitat i els ha d'aplicar, directament o per mitjà dels seus rendiments, a la satisfacció de les esmentades necessitats (art. 227-4.2 CCCat). Més concretament, l'administrador exercita les «facultats d'administració i disposició» que l'escriptura de constitució i la llei li atribueixen (art. 227-3.3 i 227-4.5 CCCat), per la qual cosa pot contreure obligacions a càrrec del patrimoni (art. 227-4.3 i 4 CCCat). A més, l'administrador està legitimat per a defensar processalment el patrimoni protegit (art. 227-4.4 CCCat); en relació amb aquesta qüestió, l'art. 6.1.4 LEC assenjala que poden ser part en un procés «las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan

---

<sup>30</sup> En relació amb la possibilitat que una persona jurídica ocupi el càrrec de marmessor, vegeu especialment MARÍN, «Comentari» (Llibre quart CCCat), p. 929-930.

transitoriamente de titular», i l'art. 7.5 LEC afegeix que «comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren».

Si l'escriptura de constitució del patrimoni protegit no estableix res respecte a les facultats de disposició i administració sobre els béns afectats, o si el que s'estableix resulta insuficient, s'apliquen a l'administrador els articles 222-40 a 222-46 CCCat, en matèria d'administració dels béns del tutelat (art. 227-4.5 CCCat).

Igual com succeïa en l'apartat anterior, també en aquest cas la remissió a les normes de la tutela sembla excessiva, pels mateixos motius. Sembla que el legislador hagi oblidat que estem en l'àmbit de l'autonomia de la voluntat, i que s'està immiscint en les decisions preses per una sèrie de persones amb plena capacitat d'obrar. Així, quin sentit té exigir a l'administrador del patrimoni protegit que requereixi l'autorització judicial per a realitzar determinats actes, per aplicació de l'art. 222-4.3 CCCat? Això té sentit en l'àmbit de la tutela, on està en joc la protecció global, personal i patrimonial, d'una persona que no té plena capacitat d'obrar; en canvi, sembla excessiu, i massa limitador, en l'àmbit del patrimoni protegit. L'administrador del patrimoni protegit ha de retre comptes de la seva gestió, anualment i al final de la mateixa (art. 227-6 CCCat), n'és responsable i està sotmès a mesures de supervisió (art. 227-5 CCCat): no cal, per tant, complicar més la seva actuació.

Precisament perquè té aquests controls, podem dir que és l'administrador qui pren la iniciativa i qui decideix sobre com s'ha de gestionar el patrimoni protegit, d'acord amb la finalitat de fer front a les necessitats vitals de la persona discapacitada o dependent.<sup>31</sup> Així, l'administrador decideix temes com ara si el beneficiari pot utilitzar directament una finca del patrimoni protegit, o si sobre un bé del patrimoni protegit n'hi ha prou amb fer-hi despeses ordinàries de conservació o és recomanable fer-hi despeses útils que n'incrementin la productivitat (els «rendiments», en la terminologia de l'art. 227-2.1 CCCat). També és l'administrador qui decideix si és convenient vendre un bé del patrimoni protegit, per tal d'aplicar la contraprestació a la satisfacció de les necessitats del beneficiari (els «subrogats» a que fa referència l'art. 227-2.1 CCCat). Pensem, per exemple, en l'obra d'art que forma part d'un patrimoni protegit; pot tenir un valor molt alt, però no és interessant pel beneficiari, ja que la possessió del bé no li és útil i, en principi, no genera cap rendiment econòmic que es pugui aplicar a satisfer les seves necessitats vitals. Segurament, a aquesta persona discapacitada o dependent li serà molt més útil que l'administrador vengui aquella obra d'art, ja que els interessos meritats pels diners del preu de la venda li permetran fer front a les seves necessitats.

En definitiva, la crida a normes subsidiàries que regulin l'actuació de l'administrador del patrimoni protegit s'hagués hagut de fer a algun dels altres models d'administració i gestió que preveu la llei, i que s'adiuen més amb l'autonomia de la voluntat que presideix l'actuació de l'esmentat administrador, com ara la marmessoria o el mandat.

Finalment, cal remarcar que les normes d'administració que conté l'escriptura de constitució del patrimoni protegit no són immutables, ja que si no serveixen adequadament la seva finalitat, qualsevol persona interessada o el ministeri fiscal poden sol·licitar a l'autoritat judicial que les modifiqui (art. 227-4.6 CCCat).

31 En el mateix sentit, GETE-ALONSO, «El patrimonio», p. 109.



### 3. EL CONTROL DE L'ADMINISTRACIÓ

#### 3.1. La rendició anual de comptes

El control habitual de l'administració del patrimoni protegit és el que deriva de la rendició de comptes que l'administrador ha de fer anualment al beneficiari o als seus representants legals (art. 227-6.1 CCCat). A més, si escau, els comptes s'han de retre davant la persona designada per al cas de conflicte d'interessos (art. 227-6.1 i 227-3.2.f CCCat).

Si en constituir el patrimoni protegit, es va designar una persona especialment encarregada de supervisar l'administració, com admet l'art. 227-5 CCCat, també a ella se li haurà de retre comptes anualment. Així mateix, si s'ha previst expressament en l'escriptura de constitució, caldrà retre comptes al mateix constituent o als seus hereus (art. 227-6.2 CCCat).

Finalment, són aplicables a la rendició de comptes del patrimoni protegit els articles 222-31 i 222-32 CCCat, referents a la tutela, llevat que l'escriptura de constitució del patrimoni protegit disposi una altra cosa (art. 227-6.3 CCCat; per error, aquest precepte fa referència a la «rendició dels comptes de la tutela», en comptes de «la rendició dels comptes del patrimoni protegit»). En concret, l'art. 222-3.1 CCCat es refereix a la rendició anual de comptes de la tutela, i l'art. 222-32 CCCat a l'informe que, en ocasió de la rendició de comptes, ha d'emetre el tutor sobre la situació personal del tutelat. La remissió a l'art. 222-32 CCCat planteja dubtes sobre la seva conveniència i encert, i si la remissió ha estat realment volguda pel legislador. En efecte, no té cap sentit i sembla abusiu demanar a l'administrador del patrimoni protegit d'una persona discapacitada o dependent —que, no ho oblidem, no és incapaç—, que faci un informe indicant l'estat de salut, el lloc de residència i la situació personal i familiar, com exigeix l'esmentat art. 227-32 CCCat. Com a molt, l'única informació que es podria demanar a l'administrador és que indiqui si la situació de discapacitat o dependència persisteix, ja que, si no és així, tindrà lloc l'extinció del règim del patrimoni protegit.

#### 3.2. Les mesures addicionals de control

En l'apartat anterior hem apuntat que, d'acord amb l'art. 227-5.1 CCCat, en constituir el patrimoni protegit, es poden designar persones que en supervisin l'administració. Aquest mateix precepte afegeix que també es poden adoptar les mesures de control de la gestió de l'administrador que es considerin convenients. Aquest rigor en el control de l'actuació de l'administrador es justifica, en primer lloc, per la voluntat del legislador de garantir al màxim el compliment de la finalitat de fer front a les necessitats de la persona discapacitada o dependent. Es justifica també perquè l'administrador és l'única persona que actua jurídicament sobre els béns del patrimoni protegit, els quals, no ho oblidem, no tenen propietari.

En el cas que el beneficiari del patrimoni protegit sigui un menor d'edat o un incapacitat, el segon apartat del mateix art. 227-5 CCCat augmenta la intensitat del control de l'actuació de l'administrador, ja que permet a l'autoritat judicial acordar d'ofici les mesures que estimi necessàries per al bon funcionament de l'administració del patrimoni protegit, en la mateixa línia que l'art. 221-5 CCCat;

d'aquest precepte, podem destacar el seu segon apartat, segons el qual «l'autoritat judicial, per al seguiment de l'evolució i de les condicions de vida de les persones i amb relació a mesures de control de la gestió patrimonial, pot requerir la intervenció d'especialistes, que tenen la consideració d'auxiliars dels tribunals».

Tot i que, en sentit estricte, no es pot qualificar com a una mesura de control, l'art. 227-3.3 CCCat conté una mesura que, de manera indirecta, tendeix a la mateixa finalitat. En concret, aquest precepte permet que, en l'escriptura de constitució del patrimoni protegit, es faci constar que l'administrador presti garanties de la seva correcta administració; per exemple, pignorant un paquet d'accions.

## VII. L'EXTINCIÓ I LA LIQUIDACIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

### 1. LES CAUSES D'EXTINCIÓ

Per la seva finalitat, de fer front a les necessitats de persones amb minusvalies o en situació de dependència, el patrimoni protegit és necessàriament temporal, ja que si no s'extingeix abans per una altra causa, ho farà quan mori el beneficiari (o, si n'hi havia més d'un, l'últim dels beneficiaris).

Malgrat l'expressió «el patrimoni protegit s'extingeix», que utilitza l'art. 227-7 CCCat, en realitat el que succeeix és que el règim jurídic específic d'aquell patrimoni desapareix i els béns que el formaven passen a integrar-se en un altre patrimoni. En realitat, el patrimoni només d'extingirà —en sentit estricte— quan desapareguin tots els béns que l'integren.

L'art. 227-7 CCCat enumera les causes d'extinció del patrimoni protegit. En el primer apartat hi figuren quatre, que tenen com a denominador comú el seu automatisme o, si més no, el no requerir la intervenció judicial (lògicament, tret que hi hagi una discussió no resolta sobre la concurrència mateixa de la causa d'extinció del patrimoni protegit). Són les següents:

- a) *Mort o declaració de mort del beneficiari.* En el cas que hi hagi una pluralitat de beneficiaris, el patrimoni protegit s'extingeix per la mort de l'últim d'ells.
- b) *Pèrdua de la condició de persona discapacitada o en situació de dependència.* Aquesta causa es dona necessàriament quan la pèrdua ha estat constatada d'acord amb els criteris fixats per les mateixes normes que, amb anterioritat, havien reconegut la situació de discapacitat o dependència.<sup>32</sup>
- c) *Renúncia de tots els beneficiaris.* Quan el patrimoni es va constituir a favor de diverses persones, l'extinció no es produirà fins que, com indica el precepte, tots els beneficiaris hi renunciïn. Si no renunciïn tots, cal entendre que la part dels que han renunciat acrieix la de la resta, en la proporció que els correspongui.<sup>33</sup>

32 Vegeu l'epígraf III.1.1 i ÁLVAREZ MORENO, «Diferencias», p. 127-128.

33 En el mateix sentit, vegeu GETE-ALONSO, «El patrimonio», p. 112.

- d) *Expiració del termini pel qual es va constituir el patrimoni protegit, o compliment d'alguna condició resolutòria establerta en l'escriptura de constitució.* Notem que en aquestes causes subsisteix la situació de discapacitat o dependència. Probablement, en la majoria dels casos en els que s'estableix un termini o una condició resolutòria és perquè es preveu que el beneficiari tindrà una altra font d'ingressos que li permetrà finançar les necessitats derivades de la seva discapacitat o dependència. Per exemple, l'existència del patrimoni protegit se sotmet a la condició resolutòria del resultat favorable d'un litigi que permetrà al beneficiari tenir uns ingressos addicionals quantiosos.

El segon apartat del mateix art. 227-7 CCCat es refereix a una altra causa que no opera automàticament com les anteriors, sinó que la seva apreciació requereix necessàriament la intervenció judicial. En concret, aquest precepte estableix que «a instància del constituent o dels seus hereus, l'autoritat judicial ha de disposar l'extinció del patrimoni protegit si el beneficiari incorre en una causa d'ingratitude envers el constituent, d'acord amb el que estableix l'article 531-15.1.d en matèria de revocació de donacions»; per la seva banda, aquest últim precepte estableix que «són causes d'ingratitude els actes penalment condemnables que el donatari o donatària faci contra la persona o els béns del donant o la donant, dels fills, del cònjuge o la cònjuge o de l'altre membre de la unió estable de parella, i també, en general, els que representen una conducta amb relació a les mateixes persones no acceptada socialment». Hem de destacar, en primer lloc, que la remissió a la revocació de les donacions es limita només a aquesta causa concreta que acabem d'esmentar; no s'apliquen, per tant, la resta de les causes previstes en l'art. 531-15.1. Això es justifica, sens dubte, per la valoració dels interessos en joc, de manera que, tret del cas de la ingratitude, que és especialment greu, el legislador fa prevaldre l'interès de la persona discapacitada o dependent en que el patrimoni protegit es mantingui. Tot i que no es digui explícitament, la lògica en duu a aplicar, també en aquest cas, el termini d'un any per exercir l'acció, igual que en el cas de l'acció de revocació de les donacions (art. 531-15.3 CCCat).<sup>34</sup>

Tot i que el art. 227-7 CCCat no en fa referència, el patrimoni protegit es pot extingir també per causes diferents de les que contempla el precepte de manera explícita. Així, el règim del patrimoni protegit s'extingeix quan surten del patrimoni protegit *tots* els béns que en formaven part inicialment, i els que s'hi van incorporar amb posterioritat, bé com a rendiments o com a conseqüència de la subrogació real. Així, l'extinció es produeix per la seva desaparició física o bé per haver estat consumits en la seva totalitat per fer front a les necessitats de la persona discapacitada o en situació de dependència. Lògicament, quan l'administrador aliena un bé del patrimoni protegit, aquest bé queda alliberat de la vinculació a la satisfacció de les necessitats del beneficiari.

La possibilitat que el constituent estableixi causes d'extinció del patrimoni protegit diferents de les de l'art. 227-7 CCCat es justifica per la redacció de l'art. 227-9 CCCat, segons el qual en la inscripció registral dels béns que integren el patrimoni protegit han de constar «les causes d'extinció», menció que només té

<sup>34</sup> En el mateix sentit, GETE-ALONSO, «El patrimonio», p. 113.

sentit si es refereix a causes diferents de les que la llei imposa directament, és a dir, les de l'art. 227-7 CCCat.

Finalment, malgrat el silenci del CCCat, no hi ha inconvenient que, en l'escriptura pública que formalitza una aportació (art. 227-3.4 CCCat) es descriguin causes d'extinció específiques i diferents, no solament de les causes d'extinció del patrimoni protegit ja constituït, sinó també de les de les altres aportacions posteriors fetes a aquell patrimoni.

## 2. LIQUIDACIÓ, RENDICIÓ FINAL DE COMPTES I DESTINACIÓ DEL ROMANENT

L'extinció del patrimoni protegit comporta la seva liquidació, que ha de ser feta per les persones designades en l'escriptura de constitució o, si no n'hi ha, per l'administrador (art. 227-7.3 CCCat). Així mateix, l'extinció del patrimoni protegit fa néixer l'obligació de l'administrador de retre comptes de la seva gestió. Més concretament, l'apartat quart del mateix art. 227-7 CCCat estableix que «l'extinció del patrimoni protegit per alguna de les causes que estableix aquest article comporta l'obligació de l'administrador de retre comptes finals de la seva gestió davant de la persona beneficiària o dels seus hereus». Aquesta norma, afegida durant la tramitació parlamentària del Llibre II CCCat, està plenament justificada, però conté un error de redacció que pot donar lloc a confusions. En efecte, d'acord amb la literalitat de l'article, el deure de retre comptes només té lloc si l'extinció del patrimoni protegit es produeix «per alguna de les causes que estableix aquest article», el que significa que si l'extinció s'ha produït per una causa que no hi figura, como ara la desaparició o el consum de tots els béns, no cal retre comptes. Aquesta conclusió no està justificada, des del punt de vista de la finalitat mateixa de la figura del patrimoni protegit, ja que també en aquests casos, especialment quan tots els béns del patrimoni han estat consumits, és convenient controlar l'actuació de l'administrador. En conclusió, cal estendre el deure de retre comptes a *qualsevol* causa d'extinció del patrimoni protegit.

Una vegada practicada la liquidació del patrimoni protegit, la persona que l'ha feta ha de donar al romanent la destinació establerta en l'escriptura de constitució, que pot incloure la reversió dels béns al constituent o als seus hereus (art. 227-8.1 i 227-3.3 CCCat; sobre la reversió de les donacions, que pot servir de regulació supletòria per al cas que ara ens ocupa, vegeu l'art. 531-19 CCCat). Per tant, el constituent té llibertat absoluta per fixar el destí del romanent. Si no ho ha fet, és a dir, si en l'escriptura de constitució no s'estableix la destinació dels béns o si aquesta no es pot complir, el romanent ha de revertir al constituent o, si ja és mort, als seus hereus testamentaris o legals. En cas de successió per la Generalitat, el romanent s'ha d'adjudicar a una entitat no lucrativa que tingui per finalitat la protecció de persones amb discapacitats o en situació de dependència (art. 227-8.2 CCCat, precepte que concreta, per al cas del patrimoni protegit, la declaració genèrica que estableix l'art. 442-13 CCCat).

Ens podem plantejar si aquests mateixos criteris, en relació amb el romanent, s'apliquen també en el cas que el patrimoni protegit hagués rebut

aportacions successives, fetes per persones diferents del constituent. La resposta afirmativa es justificaria per la redacció genèrica de l'art. 227-9.1 CCCat, que es refereix simplement al romanent derivat de la liquidació del patrimoni protegit, sense fer cap distinció sobre l'origen dels béns que havien format aquest patrimoni. No obstant això, una interpretació finalista de l'art. 227-8 CCCat permet afirmar que la persona, diferent del constituent, que fa una aportació a un patrimoni protegit, pot exigir la reversió de la mateixa, si encara subsisteix un cop extingit aquell patrimoni. L'argument finalista és prou clar: qui va fer aquella aportació volia beneficiar la persona discapacitada o dependent, i no pas el constituent, a qui potser ni tan sols coneix.

D'altra banda, res no impideix que la persona que fa una aportació posterior a un patrimoni protegit pugui establir de manera explícita, en l'escriptura pública que la formalitza, quin ha de ser el destí del romanent. En aquest sentit, l'art. 227-3.4 CCCat estableix que l'*administració* de les aportacions successives s'hauria de subjectar al que s'hagués establert en l'escriptura de constitució del patrimoni protegit;<sup>35</sup> en canvi, no es diu res sobre el destí del romanent, de manera que qui fa l'aportació pot perfectament preveure quin hauria de ser.

## VIII. LA PUBLICITAT REGISTRAL<sup>36</sup>

### 1. ÀMBIT GENERAL DE PUBLICITAT: EL REGISTRE DE PATRIMONIS PROTEGITS

La DA 1<sup>a</sup> de la Llei 25/2010, que va aprovar el Llibre segon del CCCat, crea l'anomenat Registre de Patrimonis Protegits, que estarà adscrit al Departament de Justícia de la Generalitat i, més concretament, a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques (la redacció de l'apartat primer de l'esmentada DA 1<sup>a</sup> es molt genèrica pel que fa a l'adscripció administrativa, en establir que el Registre de Patrimonis Protegits estarà «adscrit al departament competent en matèria de dret civil mitjançant el centre directiu que tingui atribuïda la competència»). L'organització, el funcionament i la publicitat d'aquest Registre s'han d'establir per reglament (DA 1<sup>a</sup>, apartat tercer).

L'apartat segon de l'esmentada DA 1<sup>o</sup> estableix que en el Registre de Patrimonis Protegits s'hi han de fer constar les dades següents:

- a) Les escriptures de constitució de patrimonis protegits i les seves modificacions.
- b) Les escriptures d'aportació de béns a patrimonis protegits ja constituïts i inscrits en el Registre.
- c) Els canvis en la persona de l'administrador de patrimonis protegits inscrits en el Registre.

<sup>35</sup> Això no exclou la possibilitat de sol·licitar al jutge la modificació d'aquestes normes (art. 227-3.4 CCCat, que remet a l'art. 227-4.6 CCCat).

<sup>36</sup> Sobre aquesta matèria, vegeu especialment la ponència d'Antonio GINER GARGALLO, que es publica en aquest mateix volum de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa.

- d) Les mesures adoptades judicialment, amb caràcter transitori o permanent, referides a l'administració de patrimonis protegits inscrits en el Registre.

## 2. ÀMBITS ESPECÍFICS DE PUBLICITAT

L'art. 227-9 CCCat estableix algunes dades fonamentals de la publicitat del patrimoni protegit en àmbits específics, en l'esfera patrimonial. En aquest sentit, l'apartat primer de l'esmentat article estableix que «els béns que integren el patrimoni protegit són inscriptibles en el Registre de la Propietat o en altres registres públics<sup>37</sup> a favor del mateix patrimoni amb la denominació que consta en l'escriptura de constitució d'acord amb l'article 227-3.2.c», és a dir, mitjançant l'expressió «patrimoni protegit a favor de» seguida del nom i els cognoms del beneficiari.

Podem constatar que l'art. 227-9 CCCat estableix una excepció a la regla de l'art. 9.1.4 LH, segons la qual en tota inscripció ha de constar *la persona*, física o jurídica, a favor de la qual es fa la inscripció (vegeu també l'art. 51.9 LH, que desenvolupa aquest precepte, i l'art. 11 II RH, segons el qual «*no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica*»<sup>38</sup>).

Cal destacar que l'art. 227-9 III CCCat no altera la competència estatal en matèria d'ordenació dels registres (art. 149.1.8 CE), ja que el mateix art. 9 LH, en el seu segon (i últim) paràgraf, permet que la llei, en casos concrets, pugui establir determinades especificitats en relació amb els requisits de la inscripció. Això és precisament el que ha fet el legislador català en l'art. 227-9 CCCat, per tal de permetre la constància registral de l'existència d'uns béns, els del patrimoni protegit, que no tenen un titular actual. En definitiva, el que importa no és a nom de qui estan inscrits els béns, sinó que els béns constin efectivament inscrits, per tal de fer oposable a tercers quin és el seu peculiar règim jurídic. És per això que el fet que els béns constin inscrits a favor del mateix patrimoni protegit és una dada purament instrumental i per tal de facilitar el funcionament del Registre, dels seus índexs i bases de dades.<sup>39</sup>

La inscripció en els registres és *voluntària*, d'acord amb els principis que regeixen el nostre ordenament jurídic. Ara bé, si la inscripció es produeix, la

37 Es tracta, fonamentalment, del Registre de Béns Mobles, pel que fa a aquest tipus de béns, i del Registre Mercantil, si en el patrimoni protegit figura una empresa.

38 No és aquest l'únic cas d'inscripció de béns a nom d'una «entitat» sense personalitat jurídica. En aquest sentit, la DA 5ª.2 de la Llei 3/1994 (redacció donada per l'art. 27 del RD 6/2010, de 9 d'abril), estableix, respecte als fons de titulització hipotecària i als fons de titulització d'actius, que «*la inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad y de cualquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos*».

39 En el cas dels patrimonis protegits sotmesos a la llei estatal (Ley 41/2003), no es plantegen problemes en relació amb la constància registral, ja que els béns que integren aquest patrimoni són de la persona discapacitada. Per tant, se segueixen els criteris habituals o «ortodoxos», com palesa l'art. 8.2 de l'esmentada llei. En aquest sentit,

lleï li imposa un contingut específic, a més a més del contingut general que tota inscripció ha de tenir. En aquest sentit, l'art. 227-9.2 CCCat estableix que «en la inscripció dels béns que integren el patrimoni protegit, s'han de fer constar les facultats conferides a l'administrador, les causes d'extinció del patrimoni protegit i la destinació establerta per al romanent». El contingut *imperatiu* de la inscripció —que és voluntària— es justifica per la conveniència i utilitat de donar publicitat a circumstàncies i matèries de naturalesa dispositiva i que, en moltes ocasions, poden no tenir la transcendència jurídic — real que exigeix el contingut general de la inscripció (vegeu l'art. 51.7 RH). Pel que fa a la necessitat de què en la inscripció constin necessàriament les causes d'extinció del patrimoni protegit, cal entendre que no es tracta de les causes que enumera l'art. 227-7 CCCat, ja que això seria redundant i inútil, sinó d'altres causes d'extinció, diferents d'aquelles, que el constituent hagi introduït en el negoci de constitució.

Finalment, la referència al patrimoni protegit també està prevista en el Registre Civil, de manera que el beneficiari podrà acreditar fàcilment l'existència d'un patrimoni d'aquest tipus creat a favor seu. En concret, en l'actualitat ho permet l'art. 46 bis de la Llei del Registre Civil (article afegit a la LRC de 1957 per la Llei 1/2009, de 25 de març, *sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos*); aquest precepte està pensat pels patrimonis protegits de la Llei estatal 41/2003, però no hi ha cap impediment per aplicar-ho també als patrimonis regulats en el Codi Civil de Catalunya. En concret, el primer paràgraf de l'art. 46 bis LRC estableix que «*los encargados de los Registros Civiles Municipales extenderán por duplicado [...] las inscripciones de la Sección IV [art. 88 a 91 LRC] sobre constitución y modificación de organismos tutelares, [...] y las de constitución de patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Civil Central para su extensión en el «Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos».* El segon apartat del mateix article afegeix que aquestes inscripcions es practicaran «*mediante testimonio bastante de la escritura de constitución del patrimonio protegido o de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos que el juez o el notario autorizante deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado del Registro Civil competente, que lo será, respecto de las inscripciones que se hayan de practicar en la Sección IV, el del domicilio del incapacitado o beneficiario del patrimonio protegido».*

La nova Llei del Registre Civil (Llei 20/2011, de 21 de juliol), que entrarà en vigor el 22 de juliol de l'any 2014, també preveu l'accés al Registre Civil dels actes relatius a la constitució i al règim del patrimoni protegit de les persones amb discapacitat (art. 4.12º i 76 LRC 2011). En concret, el darrer precepte

---

a) Si un bé es transmet a la persona discapacitada o dependent per tal que s'integri en el patrimoni protegit, «*se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad».*

b) En canvi, si el bé ja pertanyia a la persona discapacitada o dependent, «*se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal».*

citat estableix que «es inscribible en el registro individual de la persona con discapacidad el documento público o resolución judicial relativos a la constitución y demás circunstancias relativas al patrimonio protegido y a la designación y modificación de administradores de dicho patrimonio».

## BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «Diferencias en la constitución y extinción del patrimonio protegido entre la legislación estatal y la regulación contenida en el Segundo Libro del CC Catalán», a: REYES BARRADA ORELLANA, – MARTÍN GARRIDO MELERO, – SERGIO NASARRE AZNAR, (coordinador), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 119-131.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad», a: GARRIDO MELERO, Martín – FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. III, Barcelona, Bosch, 2005. P. 601-650.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «¿Por qué el trust en Catalunya?, a: NASARRE AZNAR, Sergio – GARRIDO MELERO, Martín: *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid – Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2006. P. 525-594.
- BADOSA COLL, Ferran (dir.): *Manual de Dret Civil Català*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- BADOSA COLL, Ferran, «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret català», *La Notaria*, 5 (2002), p. 15-63.
- BARRIÈRE, François: *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004.
- BEAULNE, Jacques: *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998.
- BIANCA, Mirzia: *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, CEDAM, 1996.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Elementos para una regulación del trust», en: GARRIDO MELERO, Martín – FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. III, Barcelona, Bosch, 2005. P. 523-564.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol 2, 12ª edició, amb addicions de José Luis de los Mozos. Madrid, Reus S.A., 1978.
- CORVO LÓPEZ, Felisa-María: «La constitución del patrimonio protegido: estudio comparado de la Ley 41/2003 y del Libro II del Código Civil de Cataluña», a: FLORENSA I TOMÀS, Carles (dir.): *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2011. P. 237-268.
- DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA I INTERIOR. OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL: *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, «Els drets reals»*,



- Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior, 2003.
- ENNECCERUS, Ludwig: *Derecho Civil (Parte General)*. 13ª revisió per Hans Carl Nipperdey; traducció de la 39ª edició alemana, con estudis de comparació y adaptació a la legislació y jurisprudencia españolas, por Blas Pérez González y José Alguer. Tomo I, volumen 1º del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff; 2ª edició, al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1953.
- ENTRENA PALOMERO, Blanca: «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», a: LAORDEN, Javier (dir.): *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial – Caja Madrid, 2007. P. 985-1.031.
- GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen: «El patrimonio protegido de la persona discapacitada o dependiente. Una primera lectura de su regulación en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», a: BARRADA ORELLANA, Reyes – GARRIDO MELERO, Martín – NASARRE AZNAR, Sergio (coordinadors), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 77-117.
- HANBURY & MARTIN: *Modern equity*, 16a edició a cura de Jill E. Martin, London, Sweet & Maxwell, 2001.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis – LUNA SERRANO, Agustín – RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil*, vol. I-3º, Barcelona, José María Bosch, Editor, 1990.
- LAFOND, Pierre-Claude: *Précis de droit des biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1999.
- LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín: «Notas sobre la administración y disposición de los bienes fiduciarios ante el Registro», a: NASARRE AZNAR, Sergio – GARRIDO MELERO, Martín: *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, Madrid – Barcelona. P. 695-714.
- LUPOI, Maurizio: *I trust nel Diritto Civile*, Torino, UTET, 2000 (forma part de la col·lecció *Trattado di Diritto Civile*, dirigida per Roberto Sacco i, més concretament, el volum 2 de la divisió *I Diritti Reali*).
- LUPOI, Maurizio: *Trusts*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: «El patrimonio protegido del menor discapacitado», a: MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: *Instrumentos jurídicos para la protección sostenible de la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2010. P. 35-45.
- MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto: «Comentari als art. 227-1 a 227-9 CCCat», a: ROCA TRÍAS, Encarnación – ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coordinadors): *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011. P. 442-473.
- MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto: «Comentari als art. 429-1 a 429-6 CCCat», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan – FERRER I RIBA, Josep (directors): *Comentari*

- al Llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. I, Barcelona, Atelier, 2009. P. 921-942.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael: «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», a: GARRIDO MELERO, Martín – FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. II, Barcelona, Bosch, 2005. P.125-194.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael: «Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», a: NASARRE AZNAR, Sergio – GARRIDO MELERO, Martín: *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2006. P. 297-306.
- MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni: «La administración de bienes o patrimonios ajenos: un proyecto de regulación en el derecho civil de Cataluña», en: GARRIDO MELERO, Martín – FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona, Bosch, 2005. P. 139-203.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad», a: NASARRE AZNAR, Sergio – GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores): *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, Madrid – Barcelona, p. 283-295.
- NASARRE AZNAR, Sergio: *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons – Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 2003.
- PAU PEDRÓN, Antoni: «El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral», a: NASARRE AZNAR, Sergio – GARRIDO MELERO, Martín: *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, Madrid – Barcelona, p. 671-694.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Teoría general del patrimonio», en: GARRIDO MELERO, Martín – FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona, Bosch, 2005. P. 46-138.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio – VILA RIBAS, Carmen: «El patrimonio especialmente protegido (consideraciones a raíz del proyecto de ley de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», a: HERRERA CAMPOS, Ramón – BARRIENTOS RUIZ, Miguel Ángel: *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. II, Almería, 2011. P. 1059-1070.
- TODD, Paul – LOWRIE, Sarah: *Textbook on trusts*, 5a ed., London, Blackstone Press Limited, 2000.
- WITZ, Claude: *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981.

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

ANTONI GINER GARGALLO  
Registrador de la Propietat

I. INTRODUCCIÓ. II. LA INSCRIPCIÓ DELS PATRIMONIS PROTEGITS ALS REGISTRES PÚBLICS.  
1. Inscripció al Registre de la Propietat. 2. Inscripció al Registre Civil. 3. Inscripció al Registre Mercantil. 4. Registre de patrimonis protegits. III. LA FISCALITAT DE LA CONSTITUCIÓ, APORTACIÓ I EXTINCIÓ DELS PATRIMONIS PROTEGITS.

## I. INTRODUCCIÓ

El Capítol VII del Títol II (Institucions de Protecció de la Persona) del Llibre II (Persona i Família) del Codi Civil Català, sota el títol de *Protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent* regula els patrimonis protegits a favor d'aquestes persones. Com reconeix l'Exposició de Motius de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, per la que s'aprova el Llibre II del CCC, aquesta figura és una de les grans novetats de la regulació en matèria de família, amb l'objectiu de donar una sortida a les famílies que volen escapar de les institucions de protecció tradicionals (tutela, etc.). Dins de la finalitat de fer possible que tothom pugui desenvolupar el seu projecte de vida i prendre part, en igualtat de drets i deures en la vida social, la nova regulació de la persona i família continguda al Llibre II, segons l'Exposició de Motius, posa èmfasi en la capacitat natural de les persones i en el respecte en llur autonomia en l'àmbit personal i familiar, i regula dues noves institucions: l'assistència i els patrimonis protegits. En aquesta darrera institució, la legislació catalana vol superar la legislació estatal continguda a la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció de les persones amb discapacitat, insuficient per aconseguir les finalitats esmentades i gairebé no utilitzada per les famílies catalanes.

Aquesta ponència té per objecte estudiar la connexió dels patrimonis protegits amb els Registres Públics així com les conseqüències fiscals corresponents, mentre que l'estudi substantiu de la institució es farà a la ponència següent.

## II. LA INSCRIPCIÓ DELS PATRIMONIS PROTEGITS ALS REGISTRES PÚBLICS

Els patrimonis protegits regulats al Codi Civil Català són un conjunt de béns, sense propietari ni personalitat jurídica, que queden afectes a la satisfacció de les necessitats vitals d'un beneficiari (article 227-2). Només

poden ser beneficiaris d'aquests patrimonis les persones amb una discapacitat psíquica igual o superior al 33%, una discapacitat física o sensorial igual o superior al 65% o que es troben en una situació de dependència de grau II o III (article 227-1).

Tractarem ara d'esbrinar quina publicitat pot tenir aquesta institució als diferents Registres Públics, tant de béns com de persones, així com el registre administratiu creat per la disposició addicional primera de la Llei 25/2010.

## 1. INSCRIPCIÓ AL REGISTRE DE LA PROPIETAT

Hem dit abans que els patrimonis protegits regulats pel Codi Civil Català són un conjunt de béns sense propietari ni personalitat jurídica, afectes a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari, i subjectes a un règim especial d'administració i de disposició. Si aquests béns que s'integren al patrimoni protegit són immobles o drets reals sobre béns immobles o béns mobles identificables, hem de veure si el fet de quedar integrats en aquests patrimonis es pot reflectir al Registre de la Propietat o al Registre de Béns Mobles, al que seran també aplicables totes les precisions que faci sobre el Registre de la Propietat immobiliària.

El Registre de la Propietat és la institució creada per donar seguretat jurídica al tràfic immobiliari, la qual cosa s'aconsegueix publicant la situació jurídica dels immobles. Aquesta publicitat registral produeix un doble efecte:

- a) De legitimació, que des d'un punt de vista actiu, suposa la presumpció iuris tantum de que el titular inscrit és el titular real, i des d'un punt de vista passiu, suposa la necessitat del consentiment del titular registral per fer qualsevol altre assentament o de ser part en qualsevol procediment judicial o administratiu en què es discuteixi la seva titularitat (tutela judicial efectiva).
- b) De fe pública, que implica que qui contracta confiant amb la titularitat que publica el Registre obté una titularitat inatacable.

Al Registre de la Propietat s'inscriuran tots els títols pels quals es constitueixi, transmeti, modifiqui o extingeixi el domini o qualsevol altre dret real sobre un immoble (article 2.1 i 2.2 de la Llei Hipotecària). També es poden inscriure les resolucions judicials que modifiquin la capacitat civil de les persones respecte la lliure disposició dels seus béns (articles 2.4 de la Llei Hipotecària i 10 del seu Reglament).

La inscripció del domini i altres drets reals immobiliaris ha de fer-se a favor del seus titulars. En conseqüència, poden ser titulars de béns i drets reals les persones o entitats que poden ser propietàries. Per això l'article 11 del Reglament Hipotecari disposa que no es faran inscripcions a favor d'entitats sense personalitat jurídica. Ara bé, el mateix precepte, en la seva redacció introduïda pel RD 1867/1998, permetia supòsits especials d'inscripcions a favor d'entitats sense personalitat jurídica, com les UTE, Comissions de Creditors, Fons de Pensions, d'inversions i de titulització hipotecària. I encara que la Sentència del Tribunal Suprem de 31 de gener de 2011 va anul·lar aquestes

referències per manca d'emparament legal, altres normes han permès les inscripcions a favor d'entitats similars i així s'ha reconegut per la doctrina de la DGRN, la qual permet la inscripció a favor de les entitats que, encara que no tinguin personalitat jurídica legalment reconeguda, estiguin subjectes a un règim d'administració i de responsabilitat especial.

Els patrimonis protegits regulats per la legislació catalana, com hem dit abans, no tenen personalitat jurídica pròpia, la qual cosa podria ser un obstacle per a la inscripció registral, conforme l'article 11 del Reglament Hipotecari esmentat. A diferència del que regula la Llei estatal 41/2003, els béns aportats a un patrimoni protegit no són propietat ni del constituent, ni del beneficiari ni molt menys de l'administrador, i, en conseqüència, no es poden inscriure els béns a favor de qualsevol d'ells. Som davant d'un supòsit de titularitat fiduciària: un patrimoni que està unit per la seva especial finalitat i no per la persona del seu propietari. És més, el legislador català, en la configuració que fa, prescindeix, per intranscendent, de la figura del propietari dels béns. Això, des del punt de vista registral planteja el problema de qui ha de ser el titular registral d'aquests patrimonis. Ara bé, malgrat aquests obstacles, hi podem trobar fermes arguments per defensar la publicitat registral dels patrimonis protegits:

- a) En primer lloc, perquè l'acte de constitució d'un patrimoni protegit, encara que no suposi la transmissió dels béns a favor d'altra persona, sí que significa la pèrdua de la propietat per part de l'aportant. Si ni l'aportant ni el beneficiari ni l'administrador tenen la propietat ni cap altre dret real sobre els béns integrats al patrimoni protegit, això suposa que l'acte d'aportació suposa la pèrdua de la propietat o dret aportat, que accedirà al Registre mitjançant la corresponent cancel·lació (articles 2 i 79 de la Llei Hipotecària).
- b) L'acte d'extinció del patrimoni protegit porta a una liquidació i la transmissió dels béns en la forma que correspongui, la qual cosa és un acte de transmissió del domini o dret real corresponent que accedirà al Registre de la Propietat.
- c) Els béns integrats en un patrimoni protegit estan units per un règim de responsabilitat (article 227-2) i d'administració (article 227-4) específic, que, segons la doctrina de la DGRN, permet la inscripció.
- d) Finalment, hi ha una disposició legal que expressament permet la inscripció. És l'article 227-9, que permet la inscripció dels béns integrants d'un patrimoni protegit a favor del mateix patrimoni. Encara que amb els arguments anteriors ja n'hi hauria prou per permetre la inscripció, és bo que el legislador català ho hagi ratificat expressament.

Els actes relacionats amb els patrimonis protegits que accediran al Registre de la Propietat són l'aportació de béns immobles, tant en el moment de la seva constitució com en un moment posterior, la modificació del règim d'administració, disposició o destí del romanent, i la transmissió dels béns, ja sigui durant la seva vigència o com a conseqüència de l'extinció del patrimoni protegit.

## 1.1. Aportació de béns a un patrimoni protegit

La constitució d'un patrimoni protegit tindrà reflex registral en la mesura que s'aportin béns immobles, perquè el que publica el Registre de la Propietat no és tant la constitució del patrimoni sinó la integració de la finca o dret real a aquest. Per això, la inscripció dels béns o drets a favor del patrimoni protegit es farà amb el títol d'aportació, que podrà coincidir amb la constitució del patrimoni o fer-se posteriorment.

Una primera pregunta que hem de resoldre és si es poden constituir més d'un patrimoni protegit a favor d'un mateix beneficiari. No sembla que aquesta opció sigui acollida per la legislació catalana, si tenim en compte la mateixa denominació del patrimoni protegit, que va completada amb el nom i cognoms del beneficiari. En canvi, sí que poden ser diferents les persones que aporten béns a aquest patrimoni, i, encara que el legislador no ho hagi previst expressament, entenc que cada aportant podria establir un règim d'administració i de liquidació diferent.

Igualment es pot plantejar si a Catalunya es poden constituir patrimonis protegits regits per la Llei Estatal. L'exposició de motius de la Llei estatal estableix que la seva regulació s'entén sense perjudici de les normes aprovades per les comunitats amb dret civil propi, les quals seran d'aplicació preferent, i la normativa estatal només tindrà caràcter supletori. D'acord amb això, els patrimonis protegits constituïts a favor de beneficiaris amb veïnatge civil català estaran subjectes a la legislació catalana.

Estudiarem el títol formal d'aportació que s'ha de presentar al Registre per fer la corresponent inscripció, les persones que han d'intervenir, els béns aportats i la classe d'assentament a practicar i les seves circumstàncies. Igualment veurem els efectes que produirà la inscripció d'un bé a favor d'un patrimoni protegit.

## 1.2. Títol formal

L'aportació d'un immoble o dret real immobiliari a un patrimoni protegit ha de constar documentat en escriptura pública, per exigència del principi general de legalitat i titulació autèntica que imposa l'article 3 de la Llei Hipotecària. Aquesta exigència coincideix amb la necessitat d'escriptura pública que imposa la legislació catalana tant per a la constitució del patrimoni protegit (art. 227-3.2) com per a les aportacions posteriors (art. 227-3.4). La regulació catalana del patrimoni protegit no estableix un règim de constitució judicial, com fa l'article 3 de la Llei estatal 41/2003. Tampoc crec possible la constitució d'un patrimoni protegit per document administratiu, ni tan sols a l'hipotètic supòsit de que el constituent fos la mateixa administració, i no només perquè amb l'actual situació econòmica i pressupostària no sembla previsible que les Administracions tinguin aquesta disponibilitat, sinó també perquè els ajuts públics tenen una regulació i funcionament molt diferent a aquesta institució.

Quan l'aportació es faci amb el mateix títol de constitució, hi haurà prou amb aquest, però quan es faci en un moment posterior, la inscripció exigirà la presentació no només de l'escriptura en la què es faci l'aportació sinó també de

l'escriptura de constitució, on hi hauran algunes de les circumstàncies que ha de reflectir la inscripció (règim d'administració i disposició, liquidació, etc.).

### 1.3. Persones atorgants

**Aportant:** La persona que aportï els béns necessàriament ha de coincidir amb el titular registral d'aquests, per exigència dels principis de tracte successiu i de legitimació registral (articles 1 i 20 de la Llei Hipotecària). Pot ser qualsevol persona, ja sigui el mateix beneficiari, un parent o també persones sense relació familiar amb aquest. Així, se supera encertadament la limitació que estableix l'article 3 de la Llei estatal 41/2003. L'aportant ha de tenir plena capacitat per fer actes de disposició. Si es tracta del mateix beneficiari, i està afectat per limitacions psíquiques o és menor d'edat, haurà d'estar representat pels seus representants legals (pares, tutors, etc.) que necessitaran les mateixes autoritzacions que estableixi la llei per a realitzar actes dispositius (autorització judicial, consentiment alternatiu de dos parents, etc.).

**Beneficiari:** És la persona que es vol protegir, i que ha de reunir el grau de discapacitat o dependència que estableix l'article 227-1. Quan sigui persona diferent del constituent, l'article 227-3 exigeix el seu consentiment per a la constitució del patrimoni protegit, però no es diu expressament que sigui necessari el seu consentiment per aportacions de béns posteriors a aquesta constitució. Tot i això, entenc que l'acceptació del beneficiari serà un requisit necessari també en els supòsits d'aportacions fetes amb posterioritat a l'acte de constitució, perquè no hi ha cap raó que pogués justificar un tracte diferent en aquest cas. L'acceptació del beneficiari podrà fer-se al mateix títol d'aportació o en qualsevol títol públic posterior. Entenem que és aplicable la regla que en seu de donacions estableix l'article 531-21, de manera que bastarà que el beneficiari tingui capacitat natural (per exemple, el menor emancipat no necessitarà complement de capacitat, etc.). El beneficiari incapacitat o menor d'edat actuarà mitjançant els seus representants legals, que no necessitaran cap autorització complementària. Com hem dit abans, no es preveu un règim de constitució forçós, de manera que davant la manca d'acceptació del beneficiari o dels seus representants no és possible ni constituir el patrimoni ni aportar-hi béns. Per fer la inscripció corresponent, s'haurà d'acreditar que el beneficiari reuneix les condicions que li permeten gaudir d'aquesta condició amb els certificats o resolucions a que fa referència l'article 227-1.2.

**L'administrador:** l'article 227-3 exigeix la designació de les persones encarregades d'administrar el patrimoni protegit, que pot ser el mateix constituent o aportant, però mai el beneficiari. Aquesta persona ha d'acceptar el seu càrrec (article 227-4). Ara bé, no és necessària la presència de l'administrador a l'acte d'aportació ni per a practicar la inscripció corresponent.

### 1.4. Béns aportats

Es poden aportar a un patrimoni protegits béns de tota mena. Si entre els béns aportats hi ha béns immobles o drets reals sobre un immoble (usdefruit, cens, hipoteques, etc.) o béns mobles, es podran inscriure al Registre de la Propietat o de Béns Mobles a favor del patrimoni protegit.

## 1.5. Classe d'assentament i circumstàncies

L'aportació d'un bé a un patrimoni protegit donarà lloc a un assentament d'inscripció. L'acta d'inscripció determinarà que el registrador inscriu el domini o el dret real aportat sobre l'immoble a favor del patrimoni protegit. El titular registral serà «patrimoni protegit de», seguit del nom i cognoms del beneficiari.

Aquest assentament haurà de contenir les circumstàncies generals de totes les inscripcions. És important destacar que s'haurà d'indicar el NIF del patrimoni protegit constituït (article 254 de la Llei Hipotecària) i el seu domicili, que podrà ser el mateix que el de la persona designada per administrar-ho (article 9 Llei Hipotecària i 51 del seu Reglament).

L'article 227-9 regula les circumstàncies especials que ha de contenir aquest assentament, que seran les següents:

- Les facultats conferides a l'administrador, la qual cosa exigeix també que l'assentament identifiqui la persona o persones designades com a administradores, i, si així consta al títol presentat, la seva acceptació. Si al títol presentat no constés l'acceptació de l'administrador, podrà fer-se constar posteriorment mitjançant nota marginal, aportant el títol públic d'acceptació. Respecte les facultats de l'administrador, s'estarà, en primer lloc, al que es disposi per l'aportant (art. 227-4), i a manca de disposició, s'aplicaran les normes de la tutela (art. 227-4.5). Hem dit abans que poden ser més d'una persona les que aportin béns al patrimoni protegit d'un mateix beneficiari, i si bé entenem que no serà possible crear més d'un patrimoni protegit, no hi cap obstacle per a què cada aportació estigui subjecta a un règim d'administració i de disposició diferent. Tampoc hi haurà obstacle perquè diferents béns aportats per una mateixa persona estiguin subjectes a règims diferents.
- Les causes d'extinció del patrimoni protegit. L'article 227-7 regula les causes d'extinció d'aquest patrimoni (mort del beneficiari, pèrdua de la condició de discapacitat, renúncia del beneficiari, expiració del termini o compliment de condició resolutòria). Les causes d'extinció legalment previstes no necessiten d'inscripció especial per a causar efecte. En realitat, el que vol dir la llei és que s'hauran de fer constar a la inscripció aquelles altres causes d'extinció previstes pel constituent o aportant dels béns, per exemple, quan es fixi un termini de durada o un fet que determini l'extinció del patrimoni com condició resolutòria.
- Destinació establerta per al romanent, si s'ha fixat. Aquesta circumstància és essencial per determinar la liquidació del patrimoni una vegada extingit (art. 227-8).

## 1.6. Efectes de la inscripció

Els efectes de la inscripció d'un bé a favor d'un patrimoni protegit seran els efectes generals de la nostra legislació civil i registral, en especial, els efectes de legitimació i de fe pública registral a que hem fet esment amb anterioritat.



Ara bé, sí que s'ha de fer una especial referència a dues qüestions importants: el règim de responsabilitat d'aquests béns així com els requisits per a inscriure títols que els afectin.

Respecte el **règim de responsabilitat dels béns aportats a un patrimoni protegit**, l'article 227-2.2 determina que el patrimoni protegit no respon de les obligacions del beneficiari, ni del constituent ni de l'administrador. Però, afegeix aquest precepte, que les aportacions no perjudicaran als creditors de l'aportant amb crèdits anteriors a la data d'aportació ni tampoc perjudiquen als legitimaris. Això implica les següents conseqüències:

- Els béns del patrimoni protegit respondran dels deutes assumits per ell. Dins d'aquestes despeses es poden incloure les de manteniment dels béns que l'integren o que estan generades per ells (despeses de comunitat, impostos, etc.). Igualment poden haver deutes del patrimoni com a conseqüència de la seva finalitat (despeses d'assistència i mèdiques del beneficiari, préstecs amb garantia real dels béns del patrimoni, etc.). Per reclamar aquests deutes els creditors es podran dirigir contra el patrimoni i demanar l'embargament dels seus béns.
- Els béns del patrimoni protegit també respondran dels deutes dels aportants amb crèdit anterior a l'aportació. Aquests deutes són personals dels aportants, però a manca d'altres recursos, els creditors poden procedir contra els béns aportats al patrimoni. La reclamació del deute i d'execució contra els béns del patrimoni s'ha de dirigir contra el deutor (l'aportant) però també contra el patrimoni protegit. Correspon al jutge valorar si procedeix aquesta execució, donat el principi de subsidiarietat que s'estableix.
- També responen els béns del patrimoni protegit de reclamacions de pagament de legítimes de l'herència de l'aportant. No es diu expressament si aquestes aportacions, si s'han fet durant els darrers deu anys a la mort de l'aportant, han de computar-se a efectes de determinar l'import de la legítima, com estableix l'article 451-6 respecte les donacions. Ara bé, l'article 227.2.2 implica que aquestes aportacions seran objecte de reducció per pagar les legítimes, conforme l'article 451-22, si bé no queda clar si per determinar l'ordre de reducció s'assimilaran a les donacions o anirien en darrer lloc, després d'aquestes. Ara bé, qualsevol acció de reducció s'ha de dirigir contra el patrimoni protegit.
- Els béns dels patrimonis protegits no respondran de qualsevol altre deute ni de l'aportant, ni del beneficiari, ni de l'administrador. L'aplicació d'aquesta regla correspon al jutge, que ha de desestimar qualsevol reclamació contra un patrimoni protegit per aquests deutes.
- El patrimoni protegit, encara que no tingui personalitat jurídica, sí que té legitimació processal activa i passiva, de manera que pot defensar davant dels tribunals de justícia els seus drets i pot ser demandat.
- El patrimoni protegit també haurà de ser demandat quan es reclami la propietat d'algun dels béns que el componen o en qualsevol altra acció real que el pugui afectar. El mateix s'aplicarà als procediments

administratius que puguin afectar aquests béns (expropiacions forçoses, reparcel·lacions urbanístiques, etc.).

Des d'un punt de vista registral, l'aplicació d'aquestes regles, combinada amb el principi de legitimació registral, comporta el següent:

- No es pot anotar l'embargament dels béns que formen part d'aquests patrimonis si el procediment no s'ha dirigit contra el patrimoni protegit sinó només contra l'aportant, el beneficiari o l'administrador.
- En canvi, sí que es podran anotar els embargaments en procediments dirigits contra al patrimoni protegit com a tal. En aquests supòsits no correspon al registrador, sinó al jutge, qualificar si els deutes o obligacions reclamats són dels que afectaran aquests béns.

Respecte la **inscripció d'actes sobre els béns del patrimoni**, la regla general la determinarà el mateix aportant a l'acte d'aportació. A manca de determinació expressa d'aquest, s'aplicaria les següents regles:

- Per inscriure actes d'administració ordinària (declaracions d'obres noves, sol·licitud de cancel·lació de càrregues, segregacions i parcel·lacions, constitucions de propietats horitzontals, dissolució de comunitats, etc.) el títol l'atorgarà l'administrador del patrimoni.
- Per inscriure títols de disposició o gravamen d'aquests béns, l'administrador necessitarà autorització judicial, conforme la remissió que fa l'article 227-4.6 als articles de la tutela, i en especial, l'article 222-43.

## 1.7. Publicitat registral i protecció de dades

L'article 8 de la Llei estatal disposa que la publicitat dels assentaments registrals ha de respectar el dret d'intimitat personal i amb respecte de la normativa de protecció de dades de caràcter personal. Aquesta exigència és, evidentment, aplicable a les inscripcions dels patrimonis catalans, perquè no neix de la Llei 41/2003 sinó de la normativa registral general i de la legislació de protecció de dades, encara que és justificable que la llei faci un especial esment a aquestes limitacions en un supòsit especialment sensible com les situacions d'incapacitat o assistència.

## 1.8. Modificació del règim jurídic

Hem vist com, a més a més de les circumstàncies generals que ha de contenir qualsevol inscripció, la inscripció de l'aportació d'un bé a un patrimoni protegit ha d'expressar les facultats conferides a l'administrador, les causes d'extinció del patrimoni protegit i la destinació establerta per al romanent. Aquestes regles s'han de fer constar a l'escriptura de constitució o a l'escriptura d'aportació del bé que s'inscriu. La Llei no permet una modificació voluntària d'aquestes normes, una vegada constituït el patrimoni o aportat el bé. Ara bé, qualsevol persona interessada o el ministeri fiscal pot demanar judicialment la modificació d'aquestes normes, si no són útils, i la resolució

corresponent s'inscriurà al Registre de la Propietat. En aquests supòsits, el títol formal serà el testimoni de la resolució judicial.

Per altra banda, també es poden produir modificacions respecte la persona de l'administrador (acceptació, renúncia, etc.), que tindran el corresponent reflex registral.

### **1.9. Transmissió per extinció**

Extingit el patrimoni protegit, s'ha de procedir a la seva liquidació i transmissió del romanent en la forma establerta pel constituent, i a manca de disposició, al seu favor o dels seus hereus. Els béns integrats al patrimoni passen a tenir un nou propietari, i aquesta transmissió implica una inscripció al Registre de la Propietat.

El títol per a inscriure la liquidació serà l'escriptura atorgada per la persona designada per fer la liquidació, o a manca de designació, per l'administrador. En aquesta escriptura, el liquidador haurà de justificar que s'ha donat alguna de les causes d'extinció legalment establertes (certificat de defunció, escriptura de renúncia, certificació administrativa de pèrdua de la condició de discapacitat o dependència, etc.), o el compliment del termini o condició resolutòria disposada per l'aportant. Igualment, serà necessari l'acceptació de la persona a qui s'adjudiquin els béns. Si són els hereus de l'aportant, hauran d'acreditar aquesta condició amb el títol successori corresponent.

Amb el títol de liquidació, es farà una inscripció de domini dels béns corresponents a favor dels seus adjudicataris a títol d'adjudicació en liquidació de patrimoni protegit.

### **1.10. Disposició dels béns del patrimoni protegit durant la seva vigència**

Els béns que formen part d'un patrimoni protegit podran ser alienats o gravats, amb els requisits establerts per l'aportant. El Registrador haurà de qualificar que es compleixin les circumstàncies establertes al títol d'aportació. Evidentment, per inscriure l'acte dispositiu efectuat per l'administrador del patrimoni protegit serà necessari que l'immoble consti inscrit a favor del patrimoni protegit.

L'aportant pot establir totes les limitacions, consentiments i cauteles que estimi oportunes per a la realització d'actes dispositius, o prohibir aquests.

A manca de disposició de l'aportant, s'aplicaran les regles dels articles 222-40 a 222-46 en matèria de tutela (art. 227-4), per la qual cosa l'administrador necessitarà autorització judicial per alienar o gravar els immobles que formin part del patrimoni.

## **2. INSCRIPCIÓ AL REGISTRE CIVIL**

El Registre Civil té per objecte fer constar oficialment els fets i actes que es refereixen a l'estat civil de les persones. Entre aquests fets i actes es troben les situacions d'incapacitat o de representació legal. Per això, té certa lògica que la constitució dels patrimonis protegits s'inscrigui al Registre Civil. El Codi Civil

Català no hi fa cap referència, pensem que per una qüestió de competències. La legislació estatal sí que regula aquesta qüestió, però s'ha de tenir en compte que la configuració jurídica dels patrimonis protegits és diferent que la que fa el legislador català, com hem vist abans. Així, el patrimoni protegit de la llei estatal pertany al beneficiari, però està subjecte a un règim de representació legal. Per això, l'article 8 de la Llei estatal 41/2003, reformat per la Llei 1/2009, de 25 de març, estableix que les representacions legals resultants de la constitució d'un patrimoni protegit s'inscriuran al Registre Civil. En canvi, el fet de constitució del patrimoni no és objecte de cap inscripció específica i en canvi sí que es preveu que s'ha de notificar al Ministeri Fiscal. En canvi, el legislador català regula el patrimoni protegit com una entitat autònoma, que no pertany ni al beneficiari ni al aportant. No hi ha cap obstacle per aplicar als patrimonis protegits catalans el règim d'inscripció al Registre Civil del seu règim d'administració, que en definitiva, significa també la inscripció del patrimoni mateix. Aquesta inscripció també serà una mesura útil per evitar la constitució de més d'un patrimoni protegit a favor d'un mateix beneficiari.

Hem de fer esment també a la Llei 20/2011, del Registre Civil, que als seus articles 4.12 i 76 estableix que és inscripció al registre individual de la persona amb discapacitat el document públic o resolució judicial relativa a la constitució i altres circumstàncies relatives al patrimoni protegit i a la designació i modificació dels administradors d'aquest patrimoni. Aquesta llei entrarà en vigor als tres anys de la seva publicació al BOE, és a dir, el 22 de juliol de 2014.

Finalment, s'ha de destacar que no hi cap norma que imposi la prèvia inscripció en el Registre Civil abans d'inscriure l'aportació als Registres de Béns corresponents, a diferència de l'article 266 del Reglament del Registre Civil respecte les capitulacions matrimonials. Encara amb això, es pot defensar que la prèvia inscripció al Registre Civil és necessària com únic mitjà per assegurar que no hi ha altre patrimoni amb el mateix beneficiari.

### 3. INSCRIPCIÓ AL REGISTRE MERCANTIL

Els patrimonis protegits no tenen connexió amb el Registre Mercantil que permeti pensar en una inscripció en aquest Registre. El Registre Mercantil té per objecte la inscripció dels empresaris i altres subjectes que determini la Llei, i dels actes i contractes relatius als mateixos que determini la Llei i el Reglament del Registre Mercantil (art. 1 Reglament del Registre Mercantil). Encara que el constituent podria ser una persona física o jurídica inscrita en el Registre Mercantil o el beneficiari també podria ser un comerciant persona física, la naturalesa del patrimoni protegit, com conjunt de béns amb un règim de responsabilitat i administració pròpia, fa que no sigui aquesta la institució idònia per a la seva publicitat.

### 4. REGISTRE DE PATRIMONIS PROTEGITS

La disposició addicional primera de la Llei 25/2010 crea un Registre de patrimonis protegits, on inscriure les escriptures de constitució i modificació d'aquests patrimonis, canvis en el règim d'administrador i les resolucions

judicials que els afectin. El Decret 30/2012, de 13 de març regula al Capítol III aquest Registre i estableix un règim de comunicacions telemàtiques per part dels notaris.

La finalitat d'aquest Registre és merament administrativa i de control estadístic d'aquesta figura. No és, en cap cas, requisit necessari la prèvia inscripció en el Registre administratiu per fer les inscripcions en els Registres de la Propietat o Civil.

### III. LA FISCALITAT DE LA CONSTITUCIÓ, APORTACIÓ I EXTINCIÓ DELS PATRIMONIS PROTEGITS

L'èxit de la figura dels patrimonis protegits dependrà del tractament fiscal que es doni a les diferents operacions a realitzar. A la normativa tradicional ja trobàvem fórmules jurídiques per assolir una finalitat anàloga a la dels patrimonis protegits, com era la donació amb administració fixada pel donant. Ara bé, aquestes figures no tenien cap tractament fiscal favorable, malgrat la seva finalitat social o assistencial.

La Llei estatal 41/2003 conté un Capítol, el tercer, dedicat a donar mesures fiscals d'impuls dels patrimonis protegits que regula. La regulació catalana dels patrimonis protegits, en canvi, no va acompanyada d'una regulació similar. Això és degut, principalment, a la competència per fixar normes fiscals, que en seu dels impostos més importants (IRPF, Societats) és de l'Estat, i només queda a la Generalitat la competència normativa parcial en seu de l'Impost de Successions i Donacions.

La primera pregunta que ens hem de fer és si els beneficis fiscal que la legislació estatal reconeix són aplicables també als patrimonis constituïts segons la llei catalana. Hem vist com les dues regulacions són diferents en la configuració del patrimoni: la llei estatal determina una transmissió de propietat dels béns a favor del beneficiari; la llei catalana crea una figura fiduciària, sense titular. Això pot portar a argumentar que si les normes de beneficis fiscals són d'interpretació estricta i restrictiva, i els beneficis fiscals s'atribueixen només als patrimonis constituïts segons la Llei estatal 41/2003, aquests no seran aplicables a altres figures, com els constituïts segons el Codi Civil Català. Ara bé, entenem que hi ha suficients arguments per defensar l'aplicació als patrimonis catalans. En primer lloc, la mateixa llei estatal reconeix l'aplicació preferent de les lleis autonòmiques. Per altra banda, es pot argumentar que els beneficis fiscals tenen per objecte facilitar la protecció de persones en situació d'especial debilitat i que els beneficiaris dels patrimonis protegits regulats per la llei estatal i per la catalana són les mateixes persones. Això hauria de portar a un tractament fiscal idèntic, per evitar qualsevol classe de discriminació. Encara hauria de ser més evident aquesta conclusió respecte els beneficis fiscals de l'Impost de Successions i Donacions que estableix la llei catalana 19/2010, encara que aquesta norma faci referència només als patrimonis constituïts segons la Llei estatal, ja que la regulació dels patrimonis protegits va ser introduïda al Codi Civil Català amb posterioritat (Llei 25/2010).

Després d'aquesta petita introducció, veiem quins són els beneficis fiscals que reconeix la legislació als patrimonis protegits:

- 1) Dret a reduir la base imposable de l'IRPF de l'aportant en la quantitat corresponent al valor dels béns aportats, amb les següents condicions (art. 54 LIRPF):
  - a) Límit màxim anual de 10000 € per persona i 24250 € global si hi ha més d'un aportant, amb dret a reduir l'excés durant els quatre anys següents.
  - b) Valoració dels béns aportats segons les normes de l'Impost de Patrimoni.
  - c) No donen lloc a reducció les aportacions de elements afectes a una activitat econòmica.
  - d) L'aportant ha de ser parent en línia directa, col·lateral fins el tercer grau del beneficiari, o el cònjuge, tutor o acollidor. No pot ser el mateix beneficiari.
  - e) Si es disposa del bé dins dels quatre anys següents, l'aportant ha de retornar la quantitat reduïda i els interessos moratoris.
- 2) L'aportació no suposa guany o pèrdua patrimonial per l'aportant (art. 33.3.e LIRPF).
- 3) L'aportació es considera renda del treball del beneficiari, i està exempta, amb les següents condicions (arts 17.2.k i 7w de LIRPF):
  - a) És renda del treball fins a 10000 € per aportant i any i amb un límit global de 24250 €. L'excés estarà subjecte a l'Impost de Successions i Donacions.
  - b) L'exempció té com a límit 3 vegades l'indicador públic de renda d'efectes múltiples (IPREM), que suposa, per l'any 2012, una quantitat màxima exempta de 22.365,42 €.
- 4) La part de l'aportació subjecta a l'Impost de Successions i Donacions té una reducció del 90% de la base imposable (article 56 de la Llei catalana 19/2010, de 7 de juny, de regulació de l'Impost de Successions i Donacions).
- 5) Extinció: El caràcter fiduciari del patrimoni protegit català produeix que, quan s'extingeix, es produeix una transmissió del romanent en la forma prevista per l'aportant, o a manca de disposició, a favor del mateix aportant o dels seus hereus. Quan la transmissió es faci a favor de l'aportant no sembla que meriti cap impost. Quan es faci a favor de tercers, l'impost meritat serà el de Successions i Donacions, on el causant o donant serà la persona de l'aportant.

**SEGONA PONÈNCIA**  
**ELS FILLS MENORS DAVANT LA**  
**RUPTURA DELS PROGENITORS**





# Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya<sup>1</sup>

SUSANA NAVAS NAVARRO  
Catedràtica de Dret civil  
Universitat Autònoma de Barcelona

I. «MODELS DE GUARDA» EN EL LLIBRE II DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA EN CAS DE RUPTURA DELS PROGENITORS. 1. «Responsabilitat parental» i «potestat parental». 2. Model legal preferent: la guarda compartida. Altres models de guarda possibles. 3. Subjecte que decideix el model de guarda. Criteris. 4. Subjecte titular de la guarda. 5. Instruments jurídics en el quals es pot configurar la guarda. 6. Contingut. II. EL DRET DEL MENOR A ÉSSER INFORMAT I ESCOLTAT RESPECTE DEL MODEL DE GUARDA. 1. Dret a la informació i a l'expressió de les opinions del menor. 2. Criteris legals. 3. Assumptes respecte dels quals s'informa i s'escolta al menor. 4. Expressió de l'opinió del menor per ell mateix o mitjançant un «tercer». 5. Quan s'informa i s'escolta al menor: audiència judicial i extrajudicial. 6. Subjecte que ha d'informar i escoltar el menor. III. «BENESTAR» I «INTERÈS» DEL MENOR EN LA CONFIGURACIÓ DEL MODEL DE GUARDA. 1. El doble sentit de «benestar del menor» a la legislació catalana. 2. L'interès del menor i el principi de proporcionalitat. IV. REFLEXIONS FINALS. 1. «Encara» manca un canvi de paradigma sobre els drets dels menors. Admissió d'un «paternalisme feble». 2. Per un dret de participació efectiu del menor en la presa de decisions respecte del model de guarda. 3. Realitat social catalana i aplicació del model de guarda compartida. V. BIBLIOGRAFIA CITADA.

## I. «MODELS DE GUARDA» EN EL LLIBRE II DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA EN CAS DE RUPTURA DELS PROGENITORS

És conegut que el legislador català ha optat en el Llibre II CCC per un model de guarda preferent dels menors, en cas de ruptura dels seus progenitors quan se separen de fet (art. 236-11.1 CCC), judicialment, es divorcien, el seu matrimoni és declarat nul (arts. 233-1 a 233-7 CCC) o la seva convivència estable cessa (art. 234-4 i 234-7 CCC).<sup>2</sup> Aquest model és l'anomenat «guarda

1 Aquest treball s'emmarca en els Projectes de recerca 2009SGR221 i DER2010-17949.

2 La disposició addicional cinquena de la Llei que aprovà el Llibre II CCC (Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre II del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, DOGC núm. 4686, de 5 d'agost. El «Codi civil de Catalunya» s'abreviarà amb les seves sigles «CCC») preceptua, en el seu apartat primer, que els processos judicials relatius a la ruptura de la parella estable es tramiten d'acord amb el que la LEC estableix en matèria de processos matrimonials. D'aquesta forma es dona solució a les qüestions suscitàdes a la pràctica respecte dels possibles processos que es podien fer servir en cas de ruptura d'una parella de fet, la qual cosa comporta al seu torn, seguretat jurídica. Per tant, també en relació a la ruptura d'una parella de fet es poden acordar mesures prèvies, provisionals i definitives i les parts poden presentar una proposta de conveni regulador per a la seva aprovació/homologació judicial. A més, l'apartat segon d'aquesta mateixa disposició addicional permet l'acumulació d'accions en un únic procés de totes aquelles que es deriven dels arts. 234-7 a 234-14 CCC en

o custòdia compartida» (art. 233-8 CCC), ja sigui acordada pels progenitors o decidida per l'autoritat judicial. En aquest sentit, s'expressa el legislador, pel que fa als progenitors, en el Preàmbul de la Llei que va aprovar el Llibre II CCC: «La segona novetat és que s'abandona el principi general segons el qual el trencament de la convivència entre els progenitors significa automàticament que els fills s'han d'apartar d'un per a encomanar-los individualment a l'altre. Per contra, s'introdueix com a norma que la nul·litat, el divorci o la separació no alteren les responsabilitats dels progenitors envers els fills. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen, després de la ruptura, el caràcter compartit...» (Preàmbul III, lletra c). Referent a l'autoritat judicial, el Preàmbul és també explícit: «...i correspon a l'autoritat judicial determinar, si no hi ha acord sobre el pla de parentalitat o si aquest no s'ha aprovat, com s'han d'exercir les responsabilitats parentals i, en particular, la guarda del menor, atenint-se al caràcter conjunt d'aquestes i a l'interès superior del menor» (III, lletra c). No obstant això, l'art. 233-1 lletra a CCC estableix que l'autoritat judicial quan adopti les mesures provisionals haurà de determinar la manera en que els fills han de conviure amb els seus progenitors i es relacionaran amb aquell amb qui no convisquin i l'art. 233-8.1 CCC, quan afirma que les responsabilitats parentals mantenen el caràcter de compartides, estableix «...en la mesura que sigui possible...» i l'art. 233-11.1 CCC adverteix que l'autoritat judicial ha de tenir present, a l'hora de determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, en particular, «...les circumstàncies...» del cas concret. També ho reconeix implícitament el Preàmbul de la Llei que va aprovar el Llibre II CCC quan s'afirma que: «Sense imposar una modalitat concreta d'organització, encoratja els progenitors, tant si el procés és de mutu acord com si és contenciós, a organitzar per si mateixos i responsablement la cura dels fills en ocasió de la ruptura...» (Preàmbul III, lletra c) o bé quan diu que «això no impedeix, tanmateix, que l'autoritat judicial hagi de decidir d'acord amb circumstàncies de cada cas i en funció de l'interès concret dels fills» (Preàmbul III, lletra c). Per tant, el legislador admet diferents models de guarda dels menors en cas de ruptura dels seus progenitors.

Aquests altres models de guarda, que no són «guarda compartida», no són pel legislador la norma general, sinó més aviat excepcionals. La voluntat d'aquell és «afavorir fórmules de coparentalitat» ja que s'estima, en general, que és millor «materialment» per l'interès del menor un model de «guarda compartida» que un altre model de guarda diferent.

En qualsevol cas, podem parlar de «models de guarda», en plural, en seu del Llibre II CCC, tot i que s'ha optat per un model de guarda clarament preferent.

---

matèria patrimonial. A la doctrina hi ha diversitat d'opinions respecte d'aquesta disposició addicional cinquena: així, considera que no era necessària ja que l'art. 748.4 LEC en relació amb l'art. 770.6 LEC era suficient, M. SERRANO MASIP, «Los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable. Regulación vigente en Catalunya» a C. E. FLORENSA I TOMÀS (dir.) / J. M. FONTANELLES MORELL (coord.), *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Barcelona / Madrid, 2011, p. 183. En canvi, a favor de l'opció del legislador català es manifesten L. CABALLOL ANGELATS / J. MARSAL GUILLAMET, «Les especialitats processals regulades per les Comunitats Autònomes amb competència en dret civil» a M. A. APARICIO PÉREZ / M. BARCELÓ I SERRAMALERA (coords.), *Las garantías procesales de los derechos autonómicos*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 87-88.

Abans d'endinsar-nos en l'estudi d'aquests diferents models, hem de referir-nos a dos conceptes que empra el Llibre II CCC: el concepte de «responsabilitat parental» i el de «potestat parental».

## 1. «RESPONSABILITAT PARENTAL» I «POTESTAT PARENTAL»

El Llibre II CCC ha distingit, a l'albir de la modernitat i la tradició, entre «responsabilitat parental» i «potestat parental» (1.1.). Aquests dos conceptes ens emmenen a les «actuacions materials i jurídiques» que porten a terme els progenitors com a contingut de la seva «responsabilitat parental» (1.2.).

### 1.1. Tendència legislativa comparada. Contingut i titulars

El legislador català, en el Llibre II CCC, diferencia entre «potestat parental» (arts. 236-1 ss CCC) i «responsabilitats parentals» (arts. 233-4, 233-6.6, 233-8, 233-9, 233-10, 235-2, 235-34.4, 236-1, 236-15, 236-17, disp. add. 6ena CCC). Aquesta segona expressió prové —traduïda— del dret anglosaxó, concretament, de la *Children Act* de 1989 (secc. 2) del Regne Unit,<sup>3</sup> on s'al·ludeix a «parental responsibility». En aquest ordenament, el legislador volia posar de relleu, d'una banda, que els pares tenen deures respecte dels seus fills i no només drets com establia la legislació anterior i, d'altra banda, que aquests deures corresponen als pares i no a l'Estat.<sup>4</sup> En aquest sentit, la secc. 3 (1) estableix el següent *contingut* de «parental responsibility», que la doctrina ha considerat massa ambigu, però que sacrifica la precisió al pragmatisme:<sup>5</sup> «all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property».<sup>6</sup> Aquest contingut de la «parental responsibility» es correspon, en el nostre dret, amb el contingut de la potestat parental que s'explicita en l'art. 236-17.1 CCC: «...han de tenir cura dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, conviure-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral...». També «administrar el patrimoni i representar-los».

El *Principi europeu de dret de família relatiu a la responsabilitat parental* (3:19)<sup>7</sup> descriu el contingut de les responsabilitats parentals:

3 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/2>. Data de la consulta: maig 2013.

4 J. EEKELAAR, «Parental Responsibility: State of Nature or the Nature of the State?», *Journal of Social Welfare & Family Law*, 1991, pp. 37-50.

5 M. FREEMAN, «Disputing Children» a M. FREEMAN (ed.), *Family Values and Family Justice*, Collected Essays in Law, Ashgate, Surrey, 2010, p. 58.

6 Un llistat dels drets i deures més importants compresos en el concepte de «parental responsibility» el trobem a la *Children (Scotland) Act 1995* a la sec. 2 (1). Aquesta norma es pot consultar a: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/36/section/1>. Data de la consulta: maig 2013. La doctrina anglesa considera aquesta norma més precisa que la *Children Act 1989* (M. FREEMAN, «Disputing Children», p. 61).

7 <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>. Data de la consulta: maig 2013. Es pot llegir el *Comment 3-4*, pp. 30-31. Aquests principis també es poden consultar a K. BOELE-WOELKI / F. FERRAND / C. GONZÁLEZ BEILFUSS / M. JÄNTERÄ-JAREBORG / N. LOWE / D. MARTINY / W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen / Oxford, 2007.

«(1) Los titulares de la responsabilidad parental deben dispensar al niño cuidado, protección y educación conforme a la personalidad del niño y a sus necesidades evolutivas».

Respecte dels *titulars* de la «parental responsibility», aquesta no només s'atribueix als pares, sinó que també s'utilitza aquesta expressió per referir-se als drets i deures del tutor (*guardian*, sec. 2) o del cònjuge o convivent del pare o mare del menor (*step-parent*, sec. 4A). En el dret anglès, més d'una persona pot ésser titular simultàniament de la «parental responsibility» respecte del mateix menor. En efecte, la *Children Act* 1989, a la secc. 2 estableix:

«(5) More than one person may have parental responsibility for the same child at the same time.

(6) A person who has parental responsibility for a child at any time shall not cease to have that responsibility solely because some other person subsequently acquires parental responsibility for the child».

El terme «parental responsibility» s'ha emprat a nivell internacional en el *Conveni de l'Haia de 19 d'octubre de 1996 relatiu a la competència, llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació en matèria de responsabilitat parental i de mesures de protecció dels infants*, l'art. 1.2 del qual va establir que els titulars de la «responsabilitat parental» són tant aquells que ostentin l'autoritat parental com qualsevol altra relació d'autoritat anàloga que determini drets, poders i obligacions respecte de la persona o els béns del menor.<sup>8</sup> Aquest Conveni va entrar en vigor a Espanya l'1 de gener de 2011.<sup>9</sup>

Ara bé, el dret internacional privat relatiu a la família va començar la seva «comunitarització»<sup>10</sup> amb el *Conveni de Brussel·les II de 28 de maig de 1998 sobre la competència, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials en matèria matrimonial*, on apareix la mateixa expressió amb el mateix significat. Aquest Conveni va ser substituït pel Reglament (CE) 1347/2000, del Consell, de 29 de maig, *relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental*<sup>11</sup> que, al seu torn, va ser derogat pel *Reglament 2201/2003 del Consell de 27 de novembre, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental*<sup>12</sup> que, en l'art. 2 núsms. 7 i 8, defineix

8 Uns mesos abans, el 25 de gener de 1996, es va aprovar l'*European Convention on the exercise of children's rights* (European Treaty Series, n. 160), on ja s'utilitzava aquesta expressió i on es destaca que els titulars de la «parental responsibility» són els «parents and other persons or bodies entitled to exercise some or all parental responsibilities» (art. 2 lletra b).

9 BOE núm. 291, de 2 de desembre de 2010.

10 L'UE va assumir la competència exclusiva per a la conclusió de convenis internacionals amb tercers Estats que afecten a matèries incloses en els reglaments comunitaris (vid. al respecte, E. CANO BAZAGA, «El derecho de familia comunitarizado: la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental», [http://institucional.us.es/revistas/derecho/2/art\\_4.pdf](http://institucional.us.es/revistas/derecho/2/art_4.pdf)).

11 DOCE L 160, de 30 de juny de 2000.

12 DOCE L 338, de 23 de desembre de 2003.

«responsabilitat parental»<sup>13</sup> com el conjunt de drets, deures i poders sobre la persona i el patrimoni del menor i, com a titular d'aquesta responsabilitat, qualsevol persona física o jurídica que sigui titular d'aquests drets i deures sobre el menor, és a dir, que inclou tant els pares com els tutors, curadors, cònjuges o convivents dels pares, titulars de drets de comunicació o visita amb el menor, institucions que exerceixen funcions tutelars, etc...

En els *Principis europeus de dret de família relatiu a la responsabilitat parental*,<sup>14</sup> adoptats per la Comissió de dret europeu de la família, el principi 3:2 considera titulars de la responsabilitat parental:

«(1) Es titular de la responsabilidad parental cualquier persona que tenga, en su totalidad o en parte, los derechos y deberes mencionados en el Principio 3:1.

(2) Salvo en lo dispuesto en los Principios siguientes los titulares de la responsabilidad parental son:

(a) los padres del niños, así como

(b) otras personas distintas de los padres del niño que tengan la responsabilidad parental adicionalmente o en sustitución de los padres».<sup>15</sup>

Aquests Principis diferencien entre titularitat i exercici de la responsabilitat parental (*Principis* 3:13, 3:14, 3:15). La primera no és negociable; la segona, sí que ho és (*Principi* 3:8).

En el *Model Family Code* també es recull aquesta expressió amb el mateix significat en l'art. 3.24, Capítol I, Títol IV, Part III;<sup>16</sup> «A minor child is subject to parental responsibility».

Per tant, pel dret internacional privat, dret comunitari, *soft law* europeu i dret britànic l'expressió «responsabilitat parental» representa un concepte ampli que compren entre els seus supòsits la «potestat parental», l'exercici de la qual correspon als pares, però sense excloure d'altres supòsits, com ara, el tutor, el *step-parent* i qualsevol persona que tingui «autoritat» sobre el menor i llurs actuacions materials i jurídiques. En el nostre dret, el legislador català que potser es va sentir temptat per fer també aquesta distinció i amb aquest mateix significat, finalment, no ho va fer i malgrat emprar les dues expressions considera, al nostre entendre, que la «responsabilitat parental» forma part del contingut de la «potestat parental» i es correspon amb els «deures» i «obligacions» que tenen a veure amb la «guarda/cura» del menor. Així, el

13 Concernent aquests reglaments, vegeu les crítiques doctrinals a R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De conflictum legum, núm. 6, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 148-164.

14 <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>. Data de la consulta: maig 2013. Vegeu el *Comment* 1, p. 33.

15 Vegeu el *Principi* 3.9 on es preveu que: «La responsabilidad parental puede atribuirse en todo o en parte a una persona distinta que el padre o la madre». Vegeu el *Comment*, p. 66.

16 I. SCHWENZER, *Model Family Code: From a Global Perspective*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2006, pp. 137 ss.

legislador català es troba en la línia de la modernitat iniciada per d'altres legisladors quan utilitza l'expressió «responsabilitat parental», si bé el contingut postulat per aquests (altres) legisladors no es correspongui exactament amb l'atribuït pel legislador català, qui es manté, en aquest sentit, fidel a la tradició i identifica el contingut amb el concepte de «potestat parental».

## 1.2. La seva distinció en el dret català. Les actuacions materials i jurídiques dels progenitors

És molt probable que, en un primer moment, com acabem d'enunciar, el legislador català se sentís temptat per seguir aquesta terminologia i és, per això que en el Preàmbul de la Llei del Llibre II CCC es pot llegir que «el capítol VI té per objecte la potestat parental, que és un dels elements integrants de les responsabilitats parentals que els progenitors assumeixen com a resultat del vincle de filiació». Però el cert és que el legislador finalment ha distingit ambdós conceptes: d'una banda, la «responsabilitat parental» o «responsabilitats parentals»,<sup>17</sup> en aquest darrer cas, és a dir, en plural, quan es refereix als dos progenitors, i, d'altra banda, «la potestat parental».<sup>18</sup> És més referida a la primera —«responsabilitat parental»— contingut de la segona —«potestat parental»—, com ho palesa l'art. 236-17.1 CCC l'antecedent del qual és l'art. 143.1 CF, que utilitzava l'expressió «deures» en lloc de la més moderna «responsabilitats parentals». Les «responsabilitats parentals» dels progenitors són: tenir cura dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, conviure-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral.<sup>19</sup> I així ho corrobora el Preàmbul de la Llei que aprovà el Llibre II CCC quan es refereix a l'«exercici de les responsabilitats parentals (...) respecte de la guarda, la cura i l'educació dels fills» (III, lletra c).

L'exercici de les responsabilitats parentals suposa l'exercici dels deures («obligacions», ex art. 82 CF) que formen part del contingut de la potestat parental. Es correspon, doncs, amb *actuacions materials i jurídiques*. El propi art. 233-8.1 CCC fa una remissió a l'art. 236-17.1 CCC. Els titulars de la potestat

17 El Preàmbul de la Llei del Llibre II CCC no exposa la raó per la qual s'ha emprat aquesta expressió. En canvi, el Preàmbul del Projecte de Llei del Llibre II CCC explica que l'expressió «responsabilitat parental» és més moderna i, per això, s'utilitza quan regula les conseqüències de la separació i el divorci (BOPC, núm. 384, de 19 de gener de 2009). En tot cas, del que s'expressa en el text es veu clarament l'acolliment de la terminologia pròpia del dret internacional. Un altra cosa és el sentit que finalment l'hagi atribuït el legislador català.

18 El dret català ha conegut també l'expressió «potestat del pare i de la mare» que es va introduir, per primer cop, mitjançant la Llei 12/1996, de 29 de juliol, de la potestat del pare i de la mare (DOGC núm. 2238, de 2 d'octubre de 1996). El CF va mantenir aquesta terminologia. Respecte del terme «patria potestad» que encara utilitza el CCE (arts. 154 ss) s'han proposat expressions alternatives, com ara, «autoritat parental» pròpia del dret aragonès (vegeu el Capítol II del Títol II del *Código del Derecho foral de Aragón*, aprovat pel Decret legislatiu 1/2011, de 22 de març, BOA núm. 63, de 29 de març de 2011) o, en el dret estranger, del dret francès o quebequès «l'autorité parentale» (arts. 371 ss Code civil i arts. 597 ss Code civil du Québec) o bé «responsabilidad parental» (M. P. GARCÍA RUBIO / M. OTERO CRESPO, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», <http://www.custodiareponsable.org>).

19 Aquest seria el sentit de «guarda» (M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código civil catalán», *RJC* núm. 2-2011, p. 18).

parental són els dos progenitors (art. 236-1 CCC). Aquesta potestat es concep com una «funció inexcusable» (art. 236-2 CCC), la qual cosa implica una posició jurídica que compren les responsabilitats parentals, és a dir, deures i legitimacions per a actuar. Aquesta legitimació és el que la llei anomena «exercici» de la potestat parental i és diferent de la titularitat d'aquesta (art. 236-8 ss CCC). Aquest exercici correspon a ambdós progenitors conjuntament (art. 236-8.1 CCC, arts. 9.3 i 18.1 CRC,<sup>20</sup> punts 12 i 14 de la Carta europea dels drets del menor del Parlament europeu),<sup>21</sup> o sia, mancomunadament, llevat que acordin un altra modalitat d'exercici, com podria ser l'exercici solidari, o bé l'exercici d'un dels progenitors amb el consentiment de l'altre o en facin una distribució de les funcions (art. 236-9.1 CCC). També les lleis poden establir una modalitat d'exercici concret, per ex., en casos d'impossibilitat, absència o incapacitat de l'altre (art. 236-10 CCC) o l'autoritat judicial en disposi altrament (art. 233-10.4 CCC: atribuir excepcionalment la guarda als avis o d'altres parents). En virtut de la seva autonomia decisòria, els progenitors poden configurar l'exercici de la potestat parental com a millor ho considerin per l'adequat funcionament de la mateixa sempre que aquesta configuració sigui conforme a l'interès del menor (art. 236-2 i art. 211-6.1 CCC, art. 5.1 LDOIA).<sup>22</sup> Aquest interès es constitueix al seu torn en límit de l'actuació dels progenitors. L'exercici de la potestat parental – és a dir, de la legitimació – és un concepte legal i és, com s'ha dit, com a regla general, conjunt. Un altra qüestió és l'actuació d'aquesta legitimació que pot ésser unilateral<sup>23</sup> i, normalment, compren tota una sèrie d'actuacions tant materials com jurídiques. Per tant, no es tracta d'un acte aïllat concret i que llavors tindria caràcter excepcional, sinó d'un conjunt d'actes materials i jurídics que porten a terme els progenitors per exercir la legitimació que representa la potestat parental.

Com a concepte legal, un cop fixat l'exercici conjunt de la legitimació, s'independitza de la realització material del seu contingut,<sup>24</sup> de qui dels progenitors el porti a terme i de com, en concret, es porti a terme, sempre que sigui en benefici del menor (art. 236-2 CCC), si bé els tercers podran demandar a tots dos progenitors sobre la base d'aquest exercici conjunt (art. 236-8.2 lletra a CCC). Aquestes actuacions, que impliquen intromissió en l'esfera del menor, resten a la decisió dels pares<sup>25</sup> i a la participació del menor, al qual s'ha d'informar i escoltar en els termes que estableix l'art. 211-6.2 CCC, l'art.

20 «Convention on the Rights of th Child», que va ratificar Espanya per Instrument de 30 de novembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de desembre. En aquest treball, aquest text legal se citarà amb l'acrònim anglès «CRC».

21 DOCE núm. 241, de 21 de setembre de 1992.

22 Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i de les oportunitats en la infància i en l'adolescència (DOGC núm. 5641, de 2 de juny). Aquesta llei s'abreujarà com a «LDOIA».

23 F. BADOSA COLL, «La potestat del pare i de la mare», a A. HERNÁNDEZ MORENO / C. VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), *El Codi de família i la Llei d'unions estables de parella*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 324.

24 També estableix aquesta distinció, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio* a V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 135 y 141. De la mateixa autora, vid. «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *Indret* 2/2008, <http://www.indret.com>.

25 Les decisions son mitjans d'actuació de la legitimació derivada de la potestat parental com ho posa de relleu la millor doctrina (F. BADOSA COLL, «La potestat del pare i de la mare», p. 320).

9 LOPJM<sup>26</sup> i l'art. 7 LDOIA. De fet, el propi legislador assumeix que, malgrat que existeix exercici conjunt de la legitimació, l'actuació concreta no sempre s'executa conjuntament, sinó que molt freqüentment es tracta d'una actuació individual. Així, per exemple, el propi legislador reconeix que les actuacions que són conformes a l'ús social o a les circumstàncies familiars o tinguin un caràcter urgent poden ésser portades a terme per qualsevol dels progenitors<sup>27</sup> indistintament (art. 236-8.2 lletra c CCC). Àdhuc el legislador estableix que són actuacions que «normalment fa una persona sola». En la pràctica, són actuacions que se solen referir a assumptes de la vida diària del menor (art. 236-14.1 CCC), assumptes que es caracteritzen per ésser heterogenis i genèrics.

En conseqüència, encara que l'exercici de la legitimació sigui conjunt, s'ha de diferenciar aquesta legitimació dels mitjans d'actuació, ja siguin materials o jurídics, conjunts o individuals. Les actuacions materials suposen la presa de decisions que tenen a veure més aviat amb la cura dels fills, criança, aliments, educació i formació integral (art. 236-17.1 CCC), o sigui, amb la «guarda» del menor pels seus progenitors, pressupòsit de la qual és la convivència amb aquests en tant que deure «legal».<sup>28</sup>

En el cas d'actuacions individuals dels progenitors es pot donar el cas que aquests intervinguin individualment en la mateixa mesura, que un determinat grup d'actuacions sigui sempre portat a terme per un progenitor concret o bé que totes aquestes actuacions siguin portades a terme sempre per un (i sempre el mateix) progenitor. Això dependrà, en definitiva, de com els progenitors (cònjuges o convivents) organitzin la seva vida familiar en virtut del seu poder de direcció de la família que reconeix l'art. 231-4 CCC. Dins d'aquesta organització, com a qualsevol organització formada per una pluralitat de persones, existeix una divisió de funcions que legitima l'actuació i la decisió individual en l'àmbit propi d'aquesta actuació. En concret, en relació amb els menors, els progenitors tenen el que podria anomenar-se un «pla de parentalitat implícit», no escrit, però molt probablement sí verbalitzat, que van adaptant segons les circumstàncies familiars es van modificant i, en particular, les circumstàncies vitals dels menors sota la seva potestat. Aquesta organització és tant diversa como ho són els «fets familiars» als quals s'hi refereix l'art. 231-1 CCC dependent de l'educació, valors, hàbits, religió, rols assumits i modes de vida dels progenitors que dirigeixen la vida familiar.

Ara bé, actuació individual no suposa actuació arbitrària, atès que ha d'ésser presidida per l'interès del menor i, a més, existeix un «deure d'informació» entre els progenitors respecte de les decisions que es prenguin (arg. ex art. 236-12 CCC). El progenitor que no hi estigui d'acord pot demanar a l'autoritat judicial que atribueixi la facultat de decidir en favor d'un o de

26 *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil* (BOE, núm. 15, de 17 de gener). Endavant, abreujada com a «LOPJM».

27 Respecte d'aquesta actuació individual, vegeu, E. BOSCH CAPDEVILA, *La administración de los bienes de los hijos en el «Codi de Família»*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 54-55.

28 Aquest deure de convivència dels pares amb els seus fills menors d'edat el tracto a S. NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (Especial referencia al Derecho catalán)», *Revista de Derecho de familia*, núm. 54, 2012, pp. 24-26.



l'altre progenitor (art. 236-13.1 CCC), si el desacord és ocasional.<sup>29</sup> Per tant, és una actuació individual sotmesa a control: el de l'altre progenitor ni que sigui *a posteriori*, de l'autoritat judicial i del propi menor, que està legitimat per posar en coneixement dels poders públics i, molt especialment, del ministeri fiscal i de l'autoritat judicial, qualsevol actuació dels seus progenitors que posi en perill tant la seva esfera personal com patrimonial (art. 236-3 CCC, art. 37.3 LDOIA).

En el nostre dret, els titulars tant de la potestat parental com de les responsabilitats parentals són els mateixos, o sigui, els progenitors.<sup>30</sup> El Llibre II CCC sempre que empra l'expressió «responsabilitats parentals» la vincula als progenitors (arts. 233-8, 236-17.1 CCC), excepte en el cas que l'autoritat judicial atribueixi aquestes responsabilitats al cònjuge o convivent en parella estable del progenitor difunt del menor (art. 236-15.2 CCC), si així ho aconsella l'interès d'aquest menor.

29 L'art. 236-13 CCC preveu dos tipus de desacords entre els progenitors: l'ocasional i el reiterat. El primer comporta que l'autoritat judicial atribueixi la facultat de decidir a un dels progenitors. Es tracta d'una atribució per a una actuació concreta i no es fa amb caràcter general, legitimant la decisió del progenitor de que es tracti (art. 236-13.1 CCC). El legislador ha suprimit la referència que tenia l'art. 138.1 CF a la intervenció del menor quan tenia dotze anys o si era menor d'aquesta edat però tenia prou coneixement. Es podria pensar que com l'autoritat judicial no pren la decisió ella mateixa, sinó que aquesta la prendrà el progenitor que tingui atribuïda la facultat de decidir, serà ell qui haurà d'informar i escoltar el menor en el moment de prendre la decisió. No obstant això, l'art. 236-11.4 CCC, en cas d'exercici de la potestat parental quan els progenitors porten vides separades, si no hi ha un acord i un d'ells recorre a l'autoritat judicial, aquesta ha de decidir havent escoltat el menor. La diferència entre ambdós preceptes rau en el fet que, en aquest darrer supòsit, l'autoritat judicial pren ella mateixa la decisió; en canvi, en el primer cas, només pren la decisió d'atribuir la facultat de decidir ja que els pares viuen junts, tot i que és molt probable, en aquest cas, que els progenitors es trobin ja immersos en una situació de crisi matrimonial o de la seva convivència. La decisió de l'autoritat judicial no afecta directament al menor, però sí indirectament i, en aquest sentit, segons l'art. 12 CRC se li hauria d'informar i escoltar (respecte a aquest dret del menor, vegeu l'epígraf II del present treball).

El desacord reiterat comporta que l'autoritat judicial pugui atribuir totalment o parcial l'exercici de la potestat parental a un dels progenitors o bé distribuir-ne entre ells les funcions de forma temporal fins a un màxim de dos anys (vegeu, E. BOSCH CAPDEVILA, *La administració*, p. 58). De nou, l'autoritat judicial no pren ella mateixa la decisió i, per tant, no es preveu que informi i escolti el menor com ho feia l'art. 138 CF.

El legislador ha suprimit la possibilitat de recórrer, en cas de desacord, al criteri dels dos parents més pròxims al menor (arts. 138.2 CF, art. 142 CS), tot i que el control dels parents segueix present en l'àmbit patrimonial. En efecte, els parents poden substituir l'autorització judicial necessària per a que els progenitors realitzin determinats actes dispositius en nom del seu fill (art. 236-30 lletra b CCC).

D'altra banda, el Llibre II CCC ha admès l'opció de sotmetre les discrepàncies entre els progenitors a mediació (art. 236-13.3 CCC, art. 2.1 lletra e de la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit de dret privat, DOGC núm. 5432, de 30 de juliol. Endavant abreujada com «LMDP»). El mediador no prendrà cap decisió, però ajudarà els progenitors a que la prenguin per sí mateixos i si, amb tot i això, no n'és possible, sempre es podrà instar la intervenció judicial.

30 M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Comentari al art. 233-8 CCC» a E. ROCA TRIAS/P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011, p. 851.

## 2. MODEL LEGAL PREFERENT: LA GUARDA COMPARTIDA. ALTRES MODELS DE GUARDA POSSIBLES

En primer terme, ens referirem a la continuïtat en el model de guarda dels menors malgrat la ruptura dels seus progenitors (2.1.) i, després, presentarem d'altres models de guarda que nosaltres anomenem «oberts» (2.2.).

### 2.1. La continuïtat en el model de guarda després de la ruptura dels progenitors. Crítica

L'extinció de la relació conjugal o de la convivència no implica òbviament l'extinció de la potestat parental. Per tant, si abans de sobrevenir la ruptura dels progenitors, l'exercici de la potestat parental era conjunt ho seguirà sent després, llevat que existís alguna causa que determinés la suspensió o privació de la mateixa a un o tots dos progenitors (arts. 236-5, 236-6 CCC, art. 119 LDOIA). Ara bé, el legislador deixa que, en cas de vida separada dels progenitors que mai han estat convivents o cònjuges o són separats de fet, siguin ells mateixos qui decideixin de mantenir l'exercici conjunt o bé de delegar-ne l'exercici a un d'ells o de distribuir-ne les funcions (art. 236-11.1 CCC).

Com hem dit, l'exercici conjunt és un concepte legal que no impedeix l'actuació individual d'un dels progenitors en assumptes de la vida diària del menor. És més es fa necessària aquesta actuació individual pel correcte desenvolupament de la funció inexcusable que representa la potestat parental. En cas de separació judicial, nul·litat del matrimoni o divorci, el legislador català recorda que aquests esdeveniments «no alteren les responsabilitats que els progenitors tenen envers els fills d'acord amb l'article 236-17.1» (art. 233-8.1 CCC). Una possible interpretació, que és la que nosaltres postulem, considera que el legislador pensa que la crisi matrimonial o de la convivència dels progenitors no altera l'exercici d'aquestes responsabilitats, és a dir, de les actuacions materials i jurídiques, que ja portaven a terme els progenitors, i que són els mitjans d'actuació de la legitimació derivada de la potestat parental.

Però, el legislador afegeix, en el propi art. 233-8.1 CCC, «en conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen el caràcter de compartit i, en la mesura que sigui possible, s'han d'exercir conjuntament».<sup>31</sup> Ara bé, el fet que la nul·litat, la separació judicial i el divorci o el cessament de la convivència estable no alterin el normal desenvolupament d'aquestes actuacions materials i jurídiques o, dit amb les paraules del legislador, no alterin les «responsabilitats parentals», no suposa com a conseqüència que l'actuació es «mantingui» com a «compartida» ja que, com hem esmentat, en virtut de la direcció de la família,

<sup>31</sup> La guarda compartida no és, en realitat, una novetat del Llibre II CCC. En efecte, d'acord amb l'art. 76.1 lletra b en relació amb l'art. 139 CF es podia ja establir la guarda compartida, sota la vigència del CF, pels progenitors o per l'autoritat judicial. De fet, el TSJC va tenir l'oportunitat de pronunciar-se respecte de la guarda compartida considerant que no calia el recurs a l'aplicació de l'art. 92 CCE, després de la seva modificació al 2005, a Catalunya, ja que es podia arribar al mateix resultat aplicant els referits preceptes del CF (vegeu, la STSJC de 5 de setembre de 2008, RJ/2009/1449, de 25 de juny de 2009, RJ/2010/2369 i de 6 de febrer de 2012, RJ 2012/5922).

els progenitors poden haver distribuït les responsabilitats entre ells, com ho permet el propi CCC, i poden haver establert àmbits d'actuació individual. Per tant, si del que es tracta és de no alterar l'exercici d'aquestes responsabilitats respecte dels fills menors, la norma hauria d'haver previst, en un procés lògic i coherent, com a conseqüència, la «continuitat» en l'actuació de la legitimació derivada de la potestat parental en la mesura que fos possible. La conseqüència no seria, en tot cas, «mantenir el caràcter de compartit» de les actuacions quan, potser, les portades a terme no han estat sempre i, en tot cas, en situació de normalitat familiar, conjuntament, sinó de forma individual. Així, es donaria la paradoxa que quan els progenitors conviuen, que seria la situació més adient per a l'actuació compartida de la guarda del menor, la llei legitima l'actuació individual; mentre que, quan els pares viuen separats, situació que «dificulta», però no impedeix, l'actuació compartida, el legislador imposa «en la mesura en que sigui possible» l'actuació compartida i admet, més aviat, com a excepcional, «l'actuació individual», la qual cosa representa, en la nostra modesta opinió, un cert contrasentit. És, per això, que nosaltres postulem el manteniment d'un àmbit de legitimació decisòria individual, malgrat acordar-se pels progenitors o decidit per l'autoritat judicial la guarda compartida.<sup>32</sup>

La «continuitat» en l'exercici de les responsabilitats parentals per a justificar, en aquest cas, la custòdia exclusiva, ha estat una solució proposada, per la doctrina, en el dret nord-americà adoptant diferents plantejaments com a criteri defectiu quan els progenitors no arribin a cap acord. Un d'aquests va ser el conegut com «primary caretaker presumption», en virtut del qual, la custòdia s'atribueix a aquell dels progenitors que ha tingut la cura del fill des del naixement<sup>33</sup> i que, usualment, ha estat la mare.<sup>34</sup> Tanmateix, el pare que s'ha dedicat, com a activitat principal, a treballar fora de la llar familiar pot considerar la seva activitat com una forma de cura dels fills en el sentit que demostra que treballa per a ells i pel seu benestar, la qual cosa suposaria una forma d'educar-los i formar-los ja que els hi ensenya el valor de l'esforç i de la dedicació professional. Ara bé, aquesta presumpció permet de contemplar a aquest progenitor com un «secondary caretaker» generant disharmonia, desigualtat i, en definitiva, pot representar una font de conflictes.

Un altre plantejament respecte de la «continuitat» en l'exercici de les responsabilitats parentals, que va ser el que més ressò va tenir, és el recollit per l'*American Law Institute* (ALI) en els seus *Principles of the Law of Family Dissolution*.<sup>35</sup> Segons el capítol 2 d'aquests, s'atribueix la guarda, és a dir, les responsabilitats parentals, respecte dels menors a aquell dels progenitors

32 Vegeu apartat 6.1 d'aquest mateix epígraf.

33 R. J. LEVY, «Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy and Some Very Tentative Judgements» a R. F. WILSON, *Reconceiving the Family. A Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, Cambridge University Press, 2006, pp. 70-71; J. B. SINGER / W. L. REYNOLDS, «A Dissent on Joint Custody», 47 *Md. L. Rev.*, 1988, pp. 520-521.

34 Aquesta preferència per la mare és evident en la jurisprudència del Tribunal Suprem, en la dècada 1980-1990 (vegeu les sentències citades per M. P. GARCÍA RUBIO / M. OTERO CRESPO, «Apuntes», [www.custodiarresponsable.org](http://www.custodiarresponsable.org)).

35 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, 2002, sec. 2.08.

que, en el passat, ha dedicat més temps a la cura del fill i que, usualment, és la mare. Es tracta de la coneguda *approximation rule* que va formular la Prof. E. S. Scott<sup>36</sup> i que va ser criticada des de diverses perspectives. Així, per ex., s'ha al·legat que *l'approximation rule* no té presents els diferents graus de vinculació que es donen entre el menor i el seu cuidador ja que no es tracta només de desenvolupar un vincle, sinó de desenvolupar, com palesen els psicòlegs, un vincle «segur» i aquest pot crear-se, per diverses raons, amb aquell progenitor que no necessàriament passa més temps amb el menor.<sup>37</sup> D'altra banda, el criteri proposat per la Prof. Scott no suposa la disminució dels litigis en relació a la guarda dels fills, com sembla que és el que pretén l'ALI, ja que per a moltes parelles en crisi una de les raons fonamentals d'aquesta és precisament la dispar contribució i dedicació dels progenitors a les despeses familiars i, en concret, a la cura dels fills menors. Aquesta situació ha generat, en molts casos, rancúnia i hostilitat de tal manera que haver de plantejar-se, en el moment de la ruptura, qui històricament ha contribuït més o ha dedicat més temps als fills suposa reviure la causa de la crisi. Per tant, tampoc és garantia de minimitzar el conflicte que s'hagués pogut generar en un primer moment.<sup>38</sup> A més, ni en aquest plantejament ni en el primer presentat es compta amb l'opinió del menor d'acord amb el seu grau de maduresa. Es tracta de models de guarda exclusiva que resolen conflictes entre adults, conflictes en els quals el menor no sembla que aparegui com a «subjecte de drets», sinó més aviat com un «objecte» que s'ha de «(re)col·locar».

Però, a més, la «continuïtat» en l'exercici de les responsabilitats parentals, en situacions de ruptura dels progenitors, ja sigui per justificar la guarda exclusiva – com els models jurídics que acabem d'exposar – ja sigui per a justificar la guarda compartida, sigui aquesta «igualitària» o no, o per a justificar la distribució de funcions entre els progenitors és, en molts casos, molt difícil.<sup>39</sup> En efecte, la ruptura dels progenitors suposa molt sovint un canvi important en les circumstàncies vitals d'aquests, la qual cosa implicarà una reorganització de la convivència amb els menors i del compliment d'altres deures contingut de les responsabilitats parentals i que tenen com a pressupòsit aquest deure legal de convivència. Així, per ex., la mare que va renunciar a incorporar-se al

36 E. S. SCOTT, «Pluralism, Parental Preferences and Child Custody», 80 *Ca. L. Rev.* 1992, pp. 615 ss.

37 En aquest sentit, vegeu R. F. KELLY / S. L. WARD, «Allocating custodial responsibilities at divorce. Social Science Research and the American Law Institute's Approximation Rule», *Family Court Review*, 40-3 (2002), pp. 350-370; R. A. WARSHAK, «Punching the parenting time clock: the approximation rule, social science and the baseball bad kids», 45 *Family Court Review*, 2007, pp. 600 ss. Es fa resó de la tesi de la Prof. SCOTT, M. GARRIGA GORINA, «El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta», *Indret* 3/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com).

38 J. G. DWYER, *The Relationship Rights of Children*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 225-226.

39 En els anys 90, J. EEKELAAR i M. MACLEAN van dur a terme una recerca sobre el contacte dels menors amb els seus progenitors després de la ruptura. Els autors van trobar que es podia relacionar el temps que els progenitors havien passat amb el menor abans de la ruptura amb el contacte posterior a aquesta, de tal manera que a més temps amb el fill abans de la crisi, més contacte després, independentment que un dels progenitors o tots dos fossin els titulars de la guarda (*The Parental Obligation: A Study of Parenthood across Households*, Hart Publishing, Londres, 1997, pp. 20 ss).

mercat de treball per tenir cura dels fills menors i que després de la ruptura es veu abocada a treballar tota la jornada o la mare que treballava a temps parcial i ara no ho pot fer. Per consegüent, hi ha diverses raons que porten a pensar que el model adoptat pels progenitors mentre conviuen a l'hora d'exercir la legitimació derivada de la potestat parental no necessàriament funcionarà igual de bé després de la ruptura.

Si ens concentrem, en aquest moment, en la *guarda compartida*,<sup>40</sup> aquesta no es basa en el passat, com és el cas dels models jurídics assenyalats amb anterioritat, sinó que es basa en el que se suposa que hauria d' ésser el «comportament ideal» dels progenitors que comportés un «benestar ideal» pels seus fills menors.<sup>41</sup> Els progenitors dediquen més o menys el mateix temps als seus fills, prenen decisions conjuntament sobre els assumptes de la vida diària d'aquests, presenten un grau important de col·laboració, la qual cosa suposa un important nivell de contacte, de comunicació<sup>42</sup> i de subministrament recíproc

40 És innegable que la guarda o custòdia compartida s'ha posat «de moda» a Europa. No són pocs els països que han fet canvis legislatius per acollir aquesta modalitat de guarda com la preferent en cas de ruptura dels progenitors. Així, cal citar, entre d'altres, a França, Bèlgica, Holanda o Suècia (C. G. JEPPESEN DE BOER, *Joint Parental Authority*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2008, pp. 5 ss).

S'ha seguit, en aquest sentit, la tendència que, ja en 1995, va iniciar Austràlia, on la introducció de la guarda compartida va obeir a les reivindicacions dels pares quan la guarda exclusiva dels fills comuns la tenia la mare, sense que s'haguessin fet estudis empírics que avalessin aquesta decisió legal. Els estudis es varen fer després (H. RHOADES / S. B. BOYD, «Reforming Custody Laws: A Comparative Study», 18 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.*, 2004, pp. 120-125. També B. СМУТН, «Parent-Child Contact in Australia: Exploring Five Different Post-Separation Patterns of Parenting», 19 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.*, 2005, p. 16, l'autora destaca que el model standard a Austràlia és el que consisteix en que els fills visquin amb un progenitor i vegin l'altre en caps de setmana alterns, passin amb ell part de les vacances i dormin una nit per setmana a casa d'ell, és a dir, es tracta d'una guarda exclusiva amb un ampli règim de visites i no d'una veritable guarda compartida).

41 L'exponent màxim d'aquest plantejament ve representat per la *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006* d'Austràlia on s'estableix a la secció 61DA (1) una presumpció segons la qual, el millor per l'interès del menor és el fet que els progenitors tinguin responsabilitats parentals compartides i el tribunal quan adopti una «parenting order» ha d'aplicar aquesta presumpció excepte si existeixen fonaments raonables per creure que el fill pot ésser objecte de maltractaments o d'abusos, en definitiva, objecte de violència familiar. També quan el tribunal consideri que es donen d'altres circumstàncies que desaconsellen l'aplicació d'aquesta presumpció. Per la seva banda, la secció 61DB estableix que si es va adoptar com a mesura provisional la guarda exclusiva, el jutge pot imposar la guarda compartida quan adopti la mesura definitiva ([www.comlaw.gov.au/Details/C2006A00046](http://www.comlaw.gov.au/Details/C2006A00046)).

42 No deixa d'ésser il·lustratiu que a la STSJC de 8 de març de 2010 (RJ/2010/4018) s'afirmi que la custòdia compartida funciona bé ja que l'únic problema que existeix és la manca de comunicació entre els progenitors divorciats. Ara bé, si la custòdia compartida requereix comunicació i informació mútua entre els pares, *¿com es pot afirmar, com la sentència esmentada, que com no existeix una situació límit ni de maltractament al menor, la manca de comunicació entre els pares no és obstacle per a que la custòdia compartida funcioni bé quan precisament la base en la qual aquesta se sustenta és la necessària comunicació entre ells?* És just recordar que el criteri d'aquesta sentència s'ha vist matisat pel propi òrgan judicial a la STSJC de 6 de febrer de 2012 ja esmentada.

La línia argumental de la STSJC de 8 de març de 2010 es troba present en llei a la Comunitat valenciana. En efecte, l'art. 5.2 de la *Llei 5/2011, d'1 d'abril, de relacions familiars dels fills i filles dels progenitors dels quals no conviuen* (DOCV núm. 6495, de 4 d'abril de 2011) considera que les «relacions conflictives» entre els progenitors no són obstacle per a que el jutge opti per atribuir la custòdia compartida.

d'informació. En definitiva, suposa que els progenitors mantenen una relació de cordialitat, sinó d'amistat, «ideal» en el sí de la qual no existeix cap conflicte ni tensió.<sup>43</sup> Ara bé, per a que aquesta relació es doni entre els progenitors i funcioni òptimament en el moment de la ruptura, ha d'haver funcionat, en major o menor mesura, amb anterioritat a la crisi,<sup>44</sup> la qual cosa no sempre s'assoleix,<sup>45</sup> i, tot i que, a poc a poc, el pare va participant en el treball domèstic i, en concret, respecte de la cura i criança dels fills menors d'edat cada vegada més, el cert és que encara, a la nostra societat, la mare n'assumeix gran part de les responsabilitats domèstiques, d'entre elles, la cura i criança dels fills.<sup>46</sup> En la majoria de casos, els progenitors «comparteixen» els assumptes de la vida diària del menor quan se separen o es divorcien i no abans.<sup>47</sup>

En efecte, l'any 2007 a Catalunya, el percentatge d'homes que no participava en la cura dels seus infants era del 23,9 % en front del 9,4 % de dones que no participaven en aquesta tasca. Un 38,6 % de dones són cuidadores principals dels fills, mentre que només ho són un 1,3 % d'homes. Una petita participació en la cura dels infants es correspon amb un 31,6 % d'homes i un 8,3 % de dones. Quan la cura és compartida, es fa de forma força equilibrada entre homes i dones: un 43,2% homes i un 45,7 % dones comparteixen les tasques respecte de la cura dels fills.<sup>48</sup> Aquestes dades no distingeixen entre situació de normalitat familiar i ruptura dels progenitors. Però sí que es pot deduir que el percentatge de dones que es dediquen pràcticament en exclusiva a la cura dels fills és superior (46,9 %) als homes (32,9 %). Respecte de les tasques domèstiques, només el 34,7 % d'homes fa una petita contribució en front del 13,3 % de dones que la porten a terme. Cap participació representa un percentatge de 26,7 % d'homes i un 8,7 % de dones. Tasques compartides entre ambdós sexes són 29,7 % d'homes i 31 % de dones.<sup>49</sup> Per tant, 61,4 % d'homes pràcticament no participa en tasques a la llar en front a un 22 % de dones que tampoc hi participen. Això suposa que, malgrat que els homes s'han incorporat paulatinament a la participació en les tasques de la llar, ho fan més lentament que la seva incorporació en la participació de la cura dels fills on la diferència

43 En aquest model els progenitors viuen geogràficament a prop, tenen ocupacions professionals amb horaris flexibles o treballen parcialment a casa, ambdós progenitors presenten independència econòmica, un nivell d'estudis de grau mitjà o superior i ja han tingut abans de la ruptura un «co-parenting style». En aquest casos, a més no es necessita normalment cap intervenció jurídica ni cap mediador (B. SMYTH, «Parent-Child Contact in Australia», pp. 22).

44 R. BAUSERMAN, «Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: meta-analytic review», 16-1 *Journal of Family Psychology*, 2002, pp. 91 ss; A. CARRASCO PERERA, *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, p. 191.

45 J. B. KELLY / R. E. EMERY, «Children's adjustment following divorce: risk and resilience perspectives», *Family Relations*, 2003, 52-4, pp. 352-362, pp. 356 ss.

46 M<sup>a</sup>. C. RODRÍGUEZ, «Nuevos cambios familiares: la participación paterna en el cuidado infantil», *Estudios de Psicología*, 2009, 30-3, pp. 331-343.

47 Aquest fet ho posa de relleu, pel dret australià, B. SMYTH, «Parent-Child Contact in Australia», p. 7.

48 <http://www.idescat.cat/cat/idescat/serveis/premsa/ed2007ds.pdf>.

49 <http://www.idescat.cat/cat/idescat/serveis/premsa/ed2007ds.pdf>.

entre percentatges entre homes i dones no és tant superior quan es tracta de la cura dels fills comuns.<sup>50</sup>

Aquesta diferència entre homes i dones en favor d'aquestes darreres es veu també quan parlem de percentatges respecte, en cas de ruptura dels progenitors, a qui s'atorga la guarda compartida. Al 2010, a Catalunya, en cas de nul·litat del matrimoni es van atorgar de 3 casos, els 3 en guarda exclusiva al pare. En cas de separació, de 851 casos, 56 era guarda exclusiva del pare, 650 de la mare, 139 guardes compartides i 6 guardes de tercers. Finalment, en cas de divorci, de 10242 divorcis, 499 era guarda exclusiva del pare, 7970 de la mare, 1696 guardes compartides i 77 guardes de tercers.<sup>51</sup> Hi ha més guardes compartides que guardes exclusives del pare. No es pot deduir de les dades aportades si aquestes guardes exclusives i compartides van ésser acordades pels progenitors en un procés de mutu acord o varen ésser imposades per l'autoritat judicial amb motiu d'un procés contenciós. Per tant, no es pot afirmar, sense més, que hi ha una situació de desigualtat que perjudica el progenitor «pare», ja que podria donar-se la situació, segons el cas concret, que aquest hagués acordat una guarda exclusiva a favor de la mare amb un règim de visites més o menys ampli en el seu interès, ateses les seves circumstàncies personals i professionals.

## 2.2. Models de guarda «oberts»

És freqüent que els progenitors no es posin d'acord a l'hora de prendre determinades decisions que afecten els menors, és més que probable que existeixi un determinant nivell de tensió i conflicte entre aquells. Els costos d'aquest conflicte no són internalitzats pels progenitors, sinó que s'externalitzen repercutint directament en els fills.<sup>52</sup>

Segons les estadístiques que refereix la doctrina especialitzada, només una quarta part de tots els divorciats i separats són capaços de mantenir, després de la ruptura, relacions de cooperació,<sup>53</sup> malgrat que aquesta ruptura hagi estat consensuada.<sup>54</sup> Això suposa que, en molts casos, un dels progenitors, instarà a l'autoritat judicial per a que resolgui en favor seu la custòdia exclusiva, si el

50 Aporten unes dades similar pel Canadà, R. OTIS/C. OTIS, «La Garde Partagée Dans la Presse Scientifique: Symphonie ou Cacophonie?», 23/2007 *Can. J. Fam. L.*, pp. 215 ss.

51 [http://www.ine.es/inebmenu/mnu\\_justicia.htm](http://www.ine.es/inebmenu/mnu_justicia.htm).

52 En aquesta direcció, la STSJC de 25 de juny de 2009 (RJ/2010/2359), malgrat que va posar en relleu la bondat de la custòdia compartida, va optar per denegar-la i mantenir la custòdia exclusiva a favor de la mare amb un ampli règim de visites pel pare amb la finalitat d'evitar una situació d'instabilitat pels fills, atesa la relació conflictiva que mantenien els progenitors. En el mateix sentit, vegeu la STSJC de 21 de novembre de 2011 (RJ 2012/2251) i Aute del TSJC de 26 de gener de 2012 (RJ 2012/4311).

53 J. CANTÓN DUARTE, «Adaptación de los hijos divorciados» a M<sup>a</sup>. C. GARCÍA GARNICA (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 92 ss.

54 En efecte, segons la darrera estadística del Consell General del Poder Judicial, pel segon trimestre de 2012, van haver 18.032 divorcis consensuats front a 12.543 que no ho eren i 1235 separacions judicials consensuades front a 609 que van ser contencioses ([http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica\\_Judicial/Informes\\_estadisticos/Informes\\_periodicos/ci.Datos\\_de\\_Nulidades\\_\\_Separaciones\\_y\\_Divorcios\\_ingresadas\\_en\\_el\\_segundo\\_trimestre\\_de\\_2012.formato3](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.Datos_de_Nulidades__Separaciones_y_Divorcios_ingresadas_en_el_segundo_trimestre_de_2012.formato3)).

procés es va ja iniciar de forma contenciosa o bé després, si malgrat el mutu acord inicial, s'insta a l'autoritat judicial per a que revoqui la primera mesura acordada de custòdia compartida.<sup>55</sup> El fet mateix d'instar la intervenció de l'autoritat judicial demostra ja que els progenitors no estan preparats per col·laborar<sup>56</sup> i que, per tant, falta el pressupòsit en el qual es fonamenta la guarda compartida.<sup>57</sup> Com s'ha dit amb anterioritat, la guarda compartida implica un alt nivell de col·laboració entre els progenitors, per tant, per a que funcioni plenament i produeixi els efectes desitjats pel legislador aquells ja haurien de col·laborar entre ells abans de la ruptura, d'aquesta forma, sobrevinguda la crisi, la guarda compartida sorgeix com una situació natural.<sup>58</sup>

A més, com en el model de guarda compartida, els progenitors han d'elaborar l'anomenat «pla de parentalitat», on poden aparèixer un nombre considerable d'activitats compartides, malgrat que la relació que mantinguin els progenitors sigui conflictiva, si aquest pla de parentalitat es presenta a escrutini judicial és molt probable que el jutge o bé desconeixi l'existència d'aquesta conflictivitat o bé no tingui possibilitat de conèixer-la i aprovi un pla que més aviat podria perjudicar el menor, sobre el qual revertiran les conseqüències de la relació conflictiva dels seus progenitors.

En aquest sentit, considerem que la realitat de les situacions familiars post-crisi és molt complexa i cadascuna d'elles és única,<sup>59</sup> com ho són les situacions familiars abans que sobrevingui una crisi i, per aquesta raó, haurien d'ésser els progenitors els que decideixin, en la mesura en que sigui possible, donades les noves circumstàncies familiars, com volen «actuar» en l'exercici de les responsabilitats parentals tenint la mateixa autonomia decisòria que tenien abans de la ruptura, en situació de normalitat familiar. El principi inspirador de la seva actuació ha d'ésser l'interès del seus fills menors, els quals haurien de poder participar en la presa de decisions sobre aquells assumptes que els hi afectin, com haurien d'haver participat amb anterioritat, abans de la ruptura, i molt especialment haurien de tenir un protagonisme destacat en la qüestió relativa al tipus de guarda que s'acabi exercint sobre ells.<sup>60</sup>

55 A. CARRASCO PERERA, *Derecho de familia*, p. 192. L'art. 80.5 del Codi del dret foral d'Aragó estableix que el fet que un dels progenitors vulgui la custòdia exclusiva no és base suficient per a que l'autoritat judicial descarti la custòdia compartida si és millor per a l'interès del menor.

56 La manca de col·laboració entre els progenitors és l'argument al que recorren freqüentment les sentències que acorden la custòdia exclusiva d'un dels progenitors. Al respecte, es pot consultar l'exhaustiu estudi jurisprudencial de C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La custodia compartida», *Indret* 2/2008. De la mateixa autora vegeu «Criterios de atribución de la custodia compartida», *Indret* 3/2010.

57 J. G. DWYER, *The Relationship Rights of Children*, p. 228.

58 H. JUBY / C. LE BOURDAIS / N. MARCIL-GRATTON, «Sharing Roles, Sharing Custody? Couple's Characteristics and Children's Living Arrangements at Separation», *Journal of Marriage and Family* 67/2005, pp. 157-172.

59 Una completa i ordenada sistematització de les sentències de les Audiències Provincials es pot consultar a C. PINTO ANDRADE, *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 93 ss.

60 La STSJ de 31 de juliol de 2008 (RJ/2009/643) va afirmar, de forma raonable, que la custòdia compartida no és una solució única que pugui valer per a tots els casos. L'interès del menor tant pot justificar un supòsit de guarda compartida com de guarda exclusiva (STSJC de 25 de juny de 2009, RAJ 2010/2369, STSJ de 27 de setembre de 2010, RAJ 2011/119, Aute TSJC de 27 de setembre de 2010, RAJ 2011/119).



Al nostre entendre, els models jurídics «oberts» on no s'estableix, s'imposa, s'impulsa o es recomana cap model de guarda concret, com ara al Quebec (arts. 514 i 521 Code civil)<sup>61</sup> sinó que es recomana als progenitors que adoptin els acords al voltant de la guarda dels fills menors que més convinguin, en primer lloc, a l'interès del menor i, després, a l'interès dels progenitors,<sup>62</sup> són els models més respectuosos amb l'autonomia decisòria d'aquests darrers i, per tant, amb la seva llibertat i responsabilitat individual. També la *Loi sur le divorce* de 13 de febrer de 1986 modificada el 31 de maig de 2007 del Canadà,<sup>63</sup> l'art. 16 de la qual es refereix a les mesures relatives a la guarda dels menors estableix que el tribunal ha de decidir la guarda més convenient pels menors ja sigui, a càrrec d'un dels progenitors o d'ambdós. La llei es preocupa que, en cas de guarda exclusiva, el tribunal assegurui que el menor tingui contacte amb l'altre progenitor i aquest pugui participar en les decisions importants que afectin el menor.<sup>64</sup> De fet, a l'estat espanyol, la *Llei foral 3/2011, de 17 de març, sobre custòdia dels fills en els casos de ruptura de la convivència dels pares*<sup>65</sup> de la Comunitat foral de Navarra ha optat, de forma assenyada, per aquest model. Dit amb d'altres paraules, el legislador no hauria d'establir cap model de comportament «ideal» dels progenitors, doncs, no existeix. Cada comportament és «ideal» en la mesura que funcioni per a aquells progenitors i per als seus

61 <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-civil.htm>. Data de la consulta: maig 2013.

62 S. CHUDRY / H. FENWICK replantegen el principi de l'interès del menor entenent que l'operador jurídic ha de comparar els interessos en conflicte en un mateix nivell d'igualtat i prendre les decisions que millor resolguin el problema i si aquesta decisió suposa que s'ha de prioritzar l'interès de l'adult, ho ha de fer («Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act», *OJLS* 2005, vol. 25, núm. 3, pp. 453-492). Tanmateix, si els interessos en conflicte tenen un pes similar existeixen raons suficients per prioritzar l'interès del menor per sobre de l'interès de l'adult. En efecte, com afirma en J. EEKELAAR «children are the innocent victims of the way the adults have conducted their lives. Therefore the need to weigh the respective interest according to the principle of proportionality must result in the children's interests being privileged, or prioritized, over the others» (*Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 161). Si es tracta de conflicte entre drets fonamentals, la prioritat d'un dret respecte de l'altre haurà de passar evidentment el test de la proporcionalitat (vegeu epígraf III.2 del present treball).

63 <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/D-3.4>. Data de la consulta: maig 2013.

64 En relació al projecte de llei de divorci canadenc, la comissió mixta especial sobre la guarda i el dret de visita dels menors va advertir que: «Au Canada, les familles confrontées à la séparation et au divorce aujourd'hui sont très différentes les unes des autres, de sorte qu'il serait, pour nombre d'entre elles, présomptueux et néfaste d'appliquer aux enfants du divorce une formule «universelle» d'ententes parentales. Le gouvernement canadien est d'accord avec le comité mixte spécial. Aussi, l'approche proposée autorise-t-elle un vaste éventail d'ententes familiales, qui peuvent être, comme il se soit adaptées aux besoins de chaque enfant» (M. D. CASTELLI/D. GOUBAU, *Le droit de la famille Au Québec*, Les presses de l'Université Laval, Saint-Nicolas, Québec, 2005, p. 344, nota núm. 487). La prudència respecte de la imposició de la guarda compartida, com a model, la recorda D. GOUBAU, «La garde partagée: vogue passagère ou tendance lourde?» a *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, ed. Thémis, 2004, pp. 109-130. Concernent les discussions al voltant de la introducció o no del model de guarda compartida en el dret quebequès i canadenc, vegeu, M. GIROUX, «Le partage des responsabilités parentales après une rupture: une matière à débat», (1998), 77 *Revue du Barreau Canadien*, pp. 354-380; de la mateixa autora, «Le partage des responsabilités parentales après une rupture: rôle et limites du droit», (2003), 105 *Revue du Notariat*, pp. 87-111.

65 BOE núm. 87, de 12 d'abril de 2011.

fills.<sup>66</sup> La garantia última és l'escrutini judicial que es pot fer dels pactes dels progenitors respecte dels fills per evitar que anteposin els seus interessos als dels menors.<sup>67</sup>

Per tant, d'altres models de guarda possibles,<sup>68</sup> a part de la guarda realment compartida ja sigui igualitària o segons un percentatge que poden establir els progenitors o l'autoritat judicial,<sup>69</sup> i que també hi caben en el sí del Llibre II CCC, entre d'altres possibles depenent de l'imaginació i la creativitat dels progenitors, els seus advocats o de l'autoritat judicial en funció de les circumstàncies personals i professionals dels seus protagonistes, són la guarda exclusiva d'un progenitor amb un limitat règim de visites, la guarda exclusiva amb un ampli règim de visites per l'altre progenitor,<sup>70</sup> la guarda exclusiva amb possibilitats de pernocta a la llar de l'altre progenitor, la guarda alterna o repartida, la guarda amb distribució de funcions, la guarda per delegació<sup>71</sup> o àdhuc la possibilitat de que els fills visquin a la llar familiar i siguin els pares qui canviïn de llar en funció del temps assignat de convivència amb ells.<sup>72</sup>

66 J. EEKELAAR recorda que «the empirical evidence does not support the idea that the mere fact that a child maintains contact with a parent who is not living in the home, or that the child spends equal time with both parents after they have separated, is beneficial for the child. Too much depends on the circumstances. If they become occasions for conflict, they cease to benefit the children, for it is widely agreed that over parental conflict is damaging to children» (*Family Law and Personal Life*, p. 125).

67 L. ALASCIO CARRASCO / I. MARÍN GARCÍA, «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», *Indret*, juliol de 2007.

68 Les diferents modalitats de guarda, algunes de les quals sí poden anomenar-se amb rigor com a «compartides», sobre la base de les dades que proporcionen les resolucions dels tribunals de justícia, es poden consultar a C. PINTO ANDRADE, *La custodia compartida*, pp. 41 ss, p. 81. Vid. pel CCE, J. M. DE TORRES PEREA, *Interés del menor y derecho de familia*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 250 ss. Del mateix autor, vegeu «Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social» *Indret* 4/2011. En la jurisprudència, vegeu, la STSJC de 31 de juliol de 2008 (RAJ 2009/643) i la STSJC de 16 de desembre de 2011 (RJ 2012/2766).

69 Al Canadà, el 40 % d'activitats compartides implica ja guarda conjunta; mentre que als Estats Units el 29 % d'activitats compartides ja ho significa (aporta aquesta informació M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Ejercicio de la guarda», p. 22).

70 El fet que un dels progenitors sigui titular d'un règim de visites no elimina les responsabilitats parentals que té aquest progenitor envers dels seus fills (arg. ex arts. 235-2.2 i 236-11.5 CCC), quan es troben sota la seva guarda, respecte de la qual tindrà les obligacions inherents a la mateixa («actuacions materials i jurídiques»), a més de consentir els «fets rellevants», si no s'ha establert pels progenitors o per l'autoritat judicial altrament (art. 236-11.6 CCC). En aquest sentit, guarda compartida «alternada» i guarda exclusiva amb un ampli règim de visites que inclou la pernocta d'un o més dies són, a la pràctica, difícils de distingir. En canvi, C. PINTO ANDRADE diferencia ambdós supòsits en el sentit d'entendre que el règim de visites «només» implica convivència, és a dir, presència física amb l'altre progenitor (el no custodi) per un període de temps normalment curt; mentre que la custòdia compartida suposa assumir les responsabilitats parentals (*La custodia compartida*, p. 84). La nostre opinió es farà palesa quan tractem els aspectes relatius als assumptes de la vida del menor (apartat 6.1 d'aquest mateix epígraf).

71 A la delegació de l'exercici de la potestat parental farem referència en l'epígraf 4 d'aquest apartat I.

72 Sembla que el legislador pren com a base de la guarda compartida la dualitat de domicilis entre els quals el menor es veu obligat a viatjar. L'extinció del deure legal de convivència entre els progenitors implica molt freqüentment a la pràctica, com a conseqüència, que al menys un dels progenitors fixi el seu domicili individual en un altre habitatge diferent al

### 3. SUBJECTE QUE DECIDEIX EL MODEL DE GUARDA. CRITERIS

El model de guarda sobre els menors fills comuns en cas de ruptura dels seus progenitors ho poden decidir, d'una banda, aquestos (3.1.) o bé l'autoritat judicial (3.2.). No ho decideix el menor; tampoc el mediador en cas que s'hagués seguit un procés de mediació.

#### 3.1. Els progenitors

Els progenitors poden decidir de comú acord o un d'ells amb el consentiment de l'altre el model de guarda que volen fer efectiu sobre els seus fills comuns menors d'edat (arg. art. 233-2.1 CCC). Entra dins del seu àmbit d'autonomia decisòria i llibertat individual, la qual cosa pressuposa que els progenitors es poden governar i poder decidir (arg. ex art. 212-4 CCC) per ells mateixos (arg. ex art. 221-1 CCC).

Els instruments jurídics que s'utilitzin per a aquest acord poden ésser un conveni regulador, un pacte en previsió d'una ruptura futura, un pacte amistós de separació, un acord dels progenitors que porten vides separades o un acord de mediació. En aquests els hi dedicarem un epígraf independent.<sup>73</sup> A més, el contingut d'aquest acord ha d'ésser plasmat en l'anomenat «pla de parentalitat», al qual també hi dedicarem un epígraf específic.<sup>74</sup>

La qüestió que ens interessa, en aquest moment, són els criteris que poden i solen tenir presents els progenitors per decidir un model de guarda concret.<sup>75</sup> El legislador no ha establert un llistat de criteris que puguin guiar la decisió dels progenitors, però aquests es poden extreure de l'art. 233-11 CCC on es donen criteris que orienten la tasca de l'autoritat judicial en el moment de determinar el model de guarda. Tanmateix, aquests criteris poden tenir un abast més general i tenir-se presents pel subjecte que hagi de decidir, en cada

---

que venia constituint l'habitatge familiar (respecte de l'atribució de l'habitatge familiar, vegeu arts. 233-20 a 233-25 CCC). Tanmateix, també seria possible que els fills restessin en l'habitatge familiar i siguin els pares qui viatgin entre el seu domicili individual i el familiar, la qual cosa ens resulta més equitatiu pels fills menors. Atès que són els progenitors qui se separen o divorcien o sol·liciten la nul·litat del seu matrimoni o els qui posen fi a la seva convivència, que siguin ells qui assumeixin la situació d'instabilitat que aquesta situació inevitablement genera i que el cost no sigui assumit pels fills. En definitiva, els adults i, en concret, els progenitors, haurien de preguntar-se perquè volen pels seus fills el que no volen per a ells mateixos. En aquesta línia de pensament, no em sembla encertada l'afirmació que fa la STS de 8 d'octubre de 2009 (RJ/2009/4606; sentència comentada a CCJC núm. 84, setembre-desembre 2010 per M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA) en el sentit d'entendre que la guarda compartida es basa en la instabilitat de domicilis per als fills menors (fonament de dret 4t). *¿I aquesta instabilitat és una mesura en benefici i interès dels fills o més aviat dels adults? ¿Es conforme amb la guarda compartida i la cooperació entre els progenitors que aquesta implica?* Per la seva banda, la STSJC de 5 de setembre de 2008 (RJ/2009/1449) va mantenir que l'opció proposada d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar a la filla adolescent i que els seus progenitors s'ansessin alternant la convivència amb ella en aquest habitatge era una proposta que no era compatible amb la institució de la guarda compartida.

73 Vegeu epígraf 5.2.

74 Vegeu epígraf 6.2.

75 C. GUILARTE MARTÍN-CALERO apunta criteris que es corresponen, en la seva gran part, amb els criteris que aquí exposem («Criterios de atribución», *Indret* 1/2010).

moment, el model de guarda al qual es veuran sotmesos els menors involucrats. De fet, en el propi art. 233-11 CCC no hi ha cap argument literal que permeti fer pensar que es tracta d'un llistat exclusivament dirigit a l'autoritat judicial, tot i que d'una interpretació sistemàtica s' en pogué deduir el contrari.

Un dels primers criteris que, segurament, els progenitors tindran en compte és l'exercici de les responsabilitats parentals que es duia a terme abans de sobrevenir la ruptura (arg. ex art. 233-11.1 lletra d CCC), exercici que ja hauria d'haver tingut en compte l'interès del menor. Això suposa que es té present el temps que cadascun dels progenitors ha dedicat històricament a la cura dels fills. Un segon criteri és la vinculació afectiva entre els fills i els progenitors i qui dels dos els hi proporciona un vincle més segur.<sup>76</sup> També la relació que els menors tinguin amb d'altres persones que conviuen a la llar familiar (arg. ex art. 233-11.1 lletra a CCC). Un altre criteri són els assumptes relacionats amb la vida diària del menor dels quals s'havia ocupat un progenitor concret (arg. ex art. 233-11.1 lletra d CCC). Els progenitors també tindran en compte a qui dels dos finalment s'atribueix l'ús de l'habitatge familiar.<sup>77</sup> Si van adoptar acords, en el seu moment, en previsió d'una ruptura futura que ara arriba o bé tot just quan ha sobrevingut aquesta es tindran presents a l'hora de prendre la decisió final.

D'altra banda, el model de guarda ve també determinat per la necessitat de controlar la inversió de les quantitats de diners (pensions) que satisfà un progenitor a l'altre per finançar les necessitats del fill<sup>78</sup>. És evident que segons el model que es pacti es tindrà més o menys control sobre aquesta inversió.

Un altre criteri no menys rellevant és el cost d'haver de negociar amb l'altre progenitor les decisions a prendre en assumptes de la vida diària del menor, el qual pot acabar per repercutir negativament en el propi menor en la mesura en que les negociacions puguin dificultar la presa de decisions i la seva pràctica, segons la situació familiar de que es tracti, generant tensió i conflicte entre els progenitors que perjudiqui el benestar del menor. En aquesta negociació s'ha de tenir present el grau d'informació de que en disposi cada progenitor respecte dels assumptes de la vida quotidiana del fill ja que segons sigui més o menys els costos de la negociació també variaran i l'externalització respecte dels fills repercutirà de forma diferent.

Un altre element que hauran de ponderar els progenitors és l'opinió dels propis menors. En aquest punt, el Llibre II CCC té molt present, en diferents normes, que l'autoritat judicial ha de prioritzar l'interès del menor, però en canvi quan són els pares no els hi recorda aquest principi per que el legislador presumeix que els progenitors actuen «sempre» en interès dels fills i que, per tant, les decisions que prenguin ja el contemplaran, la qual cosa a la pràctica és mostra, molt sovint, com falsa. En cas d'una ruptura és, sovint, molt difícil discernir les diferents relacions (jurídiques) existents i els diferents subjectes

76 La seguretat respecte del vincle afectiu és una dada que posen de relleu els especialistes en la matèria (així, R. F. KELLY/S. L. WARD, «Allocating custodial responsibilities at divorce», p. 359).

77 La relació entre l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i el model de guarda és posat de relleu per C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La custodia compartida alternativa», *Indret* 2/2008.

78 M. BRINIG / F. H. BUCKLEY, «Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories», 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 393 ss.

que hi estan implicats. Els fills són un «aspecte» més a resoldre en el marc dels diferents aspectes que s'han de resoldre en una situació de ruptura dels progenitors. A més, segons els casos, molts progenitors es troben en unes condicions psicològiques i emocionals poc adients com per a tenir cura del benestar dels seus propis fills i prendre decisions en aquesta situació acaba per reduir, en lloc d'optimitzar, el benestar d'aquests. L'interès del menor aleshores acaba competint amb l'interès dels seus progenitors.<sup>79</sup>

Des d'un punt de vista de la racionalitat econòmica, els progenitors tindran present les inversions de recursos fetes per cadascun d'ells en relació als fills durant la convivència amb ells. Aquestes inversions estaran en funció de la valoració que per a cada progenitor tinguin els fills i això els hi portarà a voler recuperar la seva inversió després, un cop sobrevingui la ruptura.<sup>80</sup> A més valoració, més inversió de recursos. Per tant, un cop sobrevingui la ruptura, més gran serà l'interès en recuperar la inversió feta i el pare que hagi invertit més en el fill voldrà la guarda exclusiva. Si les valoracions que fan els pares són més o menys iguals, la guarda compartida es presenta com la solució més coherent amb les inversions realitzades durant el matrimoni o la convivència i la seva recuperació posterior.

### 3.2. L'autoritat judicial

L'autoritat judicial intervé, als efectes que ara ens interessen, bàsicament de dues formes. La primera, controlant els acords sobre el model de guarda dels progenitors respecte dels fills menors quan es presenten a la seva aprovació judicial<sup>81</sup> i, la segona, decidint ella mateixa el model de guarda quan no ho fan aquells ja sigui per que no s'han posat d'acord des de l'inici de la crisi i, per tant, s'ha iniciat un procés contenciós demanant mesures prèvies, provisionals o definitives o ja sigui per que el pacte objecte del model de guarda no ha passat l'escrutini judicial i els progenitors no es posen d'acord per modificar-lo i presentar-ho de nou a aprovació judicial (art. 233-10.2 CCC). Si el procés judicial és contenciós cadascun dels progenitors pot presentar el seu propi pla de parentalitat (art. 233-11.1 CCC).<sup>82</sup>

El legislador català, per facilitar la tasca a l'autoritat judicial, estableix tota una sèrie de criteris que poden orientar la seva decisió, la qual, segons la norma de l'art. 233-10.2, haurà de tenir present de forma prioritària la guarda compartida dels progenitors com a model preferent, tot i que el precepte li permet allunyar-se d'aquesta si considerés que, pel benestar del fill, és més

79 F. KAGANAS / S. D. SCLATER, «Contact Disputes: Narrative Constructions of Goods Parents», 12 *Feminist Legal Studies*, 2004, pp. 1-27.

80 I. RASUL, «The Economics of Child Custody», 73 *Economica*, 2006, pp. 1-25.

81 Com es conegut, s'ha de distingir entre «aprovació judicial» d'aquells pactes que afecten a la guarda i custòdia dels menors, respecte dels quals, l'autoritat judicial pot allunyar-se si considera que no respecten el principi de l'interès del menor, de «l'homologació judicial» d'aquells pactes que afecten només als cònjuges o convivents, ja siguin personals o patrimonials, on l'autoritat es limita a valorar la seva adequació a l'ordenament jurídic i, en concret, el respecte a les normes imperatives.

82 En aquest sentit, vegeu, R. BARRADA ORELLANA, «El plan de parentalidad» a S. NASARRE AZNAR / R. BARRADA ORELLANA / M. GARRIDO MELERO (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 713.

adient la guarda exclusiva d'un dels seus progenitors. L'art. 233-11.1 lletra f CCC preveu que l'autoritat judicial tingui en compte els acords dels progenitors i també els possibles plans de parentalitat presents. Aquests acords ajudaran a esbrinar la possible voluntat dels progenitors o al menys les seves possibles intencions comunes que es desprenen del seu comportament anterior o coetani a l' inici del procés judicial. Així, la resolució judicial pot contemplar en tota la seva extensió els interessos presents, si bé l' interès prioritari és el del menor.<sup>83</sup>

Novament, el legislador presenta el model de guarda compartida com a model legal preferent que pot contrastar amb la dinàmica de l'exercici de les responsabilitats parentals amb anterioritat a la ruptura dels progenitors, amb la personalitat del propi menor, amb la situació de conflictivitat que pugui envoltar a la ruptura i amb les noves circumstàncies personals i professionals dels progenitors arrel d'aquella. No obstant, l'art. 233-10.2 CCC permet que els jutges tinguin presents les circumstàncies del cas concret i determinin el model de guarda que considerin que s'ajusta més a la situació del menor de que es tracti garantint l'exercici dels seus drets, és a dir, garantint l'interès del menor.<sup>84</sup> Això és el que a la pràctica faran, segurament, la majoria de jutges quan es trobin davant de la situació d'haver de decidir la guarda d'un menor en cas de ruptura dels seus progenitors. Per tant, hagués estat suficient amb el llistat dels possibles criteris a ponderar, sense necessitat de presentar cap model de guarda com a «ideal». Aquest llistat es troba recollit a l'art. 233-11.1 CCC i no té caràcter exhaustiu. Dels criteris que presenta el precepte es pot afirmar que es combinen criteris que tenen present la situació del menor i dels progenitors *abans de la ruptura* dels seus progenitors com són «la vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors i amb d'altres persones que convisquin a la llar familiar» (lletra a),<sup>85</sup> «el temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per procurar-los el benestar» (lletra d) i «els acord en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciar-se el procediment» (lletra f) amb criteris que ponderen la *situació actual dels progenitors en el moment de la ruptura* com són «l'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d'acord amb llur edat» (lletra b),<sup>86</sup> «l'actitud de cadascun dels progenitors per a cooperar amb l'altre

83 M. FREEMAN, «Disputing Children», p. 469.

84 S. GILMORE, «Contact/Shared residence and child well-being: research evidence and its implications for legal decision-making», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 20/2006, pp. 344-365.

85 La «vinculació afectiva» és difícilment apreciable per l'autoritat judicial, sobre tot si s'hi presenta un pla de parentalitat comú a ambdós progenitors. Per tant, es farà necessari recórrer a dictàmens pericials dels especialistes per a poder ponderar quin tipus de vinculació afectiva pot tenir el menor amb la parella del seu progenitor, en cas que el progenitor hagi creat una nova família o tingui una nova parella amb qui plantejar-se la creació d'una nova família, en definitiva, es tracti d'una família reconstruïda (A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al art. 233-11 CCC» a E. ROCA TRIAS/P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia. Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011, p. 878).

86 Aquest criteri s'ha interpretat, per algun autor, en el sentit d'entendre que l'aptitud dels progenitors per garantir el benestar dels fills es refereix al «benestar material» d'aquests, és a dir, si la manca de recursos econòmics suficients com a conseqüència de la ruptura podria significar un impediment per a optar per la guarda dels fills (A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario

a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors» (lletra c) i «la situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i els progenitors» (lletra g). En tercer lloc, l'autoritat judicial escoltarà l'opinió expressada pel menor, el qual haurà d'ésser prèviament informat.<sup>87</sup> L'autoritat judicial podrà, d'aquesta forma, ésser conscient de les externalitats dels comportaments dels pares que poden repercutir negativament sobre el menor.<sup>88</sup> Són criteris que poden tenir una vessant més general de manera tal que els progenitors que decideixen posar fi a la seva relació i elaboren un pla de parentalitat incorporat a un pacte o proposta de conveni, els poden tenir presents a l'hora de decidir el contingut específic d'aquell pla. Són criteris «amb què es pot perfilar millor aquest interès (el del menor) en relació amb les circumstàncies del cas concret, especialment quan cal establir com s'exerceixen les responsabilitats parentals sobre els fills menors després de la ruptura matrimonial o de la convivència estable en parella, però també en el desenvolupament de la potestat parental o de la tutela» (Preàmbul II Llei del Llibre II CCC).

---

al art. 233-11 CCC», p. 878). Al nostre entendre, donat que el «benestar dels fills» és, segons prescriu l'art. 1.1 LDOIA, el «benestar personal i social» a fi de garantir l'exercici dels seus drets, l'assumpció de llurs responsabilitats i l'assoliment de llur desenvolupament integral (art. 5 LDOIA), es podria entendre que la ponderació de l'aptitud dels progenitors no s'ha de referir exclusivament a l'aspecte econòmic, sinó que té un sentit hol·lístic vinculat a la personalitat del fill menor i a tots els aspectes que el seu desenvolupament comporta. Per tant, l'autoritat judicial també podria – de fet, hauria de – comprovar quin dels dos progenitors és més apte i estaria més capacitat per a tenir cura dels menors. En aquesta direcció, els jutges podrien sol·licitar l'informe o dictamen pertinent dels especialistes, com ara psicòlegs o la intervenció de l'equip tècnic del jutjat (disp. add. 6ena Llibre II CCC).

D'altra banda, aquest criteri que pot – de fet, hauria de – tenir present el jutge a l'hora d'adoptar les mesures definitives en torn a la guarda sobre el menor, contrasta amb el fet que, si els progenitors presenten a la seva homologació i aprovació, segons escaigui, un conveni regulador amb un pla de parentalitat acordat de forma mútua, sovint, aquest serà acceptat pel jutge sense comprovar quin dels dos progenitors seria més apte i estaria més capacitat per a tenir la cura del menor i, moltes vegades, els menors acaben convivint amb aquell dels progenitors que els jutges o els progenitors estimin més oportú, malgrat que els menors, de prendre ells la decisió, haurien optat per conviure amb l'altre (M. GUGGENHEIM, «What's Wrong with Children's Rights» a J. B. SINGER / J. C. MURPHY, *Resolving Family Conflicts*, Ashgate, 2008, p. 420). Considerem que l'art. 233-11 CCC establint aquest criteri està brindant una oportunitat a l'autoritat judicial per poder prioritzar degudament l'interès dels menors en el sentit que acabem d'exposar. Així, àdhuc si s'ha presentat un conveni regulador o qualsevol altre pacte dels permesos en el Llibre II CCC per acordar el model de guarda sobre els menors, permetria de comprovar si tots dos o un dels dos progenitors seria més apte per ésser titular de la guarda.

En definitiva, aquest criteri podria tenir un àmbit d'aplicació més ampli i no només quan no hi ha acord dels progenitors i ha d'ésser l'autoritat judicial qui ha de decidir el model de guarda, sinó també quan existeix l'acord dels progenitors, sempre el jutge podria revisar la decisió presa per mantenir-la o proposar la seva modificació d'acord amb l'informe o dictamen pertinent de l'especialista o d'algun membre de l'equip tècnic del jutjat.

87 Respecte al dret del menor a expressar les seves opinions, vegeu l'epígraf II d'aquest treball.

88 Els jutges americans són conscients de l'externalització sobre els fills de les decisions dels progenitors quan decideixen divorciar-se o separar-se, la qual cosa fa que, sovint, adoptin mesures en benefici dels fills que, aquests mateixos, si els seus progenitors convisquessin no podrien demanar, com ara, una determinada escola (M. BRINIG, «Does Parental Autonomy Require Equal Custody at Divorce?», 65 *Louisiana Law Review*, 2005, pp. 1345 ss).

El contingut de les mesures definitives que acordi l'autoritat judicial, en aquests casos, referents a la guarda dels fills menors s'aproparà molt al contingut de les mesures que haurien d'ésser presents en el pla de parentalitat segons contempla l'art. 233-9.2 CCC, incloent-hi el deure d'aliments, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i, si s'escau, el règim de relacions personals amb avis i germans (arts. 233-4.1 i 233-12 CCC). Aquests tres darrers aspectes no formen part del pla de parentalitat, el qual se centra exclusivament en la relació entre els progenitors i els fills comuns en relació a les actuacions materials i jurídiques que són mitjans d'actuació de la legitimació derivada de la potestat parental.

Si els progenitors que porten vides separades no es posen d'acord sobre el model de guarda dels fills menors comuns poden recórrer a l'autoritat judicial (art. 236-11.2 i 4 CCC). La resolució judicial pot tenir lloc pels tràmits del judici verbal (arts. 748.4, 753 LEC) o en un procés matrimonial (art. 770.6 LEC). L'atribució de la guarda per part del jutge ha d'obeir prioritàriament a l'interès del menor i malgrat que el model preferent és la guarda compartida, el jutge pot considerar més adient la delegació de la guarda, la distribució de funcions, àdhuc l'atribució de l'exercici exclusiu a un dels progenitors de forma temporal (p. ex. en cas de desacords reiterats) o definitivament (p. ex. art. 236-10 CCC: «en el cas que l'autoritat judicial ho disposi en interès dels fills»), guarda exclusiva si el conflicte entre els progenitors és insuperable, etc. També té sempre l'opció, abans de decidir el model de guarda, de remetre els progenitors a una sessió de mediació (art. 233-6 CCC).

Finalment, s'ha de tenir present que el progenitor contra qui hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat víctimes directes o indirectes o bé s'hagi dictat una sentència ferma per aquests mateixos fets, es veurà privat de la guarda dels fills (art. 233-11.3 CCC).

#### 4. SUBJECTE TITULAR DE LA GUARDA

El subjecte titular de la guarda dels fills menors és, d'una banda, el o els progenitors (4.1.) i, de l'altra, ho poden ésser els avis, altres parents o persones pròximes al menor o bé, en darrer terme, una institució idònia (4.2.).

##### 4.1. Els progenitors

Els progenitors, en tant que titulars de la potestat parental i del seu exercici, ostenten les responsabilitats parentals i, consegüentment, són ells els titulars de la guarda sobre els seus fills menors. Els models possibles de guarda, sense pretensions d'exhaustivitat, s'han vist amb anterioritat.<sup>89</sup> Així, en aquest epígraf, tractarem d'altres aspectes relacionats amb aquesta titularitat dels progenitors.

##### *A) Delegació de la guarda i distribució de funcions*

La delegació de la guarda en un dels progenitors i la distribució de funcions (art. 236-9.1 CCC) entre ells és una opció, que ha previst el legislador,

<sup>89</sup> Vegeu epígraf 2.



pels progenitors que porten vides separades ja sigui per que mai han estat cònjuges o convivents estables o per que es trobin separats de fet a l'art. 236-11.1 CCC,<sup>90</sup> tot i que es permet que s'acordi la delegació i la distribució en cas de separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni o el cessament de la convivència incorporant-la a una proposta de conveni regulador que s'aprovarà judicialment (art. 236-11.3 CCC). També seria possible incorporar aquests models d'exercici de les responsabilitats parentals en un pacte en previsió d'una futura ruptura (arts. 231-20, 233-5.1 CCC) o en un pacte amistós de separació (art. 233-5.2 CCC) o bé introduir-les en cas de modificació de mesures prèviament ja establertes (art. 233-7 CCC).

Per tant, s'ha de distingir el negoci jurídic de delegació que és bilateral ja que hi intervenen els dos progenitors i el document en el qual aquest negoci jurídic es pot plasmar. Aquests documents són, al nostre entendre, cinc: el conveni regulador, un pacte amistós de separació, un pacte en previsió d'una ruptura futura, un document privat de delegació o de distribució de funcions i l'acord de mediació.

Al nostre entendre, si la delegació de la guarda presenta caràcter permanent, molt probablement, la delegació s'acaba transformant en una impossibilitat d'exercir la guarda, que pot ésser voluntària o involuntària, les conseqüències jurídiques de la qual són també diferents (art. 236-10 CCC). En tot cas, s'ha de diferenciar la delegació de la guarda de l'exercici exclusiu de la potestat parental per un dels progenitors en els casos d'impossibilitat, absència o incapacitat de l'altre, llevat que la sentència d'incapacitació estableixi un altra cosa o bé l'autoritat judicial ho disposi en interès dels fills (art. 236-10 CCC). La principal diferència rau en el fet que, malgrat la delegació (total o parcial) de la guarda en un dels progenitors, l'altre ha de donar el seu consentiment exprés o tàcit per a decidir determinats assumptes que el legislador considera rellevants per l'adequat desenvolupament de la personalitat dels menors com són el tipus d'ensenyament dels fills, variació del domicili, si això implica apartar-los del seu entorn habitual i per a realitzar actes d'administració extraordinària dels béns (art. 236-11.6 CCC), llevat que l'autoritat judicial a l'hora de l'escrutini del pacte, si aquest s'ha presentat a la seva aprovació, consideri altrament.<sup>91</sup> En canvi, en cas d'exercici exclusiu, les decisions sobre els assumptes rellevants les pren el progenitor titular d'aquest sense que calgui el consentiment de l'altre que, per les circumstàncies que han portat a l'exercici exclusiu tampoc

90 El legislador pressuposa, en els dos primers supòsits, que no existeixen dubtes en torn la filiació del fill.

91 També seria possible que els progenitors acordessin la no necessitat d'aquest consentiment (J. FERRER RIBA, «Comentari a l'art. 139 CF», a J. EGEA FERNÁNDEZ/J. FERRER RIBA (dirs.), *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. 669; en contra, F. BADOSA COLL, «La potestat», p. 328, que considera que només l'autoritat judicial pot privar de la necessitat del seu consentiment). Tanmateix aquest acord serà eficaç només entre els progenitors, sobre tot si és un pacte que es manté privatament entre aquests, malgrat s'hagi atorgat en escriptura pública. Per tant, no afectarà els tercers de bona fe, respecte dels quals s'entendrà que consta el consentiment de tots dos respecte dels «fets rellevants», excepte quan el pacte s'hagués inscrit en el RC (art. 46 LRC, art. 180 RRC), la qual cosa implicaria la seva oposabilitat a tercers.

permetran, molt probablement, que l'altre progenitor, el no exercent, atorgui el consentiment.

La norma només preveu la delegació d'un progenitor en l'altre, no pas la delegació recíproca com ja feia l'art. 139 CF, la qual cosa implicaria un exercici solidari de les responsabilitats parentals, o la delegació a un tercer.<sup>92</sup> Si els progenitors, malgrat viure separats, presenten un determinat grau de col·laboració entre ells, es podria entendre que aquesta delegació recíproca no necessàriament hauria de comportar externalitats sobre els fills respecte de decisions incompatibles o contradictòries preses pels progenitors.<sup>93</sup> També poden establir òrgans de fiscalització o mesures de control de les decisions del progenitor delegat o al qual s'han atribuït determinades funcions.

## B) Impossibilitat d'exercir la guarda

Concernent la impossibilitat d'exercir la guarda per part dels progenitors, convé distingir dues situacions: la impossibilitat temporal que emmena a l'anomenada «guarda administrativa» i la permanent.

### a) Temporal: guarda administrativa

La impossibilitat d'exercir per part dels progenitors, convisquin o no, temporalment la guarda sobre el menor, els hi permet de sol·licitar del departament competent en matèria de protecció dels infants i dels adolescents que n'assumeixi la guarda del menor. Aquesta sol·licitud s'ha de fonamentar en l'existència de circumstàncies greus i alienes a la voluntat dels progenitors que fan que els progenitors no puguin exercir les seves funcions de guarda del menor. Aquest supòsit es troba previst a l'art. 119 LDOIA que té el seu precedent en l'art. 9 LAPIA.<sup>94</sup>

Aquesta guarda «administrativa» transitòria no exclou l'obligació dels progenitors o d'altres parents de fer el que calgui per assistir els menors i prestar aliments (art. 119.2 LDOIA, art. 228-6 CCC, art. 236-6.6 CCC). Una qüestió suscita la referència als «altres parents», ¿a quins parents es refereix el legislador? ¿a qualsevol parent? ¿al parent que de facto té la guarda del menor? ¿o als

92 La situació jurídica del tercer que, sense ésser titular de responsabilitats parentals i sense ésser un guardador de fet, té cura del menor no es regulava al CF i tampoc ho fa el Llibre II CCC. S'ha de tenir present que, segons, l'art. 236-2 CCC, l'exercici de la potestat parental, a més de funció inexcusable, és de caràcter personal. Per consegüent, un negoci jurídic on s'acordés la transmissió de la titularitat o de part de les responsabilitats parentals no seria, en el dret català, un negoci jurídic vàlid. Aquesta prohibició respecte a la transmissió de la titularitat de les responsabilitats parentals es troba a la *Children Act 1989* (Anglaterra) a la secc. 2 (9). No obstant això, la secc. 3 (5) al·ludeix a aquella persona que sense tenir responsabilitats parentals té cura del menor, per establir que ha de fer tot el necessari segons les circumstàncies per protegir i promoure el benestar del menor (S. HARRIS-SHORT / J. MILES, *Family Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 803-804). D'aquesta manera es legitimen les decisions que aquest tercer adopti en relació a la cura del menor sota la seva responsabilitat i que tenen a veure amb la seva vida diària. En el dret català, es podria pensar que les decisions d'aquests tercers s'empararien en el principi de l'interès del menor (art. 211-6.1 CCC).

93 J. FERRER RIBA, «Comentari a l'art. 139 CF», p. 669.

94 Llei d'atenció i protecció dels infants i els adolescents i de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció («LAPIA»).

parents que tenen l'obligació legal de prestar aliments? Entenem que ja que la norma vincula l'obligació d'assistir els menors amb la prestació d'aliments en el sentit més ampli, serien aquests els parents als quals fa referència la norma, és a dir, els parents legalment obligats a prestar aliments als menors (art. 237-2 CCC).

## b) Permanent

La impossibilitat permanent d'exercir les responsabilitats parentals, contingut de la potestat parental, es recull a l'art. 236-10 CCC. Aquest precepte indica tres causes que permeten que es concentri l'exercici exclusiu de la potestat parental en un dels progenitors: impossibilitat, absència i incapacitat de l'altre progenitor.

L'absència i la incapacitat s'entén en sentit jurídic, és a dir, com a declaració judicial d'absència i d'incapacitat. En el primer cas, automàticament es concentra en l'altre progenitor l'exercici de la potestat parental; en el segon cas, dependrà de la sentència d'incapacitació, si estableix altrament,<sup>95</sup> la qual cosa suposa que si la sentència d'incapacitació no diu res, s'entengui privat el progenitor incapacitat de l'exercici de la potestat parental. Ara bé, en el cas que la institució de protecció fos la curatela, no necessàriament se l'hauria de privar d'aquest exercici (art. 223-4 CCC).

La impossibilitat s'ha d'interpretar com una situació de fet<sup>96</sup> que, per qualsevulla causa, determini que un d'ells no pugui exercir amb regularitat, ni amb consentiments tàcits, ni atorgament de poders, les seves responsabilitats parentals (art. 236-9.2 CCC).<sup>97</sup>

El Llibre II CCC ha suprimit l'incís final de l'art. 137.3 CF que es referia a la impossibilitat d'exercir la potestat parental per «qualsevol altra causa», que ja va criticar, en el seu moment, un sector doctrinal<sup>98</sup> i s'ha substituït per quan «l'autoritat judicial ho disposi en interès dels fills». En aquesta direcció, l'autoritat judicial podrà, en un procés matrimonial, disposar l'exercici exclusiu d'un dels progenitors, en cas d'impossibilitat, ja que en cas d'absència legal, la resolució judicial que la declari produirà automàticament la concentració de l'exercici de la potestat parental en l'altre progenitor com també succeirà en cas de declaració d'incapacitació, si la sentència no disposa altrament.

## 4.2. Els avis, altres parents, persones pròximes o una institució idònia

No només els progenitors i l'administració competent poden ésser titulars de la guarda sobre els menors, en els supòsits ja destacats, sinó que, excepcionalment, els avis, d'altres parents o persones pròximes al menor o una

95 J. FERRER RIBA, «Comentari a l'art. 137 CF», a J. EGEA FERNÁNDEZ/J. FERRER RIBA (dirs.), *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. 657.

96 Aquesta mateixa interpretació feia, en relació a l'art. 137.3 CF, J. FERRER RIBA («Comentari a l'art. 137 CF», p. 656).

97 Els progenitors menors d'edat tenen el seu propi règim jurídic (art. 236-16 CCC) i, per tant, restarien exclosos tant de la situació d'impossibilitat com d'incapacitat.

98 J. FERRER RIBA, «Comentari a l'art. 137 CF», p. 656.

institució idònia poden, per concessió de l'autoritat judicial, excepcionalment, ésser titulars de la guarda. L'atribució de la guarda a aquestes persones es troba prevista, en el Llibre II CCC, quan un dels cònjuges pretengui demandar o demandi la separació, el divorci, la nul·litat del matrimoni o un dels convivents pretengui demandar o demandi l'altre en cas de cessament de la convivència,<sup>99</sup> o bé el cònjuge demandat, en contestar la demanda, sol·licitin de l'autoritat judicial que n'adopti tota una sèrie de mesures prèvies o provisionals (art. 233-1.1 lletra a CCC), una de les quals pot ser l'atribució de la guarda dels menors als avis, d'altres parents, persones pròximes o, en defecte d'aquests, a una institució idònia. Però també es podria acordar aquesta guarda excepcional en cas d'adopció de mesures definitives (art. 233-10.4 CCC); àdhuc en modificació d'aquestes mesures o de les aprovades en un conveni regulador (art. 233-7 CCC).

Els progenitors poden proposar que es cridi a un tercer per a que participi en el procés sense la qualitat de demandat, com podrien ésser els avis, altres parents o persones pròximes (art. 14 LEC), a fi i efecte de que el jutge valori l'atribució de la guarda dels fills a algun d'aquests subjectes. Aquests disposaran de les mateixes facultats d'actuació que les parts i podran presentar les al·legacions que s'escaiguin.<sup>100</sup> Aquestes persones es constitueixen en part respecte de la pretensió sobre la guarda del menor; en cap cas ho són en relació a la pretensió matrimonial que només afecta als cònjuges o a les pretensions acumulades pels convivents (disp. add. 5ena Llibre II CCC), posat que aquestes pretensions es discutissin en el mateix procés. També pot sol·licitar aquesta atribució el Ministeri fiscal o adoptar-la la pròpia autoritat judicial d'ofici, donant audiència a aquestes subjectes, en el seu cas, al menor, i sempre en funció de l'interès d'aquest darrer (art. 770.4 2on incís LEC). Es més, en el propi plet contenciós, els progenitors poden presentar a aprovació judicial els pactes extrajudicials que haguessin acordats, entre els quals hi pot haver un relatiu a l'atribució de la guarda excepcionalment, als avis, parents o d'altres persones pròximes (art. 233-5.1 CCC, art. 773.1 LEC). Aquest pacte no vincula

99 L'art. 233-1 CCC contempla els dos tipus de mesures: les prèvies a la interposició de la demanda i les coetànies o provisionals (P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 233-1 CCC» a E. ROCA TRIAS/P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011, p. 808).

100 L'art. 753.1 LEC disposa que els processos matrimonials o de menors es substancien pels tràmits del judici verbal. El secretari judicial ha de donar trasllat de la demanda al ministeri fiscal i a d'altres persones que han d'ésser part en el procés, hagin estat demandats o no. Aquests subjectes tenen un termini de 20 dies (art. 405 LEC) per fer les al·legacions oportunes. Si en el procés només són parts els progenitors i en la pretensió relativa als menors, els propis menors, com després advertirem, són part, ¿a quines altres persones es refereix l'art. 753.1 LEC? Segons la doctrina la resposta es troba en l'art. 222.3 LEC en virtut del qual la cosa jutjada afecta a les parts del procés, als seus hereus i causahavents, així com a d'altres subjectes, no litigants, titulars de drets que fonamentin la legitimació de les parts. Aquests altres subjectes poden ésser aquelles persones que hagin desenvolupat relacions afectives amb el menor importants pel seu benestar, com ara, els avis (J. M. ILLÁN FERNÁNDEZ, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 35-36; R. CASTILLEJO MANZANARES, *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, La Ley, Madrid, 2007, p. 79).

a l'autoritat judicial que podrà decidir altrament si ho fa palès l'interès del menor.

Si es tracta d'un procés iniciat de mutu acord o un progenitor amb el consentiment de l'altre, aquests poden ja en la proposta de conveni regulador atribuir aquesta guarda excepcional a d'altres persones diverses a ells mateixos. Aquest és un acord que s'ha d'aprovar per l'autoritat judicial i no merament homologar. Per tant, en el mateix sentit que acabem d'esmentar, si aquella considera que la mesura és perjudicial pel menor, no l'aprovarà i donarà un nou termini als progenitors per arribar a un nou acord al respecte i sotmetre'l a la seva aprovació.

Si les parts o el Ministeri fiscal no demanen la intervenció d'aquests tercers, sempre ho podran demanar ells mateixos quan acreditin un interès legítim i directe en el procés i en el seu resultat (art. 13.1 LEC). Aquest interès es troba previst a l'art. 236-3.2 CCC, segons el qual el jutge d'ofici, a instància del propi fill, dels progenitors, del ministeri fiscal o d'un parent pot dictar les mesures que estimi necessàries per evitar al menor un perjudici personal o patrimonial. I a més aquest pediment es pot fer en qualsevol procés.<sup>101</sup> El supòsit respon a la realitat social que, sovint, aquests subjectes (p. ex. avis, parents o persones pròximes, como ara, veïns o la parella o el cònjuge del progenitor del menor) són guardadors de fet dels menors<sup>102</sup> i el que demanen els guardadors és ser-ho també *de iure* i que se'ls legítimi jurídicament per prendre decisions en els assumptes de la vida diària dels menors.

D'altra banda, en un procés de menors que versí exclusivament sobre la guarda dels menors, l'atribució excepcional d'aquesta a d'altres parents o persones pròximes sempre la poden demanar els progenitors, el ministeri fiscal, aquestes mateixes persones o bé adoptar-la directament d'ofici la pròpia autoritat judicial (art. 770.6 LEC). Arribat el cas, si tots estiguessin d'acord (progenitors i parent que n'assumeix la guarda dels menors) es podria acordar la mesura mitjançant un expedient de jurisdicció voluntària (arg. ex art. 225-3.1 CCC).

Acordada la mesura excepcional, l'autoritat judicial conferirà, si les circumstàncies així ho aconsellen (p. ex. per que, en cas contrari, els menors es podrien trobar en una situació de risc, ex art. 102 LDOIA)<sup>103</sup> funcions tutelars, atès que els progenitors són incapaços d'exercir la guarda dels fills menors de manera benèfica per a ells<sup>104</sup> i, consegüentment, la suspensió de la potestat parental (art. 236-5 CCC). En aquest cas, els titulars de l'obligació de guarda no són tutors però resten sotmesos a l'estatut jurídic del tutor. Si no existeixen guardadors *de facto* dels menors, l'autoritat judicial sempre podrà atribuir les funcions tutelars a una institució idònia amb suspensió també, en aquest cas, de l'exercici de la potestat parental.

101 R. CASTILLEJO MANZANARES, *Guarda y custodia de hijos menores*, pp. 82-83.

102 M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al art. 233-10 CCC» a E. ROCA TRIAS/P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011, p. 871.

103 La distinció entre la situació de risc i de desemparament es pot veure a L. ALLUEVA AZNAR, «Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors», *Indret*, octubre, 2011 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

104 Aquesta situació no es qualifica de voluntària o no (M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al art. 233-10 CCC», p. 871).

La suspensió de l'exercici de la potestat parental implicarà al seu torn que els titulars actuals de la guarda del menor no necessitin el consentiment dels progenitors per prendre decisions, informant i escoltant el menor, que tinguin a veure amb fets rellevants per al desenvolupament de la personalitat del menor (arg. art. 236-11.6 CCC). No obstant això, aquesta suspensió no eximeix als progenitors de fer tot el que calgui per assistir el menor i prestar-li aliments en el seu sentit més ampli (art. 236-6.6 CCC).

Es tracta d'evitar doncs la declaració de desemparament dels menors quan hi ha persones o institucions que es fan càrrec dels aspectes materials relatius a la cura dels menors (art. 105 LDOIA) i, per tant, aquests no es troben privats dels elements bàsics pel desenvolupament integral de la seva personalitat.<sup>105</sup>

Per la seva banda, l'art. 225-3.2 CCC, en seu de guarda de fet, estableix que: «En la guarda de fet de persones que estiguin en potestat parental o en tutela, l'autoritat judicial pot conferir al guardador, si ho sol·liciten aquelles persones, les funcions tutelars, sempre que hi concorrin circumstàncies que ho facin aconsellable. Les funcions tutelars s'atribueixen en un procediment de jurisdicció voluntària, amb l'audiència de les persones titulars de la potestat o tutela si és possible. Aquesta atribució comporta la suspensió de la potestat parental o tutela».

La possibilitat que l'autoritat judicial confereixi al guardador de fet funcions tutelars, si, estableix la norma, ho sol·liciten aquelles persones, suposa, interpretant literalment el precepte, que el legislador es referiria a «les persones que estiguin en potestat parental o en tutela». Això implicaria que hauria d'ésser el menor el que hauria de demanar a l'autoritat judicial que acordés la mesura respecte de l'atribució de la seva guarda. En la nostra opinió, la norma s'hauria d'interpretar en el sentit que les persones que poden sol·licitar l'adopció de la mesura són les que l'estan exercint com a «guardadors de fet» i no les persones sotmeses a potestat parental o tutela, tot i que en cas de menors d'edat amb prou coneixement, podrien ésser ells mateixos qui s'adrecessin a l'autoritat judicial sol·licitant l'adopció d'aquesta mesura (art. 236-3.2 CCC, art. 9 LOPJM, art. 17 LDOIA).

## 5. INSTRUMENTS JURÍDICS EN EL QUALS ES POT CONFIGURAR LA GUARDA

L'atribució de la guarda del menor es pot dur a terme en un pacte extrajudicial (5.1.), en una resolució judicial derivada d'un procés matrimonial o de menors (5.2.), en una resolució judicial en cas de violència familiar o masclista (5.3.). També en una resolució administrativa (5.4.).

### 5.1. Pactes extrajudicials

Els pactes extrajudicials als que farem referència són: en primer lloc, els pactes en previsió d'una ruptura futura, l'ús dels quals es pot fer tant pels cònjuges com pels convivents estables; en segon lloc, els pactes amistosos de separació, l'atorgament dels quals també és comuna a ambdues situacions familiars. Aquests pactes es podrien inscriure en el Registre civil a efectes de

<sup>105</sup> M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al art. 233-10 CCC», p. 871.

la seva oposabilitat a tercers. També farem esment dels pactes dels progenitors que porten vides separades i dels acords de mediació.

### A) Pactes en previsió d'una ruptura futura

L'art. 231-20 CCC regula els pactes, que poden ésser antenupcials o postnupcials, en previsió d'una futura ruptura del matrimoni dels progenitors. L'art. 234-5 CCC preveu la possibilitat que els convivents pactin els efectes de l'extinció de la parella estable també en aquest tipus de pactes. La regulació que ha fet el legislador català d'aquests pactes pensa més aviat en acords de caràcter econòmic pel cas que sobrevingui una ruptura i enlloc contempla la possibilitat que s'adoptin acords, sobre tot si són postnupcials i existeixen fills menors comuns, que tinguin a veure amb l'exercici de les responsabilitats parentals (p. ex. acorden ja la guarda compartida) i que, en principi, es podrien considerar conformes amb l'interès del menor.<sup>106</sup> Tanmateix, l'art. 233-5.1 i 3 CCC sí contempla indirectament aquesta opció quan permet que aquests acords s'incorporin a la proposta de conveni regulador atès que són acords que vinculen els cònjuges o convivents. També podrien sol·licitar que s'incorporessin al procés sobre mesures provisionals per a que siguin recollits, si així ho considera el jutge, la resolució judicial (art. 233-5.1 CCC). Així mateix es podrà sol·licitar que s'incorporin a la sentència sobre mesures definitives acordades per l'autoritat judicial, qui podrà revisar-los (art. 233-1.4 CCC) en cas que el procés fos contenciós o si, començat de mutu acord o un progenitor amb el consentiment de l'altre, hagués qualsevol pacte relatiu als fills menors que no fos aprovat i la decisió la prengué, finalment, el jutge.

En cas de convivents, amb motiu del cessament de la seva convivència, podran sol·licitar que els pactes s'incorporin a una proposta de conveni regulador, si no ho han fet ja ells mateixos o, en tot cas, que es tinguin presents de cara a la sentència definitiva. De la mateixa manera, si no arriben a un acord i s'inicia el procés de mesures definitives, el jutge podrà tenir present el contingut d'aquests acords (art. 234-6.3 en relació amb els arts. 233-2,-3,-4 CCC) ja sigui per adoptar la decisió definitiva, si les parts no han arribat a cap acord sobre la modificació del pacte concret no aprovat, quan no hagi passat el control judicial.

No obstant, és molt probable que els acords adoptats pels progenitors en previsió d'una futura ruptura que ara arriba, en relació als fills comuns, no

<sup>106</sup> Admet aquesta possibilitat, M<sup>a</sup>. P. GARCÍA RUBIO, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia» a *Nous reptes del Dret de família, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa, 23 i 24 de setembre de 2004*, pp. 95-121, p. 115. En el mateix sentit, vegeu A. SERRANO DE NICOLÁS, «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código civil de Cataluña» a S. NASARRE AZNAR / R. BARRADA ORELLANA / M. GARRIDO MELERO (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 372; N. GINÉS CASTELLET, «Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el Derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia», a AA. VV., *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 84-85. En contra d'aquesta possibilitat, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad» en C. GUILARTE MARTÍN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 109-110.

puguin complir-se ja que no es corresponguin amb les circumstàncies vitals dels menors en el moment de la ruptura i, per això mateix, siguin ineficaços (art. 233-5.3 CCC). En aquest sentit, els pactes incorporen una clàusula *rebus sic stantibus* implícita, com també succeeix en el pacte que destacarem en l'epígraf següent.

Els pactes en previsió d'una ruptura futura s'han de formalitzar o bé en capítols matrimonials o en una escriptura pública (art. 231-20.1 CCC). Concernent aquest extrem, se suscita el dubte de si el notari haurà d'informar els cònjuges o convivents dels aspectes relatius no només a l'àmbit econòmic sinó també a l'àmbit personal dels menors. L'art. 231-20.2 CCC estableix aquest deure del notari explícitament si bé referit a l'aspecte patrimonial. Entenem que també haurà d'informar dels aspectes relatius als menors involucrats, ja que el notari formula un judici de legalitat sobre el contingut del pacte (art. 145 RN); per tant, podria refusar un model de guarda que no s'ajustés a la llei (p. ex. delegació de l'exercici de la potestat en un tercer), però el seu judici no s'estén al contingut d'un pacte sobre un model de guarda que admet la llei.<sup>107</sup> El notari no és ni fa les funcions de jutge.

Finalment, hem d'advertir que aquests pactes poden contenir un pla de parentalitat en previsió d'una futura ruptura que no necessàriament ha de passar l'escrutini judicial quan els progenitors se separen de fet. El problema rau doncs en l'ús que poden fer els progenitors de la seva llibertat de configuració de l'exercici de les responsabilitats parentals prioritzant el seu interès respecte de l'interès dels seus fills menors, aspecte aquest que restaria vetat a l'escrutini judicial. És per això que la funció notarial d'informar adquireix en aquests aspectes un paper molt rellevant, per que podria representar un primer control dels pactes en interès dels fills, tot i que òbviament el notari, com acabem de fer palès, no és un jutge.

### **B) Pactes amistosos de separació**

També és possible que, quan cessi la convivència (art. 234-6.3 CCC) o la relació conjugal, els progenitors arribin a acords, són els coneguts «pactes amistosos de separació», esmentats explícitament pel legislador català, per primer cop, en l'art. 233-5.2 CCC.<sup>108</sup> que són vinculants per les parts i, per tant, en poden exigir el seu compliment («se'n pretengui el compliment», ex art. 233-5.3 CCC). Es tracta, doncs, d'un negoci jurídic típic de dret de família. Són pactes eficaços des de la seva celebració. Tanmateix, aquesta eficàcia és una eficàcia claudicant. En efecte, d'una banda, si s'han celebrat sense la deguda assistència lletrada es pot desistir dels mateixos i deixar-los sense efecte, la qual cosa faria que fossin ineficaços definitivament (respecte dels convivents estables, art. 234-6.3 CCC). Si transcorregut el termini que estableix

<sup>107</sup> En aquesta direcció, J. FERRER RIBA, «Comentari a l'art. 137 CF», p. 670.

<sup>108</sup> El Preàmbul de la Llei que aprovà el Llibre II CCC així ho recorda. Amb tot i això, el TSJC ja n'ha tingut l'ocasió d'entendre qüestions relatives a convenis extrajudicials de separació: STSJC de 19 de juliol de 2004 (RAJ 5534) i 18 de setembre de 2008 (RAJ 2009/1726). Per a un estudi més exhaustiu d'aquests pactes, vegeu. S. NAVAS NAVARRO, «La facultat de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código civil de Cataluña (La labor del abogado de familia)» a *Libro Homenaje al Prof. J. M<sup>e</sup>. Miquel* (en premsa).



el legislador no s'exercita la facultat de desistiment, llavors el pacte esdevé eficaç amb caràcter definitiu. Això no exclou la impugnació del pacte si ha intervingut un vici del consentiment. Aquests pactes no vinculen a l'autoritat judicial, en relació a les estipulacions sobre guarda i custòdia de fills comuns menors d'edat, però el jutge els pot tenir presents a l'hora de determinar el model de guarda sobre el menor (art. 233-11.1 lletra f CCC).

Malgrat que els pactes siguin eficaços perquè no s'exercita la facultat de desistiment ja que hi ha hagut la deguda assistència lletrada independent i no ha intervingut cap vici del consentiment, les estipulacions relatives a aspectes concernents la guarda, les relacions personals entre progenitors i fills i aliments en favor d'aquests darrers que no siguin conformes a l'interès dels menors es consideraran ineficaços (art. 233-5.3 CCC). En aquest supòsit, considerem que l'interès del menor més que principi inspirador és una *condici iuris*, és un pressupòsit legal que exigeix el legislador per entendre aplicable un determinat pacte dels progenitors de tal manera que si no es dóna, la mesura esdevé ineficaç. Així, es podria afirmar que la clàusula de l'interès del menor té en la legislació una doble funció: d'una banda, és principi inspirador de mesures a prendre i, d'altra banda, és un pressupòsit legal de l'eficàcia d'aquestes mesures.

De totes formes, la norma de l'art. 233-5.3 CCC és una norma que pensa més en els pactes en previsió d'una ruptura futura que en els amistosos de separació, ja que normalment, en aquest segon cas, els acords es prenen amb coneixement de les circumstàncies actuals i normalment produiran efectes de forma immediata. En canvi, en relació als primers, s'ha de tenir present que les parts han fet una previsió de futur plantejant-se hipotèticament el que succeirà i, un cop sobrevingui la ruptura, les circumstàncies reals en poden ésser unes altres ben diferents. En qualsevol cas, la norma compren els dos tipus de pactes contemplant també el cas que un pacte amistós de separació es pretengui fer complir temps després de la seva adopció quan les circumstàncies hagin variat substancialment.

En aquest cas, o bé els progenitors es posen d'acord de nou sobre els diferents extrems que afecten els fills modificant i fent les adaptacions que calgui, amb la deguda audiència dels menors (art. 211-6.2 CCC) i l'ajut o no d'un mediador, o, en el supòsit que no es posin d'acord, serà aleshores l'autoritat judicial qui finalment haurà de prendre la decisió (art. 236-11.4 CCC).

El legislador no exigeix que aquests pactes tinguin una forma concreta, llevat que en ells s'hi delegués l'exercici de la potestat parental o hi hagués una distribució de funcions entre els progenitors, cas en el qual seria necessària l'escriptura pública (art. 236-11.2 CCC). A més, aquests pactes es poden sotmetre a aprovació judicial, però en aquest cas hauran d'incorporar un pla de parentalitat (art. 236-11.2 CCC).

Aquests pactes no se centren només en la guarda dels fills menors, sinó que també es poden establir acords de caire econòmic com ara la prestació compensatòria (art. 233-16.2 CCC), la compensació econòmica per raó de treball (art. 232-5 CCC), aliments als fills i l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar (art. 233-21.3 CCC).

### C) Pactes dels progenitors que porten vides separades

Aquests pactes són els acords de delegació o distribució de funcions que no formen part d'una proposta o d'un conveni regulador, d'un pacte en previsió d'una futura ruptura o d'un pacte amistós de separació. Per tant, es tracta d'acords que només tenen a veure amb l'exercici de les responsabilitats parentals i no tracten els aspectes econòmics de la ruptura dels progenitors. Els únics aspectes econòmics que hi poden haver són les despeses relatives a la guarda dels menors.

Quan el pacte en el qual s'hagi introduït la delegació o la distribució no es presenti a l'aprovació judicial,<sup>109</sup> s'haurà de formalitzar en escriptura pública (art. 236-11.3 CCC), la qual es podrà revocar *ad nutum* per qualsevol dels progenitors mitjançant una notificació notarial (art. 236-11.4 CCC).

### D) Els acords de mediació

Si les parts han iniciat un procés de mediació poden arribar a acords, els anomenats «acords de mediació», que poden ésser totals o parcials, en els quals es pot establir el règim d'exercici de la responsabilitat parental i que si s'incorporen al procés judicial corresponent s'han d'aprovar pel jutge (art. 233-6.5 en relació amb l'art. 233-3 CCC, art. 19 LMDP). En cas d'acords parcials, s'haurà de seguir el procés contenciós on s'aprovaran judicialment els acords respecte els fills i s'homologaran els concernents als aspectes econòmics dels cònjuges o convivents. Si l'acord és total, s'haurà d'iniciar o seguir el procés pels tràmits del mutu acord. L'acord de mediació sobre el model de guarda hauria d'ésser respectat per l'autoritat judicial al considerar-se adequat als interessos del menor. La modificació per part d'aquesta ha de fonamentar-se en criteris d'ordre públic i d'interès del menor (art. 233-6.6 CCC).<sup>110</sup>

Es pot tractar tant de la guarda compartida com de qualsevol altre model de guarda (art. 2.1 lletres b i e LMDP). S'ha de tenir present, que l'art. 4.2 LMDP exigeix la intervenció, en el procés de mediació, dels menors majors de dotze anys i menors d'aquesta edat, si en tenen prou de coneixement; àdhuc poden instar ells mateixos la mediació en cas de conflictes derivats de l'exercici de la potestat parental i del règim de guarda i custòdia.

## 5.2. Resolucions judicials en processos matrimonials i de menors

Les resolucions judicials de les quals tractarem en aquest epígraf són, en primer lloc, la que aprova la proposta de conveni regulador presentada pels progenitors en cas d'iniciar un procés matrimonial (o pel cessament de la convivència) de mutu acord o un amb el consentiment de l'altre; en segon lloc, quan la decisió sobre el model de guarda l'adopta l'autoritat judicial atesa la manca d'acord dels progenitors; aquesta decisió es plasma en una resolució judicial que es pot dictar en un procés sobre mesures prèvies a la demanda de

<sup>109</sup> Aquesta aprovació es podrà fer sempre, ja sigui per que s'inicia un procés matrimonial o de cessament de la convivència (arts. 748.4, 753, 770 regla 6ena LEC) o ja sigui per que es vol l'aprovació de l'acord mitjançant un procés de jurisdicció voluntària.

<sup>110</sup> A la doctrina vegeu R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de hijos menores*, p. 392.

separació, nul·litat o divorci (art. 771 LEC), mesures provisionals derivades de l'admissió de la demanda (art. 773 LEC) i mesures definitives (art. 774 LEC). També en processos que versin exclusivament sobre la guarda i custòdia dels fills menors, en els quals es poden adoptar mesures cautelars (art. 770.6 LEC). No podem oblidar les mesures adoptades per l'autoritat judicial en un procés de modificació de mesures.

L'art. 233-1 CCC té present, com ja hem destacat, els dos tipus de mesures provisionals de la LEC, quan al·ludeix a «pretengui demandar» o «demandi», la qual cosa evita haver d'aplicar els arts. 102 a 104 CCE, si bé s'haurà d'acompanyar, quan s'escaigui, un pla de parentalitat. Les mesures provisionals poden ésser objecte de revisió en adoptar les mesures definitives (art. 233-1.4 CCC)<sup>111</sup> i les prèvies també ho poden ésser en decidir mantenir les provisionals (art. 772 LEC). En qualsevol moment del procés es pot modificar el model de guarda establert respecte dels fills menors d'edat, si és el més convenient per l'interès del menor. La proposta de modificació pot derivar dels propis menors, dels progenitors, del ministeri fiscal, de qualsevol parent, d'un membre de l'equip tècnic del jutjat o la pot prendre d'ofici el propi òrgan judicial (art. 236-3 CCC).

### A) Proposta de conveni regulador aprovada judicialment

D'acord amb la llibertat que assisteix als progenitors a l'hora de configurar l'exercici del contingut de la potestat parental, és a dir, de les responsabilitats parentals com a millor convingui als interessos dels membres de la família i, molt especialment, dels menors, poden dur a terme aquesta configuració en la proposta de conveni regulador<sup>112</sup> que presenten si insten de mutu acord la separació judicial, el divorci o l'adopció o la modificació de les mesures que regeixen les conseqüències de la nul·litat del matrimoni o bé, ho fa un d'ells, amb el consentiment de l'altre (art. 233-2.1 CCC), transcorreguts tres mesos des de la celebració del matrimoni (arts. 81 i 86 CCE) excepte si ha hagut violència familiar o masclista, cas en el qual, el termini de tres mesos es pot obviar. El precepte al·ludeix a la modificació de mesures en cas de nul·litat. Tanmateix, també es podria plantejar la mateixa qüestió en cas de modificació de mesures adoptades en un procés de divorci o separació judicial. En efecte, en aquests casos, les parts també poden iniciar el procés de mutu acord o el pot iniciar un d'ells amb el consentiment de l'altre i establir una nova configuració de l'exercici de la potestat parental en la proposta de conveni regulador (art. 233-7 CCC). Entenem que, en aquest supòsit, no seria necessari, una «alteració substancial de les circumstàncies». De fet, el legislador català, afegint, en aquest precepte, la referència a la nul·litat, ha tingut present les crítiques que,

111 R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de hijos menores*, p. 200.

112 Com és conegut, el conveni regulador és un negoci jurídic de Dret de família (sobre aquesta qüestió, vegeu: L. DÍEZ-PICAZO, «El negocio jurídico del Derecho de familia» a *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 35-50; I. CORDERO CUTILLAS, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (Estudio jurisprudencial)*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2004, pp. 30 ss; A. M. PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2000, pp. 54 ss).

en el seu moment, va fer un sector doctrinal respecte de l'art. 77 CF en relació amb l'art. 777 LEC.<sup>113</sup>

També es pot presentar una proposta de conveni regulador en el cas que es doni la conversió en consensual d'un procés contenciós (arts. 770.5 i 777 LEC). Els convivents que decideixen posar fi a la seva convivència també poden presentar una proposta de conveni regulador de comú acord o un amb el consentiment de l'altre (art. 234-6.2 CCC), el qual haurà de passar la corresponent homologació judicial, respecte dels aspectes patrimonials i haurà d'ésser aprovat judicialment en relació al pla de parentalitat (art. 234-7 CCC).

Des del punt de vista del contingut de la proposta de conveni regulador, com es dedueix de l'art. 233-2 CCC, hi ha un contingut mínim imperatiu que té a veure amb la guarda dels fills menors comuns i el deure d'aliments envers d'ells (art. 233-2.2 lletres a i b CCC) i un contingut voluntari que pot tenir com a referent directament o indirecta als propis fills, com ara les relacions amb els avis (art. 233-2.2 lletra c CCC)<sup>114</sup> o pot tenir com a referent l'altre progenitor (cònjuge o convivent) respecte d'altres pretensions (prestació compensatòria, atribució habitatge familiar, compensació econòmica, etc.) com estableix l'art. 233-2.3 CCC. També es poden acordar aliments pels fills majors d'edat que no tenen recursos propis (art. 233-2.4 CCC). Doncs bé, com és conegut, el contingut imperatiu és objecte d'aprovació judicial mentre que el contingut voluntari és objecte d'homologació judicial.<sup>115</sup> El jutge pot considerar que l'acord no és conforme amb el benestar del menor (art. 233-3.1 CCC). En aquest cas, el jutge determina quins aspectes s'han de modificar, per part dels progenitors, fixant un termini per a que ho facin. Si no arriben a cap acord o el nou acord no és aprovat per l'autoritat judicial, aquesta prendrà la decisió que s'escaigui (art. 777.7 LEC). L'art. 233-3.1 CCC, a diferència de l'art. 90 CCE, estableix que el control judicial ho sigui només dels acords que afecten els fills, no pas dels que afecten els progenitors cònjuges o convivents, llevat que aquests atemptin contra un dret fonamental o vagin en contra d'una norma imperativa o prohibitiva (art. 111-6 CCC, art. 19.1 LEC).

En qualsevol cas i en qualsevol moment i fase del procés, les parts poden sotmetre les seves diferències a mediació (art. 233-6.1 CCC, art. 12 LMDP) ja es tracti de processos matrimonials o del cessament de la convivència (disp. adic. 5ena, apartat primer Llei Llibre II CCC). A aquests efectes, s'apliquen les normes de la LEC, com ja hem recordat, sobre processos matrimonials també als processos iniciats amb motiu de l'extinció d'una convivència estable.

113 J. BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 77 CF» a J. EGEA FERNÁNDEZ/J. FERRER RIBA (dirs.), *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. 384. Crítica la redacció d'aquest precepte, C. MARTÍ BALDELLÓN, «Comentario al art. 233-2 CCC» a E. ROCA TRIAS/P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011, p. 819.

114 Les crítiques al fet que el menor no pugui decidir amb qui es vol relacionar, sinó que això vingui imposat pels adults o pel legislador es poden veure a S. NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas», a S. NASARRE AZNAR / R. BARRADA ORELLANA / M. GARRIDO MELERO (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º el Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 618-627.

115 R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de hijos menores*, p. 291.

### B) Resolució judicial de mesures prèvies, provisionals i definitives

Un altre instrument jurídic en el qual es pot plasmar la guarda compartida, quan la decisió és presa per l'autoritat judicial, és la resolució en la qual s'adopten mesures prèvies (art. 771.2 LEC).<sup>116</sup> provisionals<sup>117</sup> (art. 233-1.1 lletres a i b CCC) o bé, finalment, les mesures definitives (arts. 233-4.1, 234-6.3 CCC).<sup>118</sup> Una d'aquestes mesures és la decisió al voltant de l'exercici de les responsabilitats parentals, que, en cas de no haver-se demanat pels progenitors, haurà de decidir el jutge d'ofici.<sup>119</sup> El jutge pot atribuir la guarda en exclusiva a un dels progenitors, si considerés que és més convenient pels menors, la qual cosa es confirma en l'art. 233-1 lletra a CCC que al·ludeix a la «determinació de la manera com els fills han de conviure amb els pares i s'han de relacionar amb aquells d'ambdós amb qui no estigui convivint». Per tant, malgrat que el model preferent sigui la custòdia compartida, hi són possibles legalment d'altres models. També en cas d'adopció de mesures provisionals s'han de tenir en compte els criteris establerts en l'art. 233-11 CCC; àdhuc la possibilitat d'atribuir la guarda als avis, parents o d'altres persones pròximes als menors. Aquesta és una mesura que, si ho aconsella l'interès del menor, com hem vist, es pot adoptar ja com a mesura prèvia. No es pot deixar l'adopció de la mesura relativa al model de guarda dels menors a la fase d'execució de sentència (art. 774 LEC).<sup>120</sup>

Les parts poden presentar a aprovació acords extrajudicials que haguessin assolit respecte del model de guarda i custòdia dels fills menors tant en fase de mesures prèvies, provisionals com definitives. Aquests acords no són vinculants per l'autoritat judicial que pot decidir no aprovar-los si perjudiquen l'interès del menor (arts. 773.1 i 774 LEC). Si, en canvi, s'han aplicat raonablement bé i no hi ha afectació d'aquest interès, entenem que l'autoritat judicial els hauria d'aprovar.

Evidentment, les mesures no s'esgoten en el model de guarda sobre els fills comuns menors, ans al contrari s'han d'adoptar d'altres mesures com estableixen tant l'art. 233-1 i 233-4 CCC com els arts. 771-773 LEC.

### C) Resolució judicial sobre la guarda i custòdia exclusivament

La resolució judicial en la qual s'adopti un model de guarda concret pot derivar d'un procés de menors, el qual es pot encetar a l'empara de l'art. 770.6 LEC. És un procés independent al procés matrimonial i en ell també es poden adoptar mesures prèvies i provisionals que el precepte processal anomena com «mesures cautelars». Es pot iniciar de forma contradictòria o consensual i els

116 Es pot adoptar aquesta mesura amb caràcter urgent i sense contradicció.

117 Les mesures provisionals es regulen més extensament al Llibre II CCC que al CF (P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentari al art. 233-1 CCC», p. 805; N. MALLANDRICH MIRET, «Las medidas provisionales» a V. PÉREZ DAUDÍ, *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 228-229).

118 C. PÉREZ CONESA, *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Universidad Rey Juan Carlos, servicio de publicaciones, Madrid, 2006, pp. 19 ss.

119 R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de los hijos menores*, pp. 167-170 i 193.

120 R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de los hijos menores*, pp. 205-206.

progenitors poden sotmetre a aprovació judicial els acords extrajudicials que al voltant de la guarda dels menors haguessin celebrat.<sup>121</sup>

#### D) Resolució judicial de modificació de la mesura definitiva de guarda i custòdia

D'acord amb l'art. 233-7.1 CCC es pot sol·licitar, per una o per les dues parts, la modificació de les mesures acordades mitjançant un conveni regulador, adoptades en resolució judicial de mesures definitives i també en acord de mediació.<sup>122</sup> si es dona el requisit del canvi substancial de les circumstàncies, el qual, entenem que no és necessari, si la modificació de la mesura es proposa de mutu acord (art. 777.9 LEC).<sup>123</sup> Malgrat que no ho esmenta el precepte, també es poden modificar les mesures acordades en un procés que versï exclusivament sobre la guarda i custòdia dels fills o sobre l'acord aprovat judicialment de delegació o distribució de les funcions parentals.

L'art. 233-7 CCC no exigeix que aquest canvi de circumstàncies sigui sobrevingut, però sí substancial. Ara bé, el transcurs del temps que determina que el desenvolupament normal de la personalitat del menor no s'adeqüi a les mesures, en el seu moment, adoptades, *¿és veritablement un canvi substancial de les circumstàncies?* Nosaltres considerem que no i que, per tant, els progenitors o l'autoritat judicial haurien de preveure criteris per adaptar les mesures a aquest desenvolupament normal de la personalitat del menor (art. 233-7.2 CCC).<sup>124</sup>

### 5.3. Resolució judicial en cas de violència familiar o masclista

El Llibre II CCC fa referència en alguns dels seus preceptes, quan regula la ruptura dels progenitors, als casos de violència familiar sobre els fills o violència en l'àmbit familiar, (art. 5.2 de la *Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a eradicar la violència masclista*)<sup>125</sup> o violència masclista en l'àmbit de la parella. Així, en primer lloc, l'art. 233-1.2 CCC estableix que, en casos de violència, l'autoritat competent haurà de prendre les decisions oportunes sobre les mesures provisionals recollides en l'art. 233-1 CCC, a més de les decisions que exigeixi la legislació específica en matèria de violència familiar o masclista. En segon lloc, l'art. 233-11.3 CCC quan dona el llistat de possibles criteris a tenir presents per l'autoritat judicial, a l'hora de determinar el règim de guarda sobre els menors, exclou de la guarda el progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. Tampoc es pot atribuir la guarda quan hi hagi indicis fonamentats que s'ha

121 R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de los hijos menores*, pp. 305 ss.

122 C. PINTO ANDRADE, *La custodia compartida*, pp. 88-90.

123 En el mateix sentit, vegeu R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de los hijos menores*, p. 248.

124 J. MONTERO AROCA considera que el transcurs del temps es podria considerar com un canvi substancial de les circumstàncies (*Guarda y custodia de los hijos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 240 ss).

125 DOGC núm. 5123, de 5 de maig.

comés un acte de violència familiar o masclista per part d'un dels progenitors si els fills hi són víctimes directes o indirectes. Com s'interpreti aquesta norma respecte dels «indicis fonamentats» pot generar una important polèmica a la pràctica. Es tractaria d'indicis que, segons les regles de la sana crítica, permeten deduir racionalment la comissió d'un acte delictiu. No valen, per tant, les meres conjetures o simples elements que suggereixen la realització d'uns actes delictius, sinó elements que permeten deduir lògicament i amb la deguda solidesa la comissió d'un acte delictiu.<sup>126</sup>

En tercer lloc, en seu de potestat parental, l'art. 236-5.1 CCC estableix que l'autoritat judicial pot denegar o suspendre el dret dels progenitors o d'altres persones a tenir relacions personals amb els fills i també pot variar les modalitats d'exercici d'aquella (per tant, també el model de guarda en cas de separació, divorci o nul·litat) si els fills són víctimes directes o indirectes de violència familiar o masclista.

D'altra banda, l'art. 233-6.1 CCC recorda que la mediació no hi té lloc en casos de violència familiar o masclista (art. 6.1 LMDP, art. 7 lletra p Llei 5/2008).

De totes formes, en casos de violència familiar o masclista s'ha de distingir entre l'ordre de protecció recollida a la *Llei 27/2003, de 31 de juliol, reguladora de l'ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica*<sup>127</sup> i les mesures judicials de protecció i seguretat de les víctimes previstes a la *Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, mesures de protecció integral contra la violència de gènere*.<sup>128</sup>

### A) *Ordre de protecció*

L'art. 62 LO 1/2004 i l'art. 544 ter LECr preveuen l'adopció de mesures de caràcter civil entre les quals en destaquen les que tenen a veure amb la custòdia, visites, relacions i estada amb els fills. Per tant, es pot acordar un règim de guarda ja en l'ordre de protecció que haurà d'ésser una guarda «exclusiva» del progenitor no «inculpat», sens perjudici de mantenir o no el dret a relacionar-se entre fills i progenitor «inculpat», tot i que si han estat els fills les víctimes directes o indirectes, hi haurà justa causa per suspendre aquest dret (art. 233-11.3 CCC). El contingut d'aquestes mesures s'ha de correspondre amb l'art. 233-1 CCC i no amb el dels arts. 102-104 CCE.

Com se sap, aquestes mesures tenen una vigència temporal de 30 dies (art. 544 ter núm. 7 LECr) que es poden prorrogar per 30 dies més si s'inicia un procés de família davant la jurisdicció civil. Així, encara que no se les designi com a mesures provisionals, tenen aquest caràcter.<sup>129</sup>

126 G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2004, p. 147.

127 BOE núm. 183, d'1 d'agost de 2003.

128 BOE núm. 313, de 29 de desembre de 2004.

129 N. MALLANDRICH MIRET, «Las medidas provisionales», p. 248.

## B) Mesures judicials de protecció

Entre les mesures cautelars judicials de protecció, l'art. 65 de la LO 1/2004 estableix que el jutge pugui suspendre l'exercici de la potestat parental o la guarda dels menors en cas que el progenitor fos «inculpat» per violència masclista. Són, doncs, dues mesures diferents: una, suspendre l'exercici de la potestat parental que ens emmena a l'exercici exclusiu de la potestat per l'altre progenitor (art. 236-5.1 i. f. en relació amb l'art. 236-10 CCC); l'altra, suspendre la guarda o custòdia<sup>130</sup> implicant que, malgrat l'exercici conjunt de la potestat parental, la guarda sigui exclusiva de l'altre progenitor i, per tant, ell prengui totes les decisions sobre els assumptes de la vida diària del menor.

Aquestes mesures no impedirien les relacions personals entre els fills i el progenitor (art. 236-4.1 CCC); llevat que el jutge de violència masclista n'ordini també la suspensió del dret de visites, és a dir, se suspengui el dret a relacionar-se amb els menors per resolució judicial (art. 236-4.1 CCC). L'art. 236-5.1 CCC considera que hi ha «justa causa» per decretar la suspensió quan els fills són víctimes directes o indirectes de violència familiar o masclista.

En qualsevol cas, si la violència familiar o masclista és de baixa intensitat i no ha hagut un patró coercitiu ni un perpetrador primari es podria pensar en la guarda compartida (p. ex., en episodis aïllats violents provocats per la mateixa ruptura de la parella i l'estrés que aquesta produeix, però que durant la situació de normalitat familiar en cap moment ha hagut violència). En aquests casos, les ordres d'allunyament se solen complir; àdhuc els progenitors senten vergonya del seu propi comportament. Han estat un bon pare o una bona mare i poden ésser-ho un cop passat l'estrés de la ruptura i arribar a col·laborar entre ells.<sup>131</sup>

## 5.4. Resolució administrativa

En la hipòtesi que els progenitors no puguin temporalment exercir les seves funcions de guarda sempre que concorrin determinades circumstàncies que preveu l'art. 119.1 LDOIA, poden, com hem advertit, sol·licitar al departament competent que assumeixi la guarda dels infants o adolescents. Aquesta assumpció requereix una resolució administrativa de guarda (art. 119.3 LDOIA) que ha d'ésser motivada i notificada al Ministeri Fiscal, als progenitors o a d'altres titulars de la guarda del menor (art. 108 LDOIA).

Aquesta mesura es podrà revisar i modificar en funció de si es mantenen o no les circumstàncies que varen donar lloc a la seva adopció i de l'evolució de

130 S. VEGA TORRES considera que no sempre s'haurà de suspendre la guarda respecte dels fills, sinó que dependrà de cada cas concret [«Malos tratos y menores» a GARCÍA GARNICA (dir.), *La protección del menor*, p. 149].

131 M<sup>a</sup>. DEL C. CORTÉS ARBOLEDA, «Violencia doméstica y crianza de los hijos después del divorcio» a GARCÍA GARNICA (dir.), *La protección del menor*, p. 181. També, vegeu P. G. JAFFE / J. R. JOHNSTON / C. V. CROOKS / N. BALE, «Custody disputes involving allegation of domestic violence: toward a differentiated approach to parenting plans», *Family Court Review*, 46-3 (2008), pp. 500-522. Des d'una perspectiva de gènere, vegeu la contribució d'E. BODELÓN, «La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las estructuras familiares» a T. PICONTÓ (ed.), *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 131-154.



la situació de l'infant o adolescent que faci més convenient adoptar un altra mesura de protecció (art. 122 LDOIA).

## 6. CONTINGUT

El contingut del model de guarda que s'acordi sobre el menor, té a veure, en primer lloc, fonamentalment amb els *assumptes relatius a la seva vida* (6.1.); en el segon lloc, amb la plasmació d'aquest contingut en el *pla de parentalitat* (6.2.).

### 6.1. Assumptes de la vida del menor

Els assumptes relatius a la vida del menor poden classificar-se, per que així ho fa el legislador català, en «quotidians o diaris» i «rellevants» (§ A.). En relació amb ells, ens hem de plantejar si independentment que els progenitors ostentin la guarda exclusiva o compartida, mantenen un àmbit de legitimació decisòria individual.

#### A) Assumptes «quotidians o diaris» i «rellevants»

La concreció del contingut específic del model de guarda acordat pels progenitors en el pla de parentalitat o per l'autoritat judicial va directament vinculada als assumptes de la vida del menor ja siguin «activitats quotidianes dels fills» (art. 233-9.2 lletra b CCC) o fets «rellevants» (art. 236-12.1 CCC). Així, entre d'altres, aspectes com ara el lloc o llocs on residiran els menors, vacances, finançament de la guarda, forma d'adoptar els acords pels progenitors (presa de decisions respecte de qüestions rellevants, art. 233-9.2 lletra h CCC), informació recíproca o com es compartiran les activitats quotidianes del menor.

Es tracta de «tots» aquells assumptes ordinaris que es refereixen tant a l'esfera personal com patrimonial del menor que tenen a veure amb la seva vida. En aquest sentit, una bona guia ve representada pel dret alemany. El § 1687. 1 BGB regula aquells assumptes de considerable importància<sup>132</sup> respecte dels quals els progenitors que porten vides separades han de decidir conjuntament. Quan es tracta dels assumptes de la vida diària del menor que no siguin importants, qui pot prendre la decisió és el titular (normalment, un progenitor) que convisqui amb el menor. El propi precepte estableix, com a regla general, que es consideren assumptes de la vida diària del menor aquells que tenen a veure amb la pràctica diària de la guarda del menor; assumptes quotidians que no impliquen cap canvi ni cap efecte rellevant pel desenvolupament de la personalitat del menor.<sup>133</sup> En aquesta direcció, la doctrina alemanya estableix, com a possibles supòsits relatius als assumptes de la vida diària del menor, autoritzar una excursió escolar, un espectacle públic,

132 D. SCHWAB, «Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern— Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes-», *FamRZ* 1998/8, p. 469.

133 P. FINGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. VIII, Familienrecht II, § 1687b, 5ena edic., C.H. Beck, 2008, p. 1239, núm. 2; L. SALGO, a J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 4, Familienrecht, Sellier — de Gruyter, Berlin, 2006, núms. 11, p. 368.

l'adquisició de vestit, calçat, quins programes de televisió pot veure, quines pàgines webs pot visitar en internet, tipus d'activitats que pot desenvolupar en el seu temps de lleure, etc...<sup>134</sup> A aquests assumptes que tenen a veure amb l'esfera personal, s'afegeixen els assumptes de caràcter patrimonial que tinguin a veure també amb la vida diària del menor (p. ex. l'administració de quantitats de diners estalviades pel menor).

En canvi, en el dret alemany, tant els actes d'administració ordinària com extraordinària del patrimoni del menor, tractant-se d'un acte de considerable rellevància, s'ha de decidir per ambdós pares si són ells els titulars de la guarda,<sup>135</sup> si ho és excepcionalment, un altre parent o persona pròxima, serà aquesta qui prendrà la decisió. També s'exclouen per tractar-se d'assumptes de considerable importància, assumptes com ara la formació del menor i, concretament, la formació religiosa, el canvi de domicili del menor, la seva escolarització en un determinat establiment educatiu, aspectes relatius a la seva salut, canvi de cognoms, etc...<sup>136</sup>

En el dret català, els assumptes de la vida diària del menor, en una interpretació sistemàtica de les normes («qüestions rellevants», art. 233-9.2 lletra h CCC) que regeixen la potestat parental, són assumptes que no poden caracteritzar-se com a «fets rellevants» que afectin el menor, als quals es refereix l'art. 236-12.1 CCC, que regula el deure d'informació entre els progenitors independentment del model de guarda acordat, ja sigui guarda compartida o bé exclusiva. Aquests «fets rellevants» tenen a veure amb la cura del menor i l'administració del seu patrimoni. En tot cas, es poden considerar «fets rellevants» aquells sobre els quals és necessari el consentiment exprés o tàcit dels progenitors encara que portin vides separades, és a dir, sobre el tipus d'educació i ensenyament que hagi de rebre el menor, àdhuc, la formació religiosa,<sup>137</sup> la modificació del domicili, si suposa separar-lo del seu entorn habitual o els actes d'administració extraordinària dels béns del menor (art. 236-11.6 CCC). Altres «fets rellevants» són aquells que suposen un «risc imminent» (art. 236-14.3 CCC) per al menor que obliguen al titular de la guarda a prendre mesures de forma urgent («actes de necessitat urgent» art. 236-8.2 lletra c CCC). Aquests fets solen ésser, a més, «fets extraordinaris».

Així doncs existiria un doble criteri per a considerar si un assumpte pertany a la vida diària del menor: el primer, que es tracti d'un assumpte «no rellevant»

134 L. SALGO / STAUDINGERS, núms. 52, pp. 354-355; R. KEMPER, a M. BRUNS/R. KEMPER, *Lebenspartnerschaftsrecht. HandKommentar*, 2<sup>a</sup> edic., Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 115, núm. 10.

135 D. SCHWAB, «Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern», p. 469; J. HÜBTAGE a W. SCHULZ / J. HAUB (dirs.), *Familienrecht HandKommentar*, 1a edic., Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 1159, núms. 1-3.

136 P. FINGER, *Münchener Kommentar*, § 1687, p. 1233, núm. 8; D. SCHWAB, «Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick», pp. 394-395; L. SALGO / STAUDINGERS, núms. 35-49, pp. 346-354.

137 Respecte de la formació religiosa, s'ha de tenir present que el menor és titular del dret a la seva llibertat religiosa, dret que pot exercir per ell mateix si té prou coneixement i, per consegüent, en tant que exercici d'un dret fonamental tindrà preferència respecte del dret a l'educació dels seus progenitors essent el menor qui podrà decidir la confessió religiosa que professa. En aquest sentit, en el dret suís, l'art. 303.3 ZGB estableix que els menors de setze anys poden prendre decisions respecte de la religió que volen seguir.

(art. 236-12.1 CCC) per al desenvolupament de la personalitat del menor i, el segon, que es correspongui amb el dia a dia de la guarda sobre el menor, que es tracti d'assumptes ordinaris i no d'assumptes extraordinaris. Al nostre entendre, els actes d'administració ordinària del patrimoni del menor, en el cas que aquest en disposi, malgrat que puguin revestir la consideració de «fets no rellevants» no complirien el criteri segons el qual s'ha de tractar d'assumptes ordinaris de la vida diària del menor i, consegüentment, restarien fora del contingut propi de la guarda. Només s'hi poden celebrar aquells negocis jurídics patrimonials que compleixin ambdós criteris. En tot cas, s'han de tenir presents els usos i nivell de vida de cada família (arg. art. 231-5 CCC). A més, s'haurà de tenir en compte que determinats actes jurídics els pot dur a terme el propi menor: es tracta d'aquells actes relatius als béns i serveis propis de la seva edat d'acord amb els usos socials (art. 211-5 lletra b CCC). En un model de guarda compartida, aquestes decisions no rellevants s'han de prendre per tots dos progenitors, sens perjudici que l'actuació material la porti a terme un dels progenitors, aquell amb qui els menors hi siguin. En un model de guarda exclusiva, qui adopta les decisions és el titular de la guarda i el «no custodi», en aquells espais de temps, que convisqui amb els menors, només podria executar materialment les decisions preses per l'altre. Aquest podria ésser el criteri per distingir una situació de guarda veritablement compartida d'una guarda exclusiva amb un ampli règim de visites a favor d'un dels progenitors.

Ara bé, *¿realment no existeix un àmbit de legitimació decisòria individual independentment del tipus de guarda que s'exerciti sobre els fills menors?*. Nosaltres considerem que hi ha supòsits concrets on es podria entendre que sí existeix aquesta facultat i així ho exposarem en l'epígraf següent.

Una qüestió interessant a plantejar és si els progenitors poden acordar, ja es tracti d'una custòdia exclusiva ja ho sigui de compartida, que, respecte d'aquests fets rellevants abans esmentats, sigui només un dels progenitors el que prengui les decisions oportunes. De fet, l'art. 233-9.2 lletra h CCC deixa a la decisió dels progenitors, com a contingut del pla de parentalitat, «la manera de prendre les decisions». Així, p. ex., en cas de delegació de l'exercici de la potestat parental, en el negoci jurídic de delegació, els progenitors podrien acordar que no calgués el consentiment exprés o tàcit de tots dos progenitors per prendre decisions sobre els anomenats «fets rellevants». Al nostre entendre, seria possible en la relació entre els progenitors, però aquesta renúncia no es podria oposar als tercers, els quals la poden desconèixer, llevat del fet que constés en el RC com a conseqüència de l'inscripció d'una resolució judicial on es contingüés aquest negoci (art. 263.1 RRC).

## ***B) La facultat decisòria individual***

Tant en el cas de guarda compartida com d'exclusiva, es planteja el dubte de si un dels progenitors pot prendre decisions de forma individual, sobre tot, quan els menors es troben amb ell o, atès el model de guarda acordat, no hi resta cap marge a l'actuació individual d'un dels progenitors i, per tant, qualsevol assumpte ha d'ésser decidit conjuntament. S'ha de tenir present que les decisions conjuntes, en cas de guarda compartida, sempre i en qualsevol cas, generen uns costos de transacció que segurament repercutiran en els fills

menors en la mesura en que retarden la presa de decisions, la qual cosa pot perjudicar-los més que representar-hi un benefici.

L'art. 236-11.5 CCC considera, com hem dit abans, que, malgrat que l'exercici de les responsabilitats parentals sigui exclusiu d'un dels pares, hi ha determinades decisions que no les pot prendre un de sol, tret que es pactés un altra cosa pels progenitors, quan facin referència a fets rellevants o de considerable importància pel menor, com són el tipus d'ensenyament, el canvi de domicili quan implica l'apartament del seu entorn habitual o els actes d'administració extraordinària del patrimoni del menor. En la realització d'aquests actes es fa necessari el consentiment exprés o tàcit de l'altre progenitor. Doncs bé, si necessita aquest consentiment en cas d'exercici exclusiu, amb més raó serà escaient quan l'exercici sigui compartit, malgrat que les actuacions concretes es duguin a terme per un dels progenitors. En el pla de parentalitat, aquests hauran de decidir si aquest consentiment ha d'ésser sempre exprés o no, si s'atorguen poders de caràcter general o especial, els quals són, en tot moment, revocables (art. 236-9.2 CCC). Així, ja s'ostenti la guarda exclusiva o la compartida, els fets rellevants esmentats que afecten la vida dels menors s'han de decidir en tot cas conjuntament, malgrat l'actuació concreta d'aquesta decisió la faci només un dels progenitors. Així ho explicita també el Principi 3:12 dels *European Principles of Family Law*,<sup>138</sup> en virtut del qual:

«(2) Important decisions concerning matters such as education, medical treatment, the child's residence, or the administration of his or her property should be taken jointly».

Si per a fets rellevants que tenen a veure amb la vida del menor es necessita el consentiment d'ambdós progenitors, *¿significa això que aquests podran decidir individualment aspectes relatius a la vida diària (assumptes quotidians) del menor?* Per poder respondre l'interrogant plantejat, hem de tenir en compte si la guarda és compartida o bé exclusiva. En el primer cas, com a regla general, les decisions sobre aquests assumptes són preses pels progenitors conjuntament; en el segon cas, les decisions les pren qui és titular de la guarda. Qui prengui les decisions és independent de qui les executi, qui faci les actuacions materials i jurídiques necessàries per portar-les a terme, és a dir, que les actuacions les podrà portar a terme un progenitor sol sense necessitat, en cas de guarda compartida, que actuïn alhora tots dos progenitors. Per tant, la primera afirmació que es pot fer és que existeix un àmbit d'actuació material i jurídica individual d'un progenitor de les decisions preses conjuntament o individual segons el tipus de guarda. La mateixa regla apareix en els *European Principles of Family Law*. En efecte, el Principi 3:12 porta per títol «*Daily matters, important and urgent decisions*» establint que:

«(1) Parents having joint parental responsibilities should have the right to act alone with respect to daily matters»

---

138 K. BOELE-WOELKI / D. MARTINY, «The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities», 8 *ERA Forum*, 2007, pp. 125-143.

La qüestió però no es només de plantejar-se qui pot actuar, sinó si es pot decidir individualment sobre assumptes de la vida diària del menor, malgrat ostentar la guarda compartida o tenir només un règim de visites. Decantar-se per la resposta afirmativa suposa tenir present un estalvi en costos de transacció important. Manca a la legislació catalana un precepte com el del § 1687 BGB on s'estableixi un àmbit de legitimació individual pel progenitor que, en cada moment, tingui la cura del menor. De fet, aquesta facultat decisòria individual l'ha recollida el legislador català per atribuir-la al cònjuge o convivent del progenitor que és titular de la guarda, en cas de famílies reconstituïdes, a l'art. 236-14 CCC, quan es tracta de prendre decisions que afecten a la vida diària del menor sense que calgui el permís, l'autorització o el consentiment del progenitor del menor. Doncs bé, amb més raó, s'hauria de donar en el cas que sigui el propi progenitor el que, en cada moment, tingui el menor sota la seva cura. Es podria entendre implícita aquesta legitimació individual, en l'art. 236-11.5 CCC, quan estableix que les obligacions de guarda corresponen al progenitor que, en cada moment, tingui els seus fills amb ell independentment del règim de relacions personals establert i, tot i que el precepte al·ludeix als pares que porten vides separades, podria tenir un àmbit d'aplicació més general. Per tant, també ostentaria la facultat de decidir individualment les qüestions que tinguin a veure amb els assumptes de la vida dels menors. I en aquest punt, l'art. 236-8.2 lletra c) CCC representa una pauta interpretativa important: els actes d'acord amb l'ús social o les circumstàncies familiars i els actes de necessitat urgent, que són actes que normalment fa una persona sola, poden ésser decidits pel progenitor que, en cada moment, tingui el menor sota la seva cura.

En relació amb els actes urgents, així ho preveu el Principi 3:12 dels *European Principles of Family Law*:

(2) In urgent cases a parents should have the right to act alone. The other parent should be informed without undue delay».

## 6.2. Plasmació de les decisions dels progenitors en el «pla de parentalitat»

En aquesta seu tractarem del concepte de «pla de parentalitat» i dels possibles inconvenients que pot presentar.

### A) Concepte de «pla de parentalitat». L'acord decisor

Un cop determinada pels progenitors el model de guarda, si s'han posat d'acord, hauran d'elaborar l'anomenat «pla de parentalitat» o bé si no s'han posat d'acord i s'ha iniciat un procés contenciós, cadascun d'ells aportarà el seu propi «pla de parentalitat», el qual no es defineix en l'articulat del Llibre II CCC. Tanmateix, trobem una explicació del que suposa en el Preàmbul (III lletra c) de la Llei que aprovà el Llibre II CCC. Es diu que es tracta «d'un instrument per a concretar la manera com ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills».

El pla de parentalitat es pot conceptualitzar des d'una doble perspectiva: la primera, com un *acord decisor* i, la segona, com a *document*.<sup>139</sup> Des de la primera perspectiva, es tracta d'acordar el model de guarda i prendre decisions de comú acord respecte dels assumptes de la vida diària del menor<sup>140</sup> o d'establir les directrius sota les quals es prendran en el futur aquestes decisions (v. gr. sobre quins assumptes de la vida quotidiana del menor és necessari l'acord conjunt o si s'acorda un àmbit de decisió individual a cada progenitor o s'entén atorgat un consentiment general, etc...). S'ha de detallar, de forma concreta, com es materialitzarà el model de guarda acordat, tot i que el legislador quan regula el pla de parentalitat té present bàsicament un model concret de guarda que és el de la «guarda compartida», també s'ha de presentar a escrutini judicial encara que s'acordi un model de guarda exclusiva. L'art. 233-9.1 CCC adverteix que: «el pla de parentalitat ha de concretar la manera en què ambdós progenitors exerceixen les responsabilitats parentals». Aquest acord decisor pot fer part del contingut d'un negoci jurídic de dret de família com són els instruments jurídics que hem referit abans (el conveni regulador i els pactes fora de conveni). Des de la segona perspectiva, el document és el suport material de l'acord decisor.

Els «fets» o «qüestions» rellevants pel menor es poden, de fet, s' haurien de contemplar en el pla de parentalitat i, per tant, la manera com s'ha de prendre les decisions i s'informaran entre sí els progenitors, llevat que es renunciï a rebre la informació, a prendre la decisió conjuntament amb l'altre progenitor deixant en aquest la presa de decisions de forma individual, com acabem d'esmentar. L'eficàcia del pla de parentalitat és «inter partes», no afecta els tercers de bona fe amb els quals puguin els progenitors celebrar negocis jurídics en representació o no del menor. El pla de parentalitat es pot inscriure en el RC només quan formi part del contingut d'una resolució judicial; no quan es mantingui com a pacte privat entre els progenitors. En efecte, l'art. 263.1 RRC estableix que «les inscripcions de les resolucions judicials concretaran l'abast i les determinacions sobre la pàtria potestat i la cura dels fills». Per tant, els acords sobre la forma de prendre decisions si es publiquen al RC seran oposables als tercers.

El pla de parentalitat no inclou qüestions relatives als aliments, relacions personals amb avis, germans majors d'edat que no convisquin a la llar familiar,<sup>141</sup> o atribució/distribució de l'ús de l'habitatge familiar<sup>142</sup> (arts.

139 Posa de relleu aquest segon aspecte, R. BARRADA ORELLANA, «El plan de parentalidad» a S. NASARRE AZNAR / R. BARRADA ORELLANA / M. GARRIDO MELERO (dits.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 710.

140 M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al art. 233-9 CCC» a E. ROCA TRIAS/P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011, p. 856.

141 M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al art. 233-9 CCC», p. 857. Sí inclou les despeses que tinguin a veure amb la pràctica de la guarda compartida (art. 233-9.2 lletra c CCC: «costos que generi»).

142 Quan la custòdia és exclusiva d'un progenitor i no hi ha acord sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, a qui correspongui la custòdia exclusiva és un criteri a tenir present per a aquesta atribució (art. 233-20.2 CCC). Ara bé, quan s'acorda la custòdia compartida, s'han d'aplicar d'altres criteris a l'hora de determinar l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar com ho fa el legislador en l'art. 233-20.3 CCC. Respecte a aquestes qüestions, vegeu C. PINTO ANDRADE, *La custodia compartida*, pp. 85-86.

233-20 a 25 CCC). Aquests aspectes formen part del conveni regulador o d'altres pactes, però no són contingut del pla de parentalitat. Amb tot i això, el contingut del pla de parentalitat establert a l'art. 233-9 CCC no té caràcter exhaustiu i s'hi poden incloure altres o més aspectes que guardin relació amb la pràctica material de la guarda dels menors, com ara, que determinades hores al dia o a la setmana els menors estiguin a càrrec d'un cuidador o d'una cuidadora contractada per un o ambdós progenitors.

El pla de parentalitat també el poden presentar a la seva aprovació judicial els progenitors que porten vides separades ja hagin acordat l'exercici conjunt, la delegació o la distribució de funcions entre ells (art. 236-11.2 CCC).

Diferent del pacte de parentalitat del CCC és el «pacte de relacions familiars» previst a l'art. 77 del Código del Derecho Foral d'Aragó o del «pacte de convivència familiar» regulat a l'art. 4 de la *Llei 5/2011, 1 d'abril, de relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen* de la Comunitat valenciana,<sup>143</sup> els quals incorporen aspectes més propis d'un conveni regulador com és el tema relatiu a la liquidació del règim econòmic matrimonial o l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar.

### **B) Possibles inconvenients del «pla de parentalitat»**

El pla de parentalitat, que és aliè a la tradició dels països continentals europeus, és conegut, en canvi, en els països de tradició anglosaxona.<sup>144</sup> L'ALI incorpora el *parenting plan* (Principi s. 2.06) en les seves propostes per a la reforma del dret de família en relació amb la dissolució del matrimoni (separació i divorci) amb l'argument de que es tracta d'un mecanisme per reduir la tensió i el conflicte entre els progenitors i assegurar el contacte del menor amb tots dos progenitors.<sup>145</sup> S'ha de tenir present que el pla de parentalitat obliga els progenitors a mantenir un elevat grau de cooperació entre ells, però *¿què succeeix quan es presenta a escrutini judicial un pla de parentalitat on s'han acordat un nombre important d'activitats compartides, malgrat que els progenitors mantenen una relació conflictiva?* Pel jutge és molt difícil conèixer aquesta conflictivitat mitjançant un pla de parentalitat «aparentment normal»; per regla general, aquest serà aprovat, malgrat que els costos d'aquella conflictivitat acabin repercutint negativament en els menors, pels quals la guarda compartida serà més aviat perjudicial que beneficiosa.

El pla de parentalitat presenta, al nostre entendre, dos inconvenients: en primer lloc, la més que probable, a la pràctica, estandarització, de tal manera que s'acabin elaborant formularis<sup>146</sup> amb clàusules standard que subscriuen

<sup>143</sup> BOE núm. 98 de 25 d'abril.

<sup>144</sup> H. RHOADES / S. B. BOYD, «Reforming Custody Laws: A Comparative Study», 18 *Int'l J. L. Pol'y & Fam.*, 2004, pp. 119 ss.

<sup>145</sup> Crítics amb els *parenting plans*, entre d'altres, són J. G. DWYER, *The Relationship Rights of Children*, p. 229 i R. J. LEVY, «Custody Law», pp. 79-82.

<sup>146</sup> Com se sap, a Catalunya ja tenim un document on s'estableix un model de pla de parentalitat ([http://scej.iec.cat/filial/digitalAssets/12055\\_Pla\\_de\\_parentalitat\\_-desembre\\_2010-1.pdf](http://scej.iec.cat/filial/digitalAssets/12055_Pla_de_parentalitat_-desembre_2010-1.pdf)). Data de la consulta: maig de 2013. Vegeu possibles models de pla de parentalitat en el dret comparat a M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Ejercicio», p. 26.

els progenitors<sup>147</sup> i, en segon lloc, la seva excessiva rigidesa, la qual cosa pot fer que en lloc de fer disminuir la litigiositat acabi paradoxalment incrementant-la. El pla de parentalitat s'ha de redactar de manera tal que es pugui adaptar amb facilitat a les noves circumstàncies sense necessitat d'haver d'anar davant l'autoritat judicial per a que sigui ella qui en prengui la decisió.<sup>148</sup> De fet, l'art. 233-9.3 CCC (també, art. 233-7.2 CCC) estableix la possibilitat que, en les propostes de plans de parentalitat, es prevegi la modificació del contingut del mateix per adaptar-ho a les necessitats de les diferents etapes de la vida dels fills menors<sup>149</sup> (disp. add. 9ena Llei 25/2010 del Llibre II CCC). Per això poden preveure el recurs a la mediació (art. 2.1 lletra e LMDP). Es tracta d'anticipar les solucions als conflictes que es poden donar en el futur. D'ací, potser, la necessitat que en la seva elaboració intervingui un professional com ara un mediador<sup>150</sup> o un advocat. Com el pla de parentalitat, en determinats supòsits, que ja coneixem, ha d'ésser aprovat judicialment, els jutges podrien requerir les parts per a que estableixin en el pla determinades clàusules que prevegin futures contingències relatives a la guarda dels menors (v. gr. possibles futures malalties, viatges escolars, etc.). La possible modificació del pla també haurà de passar el control judicial (art. 233-7 CCC), quan aquest hagi, amb caràcter previ, estat aprovat judicialment.

## II. EL DRET DEL MENOR A ÉSSER INFORMAT I ESCOLTAT RESPECTE DEL MODEL DE GUARDA

La decisió respecte del model de guarda, ja sigui presa pels progenitors o ja ho sigui per l'autoritat judicial, és un assumpte que afecta directament el menor i, per tant, se l'ha d'informar i escoltar. Aquest dret del menor apareix com a norma de caràcter general, en l'art. 211-6.2 CCC i també en l'art. 7 LDOIA (art. 9 LOPJM), els quals al seu torn deriven de l'art. 12 CRC.<sup>151</sup> Tanmateix, abans hem de distingir dos sentits del dret a la informació i expressió del menor

147 Principles s. 2.05, comment. B, p. 152: «The parenting plan concept presupposes a diverse range of child rearing arrangements and rejects any pre-established set of statutory choices about what arrangements are best for children».

148 Destaquen aquesta flexibilitat del pla de parentalitat, R. J. GARON / D. S. DONNER / K. PEACOCK, «From Infants to Adolescents. A Developmental Approach to Parenting Plans», *Family and Conciliation Courts Review*, 38 (2) 2000, pp. 168-191; M. FREEMAN, «Disputing Children», p. 469.

149 Cfr. Section 63C *Family Law Act* 1975 (modificada al 2006) d'Austràlia: «(h) the process to be used for changing the plan to take account of the changing needs or circumstances of the child or the parties to the plan» (<[www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/fla1975114/s63caa.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/s63caa.html)>. Data de la consulta: maig de 2013).

150 M<sup>a</sup>. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al art. 233-9 CCC», p. 857; de la mateixa autora, vegeu, «La mediació familiar en Catalunya», AAVV, *La familia del siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 171. A aquest efecte, s'ha de tenir present el *Llibre Blanc de la Mediació*, cap. 14, p. 5.1.2 (<http://www.llibreblancmediacio.com/>). Data de la consulta: maig de 2013. La relació entre el pla de parentalitat i la mediació familiar la posa en relleu, M. FREEMAN, «Disputing Children», p. 469.

151 D' aquest precepte deriva també l'art. 3.2 de la Part III, Títol I del *Model family Code* (I. SCHWENZER, *Model Family Code*, p. 93).



(1.), després veurem els criteris que empra el legislador per a determinar quin menor és titular d'aquests drets (2.), els assumptes respecte dels quals s'informa i s'escolta el menor (3.), expressió de l'opinió del menor per ell mateix o mitjançant un tercer (4.), quan s'informa i s'escolta el menor (5.) i, finalment, el subjecte que ha d'informar el menor (6.).

## 1. DRET A LA INFORMACIÓ I A L'EXPRESSIÓ DE LES OPINIONS DEL MENOR

Els menors són titulars del dret a la informació i a l'expressió de les seves opinions en una doble vessant. En sentit ampli, tenen dret a demanar i rebre informació de les administracions públiques encarregades d'atendre'ls i protegir-los (art. 17.3 LDOIA), àdhuc es poden adreçar-hi sense el coneixement dels seus representants legals. El contingut d'aquesta informació ha de respectar els principis constitucionals (art. 32.2 LDOIA), ésser verídic, comprensible i adequat a les necessitats i requeriments de la persona que demana la informació (arg. ex art. 212-1.1 CCC). L'administració local és el primer nivell d'informació i assessorament dels menors (art. 17.4 LDOIA). I, en aquest sentit, s'han d'establir mecanismes destinats a recaptar les opinions dels menors en relació a totes aquelles polítiques, normes, projectes o decisions que els hi afectin. Es tracta de que participin de forma activa en la societat en la qual viuen com ho fa qualsevol ciutadà (art. 34 LDOIA). És el seu dret a incorporar-se progressivament a la ciutadania activa. Aquest dret a rebre informació i a expressar les seves opinions és especialment important per avaluar i interpretar les normes des de la perspectiva dels menors i garantir que contemplin l'exercici dels seus drets (art. 5.2 LDOIA). És un dret de caire més programàtic que expressa un *desideratum* del legislador contemplant els menors ("infants i adolescents" segons la terminologia de la LDOIA) amb caràcter general o abstracte, com a ciutadans. Es tracta d'un dret que requereix la intervenció o actuació administrativa que estableixi les infraestructures adients a fi i efecte de fer-lo efectiu. És per això també que les normes que el regulen, en àmbits jurídics concrets, tenen un caràcter més administratiu que civil (p. ex. art. 32 LDOIA).

Juntament amb aquest primer sentit del dret a la informació i expressió de les opinions del menor, el legislador català ha regulat el dret a la informació del menor i a expressar les seves opinions en sentit estRICTE, és a dir, com a facultat jurídica per a exigir el seu compliment. Aquesta facultat és la que es recull en l'art. 211-6.2 CCC, en l'art. 212-1.1 CCC (dret a la informació sobre la salut) o en l'art. 7 i 17.1 LDOIA. Com a facultat jurídica de la qual és titular el menor comporta un correlatiu deure dels progenitors o guardadors i autoritat judicial d'informar i escoltar el menor sobre qualsevol assumpte que l'afecti, ja sigui personal<sup>152</sup> o patrimonial. A més és un deure, el compliment del qual és de tracte successiu, ja que s'ha d'informar i escoltar el menor en qualsevol moment, ja sigui per que ho demani el propi menor o bé la iniciativa derivi dels

152 La participació en el sí de la família, des de ben petits, és bàsica en aquest sentit [P. ALDERSON, «Younger children's individual participation in all matters affecting the child» a B. PERCY-SMITH & N. THOMAS (eds.), *A Handbook of Children and Young People's Participation*, Routledge, Oxon, 2010, p. 89].

propis progenitors o d'altres guardadors. Així, doncs, en aquest segon sentit de dret a la informació i expressió de les opinions, el legislador contempla un menor concret que es troba en una situació jurídica concreta respecte de la qual se li ha de donar tota la informació; informació que també ha d'ésser verídica, comprensible i adequada a les seves necessitats i requeriments (arg. art. 212-1.1 CCC). Es tracta del dret a la informació amb contingut jurídic-privat que es regula pel dret privat i, especialment, pel dret civil.

La manca d'informació o la negativa a facilitar una determinada informació, per part de la persona subjecta en aquest deure jurídic, pot comportar, a petició del propi menor o d'un altre parent (art. 236-3.2 CCC), la intervenció judicial a fi i efecte d'evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial per aquell. L'autoritat judicial pot prendre com a mesura, entre d'altres, la modificació de l'exercici de les responsabilitats parentals (art. 236-3.1 CCC), sens perjudici que, si s'han produït danys, en siguin resarcibles (art. 1902 CCE). Com es tracta d'un deure jurídic dels progenitors, que s'emmarca en el sí de la potestat parental, no és jurídicament coercible ni genera obligacions recíproques entre aquests i els seus fills menors.

## 2. CRITERIS LEGALS

El legislador català combina dos criteris: un criteri objectiu (l'edat) i un criteri subjectiu (la maduresa, el prou coneixement) per a que el menor tingui dret a ésser informat i escoltades les seves opinions. També per, en determinats àmbits jurídics, prendre decisions (v. gr. el dret a la salut). Tanmateix existeix una diferència. En efecte, quan es tracta d'ésser informat i d'expressar les seves opinions, l'edat com a criteri són els dotze anys (v. gr. art. 211-6.2 CCC); mentre que si es tracta de prendre decisions, l'edat són els setze anys (v. gr. art. 212-2.1 CCC). Per sota d'ambdues edats, el menor té dret a ésser informat i escoltat i/o a prendre ell mateix la seva decisió<sup>153</sup> si té prou coneixement o maduresa intel·lectual i emocional suficient.

Aquest doble criteri (objectiu i subjectiu) era l'acollit pel legislador estatal en l'art. 92.2 CCE<sup>154</sup> fins que es va modificar per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modificà el Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci.<sup>155</sup> La redacció actual d'aquest precepte estableix que «el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento del derecho a ser oídos». Semblaria, doncs, que el dret d'audiència del menor es limitaria a l'àmbit judicial, sense que s'apliqués en l'àmbit familiar quan són els progenitors els que prenen decisions sobre el model de guarda respecte dels seus fills menors. Tanmateix, l'art. 9.1 LOPJM estableix que el menor també ha d'ésser escoltat en l'àmbit familiar i l'únic requisit que n'exigeix és el prou coneixement. En el

<sup>153</sup> La força de la seva decisió implica ja vinculació jurídica.

<sup>154</sup> Aquest precepte establia que: «las medidas judiciales sobre el cuidado y la educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran juicio suficiente y siempre a los mayores de doce años». Es tractava del dret d'audiència judicial.

<sup>155</sup> BOE núm. 163, de 9 de juliol.

mateix sentit, l'art. 154.3 CCE preveu l'audiència del menor abans de prendre decisions que l'afectin.

Si l'acord sobre el model de guarda s'ha plasmat en un document que després passa l'aprovació judicial, l'art. 777.5 LEC (procés de mutu acord) exigeix que el jutge escolti el menor, ja sigui d'ofici o bé a instància del Ministeri fiscal, dels progenitors, del propi menor o d'un membre de l'equip tècnic de suport judicial, sempre que tingui prou coneixement,<sup>156</sup> sense que importi la seva edat. En canvi, si es tracta d'un procés contenciós, l'art. 770.4 LEC estableix que el jutge d'ofici o a instància de part, escoltarà els menors que tinguin prou coneixement i, en tot cas, els menors majors de dotze anys.<sup>157</sup>

En l'esfera purament privada dels progenitors i els menors, en cas de ruptura dels primers, l'exercici del dret a ésser informat i escoltat només es podria garantir si els menors participessin amb la seva pròpia defensa expressant no només una «opinió», sinó, en el nostre parer, es podria arribar a manifestar una «decisió»,<sup>158</sup> que hauria d'ésser respectada pels progenitors, en la mesura que s'acomplís el doble criteri que determina la llei: l'edat (1.1.) i el prou coneixement (1.2.).<sup>159</sup>

## 2.1. Criteri objectiu: l'edat

El criteri objectiu de determinació dels menors titulars del dret d'ésser informat i escoltat és l'edat d'aquests menors. Els dotze anys són, pel legislador català, presumptius d'una determinada maduresa intel·lectual i emocional, d'una determinada capacitat natural, que fa que, en tot cas, se l'hagi d'informar i escoltar. Per tant, encara que no tingués aquesta maduresa, només pel fet d'assolir aquesta edat ja seria informat i escoltat i el menor podria directament exercir aquest dret i exigir el compliment del deure d'informació i a l'expressió de les seves opinions per part dels progenitors, d'altres guardadors o l'autoritat judicial segons escaigués (art. 17.1 LDOIA).

El criteri de l'edat implicaria un primer nivell de distinció entre expressar «opinions» i «prendre decisions» com ho palesen, d'una banda, l'art. 211-6.2 CCC respecte del primer i l'art. 212-2.1 CCC (arts. 8 i 9 Llei 4/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica,<sup>160</sup> arts. 6 i 7 Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica,<sup>161</sup> art. 13 Llei orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció de l'embaràs)<sup>162</sup> respecte del

156 Ara bé, per poder decidir si el menor en té de prou coneixement per expressar la seva pròpia opinió, el jutge, en primer lloc, ha d'escoltar el menor (J. MONTERO AROCA, *Guara y custodia*, p. 209).

157 És evident la manca de coordinació entre la llei material i la processal.

158 S. NAVAS NAVARRO, «*Menores, guarda compartida y plan de parentalidad*», pp. 48 ss.

159 La contraposició d'ambdós criteris representant dues escoles filosòfiques que parteixen de diferents premisses a l'hora de plantejar l'atribució de drets als menors es pot consultar a D. ARCHARD, *Children. Rights and Childhood*, 2ona ed., Routledge, Oxon, 2004, pp. 53 ss.

160 BOE núm. 274, de 15 de novembre.

161 DOGC núm. 3303, d'11 de gener.

162 BOE núm. 55, de 4 de març.

segon en l'àmbit de la salut. Aquesta presa de decisions en l'àmbit personal, en tot cas, a partir dels setze anys o per sota d'aquesta edat si el menor té suficient maduresa es pot traduir al seu torn en una determinada capacitat d'obrar per a celebrar negocis jurídics (v. gr. art. 236-25 CCC) o per donar eficàcia a determinats negocis jurídics que consideri necessari celebrar el seu representant legal (v. gr. art. 236-30 CCC).

S'ha criticat el criteri de l'edat per la seva rigidesa ja que prescindiria de si el menor té prou coneixement per expressar les seves opinions i, en el seu cas, prendre decisions.<sup>163</sup> Es més, l'art. 12 CRC, clarament inspirador de la norma estatal i de la catalana, prescindeix del criteri de l'edat.<sup>164</sup> Ara bé, des del punt de vista dels drets dels menors, el fet que el legislador exigeixi una edat mínima, a partir de la qual «en tot cas», és a dir, imperativament, s'ha d'informar el menor i escoltar les seves «opinions» i, en el seu cas, atendre les seves «decisions» representa una garantia pels menors de respecte a l'exercici dels seus drets i, concretament, dels seus drets fonamentals eliminant l'arbitri judicial i l'arbitri en el si de la família. De fet, aquesta garantia a l'exercici dels drets dels menors que implica una edat mínima, hauria de portar el legislador a considerar la possibilitat que aquesta edat fos la mateixa tant per ésser escoltat com per prendre decisions. S'ha de tenir present que a partir dels catorze anys, el menor pot contreure matrimoni amb dispensa d'edat (art. 48 CC), pot també atorgar testament obert i tancat notarial (art. 421-4 CCC). Àdhuc el legislador considera que amb dotze anys el menor ha de consentir qualsevol acte del seu representant legal que implica alguna prestació de caràcter personal del menor (art. 211-6.3 CCC). Per tant, ¿per què no unificar el criteri de l'edat?.

## 2.2. Criteri subjectiu: la capacitat natural

El criteri subjectiu es té especialment en compte quan el menor és menor de dotze anys i, per consegüent, se l'informa i/o se l'escolta o no segons tingui «prou coneixement» o «maduresa emocional i intel·lectual suficient».<sup>165</sup> El marge d'apreciació i de discrecionalitat, segons aquest criteri, és més ampli pel subjecte que ha d'informar i escoltar.<sup>166</sup>

163 A. DE LAMA Y AYMÀ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, València 2006, pp. 102-107; J. M. DE TORRES PEREA, *Interés del menor*, pp. 312 ss; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», *Derecho privado y Constitución*, 2005, p. 200; C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad» a *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. L. Díez-Picazo*, T. I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 956-957.

164 G. LANSDOWN, «The realization of children's participation rights» a B. PERCY-SMITH & N. THOMAS (eds.), *A Handbook of Children and Young People's Participation*, Routledge, Oxon, 2010, p. 12; F. ANG / E. BERGHMANS / M. DELPLACE / V. STAELENS / C. VANDRESSE / M. VERHEYDE, «Participation Rights in The UN Convention on the Rights of the Child» a AAVV, *Participation Rights of Children*, Intersentia, Antwerpen /Oxford, 2006, p. 12.

165 C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Capacidad natural», pp. 971 ss.

166 Aquest criteri també ha estat objecte de crítiques justament per la seva indeterminació i l'arbitri judicial que permet (J. GARCÍA MEDINA, «Crisis matrimoniales y derechos de los menores» a C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Aspectos civiles*, pp. 236-238; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial», pp. 199-200).

Aquest «prou coneixement» s'ha d'interpretar en relació amb la capacitat natural, és a dir, amb la capacitat de voler i d'entendre. Així, el menor ha d'ostentar la capacitat natural suficient. No es demana la capacitat d'obrar, la qual és necessària per celebrar negocis jurídics amb eficàcia jurídica, sinó que per l'exercici del dret a ésser informat i escoltat és suficient la capacitat natural i no d'obrar (art. 17.1 LDOIA).

Això implica que, en l'esfera personal, la decisió sobre el model de guarda a la qual es sotmetrà el menor ha d'ésser posada en el seu coneixement i ell ha de poder expressar la seva opinió al respecte, però no participarà en la presa de decisions. Al nostre entendre, donat que el model de guarda afectarà sobre tot a la seva esfera personal per que, com hem vist, concerneix directament els assumptes de la seva vida diària, el menor hauria de poder participar en la decisió.<sup>167</sup>

Que el menor estigui legitimat per prendre una decisió, suposarà que n'assumeix les conseqüències de la mateixa i que la decisió vincula els titulars de la potestat parental (o de la tutela).

### 3. ASSUMPTES RESPECTE DELS QUALS S'INFORMA I S'ESCOLTA AL MENOR

Segons l'art. 211-6.2 CCC s'ha d'informar i escoltar al menor d'edat sobre qualsevol decisió que es prengui i que afecti directament a la «seva esfera personal o patrimonial». Per la seva banda, l'art. 7.1 LDOIA es refereix a la decisió que afecti l'entorn personal, familiar, social o patrimonial del menor, ja sigui una decisió que l'afecti directament o indirecta com preveu l'art. 12 CRC. Per tant, sobre tots els assumptes del menor, dels quals aquest en sigui titular.<sup>168</sup> En el cas concret, del model de guarda s'ha d'informar i escoltar el menor no només respecte del propi model de guarda, sinó també respecte del contingut del pla de parentalitat, si se n'ha elaborat un pels progenitors o bé l'autoritat judicial l'haurà d'informar i escoltar respecte dels diferents aspectes que tinguin a veure amb el seu possible règim de guarda (art. 233-11.1 lletra e CCC). En el cas que es tracti d'una «guarda protectora» per impossibilitat temporal dels progenitors de complir les funcions de guarda el menor també haurà d'ésser informat i escoltat (art. 119 en relació amb l'art. 7 LDOIA).

És important insistir en aquesta informació per part dels progenitors ja que freqüentment no ho fan. Sovint es prenen les decisions sense informar i escoltar els seus fills. És molt significatiu que al Regne Unit, un país avançat en matèria de drets dels menors, els estudis realitzats demostren que el 56 % dels menors no han estat consultats respecte a la residència en cas de ruptura dels progenitors; el 52 % dels menors no ho han estat sobre el règim de relacions

<sup>167</sup> A Finlàndia s'admet el dret de veto dels menors a partir dels 12 anys respecte del model de guarda en cas de ruptura dels seus progenitors (K and T v. Finland, 2000, 2 FLR 79, pp. 88-89; C v Finland, 2006, 2 FLR, 597, p. 41). Pot ser, es podria plantejar la possibilitat de *lege ferenda* d'un dret de veto, similar al finès, del qual seria titular el menor, en el dret català, quan no se l'informés i/o no se l'escoltés.

<sup>168</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial», p. 175. Respecte dels assumptes «quotidians» i «rellevants» ens remeten a l'apartat 6.1 de l'epígraf I d'aquest estudi.

personals amb els progenitors i el 58 % dels menors no ho han estat respecte del possible règim de guarda.<sup>169</sup> Si aquest és el cas al Regne Unit, no és gaire difícil imaginar la situació al nostre país, on el paradigma respecte dels drets dels menors i el seu exercici autònom encara no ha canviat o molt poc.

#### 4. EXPRESSIÓ DE L'OPINIÓ DEL MENOR PER ELL MATEIX O MITJANÇANT UN «TERCER»

El legislador català, seguint la CRC, vol garantir al menor la seva llibertat d'expressió fent que pugui expressar les seves opinions (4.1.), ja sigui per ell mateix o mitjançant un tercer (4.2.).

##### 4.1. El menor expressa «opinions»

No només s'ha d'informar el menor, sinó que també se l'ha d'escoltar. El menor ha de poder expressar la seva opinió;<sup>170</sup> aquest és un dels criteris que ha de tenir present l'autoritat judicial a l'hora de decidir el model de guarda o bé en cas d'aprovació del model de guarda presentat pels progenitors (art. 233-11 CCC). L'opinió del menor és un criteri més que determina el model de guarda, entre d'altres, malgrat que l'art. 12 CRC estableix que aquesta opinió ha de tenir una consideració especial, expressió que s'ha interpretat, per la doctrina que ha estudiat aquest precepte, en el sentit que no és un criteri més, sinó que és un criteri prioritari tant pels progenitors com per l'autoritat judicial.<sup>171</sup>

El legislador considera que el menor expressa només una «opinió», exercint la seva llibertat d'expressió (art. 31 LDOIA,<sup>172</sup> art. 18 CE, arts. 4 i 15.1 EAC), no manifesta cap decisió que ell hagi pres, ni cap voluntat, malgrat que pogués tenir la maduresa intel·lectual i emocional suficient per fer-ho, àdhuc més que els seus propis progenitors, els quals amb motiu de la ruptura molt probablement es trobin en una situació emocional (potser també, conflictiva) que els hi resulti difícil distingir els seus interessos dels interessos dels fills i poder prendre decisions en benefici d'aquests.<sup>173</sup>

El menor s'ha d'expressar de «forma lliure i espontània» (art. 7.3 LDOIA), quan les condicions per poder parlar de llibertat d'expressió es donen, és a dir, quan no hi ha cap interferència per part dels adults (intimitat) i el menor

169 G. LANSDOWN, «The realization», pp. 20 ss.

170 La forma d'expressió no es troba delimitada per la norma. Per tant, es pot comunicar l'opinió verbalment o mitjançant llenguatge corporal, expressions facials, dibuixos, escrits, etc.. Això, dependrà de cada situació i menor concret (G. LANSDOWN, «The realization», p. 12; en el dret espanyol, vegeu, J. MONTERO AROCA, *Guarda y custodia*, p. 207).

171 F. ANG / E. BERGHMANS / M. DELPLACE / V. STAELENS / C. VANDRESSE / M. VERHEYDE, «Participation Rights», p. 16. En el dret espanyol, J. MONTERO AROCA mostra com a les resolucions de les Audiències Provincials, la voluntat del menor a efectes de determinació del model de guarda és més o menys rellevant en funció de les circumstàncies del cas concret (*Guarda y custodia*, pp. 127-133).

172 Precisament, l'art. 31.2 LDOIA fa referència al dret del menor a difondre i publicar les seves opinions.

173 S. NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», pp. 48-49.

pot escollir entre expressar la seva opinió o no fer-ho.<sup>174</sup> En l'àmbit familiar és més difícil aquesta situació de llibertat ja que no deixen d'ésser freqüents les pressions i les manipulacions dels adults en relació als menors.<sup>175</sup>

Segons el CCC i la LDOIA, el menor no pren cap decisió i la seva opinió tampoc té un pes especial, la qual cosa fa que la protecció que, en aquest sentit, ofereix la legislació catalana sigui inferior a la protecció que demanda la CRC.<sup>176</sup> L'única cosa que podrà fer el menor serà intentar influir en la decisió que es prengui o que s'hagi pres per l'adult.<sup>177</sup> Si encara no s'ha pres la decisió serà més factible l' influència que en el cas que ja s'hagi pres aquesta decisió. Si aquesta decisió, que han pres per ell, és o podria ésser perjudicial pels seus interessos, sempre podrà el propi menor o el seu representant legal amb el qual no hagi contraposició d'interessos, instar la intervenció de l'autoritat judicial per a que prengui les mesures escaients i, per tant, ja sigui que impedeixi l'execució d'aquesta decisió, si encara no s'ha executat, o bé que suspengui l'execució si ja havia començat o bé anul·li o suspengui els seus efectes si ja s'havia executat (art. 236-3 CCC). L'oposició del menor a la decisió presa o que volen prendre els seus progenitors o, en el seu cas, l'autoritat judicial, en tant que expressió només d'una «opinió», no necessàriament haurà d'ésser presa en consideració a l'hora de determinar el model de guarda. Pel legislador, representa un element més, entre d'altres, però tampoc el més rellevant. En la nostra modesta opinió, aquest plantejament legal hauria de modificar-se de *lege ferenda*, si es vol fer efectiu el nou paradigma respecte els drets i l'exercici d'aquests pels menors.

La qüestió es planteja plenament, en el cas que l'acord dels progenitors sobre el model de guarda, no passi l'escrutini judicial i resti en la seva esfera privada (p. ex. un pacte amistós de separació o un acord de delegació o distribució de funcions en escriptura pública). *Com es pot garantir que el menor és informat i escoltat, és a dir, que aquest n'ha pogut exercir el seu dret?* En aquests casos, la participació del menor i la seva representació mitjançant un tercer independent dels progenitors podria garantir que l'exercici del seu dret fos respectat i evitar que primin els interessos dels progenitors per sobre dels

174 F. ANG / E. BERGHMANS / M. DELPLACE / V. STAELENS / C. VANDRESSE / M. VERHEYDE, «Participation Rights», p. 14.

175 J. FORTIN, *Children's Rights and the Developing Law*, 3<sup>a</sup> ed., Cambridge University Press, 2009, p. 325.

176 En el procés de presa de decisions hi ha diferents nivells en els quals es pot involucrar el menor: ésser informat, expressar la seva opinió, que l'opinió es tingui en compte i prendre la decisió individualment o compartint-la amb l'adult. L'art. 12 CRC comprèn els tres primers nivells i no sembla estendre's al quart nivell. Ara bé, l'art. 12 CRC s'ha d'interpretar juntament amb d'altres preceptes de la CRC. L'art. 5 estableix que els adults d'acord amb les capacitats del menor han de donar suport i garantir l'exercici pel menor dels seus drets, la qual cosa permetria estendre la participació del menor també al quart nivell. Aquesta mateixa interpretació es pot fer pel dret català i així es transmetria la responsabilitat per prendre decisions dels adults als menors que tinguin «prou coneixement» i, en tot cas, a partir d'una edat mínima que hauria d'ésser els 12 anys, i no els 16 anys, com ara preveu la legislació. Com afirmen els autors, el dret a la llibertat d'expressió, de religió i conviccions, d'associació juntament amb el dret a la informació s'han d'entendre i interpretar com a constitutius del dret de participació (G. LANSDOWN, «The realization», p. 13).

177 F. ANG / E. BERGHMANS / M. DELPLACE / V. STAELENS / C. VANDRESSE / M. VERHEYDE, «Participation Rights», p. 16.

interessos dels fills menors d'edat. S'ha de recordar que la Convenció europea sobre l'exercici dels drets dels menors de 1996 admet aquesta possibilitat. Per tant, s'hauria de veure com una situació normal que es nomeni un defensor independent al menor del dels seus progenitors o guardadors.<sup>178</sup> De fet, com ja hem advertit, l'art. 12 LMDP admet que el menor participi en el procés de mediació amb la seva pròpia defensa.

#### 4.2. Expressió pel propi menor o mitjançant un nuntius

Si és el propi menor qui expressa la seva opinió, en l'exercici d'aquest dret s'han de respectar les condicions de discreció, intimitat, seguretat, recepció de suport, llibertat i adequació a la seva situació (art. 7.3 LDOIA). Aquestes condicions, que envolten l'exercici del dret per part del menor, són especialment rellevants quan es tracta de fer saber la seva opinió en processos judicials i administratius (art. 7.1 LDOIA). És per això que l'art. 9.1 LOPJM es refereix a la protecció de la intimitat del menor en relació als processos judicials on aquell intervingui (art. 770.4 LEC: «en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas»), la qual cosa hauria de determinar que els seus progenitors no hi fossin presents, en el moment de l'expressió de la seva opinió, per garantir el seu dret a la llibertat d'expressió sense coaccions i el seu dret a la intimitat.<sup>179</sup> Ara bé, l'exercici d'aquests drets també ha d'ésser possible en l'àmbit familiar, és a dir, quan el menor expressa la seva opinió, un cop ha estat informat pels seus progenitors, aquests han de garantir les condicions de discreció, intimitat i llibertat. S'ha de tenir present que l'art. 7.3 LDOIA no limita l'exercici efectiu d'aquests drets als procediments administratius o judicials com l'art. 9.1 LOPJM, sinó que té un abast més general aplicable a qualsevol situació en la que es trobi el menor i expressi la seva opinió.

L'opinió pot ésser expressada pel propi menor, però també mitjançant un tercer indicat per ell (art. 7.2 LDOIA). Qui sigui una d'aquestes possibles persones que expressin l'opinió del menor ens ho aclareix l'art. 17.1 LDOIA, on s'estableix que els menors poden exercir i defensar els seus drets per ells mateixos o mitjançant els seus representants legals; en el nostre cas, els seus progenitors (art. 236-17.1 CCC), però, sempre que no existeixi cap conflicte d'interessos entre el progenitor designat i el menor com ho recorda el propi art. 17.1 LDOIA i l'art. 236-18.2 lletra c CCC. Els progenitors, que en aquest cas, en tant que transmissors de l'opinió del menor no actuarien com aïtals representants legals d'aquest, poden ésser qüestionables com les persones adients per transmetre aquesta opinió. En efecte, estan molt probablement immersos en un procés matrimonial i, per tant, els progenitors són part interessada i la probabilitat de possibles influències en l'opinió del menor o una expressió d'aquesta esbiaixada que no es correspongui exactament amb la del

<sup>178</sup> J. FORTIN, *Children's Rights*, p. 260.

<sup>179</sup> En general, es considera que el legislador no ha resolt bé l'audiència del menor en la LEC (C. ARANGÜENA FANEGO, «La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales» a C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Aspectos civiles y penales*, p. 140).



menor i que es decanti per la defensa dels interessos del progenitor transmissor de l'opinió del menor pot ésser certament elevada.<sup>180</sup> En aquesta direcció, per garantir l'exercici del dret del menor a expressar la seva opinió si no ho vol fer per ell mateix, l'autoritat judicial hauria de demanar el menor que designés una persona que transmetés la seva opinió diferent dels seus progenitors o bé que la LEC garantís que el menor pogués intervenir en el procés amb la seva pròpia defensa.

Altres possibles persones que pogués designar el menor per expressar la seva opinió deriven de l'art. 9.2 LOPJM. Així, una persona que per la seva professió pogués transmetre l'opinió del menor de forma objectiva, com podria ésser un mediador, en el cas que s'hagués iniciat un procés de mediació (art. 4.2 LMDP), també podria ésser un professional de l'equip tècnic de suport del Jutjat (art. 777.5 LEC). L'art. 9.2 LOPJM permet que qualsevol persona que tingui una «relació especial de confiança» amb el menor pugui ésser designada per aquest per transmetre la seva opinió (p. ex. un germà major d'edat, un altre parent, un amic, un mestre de l'escola, etc...). Aquesta persona de confiança podria ésser a més un advocat que defensés els interessos del menor (art. 4.2 LMDP: el menor pot intervenir amb un defensor).

La transmissió de l'opinió del menor, ja sigui pels seus representants legals o per un tercer, suposa que aquestes persones actuïn com a mers «nuntius» i no pròpiament com a representants del menor, malgrat l'expressió de l'art. 9.2 LOPJM que explicita que la persona que el menor designi per transmetre la seva opinió «el representa».<sup>181</sup> El representant intervé amb la seva pròpia voluntat, però en el cas que analitzem es tracta de transmetre de forma objectiva l'opinió del menor i no de manifestar cap voluntat en representació del menor.

## 5. QUAN S'INFORMA I S'ESCOLTA AL MENOR: AUDIÈNCIA JUDICIAL I EXTRAJUDICIAL

Respecte dels supòsits en els quals s'ha d'informar i escoltar el menor, es fa pertinent distingir segons sigui l'autoritat judicial o els progenitors o d'altres guardadors els subjectes que han d'informar i escoltar en relació amb la ruptura dels progenitors, per tant, en relació a processos matrimonials als quals es poden acollir també els progenitors en cas de cessament de la convivència estable. És a dir, segons ens trobem davant d'una audiència judicial o extrajudicial. En el primer cas, només l'art. 233-11.1 CCC estableix, en cas de determinació del règim de guarda dels menors, que el jutge haurà d'escoltar l'opinió d'aquests, com un criteri més a tenir en compte. Per la seva banda, els arts. 770.4 i 777.5 LEC fan referència a aquesta audiència del menor en els «processos matrimonials i de menors». Es tracta de processos de caràcter contenciós (arts. 770.4 2º, 770.6 *i. f.* LEC). En aquest cas, la LEC estableix que «cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si

<sup>180</sup> J. MONTERO AROCA, *Guarda y custodia*, p. 205.

<sup>181</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial», p. 186.

tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años».<sup>182</sup> Si es tracta de processos de mutu acord,<sup>183</sup> l'art. 777.5 LEC permet a l'autoritat judicial que, sempre que ho estimi necessari, escolti el menor, si aquest en té prou coneixement, la qual cosa fa pensar que, en aquests processos, no és preceptiu escoltar el menor.<sup>184</sup> Si es demana a instància de part, ja sigui pel Ministeri fiscal, pels progenitors, pel propi menor o per un membre de l'equip tècnic de suport del jutjat, l'autoritat judicial es veurà obligada a donar audiència al menor.<sup>185</sup> En el dret català, existiria una contradicció entre aquest precepte processal i el material del CCC (art. 211-6.2, 233-11.1) i de la LDOIA (art. 5.2), que entenem que s'hauria de resoldre en favor de la llei material i, consegüentment, l'audiència del menor serà imperativa a partir dels 12 anys i, a criteri del jutge, si en té menys i depèn del prou coneixement del menor.

Ara bé, l'art. 9.3 LOPJM permet a l'autoritat judicial, sempre que ho motivi, denegar aquesta audiència. En aquest sentit, hi hauria una contradicció entre la LEC i la LOPJM<sup>186</sup> que s'hauria de resoldre en «interès del menor» i és evident que si és el propi menor qui ho demana, s'ha de garantir que el seu dret a la llibertat d'expressió sigui respectat. Considerem que aquest precepte denegatori de l'audiència del menor no és aplicable a Catalunya. La denegació només es pot justificar, en cas de no ser major de 12 anys, en l'absència de «prou coneixement».

182 L'art. 770.4 2on LEC és contradictori amb el nou art. 92.6 CCE. En efecte, el primer adopta el criteri dels 12 anys; el segon l'exclou. En el dret català, aquesta contradicció no existiria, ans al contrari la coordinació seria plena ja que el criteri general assentat a l'art. 211-6.2 CCC és el mateix que el del precepte processal esmentat.

183 Considera que en un procés de mutu acord només s'ha d'escoltar els menors quan els progenitors hagin pres decisions que els hi perjudiquin, L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «El menor en las crisis matrimoniales de sus padres», p. 56.

184 C. ARANGÜENA FANEGO, «La diligencia de exploración», p. 144. Per a aquesta autora la regla general hauria d'ésser la no imperativitat de l'audiència judicial del menor com a regla general (p. 145) restringint-la al màxim en «interès del menor» (p. 147). La nostra opinió contrària es palesa al llarg d'aquest estudi.

185 Segons la disposició addicional sisena (punts 1 i 2) de la Llei que aprovà el Llibre II CCC, l'autoritat judicial pot designar, en lloc de l'equip tècnic de suport judicial, un professional com a pèrit per a que elabori l'informe pertinent relatiu a l'exercici de les responsabilitats parentals i l'incidència d'aquest en el menor, les relacions personals i familiars o l'existència de malalties mentals o anomalies de la conducta d'algun dels membres de la família amb el qual el menor hi visquis i efectes d'establir el sistema de guarda pels menors involucrats. Aquest professional s'ha de designar per un col·legi professional o una entitat reconeguda de l'administració a partir d'un cens d'especialistes per a garantir la seva objectivitat, imparcialitat i capacitat tècnica. El dubte que es planteja és si aquest professional podria requerir l'autoritat judicial per a que escoltés el menor, en els termes que ho preveu l'art. 777.5 LEC, el qual només fa referència a un membre de l'equip tècnic del jutjat. Al nostre entendre, en la mesura en que aquest professional ha estat designat pel jutge en substitució de l'equip tècnic de suport judicial es trobarà legitimat per a sol·licitar del jutge l'audiència del menor i aquest hi estarà obligat a escoltar-lo.

186 Aquesta contradicció és posada en relleu pel L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «El menor en las crisis matrimoniales de sus padres» a M<sup>a</sup>. Del C. GARCÍA GARNICA, *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizuf Menor, 2009, p. 53. Primant l'art. 9.2 LOPJM respecte de la LEC, vegeu, M. J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial», pp. 185-187; J. MONTERO AROCA, *Guarda y custodia*, p. 211.

D'altra banda, la LEC no fa cap referència al dret a ésser informat i escoltat el menor en aquells processos de mesures provisionals prèvies (art. 771 LEC), mesures provisionals (art. 773 LEC), adopció de mesures definitives (art. 774 LEC) i modificació de mesures definitives (art. 775 LEC), encara que, en aquests processos, s'aprovin parcialment o total aquells acords dels progenitors que poden afectar el menor en tant que tractin del model de guarda amb tot el que implica respecte del seu contingut. No obstant això, entenem que, en aplicació de l'art. 211-6.2 CCC, de l'art. 5.2 LDOIA i de l'art. 233-11.1 CCC que estableixen els criteris per determinar el règim de guarda i, d'entre d'ells, destaca l'audiència dels menors, s'haurà d'informar i escoltar «en tot cas» els menors majors de 12 anys i els menors si en tenen prou de coneixement. Amb d'altres paraules, també en aquests supòsits, l'audiència del menor és imperativa si té 12 anys i, en cas negatiu, si té prou coneixement.<sup>187</sup>

Quina posició processal ocupa el menor? S'han de distingir les pretensions que s'exerciten. En efecte, respecte de la pretensió matrimonial o les derivades del cessament de la convivència en sentit estricte, és a dir, quan es discuteix i es decideix sobre la pretensió de nul·litat, separació o divorci o les qüestions patrimonials derivades de l'extinció de la convivència, els fills majors i menors d'edat no són parts, només ho són els progenitors. La decisió que l'autoritat pronunciarà declarant separats, divorciats o la nul·litat del matrimoni no els hi afecta directament, com tampoc respecte de les decisions relatives als aspectes patrimonials que afectin només als ex convivents. Ara bé, respecte de la pretensió relativa a la guarda i custòdia dels fills menors, procés en el qual el menor no està simplement interessat, sinó que és (ha de ser) veritable subjecte afectat per la decisió, té la consideració de part del procés.<sup>188</sup> Aquesta pretensió s'acumula a la pretensió matrimonial i a d'altres pretensions que tinguin a veure amb la crisi de parella. Quan el CCC i la LDOIA consideren un dret del menor el fet d'ésser escoltat, estan admetent que el menor és part del procés o en qualsevol actuació judicial on es decideixi sobre la seva guarda i custòdia.

El problema es presenta quan són els progenitors els subjectes que haurien d'informar i escoltar el menor. La situació raonable seria que, abans de prendre la decisió per part dels progenitors, s'informés i s'escoltés el menor, però no sempre succeeix així i s'informa el menor un cop s'ha pres la decisió, la qual cosa suposa que l'eficàcia del dret del menor d'ésser informat i escoltat a la pràctica es pot veure fàcilment minvada i que l'oposició del menor a la decisió presa o que volen prendre els seus progenitors tingui escassa rellevància.

Com hem dit amb anterioritat, el deure d'informar dels progenitors és un deure de tracte successiu que s'ha de complir durant l'exercici normal de les responsabilitats parentals, durant la ruptura i després de la ruptura dels progenitors, a petició dels menors o a iniciativa dels progenitors en qualsevol moment, i abasta tots els assumptes que puguin afectar el menor tant en la

187 Aquesta afirmació no es pot fer en canvi en relació al CCE, després de la modificació de l'art. 92 l'any 2005 (M. J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial», p. 198).

188 R. CASTILLEJOS MANZANARES, *Guarda y custodia de hijos menores*, p. 71; J. MONTERO AROCA, *Guarda y custodia*, p. 206.

seva esfera personal com patrimonial. La informació ha d'ésser facilitada i adaptada a l'edat i a la maduresa del menor involucrat. Els progenitors no s'hi poden negar a facilitar aquesta informació quan es demana per part dels menors, però aquests s'hi poden negar a rebre-la, és a dir, en el contingut del seu dret a ésser informats va implícit el seu dret a no ésser informats, a no rebre cap informació.

## 6. SUBJECTE QUE HA D'INFORMAR I ESCOLTAR EL MENOR

En relació al subjecte que té el deure d'informar el menor, s'ha de diferenciar entre el dret a la informació en sentit ampli que és el recollit a l'art. 17.3 LDOIA i el dret a la informació en sentit estRICTE en relació a assumptes que l'afecten directament o indirectament i el correlatiu deure d'escoltar la seva opinió (art. 211-6.2 CCC). Respecte del primer el subjecte informador són les administracions públiques en general, essent l'administració local el primer nivell d'informació (art. 17.4 LDOIA); mentre que respecte del segon, el subjecte que ha d'informar i escoltar el menor és el subjecte que decideix el model de guarda, bàsicament, els progenitors i l'autoritat judicial. També haurà d'informar i escoltar el menor l'administració pública quan es tracti d'assumir l'anomenada «guarda administrativa» a la qual ja ens hem referit. Així, l'art. 7.1 LDOIA estableix que en qualsevol procediment administratiu s'ha d'escoltar el menor. Per tant, també en aquest cas que comporta, en definitiva, una resolució administrativa de guarda (art. 119.3 LDOIA).

## III. «BENESTAR» I «INTERÈS» DEL MENOR EN LA CONFIGURACIÓ DEL MODEL DE GUARDA

L'interès del menor com a principi inspirador de les decisions que es prenguin sobre el model del guarda i, en general, sobre qualsevol assumpte que afecti directament o indirecta al menor apareix reconegut a nivell estatutari a l'art. 40.3 EAC.

En relació precisament amb el model de guarda, els arts. 233-1, 233-3.1, 233-4, 233-5.3, 233-6.6, 233-8.3, 233-10.1, 233-11.3, 233-21.3, 236-5.1, 2, 236-10, 236-15.2,3 CCC fan referència a l'interès del menor en les decisions que n'adopti l'autoritat judicial. Quan la norma, en seu de conseqüències jurídiques en cas de ruptura, es refereix als progenitors, no s'hi esmenta aquest principi inspirador, ja que la ruptura no suposa l'extinció de la potestat parental i, per tant, segueix regint l'art. 236-2 CCC segons el qual, aquella s'exerceix personalment en interès dels fills.

D'altra banda, juntament amb «l'interès del menor», el legislador empra un altre concepte, el de «benestar del menor». En primer lloc, tractarem el doble sentit de «benestar del menor» en la legislació catalana (1) i, a continuació, exposarem el concepte d'«interès del menor», que postulem (2).

## 1. EL DOBLE SENTIT DE «BENESTAR DEL MENOR» A LA LEGISLACIÓ CATALANA

El legislador català empra, en matèria de dret dels menors, dos conceptes jurídics de «benestar del menor» que convé distingir. Un primer concepte és el de «benestar» que tindria un sentit estricte referit a «benestar material», el qual s'ha de garantir en un nivell bàsic (art. 41 LDOIA) i que es podria definir com «les condicions de vida necessàries pel desenvolupament de la personalitat del menor» (art. 37.2 LDOIA, art. 102.1 LDOIA, art. 222-38.1 CCC) o els «elements bàsics» (art. 105.1 LDOIA), «necessitats vitals» (art. 227-3.2 lletra b, 227-4.3 CCC), «necessitats bàsiques» (arts. 235-17.2 i 233-20 CCC) o «aliments necessaris per a la vida» (art. 237-2.3 CCC). Un segon concepte de «benestar» que pressuposa el primer i que inclouria el «desenvolupament físic, mental, espiritual, moral i social, d'una manera lliure i harmònica» (art. 6 LDOIA, art. 212-7 CCC, art. 226-2.2 CCC, art. 4.1 lletra d Llei 2008 violència masclista: «benestar físic i psicològic»),<sup>189</sup> el qual és responsabilitat dels titulars de la potestat parental, de la tutela o de la guarda (art. 37.1 LDOIA, art. 222-38.1 CCC, art. 236-2 CCC). A efectes d'aquest desenvolupament sigui efectiu s'han d'atendre les necessitats dels menors, s'han de tenir presents els seus drets, s'ha de tenir en compte la seva opinió, les seves aspiracions i la seva individualitat dins el marc familiar i social (art. 5.4 LDOIA).<sup>190</sup> És molt important, al nostre entendre, que el legislador català hagi introduït com a criteri «els drets» dels menors, ja que només es podrà obtenir un òptim desenvolupament de la seva personalitat si aquells poden exercir els seus drets i, molt especialment, els seus drets fonamentals.

Tanmateix, aquest desenvolupament integral de la personalitat del menor només pot ésser ple si el propi menor és titular de drets, drets que són en la seva major part drets fonamentals, i se li reconeix capacitat per exercir-los per ell mateix (art. 17.1 LDOIA). En aquest sentit, es podria proposar la següent definició de «benestar del menor»: «l'òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l'exercici dels drets fonamentals dels qual és titular».<sup>191</sup> Aquest exercici requeriria en el dret català, d'una banda, la capacitat natural, el prou coneixement o maduresa intel·lectual i emocional suficient; de l'altra, una determinada edat. De fet, segons la *Convenció europea sobre l'exercici dels drets*

189 En el dret comparat, es pot consultar sobre aquest concepte: M. COESTER, § 1666a BGB a *Staudinger Kommentar*, núm. 58; BSK ZGB I-I. SCHWENZER, Art. 301, N 4, 2ona ed., Helbing & Lichtenhahn, 2002; U. TSCHÜMPERLIN, *Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes*, ASUIF, Fribourg, 1990, pp. 82, 95-96, 103; S. WOLF, «Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht», 134 ZBJV, 1998, p. 119.

190 L'art. 5.4 LDOIA assenyala aquests criteris per a determinar «l'interès del menor» i estableix un llistat que s'assembla molt al de la *Children Act 1989* quan determina el «welfare of the child principle» (sec 1-3). En la nostra opinió, aquests criteris tenen a veure amb el desenvolupament de la personalitat del menor que és el *Kernbegriff* del concepte jurídic indeterminat de «benestar del menor» i és, per aquesta raó, que nosaltres els referim a aquest concepte. La clàusula de l'interès del menor comporta, com després es veurà, la garantia del respecte d'aquest desenvolupament.

191 En aquest sentit, en el dret suís, vegeu: A. BRAUCHLI, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Zurich, 1982, p. 119.

dels menors de 25 de gener de 1996 el criteri per a que un menor pugui exercir els seus drets és el prou coneixement («having sufficient understanding»).

La necessitat de contemplar la potestat parental des de la perspectiva dels drets dels menors i, en concret, dels seus drets fonamentals, comporta l'establiment de límits a l'actuació dels progenitors.<sup>192</sup> En efecte, en determinats casos, s'imposarà l'exercici pel propi menor del seu dret, enfront de la intervenció dels seus progenitors, responsabilitzant-se de les conseqüències de les seves decisions, quan el legislador consideri que pot «decidir» i no només «opinar», en funció de la seva maduresa emocional i intel·lectual.<sup>193</sup> En aquesta direcció, s'ha de recordar que l'art. 93 de l'Avantprojecte de Codi de família establia que: «Els pares, tenint en compte la maduresa i el grau de coneixement del menor, han de respectar la seva autonomia amb relació a les decisions que pugui prendre per ell mateix». Aquest precepte, com se sap, no va transcendir al text final del CF, ni tampoc se l'ha recuperat amb motiu de la redacció de la LDOIA o del Llibre II CCC.<sup>194</sup> S'ha perdut, d'aquesta forma, una magnífica oportunitat d'ésser conseqüents amb el nivell de protecció que brinda la CRC i, en especial, l'art. 12 i, d'altra banda, d'aplicar veritablement la perspectiva dels drets dels menors a les normes que els hi afecten.<sup>195</sup>

## 2. L' INTERÈS DEL MENOR I EL PRINCIPI DE PROPORCIONALITAT

Benestar i interès del menor no són, al menys en el nostre sistema jurídic, conceptes sinònims,<sup>196</sup> tot i que, en d'altres ordenaments, s'equiparen.<sup>197</sup> Com hem dit abans, les normes que fan referència a l' «interès del menor» ho fan

192 T. KÖSTER, *Sorgerecht und Kindeswohl. Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*, Frankfurt a. M., 1997, p. 115; I. SCHWENZER, «Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht», 7 *AJP*, 1994, p. 821.

193 J. FERRER RIBA, «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña», 7 *Derecho privado y Constitución* 1995, p. 63; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 220 ss.

194 Aquesta proposició s'ha fet norma constitucional a Suïssa en l'art. 11.2 de la Constitució federal on es pot llegir que: «Sie (els menors) üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus» (en la doctrina helvètica, vegeu A. KLEY, «Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen», 135 *ZBJV* 1999, p. 316).

195 Un plantejament des d'aquesta perspectiva proposada en el text es fa per G. ROBLES MORÓN, «El libro desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española)» a L. GARCÍA SAN MIGUEL (coord.), *El libro desarrollo de la personalidad*, Madrid, 1995, pp. 48 ss. En el dret suís, vegeu també, P. HÄNNI / E. M. BELSER, «Die Rechte der Kindern. Zu den Grundrechten Minderjährigen und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung», 2 *AJP*, 1998, p. 140.

196 En el dret alemany, el § 1697 a BGB estableix que els processos relacionats amb els menors han d'ésser presidits per «l'interès del benestar del menor», on es posa en relleu que els dos conceptes no signifiquen el mateix.

197 Així l'expressió anglesa «the best interests of the child» que apareix a l'art. 3 CRC, s'ha traduït, p. ex., a França per «le bien de l'enfant», a Alemanya per «Besten des Kindes» o «Kindeswohl», a Suïssa per «Kindeswohl» i a Espanya per «interés del menor». És a dir, a la major part de països s'ha traduït per «benestar»; mentre que a Espanya i a Catalunya s'ha distingit entre «benestar» i «interès» suposant aquesta segona expressió la traducció de l'emprada per l'art. 3 CRC. El *Model Family Code* (Part III, Títol I, art. 3.1) incorpora, com no podia ésser de cap altra manera, el principi de l'interès del menor en la regulació de les relacions entre pares i fills (I. SCHWENZER, *Model Family Code*, p. 92).

amb motiu de la decisió respecte de les diferents mesures que afecten els menors (art. 24.2 de la *Carta dels drets fonamentals de la Unió europea*).<sup>198</sup> El fet que, en l'adopció d'aquestes, prevalgui l'interès del menor suposa que el legislador vol «garantir», davant de situacions que poden perjudicar el seu benestar, que el menor seguirà desenvolupant, de manera òptima, la seva personalitat mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals.<sup>199</sup> Aquesta garantia ve representada pel *principi de l'interès del menor*. Al nostre entendre, per tant, *l'interès del menor és la garantia del respecte a l'òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals*.<sup>200</sup> Es tracta, doncs, d'analitzar l'interès del menor des de la perspectiva dels seus drets i des de la perspectiva dels drets dels adults.<sup>201</sup> En aquest sentit, l'interès del menor tant pot justificar una guarda compartida com un altra modalitat de guarda possible. És un principi *amfibològic*. Aquell model de guarda que millor garanteixi aquest desenvolupament de la personalitat del menor serà el que sigui conforme amb el principi de l'interès del menor.

L'aplicació rellevant de l'interès del menor té lloc quan un dret concret del menor es contraposa a un dret d'un altre subjecte, especialment un dret dels seus progenitors o d'un altre guardador.<sup>202</sup> Per tant, ens trobem davant d'un conflicte entre drets (p. ex. dret dels progenitors a decidir l'educació del fill i dret del menor a la seva llibertat religiosa). En aquests casos, la solució es fonamenta en el *principi de proporcionalitat*, el qual prové del dret constitucional alemany tot i que ja era conegut, entre nosaltres, pel dret administratiu sancionador així com pel dret penal.<sup>203</sup> *¿Què enuncia aquest principi?* Aquest principi estableix que s'ha d'adoptar aquella mesura que sigui adequada, necessària i proporcional en l'obtenció de la finalitat legítima proposada, de forma que una mesura no serà proporcional si existeix un altra mesura alternativa que impliqui una menor agressió en un dels drets en conflicte.

*¿Quina és, en el nostre cas, la finalitat legítima proposada?* La resposta és l'interès del menor, és a dir, garantir el respecte a l'òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals.

198 DOVE 2010/C 83/02.

199 El Preàmbul (II Principis) de la Llei que aprovà el Llibre II CCC explicita que es «recull i reforça el principi de l'interès superior del menor en relació amb el conjunt d'institucions i àmbits en què la seva persona o el seu patrimoni es poden veure afectats per decisions que altres prenen en el seu nom».

200 F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés*, p. 109; E. ROCA TRIAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999, p. 76. En la jurisprudència, vegeu la STSJ de 3 de març de 2010 (RAJ 2010/4016) on, en el fonament jurídic primer, s'adverteix que l'interès del menor implica la protecció jurídica de la persona i dels drets de la personalitat dels menors (STS de 22 de juliol de 2011, RAJ 2011/5676).

201 J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, p. 162. En la jurisprudència, vegeu la STSJ de 8 de març de 2010 (RAJ 2010/4018) on el Tribunal, en el conflicte d'interessos progenitors-fills, prima l'interès dels segons respecte dels primers.

202 R. O'DONNELL, «Parent-Child Relationship within the European Convention» a N. LOWE / G. DOUGLAS (dirs.), *Families across frontiers*, Londres, 1996, pp. 141-142.

203 L. M<sup>a</sup>. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de derechos fundamentales*, Zona edic., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2005, pp. 114-115; S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, a S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Dogmática y práctica de los Derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, València, 2006, p. 63.

El principi de proporcionalitat, com indica la doctrina,<sup>204</sup> compren al seu torn tres principis:

- el *principi d'adequació*, en virtut del qual s'analitza la relació de mitjà a fi des d'un punt de vista no valoratiu o tècnic. Un mitjà és adequat sempre que contribueixi a obtenir la finalitat que es persegueix. En aquest sentit, s'afirma que: «resulta no proporcional, por inadecuada, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirve para la obtención de un fin consistente en la protección o promoción de un bien o derecho constitucionalmente protegido».<sup>205</sup> Aquesta finalitat pot consistir en la realització d'un dret individual o d'un bé jurídic protegit per un principi o per una clàusula general. Entre els principis que poden constituir-se com a finalitats es troben a més, evidentment, dels drets fonamentals, els altres principis constitucionals com la dignitat humana o el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10 CE, art. 5.1 EAC), àdhuc els anomenats principis constitucionals de segon grau.<sup>206</sup>
- el *principi de necessitat* exigeix que es pugui elegir un altra mesura alternativa, igualment eficaç, però que no suposi la restricció d'un dret fonamental o d'una clàusula general o que determini una restricció menys severa. En aquest línia, una mesura és «igualment eficaç» si és també adequada per obtenir la finalitat proposada i amb similar intensitat.<sup>207</sup>
- el *principi de proporcionalitat en sentit estricte* exigeix la determinació de la importància relativa que posseeixen els drets i els béns constitucionals implicats en la mesura amb l'objectiu d'esbrinar si la relació establerta per aquesta entre ambdós s'ajusta o no a aquesta importància, la qual cosa suposa un judici de valor. El principi de proporcionalitat en sentit estricte exigeix que el sacrifici del dret individual es trobi en una relació raonable amb la finalitat que es persegueix.<sup>208</sup>

Així doncs, el límit a l'exercici d'un dret haurà d'ésser adequat, necessari i proporcional a la finalitat que es persegueix que és el respecte a l'òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals.<sup>209</sup> D'això en resulta que la restricció a l'exercici d'un dret

204 Vegeu, per tots, C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 3ª edic., 2007, pp. 613 ss.

205 C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, pp. 689 ss; R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000, p. 103.

206 C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, pp. 704-708.

207 C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, pp. 736 ss; R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales*, pp. 108 ss.

208 C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, pp. 759 ss; R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales*, p. 103.

209 En aquesta línia es justifica encara més l'afirmació de J. EEKELAAR quan critica a S. CHIUDRY y a H. FENWICK (*Family Law*, p. 161). En el dret espanyol, vegeu, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés*,



dels progenitors (normalment, no fonamental) serà adequada, proporcional i necessària a la finalitat que es persegueix si d'aquesta manera es garanteix l'òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals.<sup>210</sup>

#### IV. REFLEXIONS FINALS

Tres possibles reflexions finals s' en deriven de l'estudi realitzat. En primer lloc, la manca d'un canvi de paradigma respecte de la concepció dels drets dels menors (1.); en segon lloc, l'ambigua participació del menor en el moment de decidir el model de guarda en cas de ruptura dels seus progenitors (2.), i, en tercer lloc, els problemes que s' en poden derivar de l'aplicació del model de la guarda compartida en el sí de la societat catalana (3.).

##### 1. «ENCARA» MANCA UN CANVI DE PARADIGMA SOBRE ELS DRETS DELS MENORS. ADMISSIÓ D'UN «PATERNALISME FEBLE»

Malgrat la ratificació de la CRC i de les lleis de protecció dels drets dels menors «encara» no s'ha fet un canvi de paradigma en la concepció dels drets dels menors que se segueixen contemplant, analitzant i regulant des de la perspectiva dels «adults».<sup>211</sup> A la LDOIA, com abans va succeir amb la LAPIA, el principi de l'interès del menor presenta una aplicació encara força feble: es només el principi que inspira al subjecte que ha de prendre la decisió sobre qualsevol aspecte relatiu al menor, però sense tenir caràcter determinant. Si un principi ha de servir d'inspiració es pot resoldre el cas concret, sense que necessàriament hagi de prevaldre l'interès del menor per sobre de l'interès de l'adult;<sup>212</sup> és suficient que el conflicte s'hagi resolt «inspirat» en el principi, sense que tingui un pes específic en la consideració de l'adult que ha de prendre la decisió que finalment afectarà el menor. De fet, el dret català no ha introduït que les opinions dels menors han d'ésser objecte d'una consideració específica com apareix en l'art. 12 CRC, la qual cosa podria fer pensar que el dret català

---

pp. 92-93; E. ROCA TRIAS, *Família*, p. 76. A Itàlia, v. P. STANZIONE, «Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori» a *Studi di Diritto civile*, Nápoles, 1986, p. 108.

210 La STC 141/2000, de 29 de maig va plantejar la qüestió, precisament, del conflicte entre el dret a l'educació del pare i el dret a la llibertat religiosa del menor. El TC va optar, en ares de l'interès del menor, per garantir als menors l'exercici dels seus drets [vegeu el comentari d'aquesta sentència a F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)», 14 *Derecho privado y Constitución*, 2000, pp. 245-246]. Referències a l'interès del menor en aquest mateix sentit fa la STC de 17 d'octubre de 2012 que declarà la inconstitucionalitat de l'art. 92.8 CCE, que exigia l'informe preceptiu favorable del Ministeri fiscal, per a que l'autoritat judicial acordés la mesura de la custòdia compartida. Es considera l'esmentat precepte contrari als arts. 24 i 117 CE.

211 F. ANG / E. BERGHMANS / M. DELPLACE / V. STAELENS / C. VANDRESSE / M. VERHEYDE, «Participation Rights», p. 36.

212 L'aplicació del principi de proporcionalitat en aquests casos pot fer que clarament primi l'interès del menor.

ofereix una protecció més feble dels drets dels menors que la protecció que postula la CRC.

El principi es presenta en la llei com un principi que s'aplica a la pràctica pels adults, que són els que prenen les decisions pels (i en lloc dels) menors. Així, el principi ha d'operar en situacions en les quals existeixen interessos i drets d'altres persones, normalment persones adultes. Si qui ha de prendre la decisió té el convenciment de què és el millor pel menor involucrat, no tindrà cap motivació per a tenir en compte les seves opinions. El principi de l'interès del menor és un principi manifestament «paternalista» que es presenta i s'aplica des de la perspectiva de l'adult<sup>213</sup> en la convicció que aquest evitarà que el menor porti a terme accions i omissions que el puguin causar un dany o que li puguin suposar un imminent risc de patir un dany. Aquest dany pot ésser físic, psíquic o econòmic. Això pressuposa que el subjecte tractat paternalísticament és incompetent per modificar la seva situació jurídica, és a dir, no té la capacitat suficient per prendre decisions de forma racional.<sup>214</sup> No obstant això, en qüestions que tenen a veure amb la seva integritat física i psíquica, el legislador accepta que prengui ell mateix les decisions (art. 212-2.1 i 212-7 CCC). La pregunta que es suggereix és immediata: *¿per què doncs en d'altres qüestions, com ara el model de guarda, només se li permet expressar opinions quan el dany que pot patir és inferior respecte de decisions sobre el seu propi cos?*

D'altra banda, s'ha de tenir present que, en la teoria del paternalisme, el subjecte adult que exerceix el poder jurídic sobre el menor, per evitar-li un dany, s'ha de responsabilitzar de l'acció o de l'omissió d'aquest si finalment es causa el dany. Entendre que el menor pot prendre les seves decisions implica canviar el punt de vista respecte del règim de responsabilitat ja que suposa que sigui el propi menor qui es responsabilitzi de les conseqüències de les seves decisions i no l'adult; àdhuc enfront de tercers. Només quan el menor no tingui les condicions de maduresa intel·lectual i emocional suficient es poden admetre determinades i concretes accions paternalistes. És l'anomenat «paternalisme feble».<sup>215</sup> Ara bé, al nostre entendre, l'acció paternalista hauria de crear les condicions necessàries per a que el menor pugui prendre la decisió un cop arribés a assolir aquesta maduresa, enlloc de decidir l'adult per ell. De fet, l'art. 18.1 LDOIA estableix que els menors han d'assumir els deures i responsabilitats que els hi corresponen d'acord amb el reconeixement de llurs capacitats.

La perspectiva dels adults concernent els drets dels menors és diferent de la perspectiva dels menors respecte dels seus propis drets i l'exercici dels mateixos. En efecte, mentre els primers se centren en la seva obligació de manteniment i cura del menor; els segons, prenen un altra perspectiva, la de la seva autonomia, independència i autodeterminació personal, és a dir, ells

213 En aquesta direcció, ho considera M. FREEMAN en relació amb l'art. 3 CRC (Art. 3. *The Best Interests of the Child*, 2007, p. 50). El mateix plantejament es pot fer en relació a l'art. 24.2 de la Carta dels drets fonamentals de la Unió europea. Una norma que, per contra, no al·ludeix a l'interès del menor, sinó al seu benestar, és l'art. 17 EAC ([www.gencat.cat/generalitat/cat/estatut/titol\\_1.htm#a17](http://www.gencat.cat/generalitat/cat/estatut/titol_1.htm#a17)). Data de la consulta: maig 2013.

214 M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 357 ss.

215 M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, pp. 396 ss.

veuen els seus drets des del lliure desenvolupament de la seva personalitat (art. 10.1 CE).<sup>216</sup> Els adults conceben les relacions amb els menors sobre la base de l'autoritat jeràrquica<sup>217</sup> presentant, com hem dit, un perfil marcadament paternalista. En canvi, els menors conceben les relacions amb els adults sobre la base de l'individualisme, dels drets de la persona i, en particular, de la llibertat personal; però no entesa en el sentit de voler separar-se dels altres, sinó entesa en el sentit d'independència en l'aspecte volitiu, és a dir, en la presa de decisions sobre els aspectes que els hi afecten.<sup>218</sup> Els menors també tenen dret a equivocar-se, a cometre errors i a prendre decisions que els adults no prendrien i a assumir les conseqüències d'aquestes decisions. Des d'aquesta perspectiva, s'hauria de replantejar, en el nostre ordenament jurídic, l'aspecte relatiu a l'edat penal.

És important plantejar-se aquestes qüestions, no només per que impliquen un permanent repte per a tothom,<sup>219</sup> sinó també per que l'art. 5.2 LDOIA estableix una norma fonamental que hauria de fer canviar la perspectiva dels adults, dels aplicadors del dret, dels progenitors i dels poders públics, àdhuc del mateix legislador.

La norma disposa que: «les normes i les polítiques públiques han d'ésser avaluades des de la perspectiva dels infants i els adolescents, per garantir que inclouen els objectius i les accions pertinents adreçats a satisfer l'interès superior d'aquestes persones. Els infants i els adolescents han de participar activament en aquesta avaluació».

D'acord amb el que acabem d'exposar, entenem que l'edat que el legislador català ha considerat per a que el menor pugui prendre decisions (els setze anys) hauria de *lege ferenda* rebajar-se fins els dotze anys o menys si tingués prou coneixement o maduresa intel·lectual i emocional suficient. Segons l'art. 211-6.3 CCC, el menor de 12 anys pot consentir «prestacions personals»; per

216 Com molt bé ha advertit en J. EEKELAAR, els menors són titulars de diversos «interessos», en concret, de tres: els bàsics relacionats amb el seu manteniment (aliments, educació, vestit, etc...), els vinculats al seu desenvolupament personal i, com a tercer interès, l'autonomia personal («The Emergence of Children's Rights», *OJLS* 1986, vol. 6, p. 161). Els dos primers són l'eix vertebrador del «benestar del menor», com s'ha pogut explicar en aquest treball. En opinió d'aquest autor, el desenvolupament personal és un interès fonamental del menor car el prepara per l'exercici de la seva autonomia i per la presa de decisions. Els adults han estat (i són) rebecs a reconèixer aquest interès, que representa, en definitiva, una reclamació del menor, i a actuar, per tant, en conseqüència (*Family Law and Personal Life*, pp. 155-157).

217 «...as far as children are concerned adults are always powerful, rights are an inconvenience. The powerful would find it easier if those bellow then lacked rights. It would be easier to rule, decision-making would be swifter, cheaper, more efficient and more certain» [M. FREEMAN, «Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously», *IJCR* 15 (2007), pp. 5-23].

218 I. D. CHERNEY/A. J. GRETEMAN/B. G. TRAVES, «A Cross-Cultural View of Adults' Perceptions», pp. 447-448; A. BAINHAM, *Children. The Modern Law*, 3<sup>a</sup> ed., Family Law, Bristol, 2006, pp. 98-99; C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/New York, 2002, pp. 67-68; G. LANSDOWN, «The realization», p. 15. Aquesta autora constata que els menors consideren que els adults subestimen les seves capacitats per formar-se opinions i prendre decisions sobre qüestions que els hi afectin. Sovint per que no s'expressen amb el llenguatge dels adults.

219 P. DAVID, «Implementing the rights of the child. Six reasons why the human rights of children remain a constant challenge», *International Review of Education*, 48(3-4):259-263, 2002.

consegüent, pot prendre decisions que incideixin directament en l'eficàcia del negoci jurídic. Aquesta norma hauria de tenir un caràcter més general de tal manera que, el menor major de 12 anys «en tot cas» pogués prendre la decisió i, amb menys de 12 anys, si tingués prou coneixement. El criteri de l'edat és la garantia de l'exercici dels seus drets.

## 2. PER UN DRET DE PARTICIPACIÓ EFECTIU DEL MENOR EN LA PRESA DE DECISIONS RESPECTE DEL MODEL DE GUARDA

Pensem que és essencial, per a l'efectiva aplicació i respecte dels drets dels menors, en relació als aspectes concernent la ruptura dels seus progenitors, que aquells tinguin una representació independent a la dels adults en aquells conflictes que els hi afectin, la qual cosa ve avalada per l'esmentat art. 5 del Conveni europeu sobre l'exercici dels drets del menor de 25 de gener de 1996. D'altra banda, s'ha de recordar que tant l'art. 9 LOPJM com l'art. 17 LDOIA admeten aquesta representació independent.<sup>220</sup>

Si les decisions que s'adopten afectessin l'exercici dels drets fonamentals dels menors, ¿per què només dóna's-hi audiència? ¿per què el que no admetem per a un adult, àdhuc si està incapacitat, és a dir, que es prenguin decisions que afectin l'exercici dels seus drets fonamentals sense el seu consentiment ho acceptem, en canvi, quan es tracta dels drets dels menors?. També els infants poden mostrar una preferència, poden entendre una situació, poden entendre una informació que se'ls facilita i molts d'ells poden donar raons de les seves preferències; malgrat que els adults no estiguin convençuts d'elles.<sup>221</sup> Quants adults poden anar sovint més enllà? Una part de la població adulta no incapacitada no pot, moltes vegades, raonar racionalment o meditar en el sentit de maximitzar o bé optimitzar un benefici o minimitzar una pèrdua, un dany o prendre en aquest sentit decisions fonamentades. Si el dret a prendre decisions depengués exclusivament de la capacitat natural, potser hi hauria molts adults que es veurien privats d'aquest dret a prendre les seves decisions. Tanmateix, el legislador no admet això; més aviat, el contrari. Pressuposa que la capacitat natural i les limitacions a la capacitat d'obrar, la qual pren com a base la natural, s'han d'interpretar restrictivament (arts. 211-3.3 CCC, 17.2 LDOIA). Podem suprimir el dret a prendre decisions a un menor de 12 anys, per ex., sobre la base de la seva manca de capacitat natural però atorgar aquest dret a qualsevol persona a partir dels 18 anys encara que no tingui aquesta capacitat natural; millor dit, independentment de la seva capacitat natural.<sup>222</sup> El legislador juga amb presumpcions de capacitat natural que es tant com prescindir d'aquesta. Al nostre entendre, una edat mínima és la garantia que

220 La *Family Law Act* australiana, en la secció 68L, admet que el menor estigui representat en el procés per un advocat independent al dels seus progenitors. Es més, si el tribunal ho considera necessari, pot ésser ell mateix qui n'ordeni la seva representació per aquest advocat independent.

221 Àdhuc en matèria econòmica com ho palesa Ch. FELBER, *La economía del bien común*, Deusto, 2012, pp. 153-156.

222 M. FREEMAN, «Why It Remains Important», pp. 12-13.

l'exercici dels drets pel menor no dependrà del judici d'un adult respecte de si ostenta o no una determinada capacitat natural.

La posició dels menors es reforçaria si es fes efectiu el seu dret a participar en la presa de decisions respecte del model de guarda,<sup>223</sup> de les seves relacions personals amb terceres persones, aspectes relatius a la pràctica material de la guarda en cas de ruptura dels seus progenitors. Aquesta participació hauria d'ésser en funció de la capacitat natural del menor (art. 211-3.1 CCC); i, en tot cas, a partir d'una determinada edat. Si aquesta existeix i el menor participa en la presa de decisions i es responsabilitza de les decisions sobre els aspectes que directament el concerneixen, les conseqüències del conflicte dels seus progenitors tindran una menor repercussió per a ell mateix. A més, aquesta decisió «consensuada» pot contribuir a que la tensió que pugui existir en la situació donada disminueixi.<sup>224</sup> La participació del menor implica un repartiment dels costos econòmics de la decisió adoptada evitant en la mesura del possible que aquell pateixi les externalitats de la decisió dels progenitors.<sup>225</sup> Això suposa un canvi de visió respecte dels menors com persones especialment vulnerables que necessiten protecció. Sota aquesta pretesa protecció, els adults priven els menors de participar en la presa de decisions sobre aspectes importants pel desenvolupament de la seva personalitat mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals,<sup>226</sup> pel seu benestar.

Això no implica ignorar els drets dels progenitors o d'altres cuidadors, sinó que més aviat es tracta de (re)equilibrar les posicions jurídiques dels menors i dels adults en cas de conflicte d'interessos (drets). De poc serveix que el legislador estableixi que els menors tenen drets i, sobre tot, drets fonamentals, si després els hi posa obstacles al seu exercici, la qual cosa fa que, al final, acabi essent una concessió simbòlica.<sup>227</sup>

### 3. REALITAT SOCIAL CATALANA I APLICACIÓ DEL MODEL DE GUARDA COMPARTIDA

Els estudis demogràfics que s'estan perfilant en els darrers anys ens mostren una realitat social a Catalunya força diferent a la realitat social que existia quan es va confegir el CF. En efecte, en el cas concret de Catalunya,

223 No estem d'acord amb l'afirmació, segons la qual, el fet de que el menor participi en la presa de decisions respecte del model de guarda que recaurà sobre ell, sigui «descarregar sobre el menor, la responsabilitat que correspon als progenitors» com, per contra, sosté J. MONTERO AROCA (*Guarda y custodia*, p. 118).

224 F. KAGANAS / A. DIDUCK, «Incomplete Citizens: Changing Images of Post-Separation Children», *The Modern Law Review*, 67 (6) 2004, pp. 959-981.

225 La pràctica recollida en els estudis portats a terme en països com els Estats Units o Regne Unit advoca pels efectes positius pels menors quan són informats en tot moment i del sentiment de seguretat que tenen al veure que són ells i no els seus progenitors, qui prenen les decisions sobre aspectes essencials que els hi afecten (J. B. KELLY / M. E. LAMB, «Children's Adjustment following divorce: Risk and resilience perspectives», *Family Relations: Interdisciplinary Journal of Applied Family Studies*, 52, 2003, pp. 352-362).

226 F. KAGANAS / S. D. SCLATER, «Contact Disputes», pp. 3-4.

227 J. EEKELAAR, *Family Law and personal life*, p. 158; M. FREEMAN, «What's Right with Rights for Children», *International Journal of Law in Context*, 2, 2006, pp. 89-98.

ens trobem amb dos factors que combinats donen peu a diverses reflexions. El primer d'ells és la constatació de la baixa fecunditat dels catalans, actualment, en creixement negatiu, si bé el resultat final és de creixement positiu degut a la fecunditat dels immigrants;<sup>228</sup> el segon d'ells és la presència de població estrangera procedent del món de l' Islam que aproximadament representa un 4,3 % de la població total de Catalunya; mentre que a Espanya és el 2,3 %. L'any 2009, el percentatge d'infants amb al menys un progenitor musulmà estranger era a Catalunya l'11,5 %; mentre que a Espanya era el 6.5 %<sup>229</sup> i, encara que ara estem en un moment, primer, d'estancament i després de descens de l' immigració a causa de la crisi econòmica, és previsible que la presència musulmana es mantingui al nostre país.<sup>230</sup>

El legislador català quan va confegir el Llibre II CCC tenia present, malgrat l'heterogeneïtat del fet familiar postulada en l'art. 231-1 CCC, un model de família molt determinat que es correspon amb un model de família «burguesa» de classe mitjana amb més o menys les mateixes creences i valors. La «imatge» del menor que n'ha tingut i en té el legislador català és la «imatge» del menor construïda sobre la base dels valors occidentals<sup>231</sup> i a partir d'aquesta base s'ha format també el concepte de l' interès del menor. Ambdós són producte d'aquestes percepcions de filòsofs, polítics, sociòlegs, juristes i adults, en general, del món occidental que varien en funció del moment històric on se situïn però tenint com a referent els valors occidentals. La tensió i el conflicte prové quan aquestes «imatges» es projecten sobre menors que provenen d'altres cultures, com ara l'islàmica, la qual cosa implica dificultats quan s'ha d'aplicar el principi de l' interès del menor i porta a reconèixer que, segons el concepte que s'adopti, a sota hi haurà un conflicte entre diferents tradicions, diferents cultures.<sup>232</sup> L' «imatge» occidental del menor no es correspon òbviament amb el model de famílies que procedeixen d'altres àmbits culturals com és el ja

228 A. MACARRÓN LARUMBE, *El suicidio demográfico de España*, Homologens, Madrid, 2011, p. 210: «Cataluña, una de las dos primeras regiones de España tanto en población como en PIB, es una de las comunidades autónomas con mayores tasas de fecundidad —o por decirlo con mayor precisión, con menos anemia demográfica, ya que en ninguna zona de España se alcanza el umbral de 2.1 hijos por mujer necesario para que haya reposición de la población—, pero esto se debe a los inmigrantes extranjeros afincados allí. Cataluña es una de las zonas de España con mayor proporción de extranjeros (el 17.5% de los residentes empadronados allí de 1 de enero de 2010 ha nacido en el extranjero), y es la segunda comunidad autónoma con un mayor porcentaje de bebés con madre extranjera (casi el 29%), tras Baleares. Dos de las tres provincias españolas con más nacimientos de madre extranjera son catalanas (Gerona y Lérida), y también lo es la cuarta (Tarragona)».

229 A. MACARRÓN LARUMBE, *El suicidio demográfico*, pp. 214 ss.

230 No deixa d'ésser significatiu que dels 10 imans més fonamentalistes i radicals establerts a Espanya, 6 es trobin a Catalunya. Aquesta realitat de la composició de la societat catalana que es troba en un moment de canvi és obviada en el Preàmbul de la Llei del Llibre II CCC on es parla de transició demogràfica en el sentit d'envelliment de la població (A. MACARRÓN LARUMBE, *El suicidio demográfico*, pp. 47 ss). D'altra banda, en l'estadística del Padró feta per l'INE a 1 de gener de 2012 es fa palès que el segment de població que descendeix són els sud-americans; mentre que els musulmans augmenten (<http://www.ine.es/prensa/np710.pdf>). Data de la consulta: maig 2013.

231 La construcció de l' imatge del menor al llarg de la història a C. BREEN, *The Standard of the Best Interests*, pp. 29 ss.

232 C. BREEN, *The Standard of the Best Interests*, p. 22.

esmentat de l' Islam, on la potestat parental l'ostenta en exclusiva el pare i on en cas de ruptura dels progenitors la guarda exclusiva és també d'aquest.<sup>233</sup> En definitiva, una cultura on l'autoritat familiar és ostentada pel marit/pare qui és qui imposa els seus valors als membres de la família. Especialment significativa és la qüestió en el sí de famílies mixtes (p. ex. espanyola/marroquí) Aplicar, doncs, en cas de ruptura dels progenitors, en el sí d'aquestes famílies, el model de la guarda compartida pot implicar tensions i conflictes que acabin repercutint negativament en els fills menors d'edat. El legislador català no sembla haver tingut en compte la societat multicultural existent amb un element especialment destacat com és l'elevat nombre d'estrangers musulmans com, en canvi, sí ha tingut present les dades demogràfiques d'envelliment de la població arrelada a Catalunya (Preàmbul § I de la Llei que aprovà el Llibre II CCC).

El concepte que nosaltres hem aportat d'interès del menor, si bé parteix de concepcions occidentals com els «drets humans», permet al menor procedent d'un altra cultura d'exercir els seus drets d'acord amb els valors d'aquesta cultura, malgrat que no coincideixin amb els valors culturals de l'aplicador del dret, ni del lloc o territori on s'aplica el dret. Implica respectar aquests valors i integrar el menor en la societat on viu, que pot ésser diferent a la seva societat d'origen.<sup>234</sup> Des de la perspectiva dels menors estrangers, la definició en aquest treball defensada sobre el «benestar» i l'«interès» del menor els hi permetrà d'exercir els seus drets fonamentals i, per tant, d'exigir, d'una banda, que siguin respectats aquests tant pels seus progenitors com pels poders públics i, per l'altra, que els poders públics puguin garantir que els drets fonamentals dels menors estrangers seran respectats per aquells que ostentin la potestat parental o les funcions tutelars evitant, doncs, situacions de risc (arts. 76 i 102 LDOIA) que atemptin contra el seu benestar.<sup>235</sup> La relació progenitors-fills menors és una relació en permanent escrutini públic. Ara bé, la finalitat d'aquest escrutini és detectar situacions de risc, d'abús, d'explotació, de desemparament però no imposar o estimular un ideal concret de criança, d'educació, en definitiva, de guarda.

L'aplicació del dret de la persona i de la família regulat en el Llibre II CCC i, en especial, el model de guarda compartida, pot generar conflictes i tensions si no es té present la realitat multicultural de la societat catalana. Confiem, doncs, en el *seny* dels nostres jutges i tribunals.

233 I això malgrat que s'han fet avenços en el sentit d'una major igualtat entre home i dona en relació amb la dissolució del matrimoni [G. ESTEBAN DE LA ROSA / T. SAGHIR, «Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva mudawana marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en Derecho internacional privado (español)», a M<sup>a</sup>. DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ / M<sup>a</sup>. PAZ GARCÍA RUBIO, *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho privado*, Tirant Lo Blanch, València, 2011, pp. 151-177; K. OUALD ALI, «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí» a J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2011, pp. 289-312].

234 S. NAVAS NAVARRO, «El bienestar y el interés el menor desde una perspectiva comparada» a *Libro Homenaje al Prof. Díez-Picazo*, T. I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 704-713.

235 J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, pp. 97-98; S. NAVAS NAVARRO, «El bienestar y el interés el menor desde una perspectiva comparada», pp. 704-713.

## V. BIBLIOGRAFIA CITADA

- L. Alascio Carrasco / I. Marín García, «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», *Indret*, juliol, 2007 (www.indret.com).
- P. Alderson, «Younger children's individual participation in all matters affecting the child» a B. Percy-Smith & N. Thomas (eds.), *A Handbook of Children and Young People's Participation*, Routledge, Oxon, 2010.
- M. Alemany, *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.
- L. Allueva Aznar, «Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors», *Indret*, octubre, 2011 (www.indret.com).
- American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, 2002.
- F. Ang / E. Berghmans / M. Delplace / V. Staelens / C. Vandresse / M. Verheyde, «Participation Rights in The UN Convention on the Rights of the Child» a AAVV, *Participation Rights of Children*, Intersentia, Antwerpen /Oxford, 2006.
- C. Arangüena Fanego, «La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales» a C. Guilarte Martín-Calero, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- D. Archard, *Children. Rights and Childhood*, Zona ed., Routledge, Oxon, 2004.
- R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De conflictum legum, núm. 6, Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- F. Badosa Coll, «La potestat del pare i de la mare», a A. Hernández Moreno / C. Villagrasa Alcaide (coord.), *El Codi de família i la Llei d'unions estables de parella*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- A. Bainham, *Children. The Modern Law*, 3ª ed., Family Law, Bristol, 2006.
- R. Barrada Orellana, «El plan de parentalidad» a S. Nasarre Aznar / R. Barrada Orellana / M. Garrido Melero (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º el Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010.
- R. Bauserman, «Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: meta-analytic review», 16-1 *Journal of Family Psychology*, 2002, pp. 91 ss.
- J. Bayo Delgado, «Comentari a l'art. 77 CF» a J. Egea Fernández/J. Ferrer Riba (dirs.), *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.
- C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 3ª edic., 2007.
- E. Bodelón, «La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las estructuras familiares» a T. Picontó (ed.), *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 131-154.



- K. Boele-Woelki / D. Martiny, «The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities», 8 *ERA Forum*, 2007, pp. 125-143.
- K. Boele-Woelki / F. Ferrand / C. González Beilfuss / M. Jänterä-Jareborg / N. Lowe / D. Martiny / W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen / Oxford, 2007.
- E. Bosch Capdevila, *La administración de los bienes de los hijos en el <<Codi de Família>>*, Bosch, Barcelona, 1999.
- A. Brauchli, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Helbing & Lichtenhahn, Zurich, 1982.
- C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/New York, 2002.
- M. Brinig, «Does Parental Autonomy Require Equal Custody at Divorce?», 65 *Louisiana Law Review*, 2005, pp. 1345 ss.
- M. Brinig / F. H. Buckley, «Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories», 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 393 ss.
- L. Caballol Angelats / J. Marsal Guillaumet, «Les especialitats processals regulades per les Comunitats Autònomes amb competència en dret civil» a M. A. Aparicio Pérez / M. Barceló i Serramalera (coords.), *Las garantías procesales de los derechos autonómicos*, Barcelona, Atelier, 2010.
- J. Cantón Duarte, «Adaptación de los hijos divorciados» a M<sup>a</sup>. C. García Garnica (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- A. Carrasco Perera, *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.
- M. D. Castelli / D. Goubau, *Le droit de la famille Au Québec*, Les presses de l'Université Laval, Saint-Nicolas, Quebec, 2005.
- R. Castillejo Manzanares, *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, La Ley, Madrid, 2007.
- S. Chiudry / H. Fenwick, «Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act», *OJLS* 2005, vol. 25, núm. 3, pp. 453-492.
- M. Coester, § 1666a BGB a *Staudinger Kommentar*, núm. 58.
- I. Cordero Cutillas, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (Estudio jurisprudencial)*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2004.
- M<sup>a</sup>. Del C. Cortés Arboleda, «Violencia doméstica y crianza de los hijos después del divorcio» a M<sup>a</sup> del Carmen García Garnica (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 181.
- P. David, «Implementing the rights of the child. Six reasons why the human rights of children remain a constant challenge», *International Review of Education*, 48(3-4):259-263, 2002.
- A. De Lama Aymà, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, València 2006.

- J. M. De Torres Perea, *Interés del menor y derecho de familia*, Iustel, Madrid, 2009.
- J. M. De Torres Perea, «Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social» *Indret* 4/2011.
- L. M<sup>a</sup>. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, Zona edic., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2005.
- L. Díez-Picazo, «El negocio jurídico del Derecho de familia» a *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 35-50.
- J. G. Dwyer, *The Relationship Rights of Children*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- J. Eekelaar, «The Emergence of Children's Rights», *OJLS* 1986, vol. 6, p. 161.
- J. Eekelaar / M. Maclean, *The Parental Obligation: A Study of Parenthood across Households*, Hart Publishing, Londres, 1997.
- J. Eekelaar, «Parental Responsibility: State of Nature or the Nature of the State?», *Journal of Social Welfare & Family Law*, 1991, pp. 37-50.
- J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- G. Esteban de la Rosa / T. Saghír, «Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva mudawana marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en Derecho internacional privado (español)», a M<sup>a</sup>. del Rosario Valpuesta Fernández / M<sup>a</sup>. Paz García Rubio, *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho privado*, Tirant Lo Blanch, València, 2011, pp. 151-177.
- Ch. Felber, *La economía del bien común*, Deusto, 2012.
- J. Ferrer Riba, «Comentari a l'art. 137 CF», a J. Egea Fernández/J. Ferrer Riba (dirs.), *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.
- J. Ferrer Riba, «Comentari a l'art. 139 CF», a J. Egea Fernández/J. Ferrer Riba (dirs.), *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.
- J. Ferrer Riba, «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña», *7 Derecho privado y Constitución*, 1995.
- J. Ferrer Riba, «Principles and Prospects for a European System of Child Protection», *Indret* 2/2010.
- P. Finger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. VIII, Familienrecht II, § 1687b, 5ena edic., C.H. Beck, 2008, p. 1239, núm. 2.
- J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, 3<sup>a</sup> ed., Cambridge University Press, 2009.
- M. Freeman, «What's Right with Rights for Children», *International Journal of Law in Context*, 2, 2006, pp. 89-98.
- M. Freeman, «Disputing Children» a M. Freeman (ed.), *Family Values and Family Justice*, Collected Essays in Law, Ashgate, Surrey, 2010.

- M. Freeman, «Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously», *IJCR* 15 (2007), pp. 5-23.
- M. Freeman, Art. 3. *The Best Interests of the Child*, 2007.
- J. García Medina, «Crisis matrimoniales y derechos de los menores» a C. Guilarte Martín-Calero, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- M<sup>a</sup>. P. García Rubio, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia» a *Nous reptes del Dret de família, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa, 23 i 24 de setembre de 2004*, pp. 95-121.
- M<sup>a</sup>. P. García Rubio / M. Otero Crespo, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», <http://www.custodiareponsable.org>.
- R. J. Garon / D. S. Donner / K. Peacock, «From Infants to Adolescents. A Developmental Approach to Parenting Plans», *Family and Conciliation Courts Review*, 38 (2) 2000, pp. 168-191.
- M. Garriga Gorina, «El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta», *Indret* 3/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- S. Gilmore, «Contact/Shared residence and child well-being: research evidence and its implications for legal decision-making», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 20/2006, pp. 344-365.
- N. Ginés Castellet, «Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el Derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia», en AA. VV, *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011.
- M. Giroux, «Le partage des responsabilités parentales après une rupture: une matière à débat», (1998), 77 *Revue du Barreau Canadien*, pp. 354-380.
- M. Giroux, «Le partage des responsabilités parentales après une rupture: rôle et limites du droit», (2003), 105 *Revue du Notariat*, pp. 87-111.
- D. Goubau, «La garde partagée: vogue passagère ou tendance lourde?» a *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, ed. Thémis, 2004, pp. 109-130.
- C. Guilarte Martín-Calero, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio* a V. Guilarte Gutiérrez (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 135 y 141.
- C. Guilarte Martín-Calero, «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *Indret* 2/2008, <http://www.indret.com>.
- C. Guilarte Martín-Calero, «Criterios de atribución de la custodia compartida», *Indret* 3/2010.
- M. Guggenheim, «What's Wrong with Children's Rights» a J. B. Singer / J. C. Murphy, *Resolving Family Conflicts*, Ashgate, 2008.
- P. Hänni / E. M. Belser, «Die Rechte der Kindern. Zu den Grundrechten Minderjährigen und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung», 2 *AJP*, 1998.
- S. Harris-Short / J. Miles, *Family Law*, Oxford University Press, 2007.

- A. Hayden, «Shared custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England», *Indret* 1/2011.
- J. Hübtage a W Schulz / J. Haub (dirs.), *Familienrecht HandKommentar*, 1a edic., Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 1159, núms. 1-3.
- J. M. Illán Fernández, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- P. G. Jaffe / J. R. Johnston / C. V. Crooks / N. Bale, «Custody disputes involving allegation of domestic violence: toward a differentiated approach to parenting plans», *Family Court Review*, 46-3 (2008), pp. 500-522.
- C. G. Jeppensen De Boer, *Joint Parental Authority*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2008.
- H. Juby / C. Le Bourdais / N. Marcil-Gratton, «Sharing Roles, Sharing Custody? Couple's Characteristics and Children's Living Arrangements at Separation», *Journal of Marriage and Family* 67/2005, pp. 157-172.
- F. Kaganas / A. Diduck, «Incomplete Citizens: Changing Images of Post-Separation Children», *The Modern Law Review*, 67 (6) 2004, pp. 959-981.
- F. Kaganas / S. D. Sclater, «Contact Disputes: Narrative Constructions of Goods Parents», 12 *Feminist Legal Studies*, 2004, pp. 1-27.
- J. B. Kelly / M. E. Lamb, «Children's Adjustment following divorce: Risk and resilience perspectives», *Family Relations: Interdisciplinary Journal of Applied Family Studies*, 52, 2003, pp. 352-362.
- J. B. Kelly / R. E. Emery, «Children's adjustment following divorce: risk and resilience perspectives», *Family Relations*, 2003, 52-4, pp. 352-362.
- R. F. Kelly / S. L. Ward, «Allocating custodial responsibilities at divorce. Social Science Research and the American Law Institute's Approximation Rule», *Family Court Review*, 40-3 (2002), pp. 350-370.
- R. Kemper, a M. Bruns/R. Kemper, *Lebenpartnerschaftsrecht. HandKommentar*, 2ª edic., Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 115, núm. 10.
- T. Köster, *Sorgerecht und Kindeswohl. Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*, Frankfurt a. M., 1997.
- A. Kley, «Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen», 135 *ZBJV* 1999, pp. 316-340.
- G. Lansdown, «The realization of children's participation rights» a B. Percy-Smith & N. Thomas (eds.), *A Handbook of Children and Young People's Participation*, Routledge, Oxon, 2010.
- Mª. E. Lauroba Lacasa, *CCJC* núm. 84, setembre-desembre, 2010.
- Mª. E. Lauroba Lacasa, «La mediación familiar en Cataluña», AAVV, *La familia del siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2011.
- Mª. E. Lauroba Lacasa, «Comentario al art. 233-9 CCC» a E. Roca Trias/P. Ortuño Muñoz, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011.

- M<sup>a</sup>. E. Lauroba Lacasa, «Comentario al art. 233-10 CCC» a E. Roca Trias/P. Ortuño Muñoz, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011.
- M<sup>a</sup>. E. Lauroba Lacasa, «Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código civil catalán», *RJC* núm. 2-2011.
- M<sup>a</sup>. E. Lauroba Lacasa, «Comentario al art. 233-8 CCC» a E. Roca Trias/P. Ortuño Muñoz, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011.
- R. J. Levy, «Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy and Some Very Tentative Judgements» a R. F. Wilson, *Reconceiving the Family. A Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, Cambridge University Press, 2006, pp. 70-71.
- A. Macarrón Larumbe, *El suicidio demográfico de España*, Homolegens, Madrid, 2011.
- N. Mallandrich Miret, «Las medidas provisionales» a V. Pérez Daudí, *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2011.
- M. J. Marín López, «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», *Derecho privado y Constitución*, 2005.
- C. Martí Baldellón, «Comentario al art. 233-2 CCC» a E. Roca Trias/P. Ortuño Muñoz, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011.
- C. Martínez Escribano, «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad» a C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- J. Montero Aroca, *Guarda y custodia de los hijos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- R. Naranjo de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.
- S. Navas Navarro, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada» a *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo*, T. I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 704-713.
- S. Navas Navarro, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas», a S. Nasarre Aznar / R. Barrada Orellana / M. Garrido Melero (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 618-627.
- S. Navas Navarro, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (Especial referencia al Derecho catalán)», *Revista de Derecho de familia*, núm. 54, 2012.
- S. Navas Navarro, «La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código civil de Cataluña (La labor del abogado de familia)» a *Libro Homenaje al Prof. J. M<sup>a</sup>. Miquel* (en prensa).

- R. O'Donnel, «Parent-Child Relationship within the European Convention» a N. Lowe / G. Douglas (dirs.), *Families across frontiers*, Londres, 1996, pp. 141-142.
- G. Ormazábal Sánchez, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2004.
- P. Ortuño Muñoz, «Comentario al art. 233-1 CCC» a E. Roca Trias/P. Ortuño Muñoz, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011.
- R. Otis / C. Otis, «La Garde Partagée Dans la Presse Scientifique: Symphonie ou Cacophonie?», 23/2007 *Can. J. Fam. L.*, pp. 215 ss.
- K. Ouald Ali, «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí» a J. V. Gavidia Sánchez (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2011, pp. 289-312.
- C. Pérez Conesa, *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Universidad Rey Juan Carlos, servicio de publicaciones, Madrid, 2006.
- A. M. Pérez Vallejo, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2000.
- C. Pinto Andrade, *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009.
- I. Rasul, «The Economics of Child Custody», 73 *Economica*, 2006, pp. 1-25.
- H. Rhoades / S. B. Boyd, «Reforming Custody Laws: A Comparative Study», 18 *Int'l J. L. Pol'y & Fam.*, 2004, pp. 119 ss.
- F. Rivero Hernández, «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)», 14 *Derecho privado y Constitución*, 2000.
- F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- G. Robles Morón, «El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española)» a L. García San Miguel (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Madrid, 1995, pp. 48-63.
- E. Roca Trias, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999.
- M<sup>a</sup>. C. Rodríguez, «Nuevos cambios familiares: la participación paternal en el cuidado infantil», *Estudios de Psicología*, 2009, 30-3.
- L. Salgo, a J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 4, Familienrecht, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2006, núms. 11, p. 368.
- S. Sánchez González, a S. Sánchez González (coord.), *Dogmática y práctica de los Derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, València, 2006.
- C. Sánchez Hernández, «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad» a *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. L. Díez-Picazo*, T. I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 956 ss.

- D. Schwab, »Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern— Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes«, *FamRZ* 1998/8, p. 469.
- I. Schwenzer, »Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht«, 7 *AJP*, 1994, pp. 821-840.
- I. Schwenzer, *Model Family Code: From a Global Perspective*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2006.
- I. Schwenzer, BSK ZGB I Art. 301, N 4, 2ona ed., Helbing & Lichtenhahn, 2002.
- E. S. Scott, »Pluralism, Parental Preferences and Child Custody«, 80 *Ca. L. Rev.* 1992, pp. 615 ss.
- A. Serrano de Nicolás, »Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código civil de Cataluña« a S. Nasarre Aznar / R. Barrada Orellana / M. Garrido Melero (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010.
- M. Serrano Masip, »Los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable. Regulación vigente en Catalunya« a C. E. Florensa i Tomàs (dir.) / J. M. Fontanelles Morell (coord.), *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Barcelona / Madrid, 2011.
- J. B. Singer / W. L. Reynolds, »A Dissent on Joint Custody«, 47 *Md. L. Rev.*, 1988, pp. 520-521.
- B. Smyth, »Parent-Child Contact in Australia: Exploring Five Different Post-Separation Patterns of Parenting«, 19 *Int'L J. L. Pol'y & Fam*, 2005, p. 16.
- P. Stanzione, »Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori« a *Studi di Diritto civile*, Nápoles, 1986.
- U. Tschümperlin, *Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes*, ASUIF, Fribourg, 1990.
- S. Vega Torres, »Malos tratos y menores« a M<sup>a</sup> del Carmen García Garnica (dir.), *La protección del menor*, p. 149.
- A. Vidal Teixidó, »Comentario al art. 233-11 CCC« a E. Roca Trias/P. Ortuño Muñoz, *Persona y familia: Libro II del Código civil de Cataluña*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2011.
- R. A. Warshak, »Punching the parenting time clock: the approximation rule, social science and the baseball bad kids«, 45 *Family Court Review*, 2007, pp. 600 ss.
- S. Wolf, »Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht«, 134 *ZBJV*, 1998, pp. 119-134.
- L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, »El menor en las crisis matrimoniales de sus padres« a M<sup>a</sup>. Del C. García Garnica, *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.





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



# Els plans de parentalitat en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya

ELENA LAUROBA<sup>1</sup>

Professora titular de Dret civil  
Universitat de Barcelona

I. PRESENTACIÓ. II. DE QUÈ PARLEM QUAN PARLEM DE PLA DE PARENTALITAT: LA PLASMACIÓ NORMATIVA. III. EL PERQUÈ DELS PLANS DE PARENTALITAT. 1. L'interès superior del menor en aquest àmbit. 2. La implicació dels progenitors. El suport de la mediació per l'elaboració del Pla de parentalitat. IV. EL CONTINGUT DEL PLA DE PARENTALITAT. 1. El primer apartat: compromís i visibilització de la interlocució recíproca. 2. Les qüestions relatives a la guarda. 3. Els continguts relacionats amb l'exercici de la potestat parental. 4. La clàusula de tancament: La subjecció a mediació per a la interpretació i l'execució del Pla de Parentalitat. 5. Previsió de les diferents etapes de la vida del menor. V. LA PRESENTACIÓ FORMAL DELS PLANS DE PARENTALITAT. VI. EL PLA DE PARENTALITAT COM A EINA ESPECIALMENT INDICADA PER LES FAMÍLIES D'ALTA CONFLICTIVITAT. VII. ALGUNS SERRELLS PROCESSALS. VIII. LES OBJECCIONS PRINCIPALS A L'EXIGÈNCIA DEL PLA DE PARENTALITAT. IX. UNA DARRERA EMPENTA.

## I. PRESENTACIÓ

El Preàmbul de la Llei 25/2010, del Llibre Segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família<sup>2</sup> destaca la introducció de dues novetats

- 1 La contribució s'inscriu en el Projecte 2009 SGR 221 [IP: Dr. Ferran Badosa Coll]. El punt de partida és la intervenció a la taula rodona «El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial: mutu acord i contenció; problemes d'execució», en el marc de les jornades, juntament amb la magistrada Mercedes Caso i l'advocada M<sup>a</sup> Antònia Gómez Maestre. Sobre els Plans de Parentalitat ja hem treballat anteriorment, així M<sup>a</sup> Elena LAUROBA, «Comentari al art. 233-9», en Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, ps. 855-859; ID, «Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código civil catalán», *RJC*, 2-2011, p. 327 ss.; «El Pla de Parentalitat», *Mon jurídic*, 2011, ps. 8-10; «El Pla de Parentalitat en el Llibre II del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família», <http://www.gencat.cat/benestarsocialifamilia/publica/butlletiDGAIA/num51/> (i en relació al projecte, LAUROBA, «Comentari a la STS 8 de octubre de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, n. 84, sept-dic 2010, pág. 1509 ss.) i específicament, «Los Planes de Parentalidad en el Libro Segundo del Código civil de Cataluña», *RJC* 2012-4, pàgs. 887-916, que és la contribució a la *RJC* derivada de l'obtenció del Premi Ferrer Eguizábal 2011, sobre dret civil català, amb l'obra *La guarda compartida en el código civil de Cataluña y los instrumentos para su mejor funcionamiento: planes de parentalidad y mediación familiar*. Certament, la contribució a aquestes jornades té com a material recurrent l'article monogràfic de la *RJC* —no podia ser d'altra manera—, però hem volgut modificar substancialment l'exposició i afegir nous continguts i materials. Així mateix, abordarem els Plans de Parentalitat en els casos de famílies amb un alt grau de conflictivitat, que hem estudiat a M<sup>a</sup> Elena LAUROBA, «Familias con alto grado de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores», *Sepin. Familia y sucesiones* (d'aparició el 2n trimestre 2013).
- 2 Llei 25/2010, de 29 de juliol (DOGC núm. 5686, de 5 d'agost de 2010) Com bibliografia general, Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*,

principals en relació a la responsabilitat dels progenitors cap als seus fills en cas de separació o divorci: el Pla de Parentalitat —en endavant PlaP— i la guarda compartida. La guarda compartida és una novetat perquè es perfila com a opció preferida —que no necessàriament preferent—, no com a règim poc conegut. Per contra, el PlaP és un instrument nou —al servei d'aquella, però també de qualsevol modalitat de guarda— a la nostra pràctica. El legislador ha fet una aposta clara per la figura, convençut que pot beneficiar als menors quan els progenitors posen fi a la seva relació. Per això, el PlaP esdevé el fil conductor de les mesures referides als fills en cas de crisi de la parella. Cohesiona els articles que regulen la cura dels fills [Secció segona del cap. III, Títol III], de manera que el PlaP apareix en els arts. 233-8 [Responsabilitat parental]; art. 233-9, que el regula de manera específica; 233-10 [Exercici de la guarda —vid. esment en apartat 1—] i 233-11.1 CCCat [Criteris per determinar el règim i la forma d'exercir la guarda]. Si a l'art. 233-8 CCCat el PlaP es presenta com la seu de descripció de la manera d'exercici de les responsabilitats parentals, a l'art. 233-11.1, la/s proposta/s de PlaP constitueixen un material privilegiat per orientar a l'autoritat judicial respecte de la millor modalitat de guarda. També es contempla un PlaP en relació a el «exercici de la potestat parental en cas de vida separada dels progenitors» (art. 236-11.2), si bé a la pràctica s'elaborarà en comptades ocasions.<sup>3</sup>

Certament, el PlaP és una novetat en el nostre territori, però s'incorpora al CCCat català a partir del coneixement de la seva utilitat en altres ordenaments jurídics. Avui està generalitzat als països anglosaxons —EEUU, Canadà, Austràlia, Regne Unit o Irlanda—, i també ha estat adoptat pels Països Baixos. Altres països europeus estan discutint, hores d'ara, la seva oportunitat.

## II. DE QUÈ PARLEM QUAN PARLEM DE PLA DE PARENTALITAT: LA PLASMACIÓ NORMATIVA

El PlaP es descriu al Preàmbul de la Llei 25/2010 [III c) 12], com:

«un instrument per concretar la forma en què tots dos progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills. Sense imposar una modalitat concreta d'organització, encoratja als progenitors, tant si el procés és de mutu acord com si és contenciós, a organitzar per si mateixos i responsablement la cura dels

---

SEPIN, Madrid, 2011; Reyes BARRADA-Martín GARRIDO-Sergio NASARRE (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Bosch, Barcelona, 2011; també M<sup>a</sup> Carmen GETE-ALONSO-Maria YSAS SOLANES-Judith SOLÉ RESINA, *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 2<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Núria GINÉS (coord.), *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, JM Bosch, 2011 i Núria GINÉS (coord.), *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, 2011.

3 Antoni VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al artículo 236-11», a Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 1257, recorda que no són preceptius i que, per això, «raras veces se formalizan acuerdos».

fills en ocasió de la ruptura, de manera que han d'anticipar els criteris de resolució dels problemes més importants que els afectin. En aquesta línia, es facilita la col·laboració entre els advocats de cadascuna de les parts i amb psicòlegs, psiquiatres, educadors i treballadors socials independents, perquè realitzin una intervenció focalitzada en els aspectes relacionats amb la ruptura abans de presentar la demanda. Vol afavorir-se així la concreció dels acords, la transparència per a ambdues parts i el compliment dels compromisos aconseguits».

Aquesta explicació situa la funció i el contingut del PlaP, que es regula a l'art. 233-9 CCCat:

- 1) El pla de parentalitat ha de concretar la manera en què ambdós progenitors exerceixen les responsabilitats parentals. S'hi han de fer constar els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills.
- 2) En les propostes de pla de parentalitat hi han de constar els aspectes següents:
  - a) El lloc o els llocs on viuran els fills habitualment. S'hi han d'incloure regles que permetin determinar a quin progenitor correspon la guarda en cada moment.
  - b) Les tasques de què s'ha de responsabilitzar cada progenitor amb relació a les activitats quotidianes dels fills.
  - c) La manera com s'han de fer els canvis en la guarda i, si escau, com s'han de repartir els costos que generin.
  - d) El règim de relació i de comunicació amb els fills durant els períodes en què un progenitor no els tingui amb ell.
  - e) El règim d'estades dels fills amb cadascun dels progenitors en períodes de vacances i en dates especialment assenyalades per als fills, per als progenitors o per a llur família
  - f) El tipus d'educació i les activitats extraescolars, formatives i de lleure, si escau.
  - g) La manera de complir el deure de compartir tota la informació sobre l'educació, la salut i el benestar dels fills.
  - h) La manera de prendre les decisions relatives al canvi de domicili i a altres qüestions rellevants per als fills.

Tant l'explicació del Preàmbul, com la regulació —força pormenoritzada— són el resultat de l'evolució del Projecte de llei del Llibre segon durant la tramitació parlamentària. L'art. 233-9 del Projecte<sup>4</sup> era molt més succint, però

---

4 BOPC [VIII legislatura] núm. 384, 19 de gener de 2009, p.9 ss. La redacció era la següent: «1. En les propostes de pla de parentalitat, els progenitors han de concretar la forma d'exercir les seves responsabilitats i de prendre decisions pel que fa a la cura i educació dels fills, el lloc o els llocs on aquests viuran habitualment, el règim de relació en els períodes de temps en què els progenitors no tinguin els fills amb ells i també les tasques que efectivament exercirà

durant la tramitació els membres de la Comissió de Justícia, dret i seguretat ciutadana van escoltar de diversos experts els avantatges dels PlansP, al temps que feien notar que la majoria d'operadors jurídics ignoraven en què consistien.<sup>5</sup> Els parlamentaris van concloure que la regulació inicial era poc entenedora i —desitjosos d'introduir aquell plus pedagògic que ara trobem en nombroses normes— es va presentar una esmena amb la redacció actual. Paral·lelament, es va afegir la DA 9<sup>a</sup> [Informació sobre el Pla de Parentalitat] que establia que: «El Departament de Justícia, en col·laboració amb els col·legis professionals, ha de difondre la informació sobre el pla de parentalitat i ha de facilitar models per a elaborar-lo adaptats a les diferents etapes de la vida dels menors».

El PlaP forma part de les «mesures definitives proposades en el conveni regulador» (art. 233-2 CCCat), de manera que no ha de presentar-se amb les mesures provisionals (regulades en l'art. 233-1 CCCat).<sup>6</sup> Per tant, és un instrument diferent del conveni regulador, una part d'aquest, amb un contingut acotat i específic.<sup>7</sup> A *sensu contrario*, no incorpora la manera de contribuir a les despeses ni l'atribució o distribució de l'habitatge; tampoc les qüestions lligades als aliments o el règim de relacions dels menors amb els avis i els germans que no conviuen en el mateix domicili, que són altres apartats del conveni regulador (art. 233-2.b) i c) CCCat).<sup>8</sup> Així mateix, en el procediment, en funció de com actuen les parts, trobarem una única proposta de PlaP —fruit de l'acord de tots dos progenitors—, o dues proposades, procedents de cada progenitor per separat.

En definitiva, el PlaP «és un conjunt d'acords en relació a l'atribució de la responsabilitat de la custòdia i de la presa de decisions en relació a un infant i per a la resolució de futures disputes entre els pares»,<sup>9</sup> en la definició dels

---

cadascun». Però no era una novetat absoluta, ja havia estat regulat a l'art. 233-9 del Projecte de Llibre Segon presentat en el 2006 [BOPC [VII Legislatura], núm. de 15 de juny de 2006]: «En les proposades de pla de parentalitat cal establir el lloc on viuran els fills, les modalitats de les relacions en els períodes de temps en què els progenitors no tinguin la guarda, la forma d'exercir les seves responsabilitats i de prendre decisions pel que fa a la cura i l'educació, les tasques que efectivament exercirà cadascun d'ells i el temps que hauran de dedicar-li».

- 5 Val la pena esmentar la compareixença de la psicòloga infantil, mediatra i terapeuta familiar, Connie Capdevila Brophy. <http://www.parlament.cat/web/actualitat/canal-parlament/videos?pcp1=514713&pcp2=514721&pcp3=3&pcp22=cerca> (amb alta prèvia)
- 6 Ho recalca Pascual ORTUÑO, «Comentario al artículo 233-1», a Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 810.
- 7 Per això, el PlaP tampoc es correspon amb figures recents que utilitzen —també— denominacions diferents, com el «Pacte de relacions familiars» aragonès (art. 77 Codi civil foral aragonès —DLeg. 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas —BOA núm. 63, de 29 de març de 2011—) o el «Pacte de convivència familiar» (art. 3 Llei 5/2011, d'1 d'abril [valenciana] de relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen —DOCV núm. 6495, de 5 d'abril de 2011—. Ha estat recorreguda davant el Tribunal constitucional (Recurs n<sup>o</sup> 3859/2011 BOE núm. 178, de 26 de juliol de 2011) En ambdós casos, estem davant de documents que es corresponen amb el conveni regulador *in totum*.
- 8 L'únic esment de caràcter econòmic («els costos»: art. 233-9 c) al·ludeix als desplaçaments per canvi de guarda.
- 9 §2.03 (2) «A parenting plan is a set of provisions for allocation of custodial responsibility and decision making responsibility on behalf of a child and for resolution of future disputes between the parents» [vid. *Principles of the Law of Family Dissolution: analysis and Recommendations*, LexisNexis, 2002]

*Principles of the Law of Family Dissolution* elaborats per l'American Law Institute (ALI) al § 2.03 —que cal completar amb la descripció al § 2.05 [Parenting Plan]—. Val la pena esmentar-los, perquè van ser un material de referència a l'hora de redactar el Llibre segon CCCat. Es presenten com una eina idònia per la tuïció del millor interès del menor, recollit en el § 2.02.<sup>10/11</sup> El fet mateix de tractar separatament els aspectes de l'atenció als fills dels altres continguts —significativament els econòmics— pot facilitar els acords en aquest àmbit.<sup>12</sup>

### III. EL PERQUÈ DELS PLANS DE PARENTALITAT

#### 1. L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR EN AQUEST ÀMBIT

El PlaP es justifica per la seva utilitat per contribuir al millor —o més fàcil— desenvolupament de la vida dels menors després de la ruptura dels seus progenitors.<sup>13</sup> Com saben, el principi rector —i inspirador— en qualsevol decisió que afecta als menors es el seu «interès superior», recollit a l'art. 211-6 CCCat<sup>14</sup> i

10 §2.02 [Objectives: Bests interests of the Child defined]. (1) The primary objective of Chapter 2 is to serve the child's best interests, by facilitating all of the following: (a) *parental planning and agreement about the child's custodial arrangements and upbringing*; (b) continuity of existing parent-child attachments; (c) meaningful contact between the child and each parent; (d) caretaking relationships by adults who love the child, know how to provide for the child's needs, and place a high priority on doing so; (...) [la cursiva és nostra]

11 Succintament, el govern australià el defineix com «a written agreement between parents covering practical issues of parental responsibility» (<http://www.relationships.org.au/relationship-advice/publications/pdfs/share-the-care-parenting-plan>). Al fulllet explicatiu dels tribunals de Nebraska es presenta així: «Simply put, a Parenting Plan is ... a «blueprint» for how Children are going to be parented after their Parents have separated» [[http://court.nol.org/mediation/pdf/brochures/Parenting\\_Act\\_Info\\_Brochure.pdf](http://court.nol.org/mediation/pdf/brochures/Parenting_Act_Info_Brochure.pdf)].

12 De fet, a nombrosos PlaP es troben explicacions del tipus: «A Parenting Plan is required by the court. It is a separated document filed with the court along with the child's financial arrangements and property settlement agreement» [[http://court.nol.org/mediation/pdf/brochures/Parenting\\_Act\\_Info\\_Brochure.pdf](http://court.nol.org/mediation/pdf/brochures/Parenting_Act_Info_Brochure.pdf), p.6], si bé també en alguns plans es troben apartats relatius a aspectes econòmics dels menors.

13 Com una mostra, que es troba repetidament en els models subministrats, a la informació sobre els PlaP als Jutjats de Tennessee [<http://www.tncourts.gov/programs/parenting-plan-info/about-parenting-plan>]: «Every component of the Parenting Plan is designed to focus on the child's best interest.»

14 Està ubicat sistemàticament a les que podríem nomenar disposicions generals/preliminars del Llibre II [Cap.I: «Personalitat civil i capacitat»], per fer visible que, com a tal principi, ha de presidir qualsevol qüestió que afecti als menors, i al mateix temps és un pressupòsit per a encarrar-les. Sobre el concepte, Francisco RIVERO, *El interés del menor*, Dykinson, 2000, —obra de referència tretze anys després— ps.54-62; Susana NAVAS NAVARRO, «El bienestar del interés del menor desde una perspectiva comparada», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t.I, 2003, p. 707 (especialment interessant la seva distinció entre «benestar» i «interès» del menor) i José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida: una alternativa exigida por la realidad social», *Indret* 4/2011, p.5 ss. Recentment, Isaac RAVETLLAT, «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n° 22012, pp. 89-108. Vid. també Robert van KRIEKEN, «The 'best interests of the child' and parental separation: on the 'civilizing of parents'», *Modern Law Review*, 2005, n. 68, ps.25-48.

a l'art. 5 Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència.<sup>15</sup> No procedeix aquí analitzar-lo —ja ha ocupat i ocuparà molts estudis, no tant sols jurídics—, sinó reconduir-lo al nostre objecte d'anàlisi. Sabem que l'interès superior del menor és un concepte jurídic indeterminat: un d'aquests conceptes «de valor o d'experiència referits a realitats que inicialment no permeten una major precisió o concreció, però que, traslladades a situacions específiques, a supòsits determinats, la seva aplicació condueix a una solució i no altres».<sup>16</sup> En definitiva, que necessita identificar-se/individualitzar-se en cada supòsit. Ho explicava de manera meridiana —des de la perspectiva judicial— la STSJC 9/2010, de 3 de març:

«Per tractar-se d'un concepte indeterminat i per resultar incapaç la llei per supervisar totes les relacions interpersonals establint pautes uniformes i generals sobre aquest tema, entre nosaltres l'interès superior del menor afectat per un procés judicial haurà de ser precisat cas per cas pels tribunals sobre la base de la informació recaptada sobre aquest tema en el procediment».

Ara bé, en relació —insistim— al nostre objecte d'estudi, existeix un punt de partida per a identificar-lo: els art. 9.3 i 18.1 de la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets dels infants, de 20 de novembre de 1989.<sup>17</sup> Ex art. 9.3, «Els Estats membres han de respectar el dret de l'infant separat d'un dels seus pares o d'ambdós de tenir relacions personals i contacte directe amb tots dos regularment, tret de si això va contra el seu interès primordial»<sup>18</sup> i l'art. 18.1 prescriu que «Els Estats membres han d'esmerçar els seus millors esforços a assegurar el reconeixement del principi que el pare i la mate tenen responsabilitats comunes en l'educació i el desenvolupament de l'infant. Els pares o, si falten, els tutors legals, tenen la responsabilitat primordial de l'educació i el desenvolupament de l'infant. L'ur preocupació fonamental ha de ser l'interès primordial de l'infant». Dels dos preceptes es dedueix que el millor pels menors és la presència activa i afectiva dels dos progenitors en el seu desenvolupament, i que aquests tenen una responsabilitat conjunta respecte dels seus fills. Certament, poden haver-hi supòsits en què al menor no el beneficiï la implicació dels progenitors; en aquest cas, la prevalença del seu interès primordial —i l'avaluació del supòsit concret— comportaran la separació i l'adopció d'altres mesures, però el punt de partida és que el millor pels menors és créixer amb el referent d'ambdós progenitors.<sup>19</sup> Val la

15 DOGC núm. 5641, de 2 de juny de 2010.

16 RIVERO, *El interès del menor*, op.cit., p. 57.

17 Instrument de ratificació del 30 de novembre del 1990 (BOE núm. 313, de 31 de desembre de 1990).

18 És la traducció realitzada pels serveis de la Generalitat: [http://www20.gencat.cat/docs/dasc/03Ambits%20tematics/07Infanciaiadolescencia/Observatori%20drets%20infancia/destacats%20columna%20dreta/Convencio\\_drets\\_infancia.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/dasc/03Ambits%20tematics/07Infanciaiadolescencia/Observatori%20drets%20infancia/destacats%20columna%20dreta/Convencio_drets_infancia.pdf). Ho fem notar, perquè en el text castellà es parla d' «interès superior del niño».

19 Vid. Michael E.LAMB, «Parent-child contact in separating Families», Mavis MACLEAN (ed.), *Parenting after parenting*, Oñati International series in Law and Society, 2007, Hart Publishing, p. 15 ss.; a la mateixa obra, Laura CARDIA-VONECHE-Benoit BASTARD, «Why some Children see their Father and Others do not; Questions Arising from a Pilot Study», ps.



pena reproduir la SAPB (sec 18) de 15 de maig de 2008 que ho identificava de manera inequívoca, en el sentit que hem exposat:<sup>20</sup>

«[e]fectivamente, nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La presencia de ambos progenitores en el proceso de crecimiento de los hijos y la colaboración de los padres en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de su personalidad, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la practica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia».

Per tant, s'ha de partir del que s'ha denominat la «coparentalitat» —com a comunitat de responsabilitats, si be freqüentment es desplaça i identifica amb la custòdia compartida—,<sup>21</sup> o del «principi de coresponsabilitat».<sup>22</sup> Com es va afirmar durant la tramitació parlamentària del Llibre segon: «Es considera que el millor interès pels fills s'aconsegueix mitjançant fórmules de coresponsabilitat entre els progenitors».<sup>23</sup> El CCCat ho visibletza amb el concepte de «responsabilitats parentals», que es desitgen, tant al preàmbul com a l'art. 233-8 CCCat en la mesura del possible, «compartides» [o, art. 233-10.2, de «caràcter conjunt»]

---

29-39. I Francis CATANIA, Jr., «Learning from the Process of Decision: The Parenting Plan», *Brigham Young University Law Review*, 2001, p. 858 ss.

20 Id Cendoj: 08019370182008100291.

21 En dret francès, la coparentalitat es fa visible a partir de la reforma del 2002, lligada a la noció de coresponsabilitat, vid. Jean LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000484/0000.pdf> [un complert Rapport, a partir, justament, de la polèmica sobre les famílies recomposades, o el paper de tercers en la cura...]; però sovint —com avançàvem a text— el terme s'identifica amb la guarda compartida (vid. Fermín ROMERO NAVARRO, «Coparentalidad y género» [http://www.webs.ulpgc.es/ipseds/IPSE-ds\\_Vol\\_2\\_2009/2.%20Coparentalidad.pdf](http://www.webs.ulpgc.es/ipseds/IPSE-ds_Vol_2_2009/2.%20Coparentalidad.pdf)).

22 L'EM llei 15/2005, darrer paràgraf: «Consignientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de coresponsabilidad en el ejercicio de la potestad» (la cursiva és nostra).

23 Ho explicava la consellera Tura en la sessió del parlament en què es van debatre les esmenes a la totalitat (DSPC Sèrie P-75, 4 de març de 2009, p.23) i afegia «i en defecte d'acord entre els pares, o llevat que la custòdia individual sigui més adient, el jutge optarà per la distribució de la custòdia en règim de responsabilitat parental compartida».

Com ja vàrem assenyalar en altres treballs,<sup>24</sup> el concepte de «responsabilitats parentals» del CCCat presenta unes característiques que impedeixen assimilar-lo a les normes europees, significativament els Reglaments 1347/2000 i 2201/2003 del Consell de 27 de novembre del 2003 —que deroga l'anterior—,<sup>25</sup> relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental —o d'altres països del nostre entorn—; tampoc és sinònims dels conceptes de pàtria potestat/potestat parental<sup>26</sup> o custòdia compartida.<sup>27</sup> S'ha de predicar exclusivament dels progenitors, i se situa en un estrat superior a la titularitat de la potestat parental,<sup>28</sup> com avalen tant l'art. 236-1 com l'art.236-6.4 CCCat, en què el progenitor privat de la potestat manté el deure de vetllar pels fills o de procurar-los aliments —en base a la «responsabilitat parental»—. En definitiva, podem establir una certa ordenació: responsabilitats parentals— titularitat de la potestat parental— exercici de la potestat parental i guarda. Aquesta seqüència també s'adverteix al Preàmbul de la llei 25/2010, quan es considera la potestat parental com «un dels elements integrants de les responsabilitats parentals que els progenitors assumeixen com a resultat del vincle de filiació.» [III c) § 29]. I com a tal, també suposa —excepte si conflueixen patologies— que l'exercici de la potestat parental, i el règim de guarda siguin compartits o, en altres paraules, que ambdós progenitors desenvolupin les seves funcions de manera efectiva/real. L'art. 236-8 CCCat ja reconeix l'exercici conjunt de la potestat parental, fet que ens exonera d'altres consideracions. Queda doncs, l'àmbit de la guarda, i la immediata i correlativa discussió

24 LAUROBA, «Ejercicio de la guarda...», *op.cit.*, ps.321-322.

25 Cal esmentar també l'art. 1.2 Conveni de La Haya de 19 d'octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niño, el Conveni de 28 de maig de 1998 —Bruselas II— sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial. L'informe explicatiu d'Alegría BORRAS és prou eloqüent (DOCE, C 221/27, 16.7.1998, n.23). Al seu moment, assenyala Cristina GONZALEZ BEILFUSS, «La responsabilidad parental: delimitación del ámbito material de aplicación del nuevo Reglamento (CE) n° 2201/2003», *Sepin Persona y familia*, n. 44, 2005, p. 24 que «es una noción más amplia que la de patria potestad en el derecho español».

26 Així, a les «Conclusiones sobre las reformas del Derecho de Familia del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación de Abogados de Familia» (celebrado en noviembre del 2005) s'afirmava: «El término «patria potestad», debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento (CE) 2.201/2003.» <http://www.icava.org/secciones/sdf/dfconclusiones.pdf>. És l'accepció que sosté en relació al CCCat Antonio RUBIO, «La potestad parental, la guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos en la ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia», a Vicente PEREZ DAUDI (coord.), *El proceso de familia en el código civil de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2011, p.56: «en consecuencia, parece que el nuevo concepto de «responsabilidad parental» sustituye al de «potestad parental», pero el contenido de ambos es el mismo, tan sólo se trata de un cambio terminológico».

27 Ho feia notar Núria de Gispert de l'esmena a la totalitat del Projecte (DSPC Sèrie P-75, 4 de març 2009, p.24): «Per què posem «responsabilitat parental compartida» i no diem clarament «custòdia compartida?»».

28 En aquest sentit, Dolors VIÑAS MAESTRE, «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda», *Indret* 3/2012, p.8 [ [http://www.indret.com/pdf/910\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/910_es.pdf) ]

sobre la preferència per la guarda compartida o conjunta. És la modalitat que el legislador prefereix, però sense bel·ligerància: amb realisme.<sup>29</sup> Així es desprèn de l'art. 233-8.1 *in fine* «aquestes responsabilitats mantenen el caràcter compartit i, en la mesura que sigui possible, s'han d'exercir conjuntament».

## 2. LA IMPLICACIÓ DELS PROGENITORS. EL SUPORT DE LA MEDIACIÓ PER L'ELABORACIÓ DEL PLA DE PARENTALITAT

La implicació real dels progenitors comporta una relació mínimament cooperativa entre ells, que els permeti gestionar satisfactòriament els aspectes relatius als seus fills l'etapa posterior a la crisi. En altres paraules, els progenitors han de ser capaços d'exercitar efectivament les responsabilitats parentals que els hi pertoquen en el nou escenari. Els principals perjudicis que experimenten els menors es deriven dels conflictes i l'agressivitat entre els seus progenitors, no del divorci en sí mateix<sup>30</sup> —de fet la conflictivitat vigent matrimonial pot ser igualment lesiva—. L'enquistament de posicions d'aquests repercuteix negativament en els fills comuns, víctimes d'una acritud de la qual no només són testimonis, sinó de la que massa sovint se senten responsables.

Tradicionalment, els desencontres s'han dirimit als jutjats: l'autoritat judicial ha decidit respecte de les matèries conflictives, i ha imposat la decisió als progenitors. Això es traduïa, a la pràctica, en una insatisfacció evident per part del progenitor que no aconseguia la seva pretensió, i un èxit —sovint visceral— de qui guanyava aquell round. En definitiva, una dinàmica de vencedors i vençuts —de la que es fa ressò el Preàmbul de la llei 25/2010, però per situar la guarda compartida— que freqüentment era un eslavó més d'una cadena de denúncies i nou episodi d'una escalada del conflicte, amb uns perdedors nats: els menors. Era necessari, doncs, transformar aquest escenari, oxigenar-lo. Una fita va ser l'aprovació, a Gran Bretanya, de la Children Act de 1989. La llei, que eliminava els termes «custodia» i «accés», reemplaçant-los per «residència» i «contacte», emfatitzava el principi de l'interès superior del menor i promovia una política de negociació entre els progenitors, i la no intervenció —en la mesura del possible— dels tribunals.<sup>31</sup> Malgrat tot, la llei no va generar canvis significatius en aquest àmbit i els tribunals van denunciar que els progenitors persistien en la seva incapacitat per atendre l'interès superior dels menors. Per això, el govern anglès va elaborar en el 2004 el Green Paper *Parental separation: Children's Needs and Parents' Responsibilities*, amb

29 Hem qualificat l'opció del Llibre Segon com un «tertium genus», en front de la prevenció del CCespanyol i l'entusiasme d'altres normes autonòmiques (LAUROBA, «Ejercicio de la guarda...», *op.cit.*, p. 318).

30 Irwin SANDLER—Jonathan MILES-Jeffrey COOKSTON-Sanford BRAVER, «Effects of Father and Mother parenting on children's mental health in high- and low-conflict divorces», *Family Court Review*, 2-2008, p.282 ss; també Ron NEFF-Kat COOPER, «Parental conflict resolution. six-, twelve-, and fifteen-month follow-ups of a high-conflict program», *Family Court Review*, vol. 42, n.1, 2004, p. 99 ss.

31 Vanessa MAY—Carol SMART, «The Parenting Contest: Problems of Ongoing Conflict over Children», a Mavis MACLEAN (ed.), *Parenting after parenting*, Oñati International series in Law and Society, 2007, Hart Publishing, p.65. Vid. també Patrick PARKINSON, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge Univ. Press, 2011, p.50 ss.

noves propostes, que al seu torn va possibilitar un document de «Nous passos» —*New steps*—, que contenia, entre d'altres mesures, el compromís del govern d'elaborar Plans de parentalitat i distribuir-los.<sup>32</sup>

Es tractava i es tracta encara de convertir als progenitors en els protagonistes de la gestió de les qüestions que els afecten, tant en relació als seus fills, com respecte —si escau— d'altres aspectes derivats de la fi de la convivència. Com ha afirmat ROCA TRIAS, «los problemas subsiguientes a la separación y divorcio en relación con la guarda y custodia de los hijos menores corresponde resolverlos primordialmente a sus padres».<sup>33</sup> Si ho situem en relació a la situació postconflictual, vol dir que ells han de dissenyar com s'organitzaran a partir d'ara. De fet, és una manifestació més d'un principi rector del dret de família actual, la voluntat d'atorgar la màxima autonomia a les persones, restringint en la mesura del possible la intervenció de les administracions —i els tribunals— a la tuïció dels més dèbils. Ho recalca el Preàmbul Llei 25/2010 [2§3], al situar els principis que presideixen el Llibre segon: «es posa èmfasi en el desenvolupament individual, en la llibertat de l'individu, però també en la seva responsabilitat» i es constata, per exemple, a la regulació dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial (art. 231-20) o en l'elaboració del conveni regulador.<sup>34</sup>

32 El *Green Paper, Parental Separation...* consultable en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060919114614/http://dfes.gov.uk/childrensneeds/docs/DfesChildrensNeeds.pdf>, es va fer públic el 21 de juliol del 2004, i va ser el punt de partida per a la consulta. Aquí es presentava el pla com un mecanisme d'informació privilegiat, p. 21, «[53] One specific form of existing information that has been well-received is the Government's 'Parenting Plan', which is designed to help parents to reach agreement about parenting arrangements. This information is intended for use by parents themselves, sometimes with the assistance of solicitors or mediators. We will develop these and will provide specific examples of contact arrangements which are known to work well for parents in a range of situations. This will show what sort of arrangements might best suit a range of family circumstances. We will include an example featuring domestic violence. // [54] The Parenting Plans will provide templates which parents can use to enable them to reach the best possible arrangements for their child. They will also illustrate to parents how the courts are likely to approach their case if considering an application. Mediators and solicitors will also be able to use this additional information as a guide when advising their clients. It will also help to ensure the child's views are properly considered as arrangements are agreed between the parents». Es van rebre més de 250 respostes i el 18 de gener del 2005, el govern va publicar el document *Parental Separation: Children's Needs and Parents' Responsibilities, Next Steps*, <http://dera.ioe.ac.uk/5206/1/ParentalSeparation.pdf>, en què repetidament feia referència als PlanP: «31. The Government will develop new Parenting Plans - a set of templates which seek to show the sort of contact arrangements that work well for children at different ages and who are living in a range of circumstances. These will be made widely available in solicitors' offices, as well as through advice and mediation services. They will describe, in practical terms, arrangements that are generally beneficial for children. They are intended to be used as practical aids, both by parents themselves and by solicitors, conciliators and mediators, to help parents to reach reasonable agreements» [pág.21]. El PlaP resultant es pot consultar a <http://www.cafcass.gov.uk/PDF/FINAL%20web%20version%20251108.pdf>. Com a iniciativa no governamental, <http://www.justmediation.co.uk/Portals/1/ppeng.pdf>.

33 *Libertad y familia*, Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número por la Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías y contestación del Excmo. Sr. D. Luís Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 2012, p.143.

34 Des d'una altre òptica, però útil per situar *in totum* la situació actual, Jordi RIBOT, «*How much Family Conduct do we need to Regulate through Family Law?*», Mavis MACLEAN-John EEKELAAR (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 276, al preguntar-se What is Family Law for?

El problema subseqüent és que els progenitors han de ser capaços d'establir uns paràmetres —i, en terminologia ara omnipresent, protocols— de funcionament en un moment en què les emocions previsiblement contaminen la seva capacitat de raonament. De fet, fins i tot sovintegen convenis consensuats amb voluntat de cooperació que en el dia a dia, per la seva irrealitat, esdevenen font de nous conflictes —i recordatori dels anteriors—. Per això és bo facilitar als progenitors eines *ad hoc*. Específicament, els PlansP —els quals, recuperant la definició del Preàmbul, permeten als progenitors «organitzar per si mateixos i responsablement» les qüestions referides a la cura dels fills— i la mediació.

S'ha dit, molt encertadament, que la mediació serveix per «diseñar estrategias de ayuda a la negociación de las partes para minimizar los aspectos negativos implícitos en toda ruptura y maximizar los aspectos positivos que se reabren en esta nueva etapa de reorganización de la vida familiar, donde los protagonistas han revelado su incompetencia para llegar por sí mismos a acuerdos duraderos y estables». <sup>35</sup> L'avantatge principal és que dona suport als progenitors sense minvar la seva capacitat de decidir. Són ells mateixos els que dissenyen els acords que ordenen la seva existència posterior, <sup>36</sup> amb el suport d'un professional —imparcial i neutral—. <sup>37</sup> I aquest ho fa allunyant-se de l'estricta —encara que necessària— terminologia jurídica: <sup>38</sup> el llenguatge jurídic el recuperaran després els advocats i —evidentment— el jutge.

A la vista de les seves característiques, sembla evident que la mediació esdevé un mecanisme —i una metodologia— òptim per a elaborar PlansP i les instruccions o els models per confeccionar PlansP en el dret comparat, recurrentment expliciten —o recomanen— l'assistència d'un mediador. Com a exemples, l'esplèndid fullet informatiu/divulgatiu de la *Law Society* de Irlanda, amb l'entenedor títol «Survival Plan for parents in the separation/ divorce process» <sup>39</sup> o la referència al § 2.07 ALI Principles. En el nostre país, també

35 Ana M<sup>a</sup> PEREZ VALLEJO, «Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial», *AC*, sep. 2009, n. 16, p. 1883.

36 Com es detalla a la introducció del document sobre el PlaP que faciliten els Tribunals d'Arizona, <http://www.azcourts.gov/portals/31/parentingTime/PPWguidelines.pdf>, que resum tot el que hem exposat: «Courts prefer that parents reach agreements about parenting time. When parents reach agreements, they are more likely to cooperate as their children grow up. Children do best when their parents cooperate with each other. The reverse is also true. Children who experience ongoing conflict between parents are at high risk for suffering serious long-term emotional problems. If parents need help to work out the schedules, court-sponsored and private mediation services are available in most Arizona counties» (p.5).

37 Com fa notar Felisa M<sup>a</sup> CORVO LOPEZ, «Los hijos menores ante el proceso de mediación familiar», *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol.I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2008, p. 399: «no es lo mismo trabajar poniendo sobre la mesa las necesidades de los hijos para ver cómo pueden cubrirlas los padres que trabajar sobre la idea de quién ejerce la custodia y quién queda relegado de esa función». Per això, sovint una sessió de mediació s'inicia amb la pregunta del mediador sobre com pensen els progenitors continuar cuidant dels seus fills —ID, p. 396 nota 46—.

38 Si bé, afegim, resulta imprescindible que la seva formació hagi incorporat coneixements jurídics.

39 (<http://www.lawsociety.ie/Documents/committees/parentplan.pdf>). Dóna la següent explicació: «When communication between you is difficult, stressful or has broken down it is helpful to work out the detail of a Parenting Plan together with the assistance of a trained Family Mediator. You are helped to manage conflict in a way that protects the best interests of your children. *Your*

s'ha destacat la importància de comptar amb mediadors per dissenyar PlansP òptims.<sup>40</sup> Cal recordar, en darrer lloc, que els acords obtinguts en mediació tenen una ratio de compliment molt superior als obtinguts mitjançant altres mecanismes, com a darrer efecte de la satisfacció de les parts pel seu protagonisme en l'elaboració i adopció.<sup>41</sup>

Si els progenitors, malgrat tot, no es posen d'acord sobre els continguts del PlaP, correspondrà a l'autoritat judicial pronunciar-se, però el legislador encara considera útil el recurs a mediació. Així es desprèn de l'art. 233-6 CCCat, que procura diverses pautes sobre mediació familiar referides als procediments matrimonials, més enllà de la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit de dret privat (en endavant LMADP).<sup>42</sup> L'art. 233-6 afecta l'elaboració del PlaP, des d'una doble perspectiva. En primer lloc, la decisió de l'autoritat judicial d'enviar les parts a mediació resulta especialment indicada en un procés contenciós on s'han presentat dues propostes de PlaP: la mediació és un procediment especialment indicat per elaborar un PlaP que tingui presents les propostes prèvies i atengui als interessos de tots dos: l'acotació del PlaP a l'exercici conjunt de la potestat parental i a la guarda pot permetre acords en aquest àmbit, encara que els progenitors mantinguin els desacord en qüestions patrimonials. I aconseguir un PlaP viable en benefici dels fills comuns pot ser el primer pas per recuperar una comunicació correcta. En segon lloc, la intervenció del mediador es concep com un plus garantidor de la tuïció del menor, i obliga a l'autoritat judicial que discrepa dels acords adoptats en mediació a argumentar-ho. Ex art. 233-6.6 CCCat: «Els acords aconseguits en mediació respecte al règim d'exercici de la responsabilitat parental es consideren adequats per als interessos del menor. La falta d'aprovació per l'autoritat judicial ha de fonamentar-se en criteris d'ordre públic i interès del menor». No cal considerar —com s'ha dit, erròniament— que el precepte suposi una restricció del poder dels jutges. El que s'afirma és que si existeixen acords adoptats en mediació, on el mediador —no ho oblidem—, en actuar «vetlla perquè les parts prenguin llurs pròpies decisions i tinguin la informació

---

*mediator will help you consider how you can keep as much continuity and stability as possible in your children's lives. You will decide together where your children will be living, what you will put in place to ensure that your children have as much contact with each of you as possible and how your children will be financially provided for» (la cursiva és nostra).*

- 40 Rocío LOPEZ SAN LUIS, «La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida», a M<sup>o</sup> del Carmen GARCIA GARNICA, *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009 ps. 401-402. Així mateix, ho ratifiquen les respostes dels experts al qüestionari de mediació familiar, a C. SAEZ RODRIGUEZ, C. (coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, Vid. per últim, Edward KRUK, «Child Custody, Access, and Parental Responsibility: The Search for a Just and Equitable Standard», [http://www.fira.ca/cms/documents/181/April7\\_Kruk.pdf](http://www.fira.ca/cms/documents/181/April7_Kruk.pdf).
- 41 Vid. Anna VALL, «Cap. 7. La mediació en l'àmbit familiar», a *Llibre Blanc de la mediació a Catalunya*, [www.llibreblancmediacio.com](http://www.llibreblancmediacio.com)
- 42 Vid. Isabel TOMAS, «Comentario al artículo 233-6», a Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña, op.cit.*, p.838 ss.; també M<sup>o</sup> Elena LAUROBA, «La mediación familiar en Cataluña», a Núria GINÉS (coord.), *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, JM Bosch, 2011, p.160 ss.

i l'assessorament suficients per a assolir els acords d'una manera lliure i conscient» (art. 13.b) LMADP) i «fa avinent a les parts la necessitat de vetllar per l'interès superior del menor» (art. 13.c) LMADP —que es lliga amb l'art. 19.2 LMADP: «Els acords han de donar prioritat a l'interès superior dels menors i de les persones incapacitades», ha de prevaldre la capacitat autoreguladora/organitzativa de les parts. Si l'autoritat judicial discrepa, té la càrrega d'argumentar-ho, en base a uns índex concrets.

I una observació puntual: s'afirma recurrentment que la mediació és especialment adient si existeix guarda compartida.<sup>43</sup> S'explicita al Preàmbul de la LMADP [§ 5], quan es ressalta la «transcendència d'aquesta [de la mediació] per a l'aprovació de les propostes de la custòdia compartida dels fills, ja que és la garantia que els acords obtinguts són els apropiats i els que protegeixen millor els interessos dels menors». Podem establir una nova cadena de connexions, que parteix de la mediació i el PlaP per aconseguir una execució satisfactòria del règim de guarda conjunta, el qual esdevé la darrera i desitjada manifestació d'aquell actuar de les responsabilitats parentals, que «en la mesura del possible, s'han d'exercir conjuntament» (art. 233-8.1 *in fine*).

#### IV. EL CONTINGUT DEL PLA DE PARENTALITAT

L'art. 233-9 CCCat estableix el contingut del PlaP. Per desenvolupar-lo ens servirem, bàsicament, de la *Guia per elaborar una Proposta de Pla de Parentalitat* i del *Model de Pla de Parentalitat* que va elaborar el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya en compliment de l'esmentada DA 9<sup>a</sup> Llei 25/2010,<sup>44</sup> i que va fer públic el desembre del 2010.

43 Així M<sup>a</sup> D. JUSTICIA DÍAZ, «Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar», a M<sup>a</sup> del Carmen GARCIA GARNICA, *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 407: «con la mediación se accede a acuerdos más equilibrados que protegen sobre la pérdida de contacto con uno de los progenitores o se hacen más probables los de custodia compartida. Además, las parejas que acceden a un proceso de mediación es más probable que mutuamente protejan frente a los hijos la imagen del otro/a progenitor». Ja vàrem assenyalar al respecte (LAUROBA, «La mediación familiar en Cataluña», *op.cit.*, ps.169-170) que «Es un hecho que no debe sorprendernos, si pensamos que entre ambas figuras cabe intuir un relativo paralelismo conceptual —en el ámbito respectivo—. Así, como se recuerda en el Preámbulo de la ley 25/2010, 'la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos' —en alusión a las responsabilidades conjuntas y la guarda compartida— (Pr. III c) § 14), en tanto que de la mediación se destaca su naturaleza win-to win, esto es, su condición de metodología en que todos los participantes ganan —ajena a las coordenadas adversariales—».

44 [https://www.icab.cat/files/242-236774-DOCUMENTO/Guia\\_Model\\_Pla%20de%20parentalitat.desembre%202010.pdf](https://www.icab.cat/files/242-236774-DOCUMENTO/Guia_Model_Pla%20de%20parentalitat.desembre%202010.pdf). S'havia elaborat en el si de l'Observatori de dret Privat de la Generalitat de Catalunya, des de la Direcció general de Dret i Entitats Jurídiques, i havien col·laborat diversos experts en dret de família, procedents de la magistratura, de la pràctica especialitzada en dret de família i de la psicologia. Tant el Model, com la Guia, que es va pretendre menys detallada amb una relació dels aspectes més conflictius a la praxi (perquè les parts els tinguin presents i, si escau, es pronuncii) eren materials de suport, indicatius. Així es va destacar en la seva presentació, i en enviar-los als Col·legis professionals als quals podia afectar. També se'ls va convidar a que elaboressin els seus propis models.

També tindrem repetidament presents les *Recomanacions per a l'elaboració de Plans de Parentalitat*, del Col·legi Oficial de Psicòlegs de Catalunya, que va redactar un grup de treball constituït *ad hoc* i que van difondre's el novembre del 2011,<sup>45</sup> i els nombrosos Models de PlaP que trobem en el dret comparat. Ja hem apuntat que als Estats Units està generalitzat l'ús dels PlaP. Efectivament, s'han implantat de manera progressiva des dels anys setanta del segle XX, gràcies a l'activisme dels tribunals dels diferents estats, que fins i tot han elaborat models de suport (no coercitius).<sup>46</sup> Cal tenir present que progressivament —i paral·lela— l'instrument ha estat recollit a les lleis de família dels diferents estats, que contenen definicions o aspectes del contingut. Aquests models, a més d'orientar als progenitors en l'elaboració del seu PlaP —es volen orientatius, no imperatius—,<sup>47</sup> donen pistes sobre el criteri dels tribunals si han de pronunciar-se al respecte —fet que disminueix a la pràctica la litigiositat—.<sup>48</sup> Als EEUU també sovintegen els models procedents de la iniciativa privada o de les associacions d'advocats dels diferents estats: ho assenyaem perquè l'American Academy of Matrimonial Lawyers (AAML)<sup>49</sup> va elaborar un model que l'Observatori de dret privat tenia molt present en discutir sobre el PlaP.<sup>50</sup> I també s'han tingut en compte els models

45 <http://www.copc.org/Documentos/files/Seccions/GUIA%20DE%20PARENTALITAT.pdf>

46 Vid. [http://family.findlaw.com/child-custody/custody-forms/state-child-custody-forms\(3\).html](http://family.findlaw.com/child-custody/custody-forms/state-child-custody-forms(3).html) (conté una complerta relació de PlaP promoguts pels Tribunals, i també inclou models proposats per col·lectius d'advocats). Volem esmentar, com a exemples útils, la iniciativa dels tribunals de Florida, que es tradueix en un fullet molt entenedor [<http://www.jud14.flcourts.org/CountyPrograms/FamilyLaw/Brochures/Parenting%20Plan%20Brochure.pdf>] —un altre fullet divulgatiu impecable— quasi analitzable en termes de marketing, el faciliten els tribunals d'Oregón <http://courts.oregon.gov/OJD/docs/osca/cpsd/courtimprovement/familylaw/parentingplanenforcement-brochure-2000.pdf>; vid. també les propostes dels tribunals de l'Estat de Nova York, <http://www.courts.state.ny.us/forms/matrimonial/Parenting-Plan-Form.pdf>, de Nebraska [[http://court.nol.org/mediation/pdf/brochures/Parenting\\_Act\\_Info\\_Brochure.pdf](http://court.nol.org/mediation/pdf/brochures/Parenting_Act_Info_Brochure.pdf)] o el succint formulari de Wisconsin [<http://www.wisconsinfathers.org/pp1draft.pdf>].

47 Com es fa notar a la *Arizona's Guide for parents living apart. Planning for Parenting Plan*, <http://www.azcourts.gov/portals/31/parentingTime/PPWguidelines.pdf> «Remember: This Guide: \*IS a tool for parents; \* IS NOT «the law»; \* DOES NOT prohibit or limit parents or judges from creating parenting plans that differ from the sample plans presented here; \* DOES NOT mandate a minimum or maximum amount of parenting time for either parent; and MAY NOT be helpful in all circumstances.

48 *Every Family Matters. An in-depth review of family law in Britain*, A Policy Report by the Family Law Review, dirigit per David Hodson, juliol 2009, <http://www.centreforsocialjustice.org.uk/UserStorage/pdf/Pdf%20reports/CSJEveryFamilyMattersWEB.pdf>, p.151.

49 <http://www.chinnandassociates.com/articles/AAMLModelForParentingPlan.pdf>

50 Cal tenir present —ho hem fent notar en articles anteriors— que, en la bibliografia anglosaxona, sovint es parla de *parental agreements* o s'utilitza la denominació per designar no només el document que incorpora els acords, sinó els propis acords. En altres paraules, algunes crítiques als PlansP a les revistes especialitzades, ho són en realitat al seu contingut: a com es proposa ordenar determinades qüestions, com les pernocses amb el cònjuge no guardador, o la mateixa guarda compartida. Aquesta discussió aquí no ens pertoca.



difosos en altres països, com ara Gran Bretanya, Irlanda del Nord,<sup>51</sup> Irlanda<sup>52</sup> o Austràlia.<sup>53,54</sup>

El format *standard* dels PlansP s'estructura —o es pot ordenar— en tres blocs i una clàusula final de resolució de conflictes. En primer lloc, un bloc introductorí que plasma el reconeixement recíproc que es fan els progenitors per la interlocució respecte dels seus fills. Els altres dos blocs atenen, respectivament, a l'ordenació de la quotidianitat dels menors i a la presa de decisions respecte de les qüestions majors que els afectin. En altres paraules: el que entenem per guarda i a les qüestions referides a l'exercici de la potestat parental.

Els acords que recullen els PlaP es volen concrets —la «concreció» del Preàmbul i del mateix art. 233-9 CCCat—. La concreció no és un tema menor, perquè algunes de les principals objeccions als PlaP —vid. Apartat 8— se centren en aquest aspecte. Es pretén que qualssevol aspectes referits als menors puguin ser tinguts en compte, i que, en la mesura del possible, consti un pronunciament de les parts.<sup>55</sup> Per això es proposen acords sobre la paga setmanal dels menors, les mascotes que poden tenir —i no tenir—, o com atendre-les. També hem trobat l'acord que imposa als progenitors el

- 
- 51 [http://www.nidirect.gov.uk/separation\\_in\\_ni.pdf](http://www.nidirect.gov.uk/separation_in_ni.pdf). Relaciona, des del primer full, mediació i PlaP.
- 52 [http://www.legalaidboard.ie/lab/publishing.nsf/650f3eec0dfb990fca25692100069854/3e2bec517bbf006480257a36003fa54e/\\$FILE/parentplan.pdf](http://www.legalaidboard.ie/lab/publishing.nsf/650f3eec0dfb990fca25692100069854/3e2bec517bbf006480257a36003fa54e/$FILE/parentplan.pdf), [elaborat per la Law Society of Ireland]
- 53 El govern australià facilita un complert dossier <http://www.aifs.gov.au/afrc/docs/pplan.pdf> (de 2005).
- 54 Vid. també el Model publicat a *Sepin, Familia y sucesiones*, núm.100, junio 2012, ps.24-31 amb l'estructura següent: I. Modalitat de custòdia i relacions habituals amb tots dos progenitors, subdividida en dos apartats: Tipus de custòdia més apropiat i Condicions per a l'exercici de la guarda del sol·licitant. II. Forma de realitzar els canvis i distribució de les despeses [malgrat la rúbrica, les despeses són estrictament dels desplaçaments, apartat I)]. III. Comunicacions entre els menors i els progenitors amb els qui no es trobin convivint. IV. Distribució de les responsabilitats de les tasques quotidianes. V. Festivitats especials i celebracions familiars. VI. Viatges de llarga distància i sortides a l'estranger. VII. Presa de decisions. [al meu parer, és una bona manera d'«introduir-se» en l'instrument]
- 55 Isabel MORAN GONZALEZ, «El Ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor», en José Jaime TAPIA PARREÑO (dir.), *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2009, p. 111: «Es importante poner de manifiesto la necesidad de que las estipulaciones del convenio regulador o la sentencia, no sólo sean lo más precisas posibles, sino que comprendan todas aquellas cuestiones, que sin estar expresamente estipuladas legalmente se consideren de importancia en la relación que se va a regular. Esto evitará no sólo que surjan controversias, sino que la ejecución pueda ser más rápida y efectiva. // Se ha constatado en la práctica que a pesar de la importancia por ejemplo de la educación de los menores y la *determinación del centro escolar*, o el *empadronamiento*, por citar dos de ellas, extremos que en un futuro pueden provocar controversias y de importancia ambas para la vida diaria de los menores, no suelen ser estas estipulaciones que los convenios contengan normalmente, ni a las que los padres refieran en los procedimientos. // En cuanto al centro escolar, sería conveniente reforzar los criterios en este punto, sobre el que en el futuro pueden plantearse serias controversias, o bien haciendo constar expresamente la necesidad de acuerdo de ambos padres en el centro, o fijando de antemano al que acudirán». Les cursives són nostres.

compromís de no fumar davant els menors,<sup>56</sup> o fins i tot acords sobre els tipus de càstigs permesos, que en el nostre ordenament jurídic no tindrien cabuda.<sup>57</sup> Sovint, alguns acords tenen connotacions metajurídiques, com el compromís de contribuir a entusiasmar al menor davant la perspectiva del viatge que va a fer amb l'altre progenitor.

## 1. EL PRIMER APARTAT: COMPROMÍS I VISIBILITZACIÓ DE LA INTERLOCUCIÓ RECÍPROCA

Una de les causes bàsiques dels conflictes entre els progenitors després de la ruptura és la desconfiança recíproca, que va lligada, sovint, a la convicció —sobrevinguda o no— que l'altre progenitor no desenvolupa les funcions parentals amb la diligència i l'afecte necessaris. Aquest sentiment —que encaixa a la perfecció amb un sistema de resolució adversarial de conflictes—,<sup>58</sup> dificulta la relació i alimenta els malentesos. La seva superació —o moderació— és, justament, una de les tasques atribuïdes als mediadors. Els PlaP parteixen, en un primer apartat de caràcter preliminar, de la necessitat —en interès dels menors— d'una certa capacitat d'interlocució i d'una certa voluntat de «jugar net». I la visibilitzen. Per això es dedica un bloc als deures d'informació i comunicació entre els progenitors. És un apartat que es troba en pràcticament tots els PlaP consultats —sovint com frontispici—. Es correspon parcialment amb l'art. 233-9.g) CCCat: «la manera de complir el deure de compartir tota la informació sobre l'educació, la salut i el benestar dels fills», però amb el plus —veurem— d'una sòbria «declaració de principis».

Com a contingut *standard* aquí podem trobar, en primer lloc, el compromís de cada progenitor a informar a l'altre de la seva adreça actual, i dels telèfons d'urgència —la garantia d'accés ràpid, si és necessari—; per això de vegades també s'explicita de manera individualitzada la càrrega d'informar, amb la màxima celeritat, dels canvis de domicili [fer real el deure de comunicar el «domicili actual»]. Després, en relació als fills s'adopten els compromisos següents: informar a l'altre dels aspectes que afecten als menors —compromís que sovint es formula en sentit negatiu, com a compromís a no amagar informació relativa

56 Children's Parenting Environment. «We agree to the following special provisions: ( ) (Each parent) or (one parent) agrees not to smoke cigarettes, cigars, or pipes around our children, or allow others to do so» [<http://www.mncourts.gov/documents/Parenting-Agreement-Worksheet.pdf> —Guia que es facilita a Minnesota, l'acord integra el «contingut opcional»— també a <http://www1.extension.umn.edu/family/parents-forever/> —una web molt completa sobre tota la matèria—]

57 AAML Parenting Plan: 12.3 Discipline: Either parent may use reasonable discipline techniques, but the parents shall not use physical discipline // Either parent may use reasonable discipline techniques, with physical discipline as a last resort.// Either parent may use reasonable discipline techniques, including physical discipline.// Other: .....

58 MAY-SMART, «The Parenting Contest: Problems of Ongoing Conflict over Children», *op.cit.*, p.69. Fan notar, amb el suport de rigorosos treballs de camp —basats en el seguiment de progenitors en situacions de crisi—, la impossibilitat dels progenitors de separar la situació dels menors de la seva relació, anterior i present: «Although parents often knew that they 'should' be focusing on their children, they were actually preoccupied with blame and recrimination».

als menors—. Certament, l'art. 236-12 CCCat ja prescriu un deure d'informació, però lligat a l'exercici de la potestat parental individual o distribuït i una novetat respecte del CF diferenciant, a l'apartat 1, entre informació de fets rellevants i informació ordinària —cada tres mesos—. Tot és al servei del progenitor no exercent, i «en la mayoría de los casos permite el acercamiento entre el progenitor no ejerciente de la potestad y los hijos, y el seguimiento y evolución de los mismos».<sup>59</sup> Per tant, és un supòsit acotat, mentre que aquí estem davant d'una implicació més assídua.

Així mateix, en aquest apartat s'inclou l'assumpció recíproca que el progenitor no ha de denigrar la figura de l'altre davant dels menors i el compromís a no utilitzar-los com a missatgers per intercanviar informació, per plantejar qüestions o per proposar canvis en el règim de guarda i de relacions establert. A més, cada progenitor es compromet a facilitar a l'altre l'accés als documents dels fills. Aquest tema, que podria semblar menor, a la pràctica dona lloc a recurrents conflictes. De fet, una de les recomanacions de la IV Trobada d'Advocats de Família va ser l'inclusió al conveni regulador del deure del progenitor custodi de lliurar a l'altre progenitor, quan es relacionava amb els fills, el DNI i/o la targeta sanitària, la cartilla de vacunació —en definitiva, la seva documentació personal—, que aquest hauria de retornar després de l'estada. Quan s'elaboraven el Model i la Guia es va discutir la bondat d'incloure una referència expressa als carnets de socis d'entitats esportives —emblemàticament el del Barça—, perquè a la pràctica proliferaven els desencontres, que arribaven als jutjats...

En definitiva, aquest apartat pretén fer conscients als progenitors de la necessitat de comunicar-se durant el temps de guarda del fill respecte de les qüestions que l'afecten, i afegim, de la necessitat —i conveniència— d'actuar amb bona fe.<sup>60</sup> Fer-los conscients: conscienciar-los. Encara que poden

59 Antoni VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al artículo 236-12», a Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p.1260.

60 La Guia elaborada pel Departament de Justícia dona la següent presentació: [Preliminar. Els deures d'informació i col·laboració entre ambdós progenitors]

\* Els progenitors ACORDEN QUE hauran d'informar-se recíprocament de les seves adreces actuals, així com dels telèfons d'urgència, i hauran de notificar a l'altre qualsevol canvi.

\* Tota la informació relativa al/s fill/s s'haurà d'intercanviar entre els mateixos progenitors, els quals es comprometen a que NO UTILITZARAN el/s fill/s com a missatgers per a intercanviar informació, plantejar qüestions o proposar canvis en el règim de guarda i visites establert.

\* Els progenitors acorden que l'intercanvi d'informació relativa al/s fill/s no s'ha de dur a terme —generalment— en presència d'aquests.

\* Cada progenitor es compromet a informar l'altre sobre els principals aspectes relatius al desenvolupament dels fills, i específicament als aspectes relatius a la educació, la salut i el lleure.

\* Si un progenitor té coneixement de qualsevol malaltia, accident, hospitalització o qualsevol altra circumstància que afecta la salut del fill, s'obliga a comunicarho immediatament a l'altre progenitor.

\* Cada progenitor es compromet a procurar l'accés a l'altre dels documents dels seus fills (escolars, sanitaris i altres rellevants)

Com exemple aliè, el PlaP de la AAML estableix als General Principles -entre d'altres-: [\_] Each parent shall be responsible for getting records and reports directly from school and medical care providers.// [\_] Both parents shall have equal and independent authority to confer with the child/ren's school, day care, medical care providers, and other programs with regard to the child/ren's educational, emotional and social Progress.

semblar declaracions d'intencions —o de principis—, sovint es presenten en el document amb una casella al costat de cada frase, que els progenitors han de marcar, com a prova del seu assentiment. Tenen, per tant, la consideració d'acords.

## 2. LES QÜESTIONS RELATIVES A LA GUARDA

### 2.1. Pla de parentalitat i règim de guarda

El PlaP ha d'elaborar-se amb independència de la modalitat de guarda que s'adopti: s'explicitava al Preàmbul Llei 25/2010 i es desprèn dels arts. 233-8 i 233-10 CCCat. És cert que sembla especialment adequat para la guarda compartida, com a modalitat d'organització aparentment més complexa,<sup>61</sup> però també pot facilitar l'exercici si s'atribueix la guarda a un dels progenitors. Actualment, superat el «règim de visites», és cada cop és més freqüent què el progenitor no guardador gaudeixi d'un «règim de relacions» molt ampli, amb pernòctes intersemanals. Aquesta opció també és una manifestació —encara que, al nostre judici, imperfecta—<sup>62</sup> de l'exercici de les responsabilitats parentals compartides i pot comportar una logística igualment complexa, amb el plus d'intentar evitar «hegemonies fàctiques» i progenitors de diferents categories. Un PlaP adient pot facilitar el dia a dia... I si s'arribés, en el futur, a adoptar la modalitat de la «parentalitat paral·lela», amb equiparació absoluta entre els progenitors, però independència també absoluta en els períodes en què els correspon la guarda, seria igualment necessari<sup>62</sup>.

### 2.2. Els continguts específics

Ja assenyalem en el seu moment que, al nostre judici, els «assumptes relatius a la seva vida diària», en la locució de l'art. 236-14 CCCat, han d'associar-se a l'àmbit de la guarda, això és, a la cura directa, la convivència i el contacte continuat amb el menor.<sup>63</sup> És més, precisament perquè l'exercici en sentit ampli de la potestat, això és, el poder de decisió sobre la vida del fill correspon a tots dos progenitors (art. 236-8 CCCat), l'actuació de la guarda —sobretot si s'atribueix a un progenitor en exclusiva— ha d'entendre's circumscrita a les funcions pròpies de la convivència amb el fill. Dit això, a la pràctica, amb massa freqüència el progenitor guardador ha actuat com si també tingués en exclusiva l'exercici de la potestat, o disposés d'un major poder de decisió.

61 Així ho recordava la STS 8.10.2009, que afirma que, després de la ruptura, la vida dels menors passa per una «una convivència que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». vid. M<sup>a</sup> Elena LAUROBA, «Comentario a la STS 8 de octubre de 2009», *CCJC*, n. 84, sept-dic 2010, p. 1477 ss. I aquesta complexitat no és exclusiva de la guarda compartida...

62 Malgrat opinions en contra, no podem considerar-la, *de facto*, una modalitat equiparable a la guarda conjunta, *vid.* LAUROBA, «Famílias con alto grado de conflictividad...».

63 Ho precisava la diputada del GP català, Mercè Pigem durant el debat de la llei 15/2005, i és una explicació tan clarificadora que l'hem transcrit en pràcticament tots els treballs sobre aquesta matèria [v.gr. LAUROBA, «Ejercicio de la guarda...», *op.cit.*, p.323]. Al parlar de custòdia [guarda] es parla de «on dorm el menor cada dia, a quina hora, de quines pautes quotidianes de cura, d'alimentació, d'higiene, de criteris, etcètera, s'han de tenir».

S'ha arribat a l'extrem, s'afirma, que «el ejercicio de la guarda ha significado un ejercicio encubierto de la potestad, sin capacidad de reacción por parte del progenitor no custodio ante hechos consumados y de difícil rectificación...»;<sup>64</sup> aquestes disfuncions han estat determinants en la reivindicació de la guarda compartida. Els PlaP poden contribuir de manera clara a delimitar els conceptes.

NAVAS NAVARRO —i val la pena esmentar-la aquí— situa el PlaP partint que «es refereix a assumptes que afecten a la vida ordinària del menor», i entén que, en principi, aquí tenen cabuda tots, «és a dir, tots aquells que es refereixen tant a l'esfera persona com a la patrimonial del menor, sempre que tinguin a veure amb la seva “vida diària”».<sup>65</sup> Els identifica recolzant-se en el § 1687 abs 1 BGB —que regula els aspectes de considerable importància sobre els quals els titulars de la potestat parental que viuen separats han de decidir conjuntament—. En canvi, el convivent pot decidir els assumptes de la vida diària, como ara —en exemples dels juristes alemanys— autoritzar una excursió escolar, acudir amb el menor a un espectacle públic; adquirir la roba o decidir quin programa de televisió...

Aquest bloc agrupa els apartats a), b) c) d) i e) de l'art. 233-9 CCCat, és a dir, el lloc on viuran; les tasques de què es responsabilitza cada progenitor amb relació a les activitats quotidianes dels fills [la idea de quotidianitat dels fills és la que ens porta a ubicar-ho en aquest bloc]; la manera de fer els canvis en la guarda, així com el règim d'estades dels fills amb cadascun dels progenitors en períodes de vacances i en dates especialment assenyalades per als fills, per als progenitors o per a llur família.<sup>66</sup> De fet, l'aspecte principal de l'ordenació de la guarda és la fixació raonada dels períodes de convivència dels menors amb els progenitors. Permet, a més, superar el repartiment idèntic de períodes, que molts identifiquen amb l'essència de la guarda compartida, però que —a més de ser una lectura simplista— por obstaculitzar a la pràctica el seu bon funcionament.<sup>67</sup>

64 VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al artículo 236-11», *op.cit.*, p. 1258; Vid. també Antonio de la OLIVA VAZQUEZ, «Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas», a M<sup>a</sup> del Carmen GARCIA GARNICA (dir.), MORILLAS FERNANDEZ-QUESADA PAEZ (coords.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Cizur Menor, 2009, p. 252.

65 Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de derecho de familia*, núm. 54, 2012, p.45.

66 Per exemple, a la Guia s'indica, en relació a les vacances de Nadal [*Proposta de Guia i Model...*, cit., Apartat E p.9]: «En les vacances de Nadal, és adequat anticipar si la distribució afecta a les dates del 25 i 26 —o, segons les característiques de la família, la nit del 24—, de manera que, amb independència de la distribució de les vacances, s'alterni, si escau, aquests dies la convivència amb els progenitors (pot facilitar l'acord els usos familiars fins avui de la ruptura). També es pot acordar el règim de convivència del dia 6 de gener». I reproduïm un aspecte de la proposta de Model, lligat a les celebracions [Apartat 6, p. 17] Durant l'aniversari del/s fill/s, aquest/s estarà/n en companyia del progenitor..... els anys parells i del progenitor..... els anys senars. // Encara que no li correspongui, el dia del seu aniversari cada progenitor podrà tenir el fill/s en la seva companyia durant ..... hores, sempre que informi l'altre progenitor amb, com a mínim, .....dies d'antelació»

67 Vid. Marsha KLINE PRUETT, «All Parenting Plans are not Equal», 33 *Family Advocate*, 2010-2011, ps. 23-26.

El terme «concreció» no imposa, almenys al nostre país, la minuciositat extrema que trobem en alguns PlaP estrangers, sens perjudici dels acords que lliurament estableixin les parts —potser lligats a la seva condició personal o les circumstàncies del seu entorn—. Podem imaginar una clàusula sobre l'ús de la consola, els diners de butxaca, la conducció de ciclomotors o la limitació de la ingestió de *fast-food*, però altres exemples —pintorescs—, queden per a altres latituds. No fa falta una relació detallada d'aspectes relacionats amb la guarda, però sí la reflexió sobre qüestions que poden convertir-se en conflictives, com per exemple —i es va recollir a la *Proposta de Guia i de Model*— què fer si el menor està malalt en el moment de canvi de guarda.<sup>68</sup> Dit això, la noció de concreció suposa l'existència d'una declaració prèvia que conté, *tout court*, el règim de guarda establert. El PlaP concreta una situació que es recolza/anuncia en el conveni regulador o en la decisió judicial. Certament, al consultar els PlansP en altres territoris —significativament americans—, sovint el punt de partida és la fixació de la modalitat de guarda que s'adopta —i fins i tot quina modalitat d'exercici de la potestat—. A la construcció catalana s'ha de fer constar, evidentment, com a pressupòsit pel desenvolupament posterior, però la seu inicial, malgrat el silenci de la llei, seria el conveni/el primer apartat de la sentència. Així es va pensar, i ho avala la mateixa redacció de la *Proposta de Guia i de Model*.

### 3. ELS CONTINGUTS RELACIONATS AMB L'EXERCICI DE LA POTESTAT PARENTAL

Al PlaPa tenen cabuda també aspectes que es corresponen amb l'exercici de la potestat parental. Aquí se situen els apartats g) i h) art. 233-9 CCCat, és a dir, el tipus d'educació i d'activitats extraescolars, formatives i de lleure, i la manera de prendre les decisions relatives al canvi de domicili i a altres qüestions rellevants sobre els fills. Cal tenir present que són de matèries que, per la seva envergadura, fins i tot en cas d'exercici individual de la potestat, requereixen el consentiment exprés o tàcit de l'altre progenitor: així, l'art. 236-11.6 CCCat al·ludeix al «tipus d'ensenyament dels fills, per canviar el seu domicili si això els aparta del seu entorn habitual i per realitzar actes d'administració extraordinària dels seus béns», com a supòsits en què el progenitor que exerceix la potestat, necessita el consentiment de l'altre. A l'art. 233-9 h) el que cal situar és el mecanisme, la manera de prendre les decisions principals, el que podria conduir-nos al supòsit de l'art. 236-9 CCCat.

### 4. LA CLÀUSULA DE TANCAMENT: LA SUBJECCIÓ A MEDIACIÓ PER A LA INTERPRETACIÓ I L'EXECUCIÓ DEL PLA DE PARENTALITAT

El 233-9.3 CCCat contempla la possibilitat d'incorporar, en el PlaP, el compromís dels progenitors de dirimir les seves controvèrsies sobre la guarda

<sup>68</sup> A l'apartat dels canvis de guarda [*Proposta de Guia i Model...*, cit., Apartat C, p. 7], es feia notar: «És adient ACORDAR una solució alternativa quan el menor està malalt, i no sembla el més beneficiós pel seu interès traslladar-ho de l'habitatge on es troba. // \* Fixar, per exemple, la possibilitat de relacionar-se amb ell durant la malaltia, i com...»

mitjançant la mediació . Aquesta és una clàusula que contenen nombrosos PlaP consultats,<sup>69</sup> amb el referent, a més, dels ALI Principles [§2.5 (5) (c)]. Una vegada més, la referència explícita es funda en la provada eficàcia de la mediació per a la gestió satisfactòria dels conflictes entre progenitors i la voluntat de responsabilitzar-los. També en la rapidesa d'aquest mecanisme de resolució de conflictes, especialment adient per conflictes relacionats amb qüestions de guarda, o en decisions puntuals.

## 5. PREVISIÓ DE LES DIFERENTS ETAPES DE LA VIDA DEL MENOR

L'apartat final de l'art. 233-9 assenyalava que els PlaP poden preveure «la conveniència de modificar el contingut per adaptar-ho a les necessitats de les diferents etapes de la vida dels fills». D'altra banda, la DA 9<sup>a</sup> confia al Departament de Justícia l'elaboració de Models de PlaP «atenent a les diferents etapes de la vida dels menors». En puritat, són dues prescripcions diferents, malgrat ser complementàries, que han donat lloc a una única *Proposta de Guia i de Model...* Si de l'art. 233-9 CCCat es deriva la possibilitat d'anticipar el futur, el mandat de la DA 9<sup>a</sup> podria fer pensar en una pluralitat de PlansP, adaptats cadascun a l'edat dels menors. Aquesta era, però, una tasca massa complexa en el seu moment, i amb les recomanacions lligades a l'edat dels fills ja es poden situar adientment les matèries.

S'ha fet notar, amb lucidesa, que quan un PlaP es configura de manera que és virtualment inamovible des de la infància fins al final de l'adolescència d'un menor, no pot tenir en compte de manera satisfactòria les seves necessitats, desitjos o preocupacions.<sup>70</sup> L'organització quotidiana de la vida dels menors varia substancialment al llarg dels anys. Per això, nombrosos Models de PlaP incorporen propostes diferents en atenció a les franges d'edat. De fet, des de la

69 Com a exemples, Parenting Plan Agreement de la Third Judicial District Court d'Idaho [ <http://www.the3rdjudicialdistrict.com/ppagreement.htm> ]: «16. Disputes. If one of us does not follow a part of this Plan, we understand the other parent's obligations under the Plan are not affected. When we cannot agree on the meaning of some part of this agreement or if a big change (such as a move or remarriage) causes conflict, we shall make a good faith effort to resolve our differences through mediation before returning to court for relief»; PlaP AAML [18. Disputes] If the parents are unable to reach an agreement on an important issue about the child/ren after discussing it with the other parent, either parent may initiate dispute resolution by:  
 Arranging for the parents to meet with a counselor to discuss and try and reach agreement.  
 Arranging for the parents to meet with a mediator to try and reach an agreement.  
 Notification of a desire to institute dispute resolution processes shall be made in writing  
 by certified mail  other: \_\_\_\_\_  
 The parents shall share the cost of the mediation or counseling service equally  other: \_\_\_\_\_  
 If the dispute cannot be resolved within \_\_\_\_ days, either parent may initiate legal action to seek judicial resolution....

70 John N.HARTSON, «Children with two homes: Creating Developmentally Appropriate Parenting Plans for children ages Zero to Two», *American Journal of Family Law*, 23-4, 2010, ps. 191-199, en concret p.191.

consciència de la pluralitat de situacions, alguns models de PlaP incorporen no només franges d'edat, sinó que per a cada franja simulen diferents situacions.<sup>71</sup>

En les seves *Recomanacions...* el Col·legi de Psicòlegs diferencia quatre franges: entre 0 i 3 anys, la primera i la segona infància i l'adolescència. Es tradueixen, bàsicament, en l'extensió i rotació de les estades amb cada progenitor. Entre 0-3 anys, atès que els infants no tenen suficient capacitat de comprensió de la situació, ni domini dels paràmetres espaciotemporals per entendre i tolerar llargs espais de temps sense contacte amb un dels seus progenitors, «es recomana, de manera genèrica i atenent sempre a la singularitat de cada cas, contactes freqüents amb el progenitor no guardador principal i períodes no gaire llargs si existeix guarda compartida». A la primera infància ja estan adquirint les coordenades espaciotemporals, «la qual cosa permet plantejar períodes més amplis en la modalitat de guarda que es valori més beneficiosa». Ara be, malgrat aquesta consciència que permet períodes més llargs sense contacte amb l'altre progenitor, en relació amb la segona infància, «es recomana que, en situacions estàndard i sempre que es valori beneficiós, s'inclouï almenys algun tipus de contacte durant la setmana quan el sistema no és de guarda compartida». Per últim, el fet que es destaca en relació als menors adolescents, és «tenir en compte la seva situació personal, arguments i opinions a l'hora d'establir la relació amb cadascun dels seus progenitors, ja que cada vegada són més autònoms en l'organització i estructuració de la seva vida i comença a prendre molta importància la seva vida social i rutines personals».

Per tant, aquestes indicacions serveixen per organitzar el règim de guarda en funció de l'edat dels fills en el moment de la ruptura. Però també poden servir, mitjançant la incorporació de clàusules flexibles o d'indicadors orientatius, per ordenar l'evolució del règim de guarda a mesura que els menors creixin. Literalment, l'art. 233-9.3 CCCat sembla que no implica necessàriament continguts, només el reconeixement de la conveniència de revisar-ho, però aquesta és una interpretació insuficient insatisfactòria, a l'efecte de respectar la responsabilitat dels progenitors i d'eludir el pronunciament dels tribunals.

## V. LA PRESENTACIÓ FORMAL DELS PLANS DE PARENTALITAT

Existeixen diferents formats de PlaP. Bàsicament podem dividir-los en dos tipus: els PlaP que adopten un sistema d'elecció múltiple o *multiple choice*, mitjançant l'escarida marca (X) en la casella pertinent (això és, s'enuncia

71 Per la distinció per franges en el dret comparat, vid. LAUROBA, «Los Planes de Parentalidad...», *op.cit.* Allà recordàvem el PlaP proposat pels tribunals de Massachusetts, especialment detallat. Aquest document identifica les següents etapes en la vida dels menors: 1) del naixement als nou mesos («infant»); 2) de nou a divuit mesos («baby»); 3) de divuit a trenta-sis mesos («toddler»); 4) de tres a cinc anys («pre-School»); 5) de sis a nou anys («early school»); c) de deu a dotze anys («late school age»); 7) de tretze a quinze anys («early adolescents»); 8) de setze a divuit («late adolescents»). Com altre exemple, el PlaP proposat a Arizona, <http://www.azcourts.gov/portals/31/parentingTime/PPWguidelines.pdf> [Child Development and Suggested Parenting Plans] Neixement— 2 anys; 2 a 3 anys; 3 a 5 anys; 6 a 9 anys; 10 a 12 anys; Teenagers (13 a 18 anys).



un concepte, i es proposen diverses solucions, de les quals han d'escollir una, deixant en ocasions com a última opció un espai en blanc, indicat —per exemple— amb punts suspensius perquè les emplenin els subjectes si cap de les anteriors opcions s'adequa als seus interessos)<sup>72</sup> i els PlaP que enumeren una sèrie de qüestions i deixen un espai en blanc perquè les parts es pronunciïn, els adoptin a partir de la seva pròpia redacció.<sup>73</sup> En tots dos casos és una garantia que contenen tots els aspectes que afectaran als actors en el futur (aquesta idea, repetida, de checklist). Els Planes són obligatoris i han de comptar amb algun tipus de validació judicial, en el marc del procés de dissolució. Freqüentment se subratlla que, després de la seva elaboració, les parts han de remetre'ls als advocats, perquè els facin arribar al jutge. Però ells no han de manipular-los.

A la pràctica, existeixen alguns PlaP que incorporen un apartat en què els progenitors omplen un calendari, o elaboren un cronograma, amb les activitats que han desenvolupat l'any anterior amb els seus fills, o una exposició relativament detallada de la seva dedicació a la família i fins i tot de la seva quotidianitat laboral. És un aspecte que contempen els ALI Principles i congruent amb el criteri que atorga especial rellevància per atribuir la guarda.

## VI. EL PLA DE PARENTALITAT COM A EINA ESPECIALMENT INDICADA PER LES FAMÍLIES D'ALTA CONFLICTIVITAT

En alguns països s'han fet estudis específics sobre les anomenades famílies amb alt grau de conflictivitat,<sup>74</sup> un cop constatat que un 10% de les famílies cospa el 90 % dels litigis als tribunals així com els greus perjudicis que es generen pels fills. Entre les mesures proposades o adoptades —algunes tan interessants i llunyanes de les nostres coordenades com els programes d'educació parental—,<sup>75</sup> es defensa l'adopció de PlaP força detallats, amb

72 [http://singleparents.about.com/od/successfulcoparenting/ss/parenting\\_plan\\_2.htm](http://singleparents.about.com/od/successfulcoparenting/ss/parenting_plan_2.htm); <http://www.family-mediation-london.org.uk/downloads/Parenting-Plan-Form-v1.1-Family-Mediation-London.pdf> [una iniciativa privada].

73 Per ex, <http://www.justmediation.co.uk/Portals/1/ppeng.pdf>; <http://www.kscourts.org/dstcts/4plan.pdf> [Parenting Plan de los Tribunales de Kansas]. També es troben PlaP «híbrids», com ara el dels Tribunals de Colorado [<http://www.courts.state.co.us/Forms/renderForm.cfm?Form=328>] o de New Hampshire, que combinen caselles i espais per redactar ...

74 Vid. M<sup>a</sup> Elena LAUROBA, «Familias con alto grado de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores», *Sepin. Familia y sucesiones* (d'aparició el 2n trimestre 2013). Sobre l'interès de les institucions, més enllà de la bibliografia esmentada a l'article, vid. l'Informe que va encarregar el Govern canadenc en el 2004, *High-Conflict Separation and Divorce: Options for Consideration*, <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/rep-rap/2004/20041/pdf/20041.pdf> [elaborat per Glenn A.GILMOUR].

75 Vid. LAUROBA, «Familias con alto grado de conflictividad...», *op.cit.* I com article especialment útil, perquè conté un quadre comparatiu dels diferents programes, Susan L. POLLET —Melissa LOMBREGLIA, «A Nationwide survey of mandatory parent education», *Family Court Review*, vol. 46 n.2, 2008, p. 375 ss.

una delimitació concreta de les tasques que corresponen a cada progenitor. Es constata, a la praxis, en els models específics que s'ofereixen.<sup>76</sup> D'altra banda, s'està estenent el recurs a la figura del coordinador parental, que és una institució tipificada com a ADR, especialment adreçada als supòsits més conflictius, i dotada amb capacitat decisòria. Cal esmentar-la aquí perquè una de les seves funcions més rellevants és, justament, vetllar per la bona aplicació i ordenació del PlaP.<sup>77</sup>

## VII. ALGUNS SERRELLS PROCESSALS

El caràcter nou del PlaP ha generat dubtes de caràcter processal. El primer, que és gairebé un pressupòsit, és com s'ha d'incorporar al conveni regulador, atesa la redacció de l'art. 233-2.2 a) CCCat, o en altres paraules, com encaixa en l'expedient. Després de dos anys d'aplicació de la norma, diversos magistrats –i altres especialistes en dret de família– han qüestionat públicament que es lligui de tal manera al conveni regulador, que hagi de reproduir-se íntegrament, incrementant de manera innecessària l'extensió de la decisió judicial. Imaginem un exemple deliberadament exagerat: pot ser útil –en termes de decisió anticipatòria pacificadora– que els pares acordin que el dia de l'aniversari de la besàvia paterna el menor adolescent podrà sopar amb ella, amb independència de qui ostenti la guarda aquesta setmana, però, cal que aquest acord es transcrigui a la resolució? Dit això, tampoc poden excloure's del conveni tots els aspectes referits a la guarda i l'exercici de la potestat parental dels fills. Per això abans situàvem el terme «concreció», referit als acords, com el desenvolupament d'uns pronunciaments nuclears –el primer, la modalitat de la guarda– que han de constar en el conveni o en la decisió judicial, amb la remissió al corresponent document adjunt.

76 Vid. <http://www.parentingafterdivorce.com/articles/highconflict.html>. En el Apéndice A se reproduce el Plan P de Idaho, «Protecting Children of High-Conflict Divorce», p.117 [[http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/rep-rap/2004/2004\\_1/pdf/2004\\_1.pdf](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/rep-rap/2004/2004_1/pdf/2004_1.pdf)]. Com a altre exemple, el «Manual» de los Tribunales de Alberta, p.37 ss., [<http://www.albertacourts.ab.ca/cs/familyjustice/CTS0907.pdf>].

77 Vid. *Guidelines for Parenting Coordination*, presentada per l'Association of Family and Conciliation Courts (AFCC) el 2005, <http://www.afccnet.org/Portals/0/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf>. Com a bibliografia útil, Christine A. COATES-Robin DEUTSCH-Hugh STARNES-Matthew J. SULLIVAN-BeaLisa SYDLIK, «Parenting Coordination for High-conflict Families», *Family Court Review*, vol. 41, 2003, p.1 ss. [<http://www.californiaparentingcoordinator.com/wp-content/uploads/2008/02/fcr-404.pdf>]; Michelle MITCHAM-SMITH – Wilma J. HENRY, «High-Conflict Divorce Solutions: Parenting Coordination as an Innovative Co-Parenting Intervention», *The Family Journal* 2007, 15, p. 368 y ss. i Linda FIELDSTONE– Debra K. CARTER– Timothy KING– James P. McHALE, «Training, Skills, and Practices of Parenting Coordinators: Florida Statewide Study», *Family Court Review*, 2011, n.4, p. 801 ss. Com a supòsit «límit» –de moment no exportable al nostre país–, Peter G. JAFFE– Janet R. JOHNSTON– Claire V. CROOKS– Nicholas BALA, «Custody disputes involving allegations of domestic violence: toward a differentiated approach to Parenting plans», *Family Court Review*, v. 46, núm 3, 2008, p. 500 ss.

També cal plantejar-se si una demanda que no incorpora proposta de PlaP pot ser inadmesa.<sup>78</sup> L'art. 233-2.2 a) CCCat és clar, i preceptiu, malgrat que la LEC no l'esmenti. A més, el jutge ha de tenir-lo en compte per determinar el règim de guarda (art. 233-11.1 CCCat), per tant no sembla obvia. Ara bé, es proposa subsanar l'omissió, mitjançant el recurs a l'art. 231 LEC. Lligada a aquesta qüestió, cal també plantejar-se l'abast del PlaP, és a dir, si ha d'incorporar necessàriament tots els continguts de l'art. 233-9 CCCat. Sembla que aleshores correspondrà al jutge pronunciar-se (amb un nivell de concreció inferior), però si el PlaP es pretén un instrument per facilitar l'ordenació i no un obstacle, caldria interpretar-ho —i ens consta que així s'està fent— amb la deguda flexibilitat.

Per últim, cal preguntar-se si totes les modificacions que sobrevingudament els progenitors incorporin al PlaP han de sotmetre's a l'autoritat judicial. De nou la singularitat de cada supòsit serà el primer índex d'avaluació, però davant de modificacions d'envergadura, malgrat l'acord de les parts, aquest sembla el mecanisme necessari.<sup>79</sup> La intervenció d'un mediador durant l'adopció dels nous acords —i pensem en l'art. 233-6.6 CCCat— podria evitar la «validació» immediata dels tribunals, que només s'assabentarien en cas de conflicte. Podem acceptar les objeccions —tot recordant el que hem dit *supra* en relació a aquest precepte—, però aquesta pot ser una via en el futur, en ares a la desjudicialització dels avatars de l'exercici de les responsabilitats parentals

## VIII. LES OBJECCIONS PRINCIPALS A L'EXIGÈNCIA DEL PLA DE PARENTALITAT

La incorporació del PlaP al Llibre segon ha tingut detractors i escèptics. Començarem per fer-nos ressò de les crítiques lligades a l'exigència de concreció, contestada des de tres perspectives. En primer lloc, s'ha considerat que és més adient establir acords genèrics, que es vagin concretant al llarg del temps, que no detenir-se en detalls «excessius», minúcies...<sup>80</sup> i s'afirma que,

78 Vid. l'aportació de M<sup>a</sup> Antònia GOMEZ MAESTRE, en aquest mateix llibre.

79 Entre d'altres, la informació que subministren els Tribunals de Colorado, [<http://www.courts.state.co.us/Forms/renderForm.cfm?Form=328>], «Minor changes may be made at any time if both parties agree to the changes. A written agreement to modify child support, the primary caretaking party, or other substantial changes to the parenting plan should be filed with the Court along with a proposed order for the Court to approve the modification».

80 Es qüestiona l'atenció a «minúcies»; així, Antonio RUBIO, «La potestad parental, la guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos en la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia», a Vicente PEREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el código civil de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 65, «En primer lugar, debemos ser críticos en el sentido de que el legislador ha mostrado una preocupación del todo innecesaria en pretender regular quién llevará a los hijos al colegio por la mañana o a la piscina, si el hijo puede o no ir al cine con sus amigos los domingos, si los progenitores se han de cruzar correos electrónicos para hacerse saber cómo va el hijo en el colegio cuando cada uno de ellos lo tiene consigo, etc;». Podem estar d'acord amb l'autor en que algunes prescripcions poden no ser necessàries, però, per exemple, no ens sembla menor el compromís d'informar sobre els col·legis...

fins i tot, els PlansP poden abocar, amb facilitat, en divorcis contenciosos, perquè els progenitors no són, a la pràctica, capaços d'ordenar la relació. La rèplica, aquí, és fàcil: està constatat que els acords genèrics, considerats com un mèrit per a la concòrdia, es concreten amb posterioritat en els tribunals. Els acords generals poc determinats, laxos, posen enganyosament els problemes, i per tant indirectament perjudiquen als cònjuges en crisi. Espanya és un dels països europeus —si no el que més— amb major nombre de procediments jurisdiccionals relacionats amb l'execució i interpretació de les mesures definitives. També s'ha dit que l'exigència de concreció esdevé una ingerència injustificada en l'esfera dels progenitors.<sup>81</sup> Però el PlaP no imposa comportaments als progenitors en relació a determinades situacions o matèries, només les identifica, perquè siguin conscients de sobre què han de pronunciar-se en benefici del futur dels fills comuns. Per això, titllar l'exigència de PlaP d'intervencionisme no ens sembla ajustat. Per últim, s'ha dit que l'exigència d'acords concrets és innecessària, perquè progressivament s'incrementen les propostes de conveni regulador —i les resolucions judicials— que ja preveuen les qüestions relatives a la guarda dels fills menors amb detall (estades amb cada progenitor, ordenació de les vacances, activitats...). No obstant això, durant el procés d'elaboració del Llibre segon CCCat els especialistes consultats destacaven que encara proliferaven prescripcions genèriques que previsiblement donarien lloc a costosos i evitables procediments d'execució.

Des d'una altra perspectiva, s'ha apuntat que PlaP és aliè a la nostra cultura jurídica, i la seva importació acrítica fa grinyolar la manera de gestionar els conflictes familiars. Certament, és un mecanisme que sorgeix i s'ha desenvolupat bàsicament a Estats Units i en altres països de parla anglesa però en aquests moments supera aquestes coordenades geogràfiques, a la vista de la seva utilitat. Avui, també en alguns estats europeus s'està estudiant l'adopció dels PlansP. Als Països Baixos, des de l'1 de març de 2009, la Llei de procediment civil holandesa preveu la formalització d'un PlaP en cas de divorci o de dissolució de parella registrada —si bé amb un abast superior, ja que també integra aspectes econòmics—. Per facilitar el seu exercici, el Comitè de Justícia Gratuïta del Ministeri de Justícia holandès, amb la col·laboració destacada de la Universitat de Tilburg, ha elaborat una guia informatitzada de gestió de conflictes que pretén fomentar la mediació en les crisis de parella, i que permet que els progenitors dissenyin un pla a mida. Val la pena ressaltar la implicació dels mediadors per millorar el procés.<sup>82</sup> També a Itàlia, amb ocasió de la reforma del 2006, es va debatre la utilitat del que s'anomenava «projecte educatiu comú».<sup>83</sup> Per últim, com a iniciativa més propera, el GP Popular va presentar una esmena durant la tramitació de la llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el CC i la LEC en matèria de separació i divorci a

81 Vid. BARRADA, «El Plan de Parentalidad», *op.cit.*, p. 732.

82 Un estudi recent a partir d'enquestes a usuaris del servei desvetlla un nivell de satisfacció molt elevat (Martin GRAMATIKOV-Laura KLAMING, «Getting divorced online: procedural and outcome justice in online divorce mediation», *Journal of Law and Family Studies*, vol.14, 2012, p. 97 ss.)

83 Així constava en el projecte, però va caure de l'articulat definitiu. Vid. Bruno de FILIPPIS, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Cedam, Milan, 2011, p. 48.

l'art. 82.2 CC, que ho incorporava, encara que sense més precisions.<sup>84</sup> I és que, més enllà de territoris o sistemes jurídics, la problemàtica de les famílies en la societat global i els valors subjacents són equiparables.

Hi ha una crítica, relativament recent, que volem esmentar. NAVAS NAVARRO ha criticat «la més que possible, en la pràctica, estandardització, de manera que s'acaben elaborant formularis amb clàusules *standard* que subscriuen els pares...».<sup>85</sup> Aquesta observació, més que una crítica de l'instrument *per se*, és una alerta davant un ús imperfecte. No compartim aquest temor, doncs els PlaP parteixen, en les seves propostes, de la diversitat —com a exemple, el PlaP que contempla el supòsit en què un dels progenitors és militar i és destinat a un altre país—. <sup>86</sup> Els PlaP es justifiquen en la singularitat de cada família, i aquest és un principi que presideix la normativa catalana i que —creiem— comparteixen els operadors que l'apliquen.

## IX. UNA DARRERA EMPENTA

Les objeccions són comprensibles, més quan es tracta d'incorporar eines que no s'han utilitzat abans. Familiaritzar-se amb noves maneres de fer té un cost en termes de formació i de temps. Però la conflictivitat en el període que s'inicia després de la crisi de parella és una realitat no controvertida, i l'efecte principal que genera (els perjudicis als menors), també. Els PlaP són únicament una eina més per superar les dialèctiques adversarials que contaminen l'exercici de les potestats respectives i qüestionen el concepte mateix de responsabilitat parental conjunta. I com a eina eficient, cal fer l'esforç de pedagogia necessari. La web d'un despatx d'advocats presentava el Pla de Parentalitat de la següent manera: «Un bon pla de parentalitat és la millor pòlissa d'assegurances que pot subscriure una parella perquè la seva ruptura no esdevingui la ruptura de la família». És una bona síntesi de tot l'explicitat fins aquí.

84 Enmienda núm. 21, de modificación (BOCG, Senado, VIII Leg., Serie II, 26 de mayo de 2005). El text proposat deia: «En caso de que existan hijos menores, a la demanda se acompañará el Plan de Responsabilidad Parental aprobado tras la mediación familiar o, si no se ha logrado un acuerdo, el informe de la mediación familiar que versará sobre la evolución de la negociación y de las causas detalladas que han impedido el acuerdo sobre el Plan de Responsabilidad Parental, así como el posicionamiento de ambos cónyuges en la negociación». Ho va fer notar, considerant-lo una bona iniciativa, Ana I. BERROCAL LANZAROT, «Custodia compartida: una alternativa legal en los futuros procesos de separación y divorcio», a Carlos LASARTE (ed.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, p. 708.

85 Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de derecho de familia*, núm. 54, 2012, p. 44.

86 Per exemple, en el material facilitat pels tribunals d'Arizona [<http://www.azcourts.gov/portals/31/parentingTime/PPWguidelines.pdf>] se singularitzen, entre d'altres, aquests supòsits [Special Issues, p.56 ss.] Absent Parent Reunification; Blended (Step) Families; Breast-Feeding; Children Who Don't Want to Spend Time with a Parent; Contact with an Incarcerated Parent; High Conflict; Military; Never Married; Third-Party Involvement.



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

MERCÈ CASO SEÑAL  
Magistrada del Jutjat núm. 19 de Barcelona

I. INTRODUCCIÓ. 1. El Pla de Parentalitat. 2. Els aliments als fills. 3. L'execució.  
II. EL PLA DE PARENTALITAT. III. ELS ALIMENTS ALS FILLS. IV. L'EXECUCIÓ.

## I. INTRODUCCIÓ

L'objecte d'una taula rodona és debatre aspectes problemàtics que ha portat l'aplicació pràctica de la llei 25/2010 de 29 de juliol per la que s'aprova el Llibre II del Codi Civil de Catalunya en relació a tres temes molt concrets: el Pla de parentalitat, els aliments en interès dels fills i el problema en execució de les mesures definitives. Ens hem plantejat un seguit de preguntes

### 1. EL PLA DE PARENTALITAT

- El pla de parentalitat, ha de redactar-se en un document annex o bé pot inserir-se al conveni o en els fonaments de fet de la demanda?
- Cal aportar el pla en els procediments dirigits a regular els efectes del trencament de les parelles estables? I en els procediments de modificació d'efectes? I si es demanen mesures prèvies a la demanda o mesures urgents de protecció de menors -art 236-3-?
- Exercici de la responsabilitat parental és sinònim d'exercici de la potestat parental?
- Si la distribució de temps d'estada dels menors entre tots dos progenitors no dóna dos blocs equivalents; podem emprar el terme guarda compartida?
- El contingut del pla de l'article 233-9 és contingut mínim obligatori o pel contrari pot obviar algun extrem?
- Si la demanda no incorpora el pla de parentalitat; què ha de fer el/la secretari del jutjat: no admetre la demanda (artº 269.2 Llec) o admetre-la i demanar subsanació de defectes (artº 231 Llec)
- I quina és la resposta processal si la contesta no incorpora el pla: inadmetre la contesta i entendre que s'oposa tàcitament a la demanda, o admetre-la i demanar subsanació?
- És la vista del procés principal el lloc adequat per a discutir assumptes del pla de parentalitat com el tipus d'ensenyament? el jutge s'ha de pronunciar en la sentència? és susceptible de recurs d'apel·lació?

## 2. ELS ALIMENTS ALS FILLS

- Cal ponderar el temps de permanència dels menors amb cadascun dels progenitors i les despeses que cadascun d'ells hagi assumit pagar directament (art<sup>o</sup> 233-10.3) així com la cessió de l'habitatge si aquest pertany en tot o en part com a contribució en espècie (art<sup>o</sup> 233-20.7); però aquest càlcul com es concreta?
- Es pot pactar en el conveni el pagament dels aliments mitjançant la donació d'un patrimoni immobiliari? no xoca aquest pacte amb allò establert a l'article 237-10?
- El Codi civil català regula les causes d'extinció de l'obligació de prestar aliments (art. 237-13); però pot admetre's una suspensió de l'obligació quan la situació de necessitat estigui temporalment coberta?
- Es regula com a causa d'extinció, les causes de desheretament de l'article 451-17; es podria aplicar el supòsit e) —absència manifesta i continuada de relació familiar imputable exclusivament al legitimari— als casos d'interferència parental greu?

## 3. L'EXECUCIÓ

- Les sentències dictades al empara del CF poden ser revisades en relació a la guarda dels fills de conformitat al paràgraf tercer; però si no s'ha produït cap modificació substancial o la nova proposta no millora la situació dels fills i es desestima la demanda; podem imposar-se les costes processals?
- Les sentències que van atorgar l'atribució de l'ús de l'habitatge en funció de la guarda dels fills en el règim anterior no s'extingien quan aquests arribaven a la majoritat si seguien sent dependents per aplicació de la jurisprudència del TSJC. La regulació actual ha canviat. Pot demanar-se en execució l'extinció de l'ús d'aquelles sentències? pot iniciar-se un procediment de modificació en aquesta direcció?
- L'article 233-23.2 preveu que els tributs de meritació anual en relació l'habitatge són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús. Aquesta regulació modifica la regulació tributària. Si en un procediment anterior al CCC, no s'ha dit res sobre l'IBI; pot el copropietari no usuari en execució demanar que pagui la totalitat l'altre? podria oposar aquest argument a l'administració recaptadora?
- L'article 233-24 regula l'extinció del dret d'ús i preveu la possibilitat del titular de demanar en execució la possessió; té aquesta possibilitat també el copropietari?

## II. EL PLA DE PARENTALITAT

Important innovació del Codi civil català però que ha generat plantejaments i dubtes diversos:



### **El pla de parentalitat, ha de redactar-se en un document annex o bé pot inserir-se al conveni o en els fonaments de fet de la demanda?**

En relació als procediments consensuals, l'article 233-2 .2 del nou Codi Civil de Catalunya diu: «Si els cònjuges tenen fills comuns que estan sota llur potestat, el conveni regulador ha de contenir: a) un pla de parentalitat, d'acord amb el que estableix l'article 233.9». El pla de parentalitat ha de formar part del conveni. Ara bé, formalment també s'accepta en la pràctica dels jutjats que s'incorpori com un annex. En aquests casos cal parar atenció i garantir que en la ratificació de les parts quedi ben clar que la seva conformitat arriba també al pla i que la sentència posterior també l'inclou. Si no fos així quedarien fora aspectes tan rellevants com el règim de guarda i d'estades dels menors i el mode d'exercir la potestat.

En relació als procediments contenciosos, tot i que al principi d'entrar en vigor la llei es va discutir si en aquests casos també calia aportar el pla, només cal anar al preàmbul de la llei per tenir clara la resposta. Així es diu «Pel que fa a la responsabilitat dels progenitors envers els fills, en ocasió de la separació o el divorci, cal remarcar dues novetats: la primera és que tota proposta dels progenitors sobre aquesta matèria s'ha d'incorporar al procés judicial en forma de pla de parentalitat, que és un instrument per a concretar la manera que ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills. Sense imposar una modalitat concreta d'organització, encoratja els progenitors, *tant si el procés es de mutu acord com si és contenciós*, a organitzar per si mateixos responsablement la cura dels seus fills en ocasió de la ruptura, de manera que s'han d'anticipar els criteris de resolució dels problemes més importants que els afectin» Per tant en els procediments contenciosos també cal aportar les propostes de pla de parentalitat que, a més, es converteixen en el primer element que el jutge o jutgessa ha de tenir en compte per determinar el règim i la manera d'exercir la guarda (artº 233-11). En la pràctica es troben també totes dues possibilitats; que la proposta del pla s'integri dins de la demanda com un antecedent més o bé com un annex. Tots dos sistemes s'estan admeten.

### **Cal aportar el pla en els procediments dirigits a regular els efectes del trencament de les parelles estables?**

Sí, amb claredat. Ja que l'article 234-7 sobre exercici sobre la guarda dels fills i relacions personals diu:» En matèria d'exercici de la guarda dels fills i relacions personals, s'apliquen a la parella estable els articles 233-8 a 233-13. I el pla de parentalitat està regulat precisament a l'article 233-9.

### **I en els procediments de modificació d'efectes?**

Només caldria aportar-lo si es pretén alterar algun dels aspectes que formen el contingut del pla de parentalitat. Si vull demanar un sistema de guarda compartida perquè ara regeix un sistema de guarda exclusiva cal que el progenitor hagi fet aquest exercici d'anticipació de criteris amb el nou model. Ara bé, si en la contesta només es demana la desestimació de la demanda i per tant el manteniment de la situació vigent, entenc que no cal aportar un nou pla.

### **I si es demanen mesures prèvies a la demanda o mesures urgents de protecció de menors –art 236-3-?**

En aquests casos no cal presentar pla de parentalitat. Les mesures prèvies estan regulades a l'article 233-1 que precedeix a l'article 233-2 que és on es regulen els elements que han d'acompanyar a la demanda inicial. Cal recordar que per demanar mesures prèvies és suficient una simple sol·licitud del cònjuge o progenitor i no una demanda formal redactada per lletrat. En relació a les mesures urgents de protecció, la seva naturalesa —donar una resposta immediata i urgent a una situació de perill o risc per un menor— així com la possibilitat de ser acordades d'ofici pel Jutge o Jutgessa, porten a la mateixa conclusió.

### **Exercici de la responsabilitat parental és sinònim d'exercici de la potestat parental?**

El capítol VI del Títol III s'anomena precisament «Potestat parental» i l'article 236-17 que obre la secció tercera sobre el contingut de la potestat parental diu: «Els progenitors, en virtut de llurs responsabilitats parentals, han de tenir cura dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, conviure-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral. Els progenitors també tenen el deure d'administrar el patrimoni dels fills i de representar-los» En el Preàmbul es diu: «El capítol VI té per objecte la potestat parental, que és un dels elements integrants de les responsabilitats parentals que els progenitors assumeixen com a resultat dels vincles de filiació». Podríem dir que la potestat és part del contingut de la responsabilitat parental però la doctrina no està conforme amb aquesta precisió. Aquesta manca de claredat en el text —per aprofundir en la qüestió, cal anar a la ponència impartida per la Dra. Susana Navas Navarro: *L'interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya*, d'aquestes mateixes Jornades— ha donat lloc a un ús imprecís de tots dos termes tant en els escrits adreçats als jutjats com en les resolucions judicials. Caldrà esperar la jurisprudència per acabar de definir més precisament els contorns de totes dues figures.

### **Si la distribució de temps d'estada dels menors entre tots dos progenitors no dóna dos blocs equivalents; podem emprar el terme guarda compartida?**

Sí, guarda compartida no és sinònim d'equivalència dels temps: dins dels models de guarda compartida tenen cabuda diferents organitzacions del temps d'estada del menor en cada llar però sense que això impedeixi una participació activa de tots dos en la vida del nen. Potser un progenitor no pot rebre al fill als vespres però pot fer-se càrrec tots els matins o totes les tardes. La intervenció en les decisions i en la guarda del menor pot ser més important qualitativament que quantitativament. El legislador català no ha volgut prioritzar cap tipus de model, ni cap modalitat dins de cada model en el benentès que cada família té elements particulars als que caldrà adaptar la organització que garanteixi els interessos del menor.

### **El contingut del pla de l'article 233-9 és contingut mínim obligatori o pel contrari pot obviar algun extrem?**

Depèn de les circumstàncies de cada cas la resposta ha de ser afirmativa en relació a la possibilitat de no concretar tots els extrems. Per exemple; si

tenim un fill de 17 anys és evident que no cal regular la manera com s'han de fer els canvis de guarda però si entre un domicili i l'altre hi ha una distància important potser sí caldrà regular la manera d'assumir els costos que generin. Per altra banda si estem davant d'un nadó no cal que comencem a concretar quines activitats extraescolars farà però si que es poden fixar les bases de com es posaran d'acord els progenitors (trobades prèvies abans de l'inici del curs escolar, sotmetiment a mediació, cercar tres propostes cadascun, etc...)

**Si la demanda no incorpora el pla de parentalitat; què ha de fer el/la secretari del jutjat: no admetre la demanda (artº 269.2 Llec) o admetre-la i demanar subsanació de defectes (artº 231 Llec)**

L'opinió generalitzada és admetre-la i demanar la subsanació d'efectes de conformitat amb l'article 231 de la Llec.

**I quina és la resposta processal si la contesta no incorpora el pla: inadmetre la contesta i entendre que s'oposa tàcitament a la demanda, o admetre-la i demanar subsanació?**

Llevat que ens trobem un cas de rebel·lia processal, cal admetre la demanda i donar un termini de subsanació amb apercibiment de tenir-lo per conforme amb el pla de la part agent.

**És la vista del procés principal el lloc adequat per a discutir assumptes del pla de parentalitat com el tipus d'ensenyament? el jutge s'ha de pronunciar en la sentència? és susceptible de recurs d'apel·lació?**

Només es pot discutir en seu de procediment principal aquells aspectes que es vinculen amb les mesures definitives que el jutge ha de dictar (artº 233-4). A vegades, però, aquests desacords en l'exercici de la potestat (artº 236-13) estan tant íntimament lligats a les mesures definitives que la determinació d'aquests comporta la decisió del desacord. Per exemple, si es demana la guarda exclusiva d'un fill amb un determinat règim d'estades vinculat al meu trasllat a l'estranger; és evident que el jutge si resol estimar la meva petició, també està resolent el desacord sobre el lloc de residència. Òbviament la sentència és susceptible de recurs d'apel·lació també en aquests aspectes. Si el jutge en el procediment ja veu que existeixen desacords sobre altres qüestions no fonamentals —si ha de fer futbol o violí— no s'ha de pronunciar però el millor és derivar les parts a una sessió informativa de mediació familiar i remetre'ls en últim terme al plantejament del desacord (artº 236-13)

### III. ELS ALIMENTS ALS FILLS

Tot i que la regulació no ha canviat el plantejament del codi de família, si es plantegen alguns dubtes:

Cal ponderar el temps de permanència dels menors amb cadascun dels progenitors i les despeses que cadascun d'ells hagi assumit pagar directament (art. 233-10.3) així com la cessió de l'habitatge si aquest pertany

**en tot o en part com a contribució en espècie (art. 233-20.7); però aquest càlcul, còm es concreta?**

El legislador s'adreça a les parts i als Jutges per a que tinguin en compte aquesta forma de «pagar» els aliments però no dona regles de càlcul ni percentatges. Caldrà seguir utilitzant la regla de la proporcionalitat. Cal però està molt pendants dels nous sistemes de fixació de pensions que es van estenen (així, el sistema que ha promocionat el Magistrat del Jutjat núm. 45 de Barcelona Ernesto Pascual Franquesa; i altres models que estan en procés de validació amb el recolzament del CGPJ)

**Es pot pactar en el conveni el pagament dels aliments mitjançant la donació d'un patrimoni immobiliari? no xoca aquest pacte amb allò establert a l'article 237-10?**

En termes generals entenc que no seria admissible si estem parlant dels aliments pels menors d'edat ja que la seva funció és atendre les necessitats més bàsiques com són les d'alimentació, vestit, habitatge i assistència mèdica. Díficilment la donació d'un patrimoni pot satisfer immediatament aquestes necessitats. El paràgraf 10è de l'article 237 és clar; «l'obligació d'aliments s'ha de complir en diner i per mensualitats avançades». Qüestió diferent seria una modalitat mixta de pagament; és a dir, si part dels aliments es paguen amb diners i altre part amb un patrimoni que pot generar rendes administrades pel titular de la guarda. Respecte dels aliments per majors d'edat —fills o cònjuge o parella estable— el jutge no pot intervenir.

**El Codi civil català regula les causes d'extinció de l'obligació de prestar aliments (art. 237-13); però pot admetre's una suspensió de l'obligació quan la situació de necessitat estigui temporalment coberta?**

Quan parlem dels aliments entre parents cal recordar que l'obligació deriva del parentiu (art. 237-2) i de la necessitat (art. 237-5). El fet de que en un moment donat es doni una causa d'extinció —per exemple, la independència econòmica del fill major d'edat (art. 237-13)—, i que fins i tot aquesta extinció es declari en una sentència judicial, no vol dir que l'obligació d'assistència entre parents desaparegui. Si les circumstàncies tornen a canviar i el fill major d'edat es troba novament en situació de necessitat està perfectament legitimat per demanar als seus parents en l'ordre fixat a l'article 237-6 (primer, al cònjuge, després als descendents, segons l'ordre de proximitat en grau, en tercer lloc, als ascendents també segons l'ordre de proximitat en grau i en últim, els germans). No tota causa d'extinció determina la fi d'aquesta obligació. Si ens centrem en l'àmbit dels processos de família, el debat es concreta en relació als fills majors d'edat o, fins i tot, en relació als fills menors però amb capacitat econòmica. La incorporació del fill al món laboral en la mesura que permet la seva independència econòmica no només comporta l'extinció de l'obligació d'aliments sinó la fi de la legitimació directe del progenitor amb qui conviu. El legislador català ha deixat clara aquesta legitimació; es té si es donen dos requisits: que el fill convisqui amb ell i que no tingui recursos propis (art. 233.1 e) i art. 233-4). El problema es planteja quan la feina trobada pel fill té un caràcter temporal.

El legislador català no ha previst una suspensió temporal del deure de pagament de la pensió tot i que certa jurisprudència estatal sí l'havia permès encara que el Codi Civil espanyol tampoc no en parlava (STS 24/10/2008; AP Badajoz 26/3/03, AP Madrid 24/2/06). Llevat de l'acord entre les parts, l'actual situació econòmica on els contractes temporals són la regla general determina que calgui valorar, cas per cas, la modificació de la pensió, ja sigui per extingir-la ja per rebaixar-la.

**Es regula com a causa d'extinció, les causes de desheretament de l'article 451-17; es podria aplicar el supòsit e) —absència manifesta i continuada de relació familiar imputable exclusivament al legitimari— als casos d'interferència parental greu?**

El problema que es planteja es que la norma exigeix que la absència de relació sigui imputable exclusivament al legitimari i en els casos d'interferència parental greu, l'agent instigador és l'altre progenitor. Ara bé, si el fill ha arribat a la majoria d'edat entenc que és possible fer-ho tot i que la valoració de la prova pot ser realment complexa.

#### IV. L'EXECUCIÓ

Les qüestions més difícils estan vinculades en molts casos a la redacció de la Disposició Transitòria tercera:

**Les sentències dictades al empara del CF poden ser revisades en relació a la guarda dels fills de conformitat al paràgraf tercer; però si no s'ha produït cap modificació substancial o la nova proposta no millora la situació dels fills i es desestima la demanda; podem imposar-se les costes processals?**

Tot i que el legislador català sembla obrir la possibilitat de revisió del sistema de guarda només pel canvi legislatiu, el cert és que es continua aplicant la jurisprudència clàssica en relació a la modificació d'efectes; cal acreditar que s'ha produït una modificació substancial de les circumstàncies que es van tenir en compte, que el canvi és aliè a la voluntat de qui el demana, que té un caràcter permanent, que no es va preveure ni es podia preveure en el moment d'establir les mesures anteriors i comporti .el canvi proposat, una millor atenció a l'interès del menor. Per això, per demanar un canvi de guarda al empara de la nova regulació en el Llibre II, cal acreditar a més, que han canviat les circumstàncies. No oblidem que ni el Llibre II imposa aquest model de guarda ni el Codi de Família el prohibia. Ara bé la redacció de la DT 3<sup>a</sup> pot donar lloc a interpretacions diferents i en aquests casos pot moderar-se el principi de venciment i invocar-se els dubtes de dret per a no imposar les costes(artº 394 de la Llec)

**Les sentències que van atorgar l'atribució de l'ús de l'habitatge en funció de la guarda dels fills en el règim anterior no s'extingien quan aquests arribaven a la majoritat si seguien sent dependents per aplicació de la jurisprudència del TSJC. La regulació actual ha canviat. Pot demanar-**

**se en execució l'extinció de l'ús d'aquelles sentències? pot iniciar-se un procediment de modificació en aquesta direcció?**

La qüestió no es senzilla perquè el Codi de Família ja establia en el seu art 83.2 que l'atribució de l'ús per raó de la guarda continuaria «mentre duri aquesta». Això vol dir que no era la llei qui marcava la diferència sinó la interpretació jurisprudencial. Ara, però, el legislador s'ha pronunciat amb molta claredat. Tal com diu el seu preàmbul «es vol posar fre a una jurisprudència excessivament inclinada a dotar de caràcter indefinit a l'atribució, en detriment dels interessos del cònjuge titular» i ara si els fills són majors d'edat, l'atribució ha de ser amb caràcter temporal, sens perjudici de la seva pròrroga (artº 233-20.3 i 4). Per tant, el propietari o copropietari que té el seu immoble gravat amb l'ús de l'altre per raó d'una guarda que ja no existeix, pot demanar en un procediment de modificació l'extinció de l'ús però l'altre pot demanar el manteniment de l'atribució per raó de necessitat amb l'establiment d'un termini. Si la sentència s'hagués dictat ja sota la vigència del llibre II i l'ús s'hagués atorgat per raó de la guarda, sis mesos abans de que el fill menor compleixi els 18 anys, el beneficiat per l'ús ha de plantejar procés de modificació (artº 233-20.4). Però si l'atribució de l'ús ve d'una sentència dictada sota la vigència del Codi de Família, com que el règim transitori no li ha imposat aquesta obligació, entenc que pot esperar que interposi la demanda la part adversa sense que el seu dret a demanar el canvi de motivació en l'atribució de l'ús caduqui o s'entengui abandonat.

**L'article 233-23.2 preveu que els tributs de meritació anual en relació l'habitatge són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús. Aquesta regulació modifica la regulació tributària. Si en un procediment anterior al CCC, no s'ha dit res sobre l'IBI; pot el copropietari no usuari en execució demanar que pagui la totalitat l'altre? podria oposar aquest argument a l'administració recaptadora?**

Entenc que l'opció del legislador català en el Llibre II no modifica la naturalesa del tribut i per tant la nova regulació només és aplicable a les sentències dictades sota la seva vigència però no té caràcter retroactiu. Per tant el copropietari no usuari ha de continuar pagant la meitat de l'IBI llevat que en un procés posterior concret de nou aquesta obligació. Tot i que encara no es coneixen resolucions de la jurisdicció contenciosa sobre aquest aspecte, és esperable que l'administració tributària entengui que el règim intern de les obligacions no l'afecti i si l'usuari no paga el tribut es dirigeixi contra ambdós propietaris.

**L'article 233-24 regula l'extinció del dret d'ús i preveu la possibilitat del titular de demanar en execució la possessió; té aquesta possibilitat també el copropietari?**

Tot i l'actual regulació, cal entendre que el copropietari no pot demanar el desallotjament de l'altre copropietari qui, un cop finalitzat el termini de la possessió, segueix sent copropietari per continuar en el seu ús. Mentre aquesta situació continuï, és a dir, mentre no es divideixi el bé comú, no se'l pot fer fora. Així ho ha entès la secció 18 de l'AP de Barcelona en la seva interlocutòria 35/2011 de 10 de febrer de 2011 quan diu :

«PRIMERO.— El debate se centra en la procedencia de la solicitud de ejecución instada por el Sr. Aja pidiendo que se requiera a Doña. Juliana para que proceda a desalojar la vivienda cuyo uso le fué atribuido por sentencia de Divorcio dictada en el año 2004. Dicha sentencia fué parcialmente revocada por la de esta misma Sala , de fecha 28 de octubre de 2005, que temporalizaba ese uso a un período de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia de instancia. La solicitud de prórroga formulada por Doña. Juliana en proceso de Modificación de medidas le fué desestimada por sentencia de 10 de julio de 2008.

El Auto de instancia considera que, finalizado ese plazo de cuatro años, y no habiendo motivo para la prórroga, procede desestimar la oposición al Auto que acordaba dar lugar a la ejecución y le requería para que procediera al desalojo. Sin embargo hemos de tener en cuenta que se trata de una vivienda de cotitularidad dominical y en este caso, la tesis de la apelante es la que ha venido siendo mantenida por la amplia mayoría de los tribunales y también por esta Sala. Debe recordarse que según ha interpretado el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 10 de enero de 2010»el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador bien en la sentencia «. Es doctrina reiterada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, y 26 de diciembre de 2005( RJA 10330/1994, y 180/2006), que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no genera un derecho distinto del que los cónyuges tenían antes, de modo que la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual.

En el mismo sentido es doctrina comúnmente admitida ( Sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 1999, y Sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de diciembre de 2001y 27 de febrero de 2002) que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, tanto a través del convenio regulador aprobado judicialmente, como de la decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, no es sino la mera atribución del uso exclusivo de la vivienda, esto es de la facultad de usarla y disfrutarla, en la relación interna de los cónyuges, y no, en principio, frente a terceros, de modo que la facultad de uso no modifica la titularidad , no supone la creación de ningún título, sino la mera atribución a uno de los cónyuges de una facultad, la de uso, como posesión material de la vivienda. De esta manera, mientras no se modifique esta titularidad a través de la oportuna acción, cualquiera de sus copropietarios tiene derecho a continuar en el uso del bien lo que supone que una vez se haya extinguido el término por el que se le atribuyó este uso,continúa ostentando el derecho en su calidad de copropietaria de la finca por lo que en este caso no procedía el requerimiento de desalojo mientras se permanezca en la indivisión.»





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

MARIA ANTONIA GOMEZ MAESTRE  
Advocada

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

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

## I. PLA DE RESPONSABILITAT PARENTAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. QÜESTIONS PROCESSALS EN RELACIÓ AL PLA DE PARENTALITAT

### 1.1. Obligació d'aportació a la demanda

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **3. ELS ALIMENTS ALS FILLS I EL PLA DE PARENTALITAT**

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

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

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

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

#### 4. ELS ALIMENTS ORDINARIS I EXTRAORDINARIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## REFERÈNCIES

- 1.— AP Girona, sec. 1<sup>a</sup>, Sentència de data 10-6-2011, n° 252/2011, rec. 248/2011
- 2.— AP Barcelona, Sec. 12<sup>a</sup>, Sentència de data 7-02-2012, Rollo n° 1193/2011— A U T O N° 31/2012
- 3.— Sentència de data 19-04-2012, n° 272/2012 del Jutjat de Primera Instància 6 de Girona
- 4.— TSJ Catalunya, sec. 1<sup>a</sup>, Sentència de data 20-2-2012, n° 16/2012, rec. 37/2011
- 5.— TSJC, sec. 1<sup>a</sup>, S 26-7-2012, n° 48/2012, rec. 206/2011.
- 6.— APG 443/2012 DE 23 de Novembre de 2012





TERCERA PONÈNCIA  
ASPECTES ECONÒMICS DE  
LA RUPTURA CONJUGAL



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

JOAQUIM BAYO DELGADO  
Magístrat, Secció 12<sup>a</sup> A.P. Barcelona

I. L'ATRIBUCIÓ O DISTRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR. 1. Objecte de la mesura. 2. Criteris d'atribució. 3. Temporalitat i modificació. 4. Exclusió. 5. Extinció. 6. Obligacions per raó de l'habitatge. 7. Parella estable. 8. Disposicions transitòries. II. LA PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA I L'ALIMENTÀRIA. 1. Prestació compensatòria. 2. Prestació alimentària.

## I. L'ATRIBUCIÓ O DISTRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR<sup>1</sup>

### 1. OBJECTE DE LA MESURA

L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és esmentada com a mesura escaient en els plets matrimonials en els articles 233-1.1.f), 233-2.3.b) i 233-4.e del Codi Civil de Catalunya.<sup>2</sup> Sempre va lligat al parament de la llarg, de manera que, excepte que diguem altra cosa, s'ha d'entendre com una atribució conjunta d'habitatge i parament.

L'article 233-1.1.f) es refereix a les **mesures provisionals**, tant prèvies com coetànies («El cònjuge que pretengui demandar o demandi...»), novetat destacable dins del dret català, que abans ho deixava a la regulació del dret estatal. L'article empra el terme «assignació», potser per marcar la diferència de provisionalitat en relació a l'«atribució», encara que ambdós expressions siguin pràcticament sinònimes. Resulta interessant destacar que hi ha, en seu provisional, una mesura alternativa a l'assignació de l'ús del domicili: les mesures que garanteixen les necessitats d'habitatge. Realment el text legal no pretén que es garanteixin les necessitats sinó la satisfacció de les necessitats. Quines mesures podem imaginar? La distribució de l'habitatge en pot ser una, si materialment és viable i adequada. En veurem més detalls referits a la mesura definitiva. Altra possibilitat és el lloguer d'un altre habitatge mitjançant una prestació alimentària provisional per als fills o per a un dels cònjuges (cf. l'article 233-21.1.b). Una tercera via pot ser l'atribució provisional de l'ús d'un segon habitatge de titularitat conjunta o exclusiva d'un dels cònjuges. La norma diu «necessitats dels cònjuges» (en plural), la

1 Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència no seran tractats, en ser objecte de dues altres ponències d'aquestes jornades

2 Si no es diu altrament, els articles citats sense cap altra referència són del Codi Civil de Catalunya.

qual cosa implicaria que, en seu provisional, cal resoldre l'habitatge d'ambdós cònjuges. Això planteja problemes de coherència amb les mesures definitives, que substituiran les provisionals. La interpretació lògica és limitar la mesura provisional a l'habitatge del cònjuge més necessitat o al del custodi dels fills (com veurem en l'article 233-20.6), si és qui ha de sortir de l'habitatge familiar, que és propietat exclusiva de l'altre, o per altra raó (violència domèstica o sexista, per exemple), o quan hi ha custòdia provisional compartida dels fills. Cal posar aquesta tercera modalitat de mesura provisional en relació amb el punt 1.g) del mateix article 233-1, que parla de «tinença» de béns comuns (proindivís o de la societat de guanys) o afectes a les necessitats familiars; el punt 1.f), com hem dit, va més enllà i abasta també els privatis de qualsevol dels cònjuges no afectes a càrregues familiars. En el context del punt 1.g) s'haurà de tenir en compte l'article 233-23.2 quant a les despeses.

La segona part del punt 1.f), que implica, amb una data de desallotjament, la possibilitat de desnonament dins l'execució de les mesures provisionals, va més enllà que l'article 233-24.3, perquè, com veurem, aquest darrer només té eficàcia pràctica si l'immoble és propietat exclusiva del cònjuge que no en té l'ús.

A l'empara de l'article 233-1.2, en connexió amb l'article 64.2 de la Llei orgànica 1/2004, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, el jutge pot disposar que l'ús de l'habitatge familiar sigui permutat per l'ús un altre habitatge, sempre mitjançant una entitat pública, permutant els lloguers. La literalitat del precepte imposa que l'habitatge sigui de copropietat. L'article 233-1.2 sembla que amplia les mesures provisionals civils per incloure-hi les «penals» de naturalesa civil, que poden ser adoptades en l'ordre de protecció (o en la sentència penal) i, amb aquesta interpretació, també en seu de mesures provisionals; en qualsevol cas, només pot ser adoptada per un jutjat de violència sobre la dona (que serà competent per al plet civil també, pels criteris competencials dels articles 87 ter.3 de la Llei Orgànica del Poder Judicial (LOPJ) i 49 bis de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC)) i no pas per un jutjat civil (en les mesures prèvies imaginables), ja que l'article 64.2 LO 1/2004 està ubicat al capítol IV del títol V d'aquesta llei orgànica, dedicat als jutjats de violència masclista. La menció catalana de la violència «familiar» no passa de ser voluntarista, perquè aquests jutjats no són competents per a la violència familiar no masclista (violència domèstica);<sup>3</sup> tampoc no hi ha cap mesura especial de violència domèstica sobre el domicili.

També en seu de jutjats de violència sobre la dona, i no als jutjats únicament amb competències civils, cal tenir en compte l'article 544 ter.7 de la Llei d'Enjudiciament Criminal (LECRim), que preveu l'atribució de l'ús de l'habitatge en l'ordre de protecció. En la mesura en què no discrimina entre parelles matrimonials i no matrimonials i amb fills menors o sense, permet l'atribució provisional de l'ús en les parelles no matrimonials sense fills menors, contràriament a la mesura definitiva prevista en l'article 234-8.2 del codi català.

Cal destacar que l'article 64.2 LO 1/2004 introdueix l'única excepció sobre l'objecte de la mesura, que no és pas «l'ús i gaudi» («uso y disfrute», com erròniament i amb freqüència es diu) sinó només l'ús, que equival al dret

3 Tret del cas de delictes connexos, article 87 ter.1.a, *in fine*, LOPJ.

d'ocupació (STS 4/4/1997), sense el gaudi, que permetria el lloguer. El propi article 544 ter.7 LECrim comet aquest error.

L'ús atribuït provisionalment podrà ser objecte d'anotació registral preventiva (article 233-22 *in fine*).

Si el títol d'ocupació de l'habitatge familiar és diferent a la propietat, caldrà tenir en compte l'article 233-21.2 (previsió de desnonament per precari).

La **mesura definitiva** sobre l'ús de l'habitatge està regulada en els articles 233-2.3.b), 233-4.2 i 233-20 i següents. Com en totes les matèries, la mesura pot ser establerta de forma consensual o contenciosa.

En la **determinació consensual**, l'article 233-2.3.b) parla d'atribució o distribució, i posat en relació amb l'article 233-20.1, paràgraf segon, la distribució es refereix a períodes temporals, que pot estar vinculada a la custòdia compartida o no, i pot implicar permanència dels fills en el domicili o no. Si hi ha fills subjectes a la potestat parental (menors o incapacitats), la modalitat escollida pels progenitors haurà de satisfer l'interès dels fills per ser aprovada per l'autoritat judicial. Si no n'hi ha, els cònjuges són lliures de pactar el que vulguin.

També podem imaginar la distribució física de l'habitatge, si té les mides i condicions necessàries. L'aprovació judicial també estarà subjecta a l'interès dels menors, si és el cas. Si la divisió material és urbanísticament i registralment possible, la inscripció de l'ús (article 233-22) no hauria de plantejar problemes. Si no és possible, la inscripció hauria de ser possible amb una adequada descripció de les parts de l'immoble a què afecta l'ús.

Com l'ús de l'habitatge està previst en el punt 3 de l'article 233-2, cal interpretar que, si no hi ha fills menors, els cònjuges poden o no introduir la matèria en el conveni regulador. Si n'hi ha, cal entendre que «escau» el pacte sobre l'ús segons la frase inicial del punt 3, si més no l'exclusió de l'atribució, per tal que el ministeri fiscal i, definitivament, l'autoritat judicial en valorin el respecte de l'interès dels menors.

No hi ha cap dubte que l'article 233-2.3.b), malgrat una redacció poc acurada, permet incloure en el conveni qualsevol de les solucions alternatives dels articles 233-20 i 233-21.1 (exclusió, substitució ...). Fins i tot, poden pactar que l'atribució de l'ús de l'habitatge tingui com a causa d'extinció, malgrat haver fills menors, la convivència marital de l'ex cònjuge beneficiari, però la seva eficàcia restarà condicionada a l'absència de perjudici a l'interès dels fills, arribat el cas.

La **determinació contenciosa** presenta més matisos. L'article 233-4.2 esmenta les mesures relatives a l'ús de l'habitatge familiar entre les subjectes a rogació de part. Igual que hem dit sobre la determinació consensual, si hi ha fills menors o incapacitats subjectes a la potestat parental, la matèria esdevé d'ofici per a l'autoritat judicial, malgrat la literalitat del precepte, i caldrà pronunciament judicial, si més no per excloure l'atribució.

Contràriament al que disposa l'article 96 CC i igual que en l'article 83 del Codi de família de Catalunya (CF), el beneficiari directe de l'atribució de l'ús de l'habitatge és sempre l'ex cònjuge, no pas els fills. No és, malauradament, infreqüent l'atribució als fills i al progenitor custodi per inèrcia o aplicació «acumulativa» del dret català i de l'estatal. Entre d'altres supòsits, en cas

d'inscripció registral, la solució catalana és molt més clara i jurídicament nítida.

En la determinació contenciosa, en contrast amb la consensual, l'article 233-20.2 omet la distribució, que pot ser temporal o física. Si no hi ha fills subjectes a la potestat parental, l'omissió ha d'interpretar-se com a limitació per a l'autoritat judicial, que no podrà distribuir. Si hi ha fills sota potestat, la conclusió és molt més dubtosa i sempre vindrà matisada per l'interès dels fills. Situacions de custòdia compartida, de manca de recursos econòmics però amb possibilitat fàctica de divisió, etc., podem fer escaient l'atribució per períodes o la distribució física. Un argument a favor de la possibilitat és que la distribució s'esmenta en l'article 234-8.3, aplicable quan hi ha fills menors comuns dels ex convivents.

La flexibilitat de les mesures provisionals quant a altres residències queda més limitada quan es tracta de mesures definitives. L'article 233-20.6 parla de «substituir», la qual cosa significa no atribuir pas l'ús de l'habitatge familiar i atribuir l'ús d'un altre habitatge. L'article 76.3.a CF plantejava el tema acumulativament («atribució de l'ús de l'habitatge familiar... i, si és el cas, de les altres residències»), si bé la descripció de les mesures era comuna per al procés consensual i per el contenciós (articles 77 i 79 CF). Novament hem de diferenciar els supòsits amb i sense fills menors o incapacitats. En el segon cas, *inclusio unius, exclusio alterius*; l'autoritat judicial no pot atribuir l'ús de dos domicilis sense el pacte dels afectats. En el primer cas, si ha custòdia compartida, és obvi que ho podrà fer. Altres casos hauran de ser avaluats sota el criteri de l'interès dels menors, però no pot tenir-se en compte la major necessitat del progenitor no custodi per fer una atribució doble: l'article 233-20.3 *a sensu contrario* n'és l'argument.

Amb una certa freqüència es planteja l'atribució d'una plaça d'aparcament o d'un traster. El criteri lògic ha estat incloure'ls si són registralment annexos. Si no ho són, la decisió ha d'estar vinculada a la necessitat raonable d'ús i a la ubicació en la mateixa finca. La manca de necessitat també en pot excloure l'atribució tot i sent annexos registrals.

L'assimilació de l'atribució de l'ús a la prestació alimentària o compensatòria parteix de la titularitat (dominical o altra) que inclogui el dret d'ús de l'habitatge per part de l'ex cònjuge no beneficiari de l'atribució; si es tracta d'un habitatge de lloguer, no hi ha assimilació perquè el beneficiari de l'atribució ha de pagar la renda.<sup>4</sup> L'assimilació es repeteix en els punts 1 i 7 de l'article 233-20, coherentment a la inclusió de l'habitatge en l'article 237-1. L'article 233-21.1.b) regula el supòsit de substitució total de l'atribució de l'ús de l'habitatge per una prestació dinerària. També ens podem plantejar la idea inversa: la substitució total de la pensió alimentària o compensatòria per l'atribució de l'ús. La lògica de l'assimilació porta a admetre la possibilitat; la substitució total o parcial dependrà de les circumstàncies, per bé que la total sempre serà excepcional.

Un altre cas de substitució de l'ús de l'habitatge per una prestació dinerària està previst en l'article 233-21.2, quan l'acció d'un tercer, que no està afectat

4 Tret que es digui el contrari, els supòsits de lloguer queden al marge de les consideracions del present text, que es refereix a la propietat o copropietat o altres drets reals possessoris de l'ex cònjuge o dels ex cònjuges.

per l'atribució de l'ús, impedeix l'ocupació del bé immoble (ocupació a precari, per exemple). El precepte contempla la previsió en sentència de l'eventualitat de pèrdua, com a aplicació al cas de l'article 233-7.2.

La idea d'assimilació a una prestació dinerària també ens porta a plantejar la possibilitat de l'atribució d'ús *ex* article 233-14.2 (prestació compensatòria *post mortem*) com a forma de prestació substitutòria, total o parcial, de la pensió compensatòria, que analitzarem en estudiar aquesta.

A propòsit de l'assimilació, hem d'assenyalar que ens pot donar el criteri d'aplicació de les normes de conflicte de lleis en dret internacional privat. L'assimilació de l'ús als aliments i a la pensió compensatòria (que ja és assimilada a l'alimentària en dret internacional) ens permet aplicar la norma conflictual dels aliments a l'ús de l'habitatge, perquè manca una norma específica en els instruments internacionals.<sup>5</sup>

L'ús de l'habitatge, com a objecte de l'atribució, pot tenir com a base un dret real de qualsevol dels cònjuges, en exclusiva o cotitularitat (propietat, usdefruit, ús, habitació), o un títol contractual (arrendament, comodat) o fins i tot una ocupació en precari. Si es tracta d'un arrendament, cal tenir en compte l'article 15 de la Llei d'Arrendaments Urbans i la jurisprudència sobre la legitimació passiva en el desnonament. El supòsit del precari —per exemple, cessió gratuïta al fill o filla i la seva família— planteja dubtes sobre si existeix en realitat un comodat, tesi que ha anat perdent força (SSTS 26/12/2005, 18/3/2011, 30/4/2011, 11/6/2012). Des de la perspectiva del dret de família, el que importa és destacar que l'article 233-21.2 recull la doctrina jurisprudencial que ja establí que l'atribució no afecta el tercer i no modifica el títol d'ocupació subjacent.

L'atribució tampoc no afecta el dret del cònjuge titular o cotitular, que en pot disposar lliurement, no pas com en dret civil estatal, on l'article 96.4 CC requereix consentiment o autorització judicial. El contrast amb l'article 231-9 s'explica perquè l'ús de l'habitatge durant la convivència és de tota la família, i la disposició del dret que el sustenta privaria de l'ús a tots. Per contra, la disposició del dret per qui no en té l'ús no afecta aquest ús (article 233-25 *in fine*), que es pot inscriure per evitar un tercer adquirent de bona fe (article 233-22). L'article 233-25 *in fine* fa ara innecessari dir *expressis verbis* que la divisió de la copropietat de l'immoble (que pot suposar la venda a un tercer) no afecta l'ús, com s'ha fet fins ara en vista de l'article 9.4 CF.

## 2. CRITERIS D'ATRIBUCIÓ

El criteri preferent està recollit en l'article 233-20.2, que coincideix amb l'anterior regulació, en l'article 83.2.a) CF. Encara que el criteri sigui que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar coincideix amb l'atribució de la custòdia, ja la jurisprudència havia matisat que l'adverbi «preferentment» dóna marge per a una certa discrecionalitat judicial, quan hi ha motius per fer

5 Reglament UE/1259/2010 i Reglament CE/4/2009, que remet al Protocol de La Haia de 23/11/2007. Vegeu, J. BAYO, *Derecho internacional*, en *Memento Experto. Crisis Matrimoniales*, Ed. F. Lefebvre, 2010, pp. 339 ss.

una excepció. Ara, que les excepcions estan previstes legalment, el marge de maniobra de l'autoritat judicial és molt més reduït, per no dir nul.

La **primera excepció** està en l'article 233-20.3.a), que no és ben bé igual que l'anterior article 83.2.a) CF. Ara, en cas de custòdia compartida, ja no es fa una remissió sense matis a l'autoritat judicial; ara se li dóna un criteri: la major necessitat d'uns dels dos cònjuges. Com hem dit, si hi ha més d'un habitatge disponible, encara es pot defensar que és possible l'atribució de tots dos habitatges, però si només n'hi ha un, el criteri ha de ser la major necessitat. Aquest era fins ara el criteri majoritari, encara que de vegades s'optava per fer coincidir l'ús i la titularitat exclusiva, si era el cas. Els articles 233-21.1.b) i 233-21.4 ens deixen encara aquesta solució, si els mitjans econòmics ho permeten. La temporalitat i límit de l'atribució, que ja estava a l'article 83.2.a CF, ara està clarament definida amb l'article 233-24.1.

La **segona excepció** no és pròpiament una excepció del punt 1 de l'article 233-20, sinó la norma general quan no hi ha fills menors o incapacitats. La major necessitat n'és el criteri. El tema dels fills majors d'edat econòmicament dependents que conviuen amb un dels progenitors sembla més clar en la nova normativa, però encara hi ha, com en l'antiga, un raonament —circular— que els pot assimilar, com a *minus*-majors, als menors: el progenitor amb qui conviuen té més necessitat per raó de tenir els fills. Cal descartar aquest plantejament, perquè ara s'esmenta els fills majors, mentre que en l'article 83.2.a) CF només es feia referència als fills subjectes a custòdia (com ara en l'article 233-20.2), i perquè la temporalitat està rotundament vinculada a la custòdia, com hem dit.

Precisament aquest automatisme d'extinció amb l'acabament de la custòdia (per majoria d'edat o per canvi de custòdia) dóna peu a una **tercera excepció**, que tampoc no ho és lògicament, en l'article 233-20.3.c). De fet és l'acumulació temporalment successiva dels criteris de custòdia i necessitat: es tracta d'una aplicació concreta de l'article 233-7.2, que permet l'avançament de mesures en previsió de circumstàncies previsibles. Per tal d'evitar un nou plet, l'atribució es pot fer més enllà de la durada de la custòdia si l'ex cònjuge beneficiari és, i versemblantment serà, el més necessitat de l'habitatge. Tampoc aquí no poden llegir el precepte tenim en compte la convivència amb fills dependents econòmicament.

La **quarta excepció** del criteri de custòdia, real en aquest cas, està prevista en l'article 233-20.4, per el cas que qui té els fills tingui mitjans suficients per al seu habitatge i dels fills, i el progenitor no custodi no en tingui. Si també en té, de mitjans, estarem en el supòsit d'exclusió de l'atribució de l'article 233-21.1.a). Podem imaginar la previsió d'atribució d'ús de l'habitatge a favor del custodi segons el criteri de custòdia (article 233-20.2) quan arribi el termini d'atribució al progenitor no custodi més necessitat (si el termini venç abans de la majoria d'edat dels fills), a no ser que escaigui l'exclusió *ex* article 233-21.

Tots aquest criteris estan subjectes al canvi de circumstàncies, és a dir, si varien aquestes es pot demanar un canvi de la mesura d'atribució, però hem de considerar una **limitació implícita** en el sistema. Quan el criteri ha estat la major necessitat del beneficiari, el paral·lelisme amb la pensió compensatòria és complert: assimilació (articles 233-20.1 i 233-20.7), temporalitat (articles 233-20.5 i 233-17.4) i causes d'extinció (articles 233-24.2 i 233-19.1). No hi ha



previsió legal expressa sobre la modificació de l'atribució de l'ús paral·lela a la de l'article 233-18. Però, els criteris dels articles 233-24.2.a) i 233-19.1.a) són idèntics, és a dir, extinció per millora del beneficiari o empitjorament de l'altre, i coincideix amb el criteri de modificació a la baixa (reducció sempre) de la pensió de l'article 233-18. Són arguments suficients per a no canviar l'atribució d'un ex cònjuge a l'altre perquè aquest ha empitjorat, quan són copropietaris de l'immoble, sinó només per a extingir l'atribució, igual que si el beneficiari ha millorat.

### 3. TEMPORALITAT I MODIFICACIÓ

L'aposta del legislador català per la **temporalitat** l'ha portat a no preveure cap excepció. Si la raó de l'atribució de l'ús de l'habitatge ha estat la custòdia, s'acaba amb la custòdia (articles 233-20.2 i 233-24.1); si n'ha estat la major necessitat, cal fixar un termini (articles 233-20.5) que també opera automàticament (article 233-24.2.d)).

No és sobrer dir que la custòdia pot acabar abans o després de la majoria d'edat dels fills. Acabarà abans si hi ha emancipació o canvi de custòdia, o excepcionalment privació de la potestat parental o del seu exercici. No acabarà amb la majoria d'edat si hi ha pròrroga de la potestat parental per declaració d'incapacitat del fill. En conseqüència, no és bona pràctica atribuir l'ús fins a la majoria d'edat dels fills i, menys, sense termini o fins a la independència econòmica dels fills; això últim és freqüent i admissible en els convenis, però no pas en una resolució judicial, que ha d'aplicar l'article 233-20.2.

Un cas especial és l'article 233-20.3.a), on la guarda és repartida o compartida i tots dos progenitors tenen la guarda dels fills o d'alguns d'ells. Com que no pot operar el criteri preferent de l'article 233-20.2, la major necessitat opera com a criteri d'elecció entre els dos custodis, però partint de la custòdia. En aquest cas, la limitació temporal ha de ser també mentre duri la custòdia de qui rep l'ús.

Una modalitat de temporalització és l'atribució **fins a la divisió de la copropietat** de l'habitatge familiar. De fet combina l'obligació de posar termini amb la previsió d'una circumstància futura (article 233-7.2), que canviarà les necessitats relatives dels dos ex cònjuges. En aquests casos, però, és bona pràctica combinar la divisió de la copropietat amb un termini màxim, perquè, si no es preveu aquest termini màxim, qui té l'ús pot dilatar indegudament la divisió per tal de conservar-lo.

Quan l'atribució es fa per major necessitat, ens podem plantejar com resoldre els casos en què no hi ha cap dubte que la major necessitat romandrà **indefinidament**. Un argument a favor de la possibilitat d'indefinició és el paral·lelisme assenyalat amb la pensió compensatòria, per a la qual l'article 233-17.4 permet excepcionalment el caràcter indefinit. L'absència de termini no impedirà les causes d'extinció de l'article 233-24.2, excepte la d). El que no és possible és l'atribució vitalícia o «mentre duri la major necessitat», perquè exclouria també les altres causes de l'article 233-24.2.

És possible la **pròrroga**, quan la causa és la necessitat del beneficiari (s'acaba la custòdia o mai n'hi ha hagut), pel procediment de modificació de mesures definitives i abans dels sis mesos del moment en què acaba el termini

prefixat. Òbviament no serà possible si el termini d'atribució ha estat de sis mesos o menys, i serà poc raonable en els casos de terminis curts superiors. Si volem introduir certesa, hem de considerar el termini de l'article 233-20.5 com de caducitat, és a dir, una vegada superat ja no es pot prorrogar el termini d'atribució. Conceptualment la pròrroga no és una modificació, sinó la constatació que les circumstàncies són les mateixes (no hi ha hagut canvi de circumstàncies, han empitjorat encara més les del beneficiari, o han millorat encara més les de l'altre) que quan es va fer l'atribució. El contrari que cal quan es tracta d'una modificació de mesures.

En matèria de pròrroga, no hi ha paral·lelisme amb la pensió compensatòria, perquè aquesta no és pot augmentar ni en quantia ni en temps. Però hi ha un cas on la lògica del sistema porta a excloure la pròrroga: si en l'atribució de l'ús rau, explícita o implícitament, la compensació (pagament mitjançant l'atribució d'ús, article 233-20.1 & 7), precisament perquè la pensió no es pot augmentar, l'ús no es podrà prorrogar. La cosa es complica quan hi ha, a favor del mateix ex cònjuge, atribució de l'ús i pensió compensatòria. La fixació d'aquesta haurà necessàriament tingut en compte l'ús i, prorrogant l'ús, s'augmenta la compensació global.

La pròrroga ha de ser també temporal, com la primera atribució, i també aquí es pot plantejar el cas de pròrroga indefinida.

La **modificació** per canvi de circumstàncies no té altre termini que el termini de l'atribució d'ús, és a dir, abans que arribi se'n pot demanar l'extinció (no la permuta de beneficiari o la pròrroga). La primera causa d'extinció de l'article 233-24.2 (millora del beneficiari o empitjorament d'altre) pot operar com a causa de modificació (limitació temporal més curta) si no és suficient per a l'extinció.

No serà possible una «modificació» de la mesura consistent en l'atribució *ex novo*, perquè el domicili haurà perdut la condició de familiar. Passarà el mateix en un divorci quan en la separació no va haver atribució de l'ús de l'habitatge familiar (o se'l va quedar el seu titular exclusiu), paral·lelament a la prestació compensatòria segons l'article 233-14.1.

#### 4. EXCLUSIÓ

Sempre a petició de part, l'article 233-21.1 preveu **dos supòsits** d'exclusió de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, quan el progenitor custodi tingui mitjans i no necessiti l'ús, o quan el no custodi o un dels cònjuges sense fills menors o incapacitats, titular exclusiu o cotitular de l'habitatge, pot pagar una pensió alimentària o prestació compensatòria que abasta la necessitat d'habitatge dels beneficiaris. Ja hem dit que el primer cas és diferent al previst per l'article 233-20.4, on sí hi ha atribució (al progenitor no custodi). El segon cas és el revers de la moneda de l'article 233-20.7 (atribució com a contribució alimentària/compensatòria en espècie) i l'article 233-21.2, *in fine*, n'és una altra manifestació de substitució dinerària per exclusió, forçada per un tercer.

El Codi no preveu un **tercer supòsit**, però se'n deriva *a sensu contrario* de l'article 233-20.3, el cas en què tots dos ex cònjuges no en tenen necessitat, encara que les seves economies siguin diferents; hagi o no fills menors o incapacitats, també cal excloure l'atribució. Els tribunals haurien de fer un

ús generós d'aquesta exclusió, que és sempre a rogació de part. Aplicant aquesta exclusió als casos on les economies d'ambdós progenitors, encara que siguin força diferents, són suficients per a procurar-se un habitatge digne, o augmentant les pensions, moltes vegades es pot alliberar la càrrega econòmica de l'atribució de l'ús de l'habitatge i fer possible a la pràctica la divisió del bé.

L'augment de la prestació compensatòria (en diners per mesos i/o temps si és pensió, en diners si és en capital) s'haurà de calcular en funció de la prestació base —sense comptar-hi l'ús— i cas per cas. Podem imaginar un augment temporal, més curt que el termini de la pensió compensatòria, segons les circumstàncies del cas.

En la pensió alimentària per als fills, com que la pensió no s'extingeix automàticament amb la majoria d'edat i els aliments inclouen sempre la necessitat d'habitatge (article 237.1), el càlcul ha de ser per les necessitats mensuals d'habitatge dels fills, i la pensió augmentada s'extingirà amb la independència econòmica dels fills o el cessament de la convivència amb un dels progenitors.

## 5. EXTINCIÓ

L'article 233-24 opta per l'automatisme de l'extinció del dret d'ús, tant pel cessament de la custòdia com per l'acabament de la major necessitat. Aquesta és la raó subjacent a les quatre causes del punt 2 d'aquest article, que coincideixen, com hem dit, amb les causes d'extinció de la pensió compensatòria.

La primera causa es remet als pactes d'atribució. Conté una segona part que resulta poc clara quant a la seva aplicació tant en supòsits de atribució consensual com contenciosa, però a manca d'especificació cal referir-la a ambdós casos. Si el jutge, o els interessats en el seu conveni, vinculen l'atribució a la guarda dels fills, acabada aquesta (majoria d'edat, canvi de custòdia, emancipació, etc.) acaba automàticament l'atribució. Es tracta d'atribució «per raó de la guarda» de manera que no cal que s'expressi el termini «mentre duri la guarda»; n'hi ha prou que consti la raó. L'article 233-24.1, segona part, és coherent amb l'article 233-20.2. També cal entendre que s'acabarà la prestació dinerària periòdica que substitueix l'atribució d'ús, segons els articles 233-21.1.b) (augment del càlcul de la pensió amb exclusió de l'ús) i 233-21.2 *in fine* (previsió d'augment en cas de desnonament).

El punt 2 de l'article 233-24 es refereix exclusivament a l'extinció quan l'atribució té com a fonament la necessitat d'un dels cònjuges. No s'aplica si la raó ha estat la custòdia, fos quina fos la necessitat del progenitor custodi. L'atribució per necessitat haurà estat sempre, amb el nou codi, temporal (excepte casos excepcionals, com hem dit en comentar l'article 233-20.5). Però en la pràctica anterior al Codi Civil, no és excepcional l'atribució per necessitat sense límit temporal. Aquestes causes d'extinció també operaran.

La millora econòmica del beneficiari o l'empitjorament de l'altre és la primera causa, si és suficient per l'extinció. En alguns casos pot operar com a causa de modificació, escurçant el termini i establint-ne un. En aquest context hem de recordar el dret prioritari dels nous fills a rebre aliments del progenitor, contraposat a la prestació en espècie (aquí, equivalent a prestació

compensatòria) que representa l'atribució d'ús d'un habitatge en copropietat o propietat exclusiva del no beneficiari de l'ús. Sobre tot en els casos on l'ex cònjuge amb nous fills ha de pagar part o la totalitat de la quota hipotecària de l'habitatge atribuït al seu ex cònjuge, les noves càrregues familiars representen una disminució de la capacitat econòmica neta d'ex cònjuge no beneficiari de l'ús i cal tenir-ho en compte dins del concepte d'empitjorament de la seva situació econòmica.

El **matrimoni** o la **convivència marital** del beneficiari, igual que en la pensió compensatòria, està previst com a causa d'extinció en l'article 233-24.2.b). Un cas especial, que ja hem vist a propòsit de la limitació temporal (supra, punt 3), és el supòsit de l'article 233-20.3.a) (custòdia compartida o distribuïda), on, com que no pot operar el criteri preferent de l'article 233-20.2 (custòdia), la major necessitat opera com a criteri d'elecció entre els dos custòdis, però partint de la custòdia. El matrimoni o la convivència de l'ex cònjuge beneficiari no pot suposar l'extinció de l'atribució, perquè suposaria discriminar negativament els fills en guarda compartida en relació als fills en guarda exclusiva i vulneraria l'article 39 de la Constitució.

Amb el mateix paral·lisme de la pensió compensatòria, la **mort** del beneficiari també extingeix l'ús, segons l'article 233-24.2.c). Ens hem de preguntar per què no tenim un punt igual al de l'article 233-19.2 (substitució dinerària per mort del deutor) en l'article 233-24. Si l'atribució d'ús per necessitat és una forma de pensió compensatòria en espècie, amb causes paral·leles d'extinció, podem defensar que, en cas de mort del titular o cotitular no beneficiari de l'ús, els seus hereus (i també el propi beneficiari) en poden demanar la substitució pel pagament d'un capital. Altra perspectiva és aplicar per analogia l'article 231-31.1 (any de viduïtat) i limitar la subsistència de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a un any, perquè si no hi hagués aquesta limitació el sobrevinent divorciat o separat seria de millor condició que el casat.

L'absència d'un article paral·lel a l'article 233-14.2 (prestació compensatòria reclamada als hereus del cònjuge) es pot interpretar com absència de paral·lisme, impeditiva per poder reclamar l'ús als hereus —opció preferible— o, defensant l'essència compensatòria de l'atribució de l'ús si no hi ha fills menors, aplicar l'article 233-14.2 *mutatis mutandis*.

El quart supòsit de l'atribució per necessitat és el **venciment del termini**.

Res no diu el codi de l'extinció del dret per **abandó** de l'ús, la qual cosa no és infreqüent a la pràctica. Es pot aplicar l'article 121-22 per delimitar que, en cas de dubte, s'ha produït abandó al cap d'un any de manca d'ocupació, però hi haurà molts casos en què l'abandó és evident des del primer dia de manca d'ocupació: lloguer d'un altre habitatge, compra d'un nou domicili, etc.

El punt 3 de l'article 233-24 aborda els **aspectes processals** de l'extinció, sigui quina sigui la raó d'atribució, amb un text no exempt de problemes. En primer lloc, cal excloure el cas de cotitularitat, perquè, una vegada extingit el dret d'ús, el cotitular que ha estat beneficiari fins aquest moment pot continuar gaudint de l'habitatge segons l'article 552-6.1; per això l'article 233-24.3 només parla de «titular» de l'habitatge. El titular, però, pot ser cotitular amb tercers. Hi ha un cas, no obstant, de cotitularitat d'ex cònjuges: quan hi ha canvi d'atribució d'ús per canvi de custòdia (cf. article 233-1.f) *in fine*), perquè

no entra en joc l'article 552-6.1. En segon lloc, la recuperació de la possessió per via d'execució de la resolució constitutiva del dret d'ús s'adiu amb els supòsits objectius (termini —inclosa la majoria d'edat dels fills— i matrimoni), excepte la mort del beneficiari de l'atribució, perquè caldrà un desnonament (normalment per precari) dels eventuais ocupants (fills, altres parents, etc.), que a més és competència de la jurisdicció civil no especialitzada en família. Les demés causes han de ser declarades en un procediment de modificació de mesures, la resolució definitiva del qual donarà base a l'execució. El propi article 233-24.3 fa aquesta distinció.

La **cancel·lació registral** del dret d'ús s'ha de demanar en l'execució, per manament judicial (article 83.1 de la Llei Hipotecària), i no pas directament al registre encara que siguin causes objectives, inclosa la mort del beneficiari (*cf.* articles 79.2 i 82.2 de la Llei Hipotecària).

## 6. OBLIGACIONS PER RAÓ DE L'HABITATGE

L'article 233-23 clarifica la **distribució** de les obligacions per raó de l'habitatge. El primer punt assenyala les obligacions vinculades a la titularitat de l'habitatge (quotes hipotecàries i assegurances vinculades), que han de ser complides segons el seu títol constitutiu. Encara que no les menciona, la doctrina i jurisprudència anteriors també inclouen en la categoria les despeses comunitàries extraordinàries, segons la quota de titularitat de l'habitatge. Les altres són de càrrec del beneficiari de l'ús. Atès que l'impost sobre els béns immobles és anual, també l'ha de pagar el beneficiari. El legislador català ha volgut fer el paral·lelisme amb l'usdefruit (561-12.1)<sup>6</sup> sense tenir en compte la norma impositiva. Com a vinculat a la propietat, abans la doctrina i jurisprudència atribuïa el pagament de l'IBI als propietaris segons la seva proporció, perquè l'article 61.1 § 2 de la Llei d'hisendes locals preveu, com a fet imposable prioritari a la titularitat de la propietat, l'usdefruit (que és titularitat que dóna el gaudi), però no el dret d'ús.

Com que les atribucions anteriors al Codi Civil que explicitin aquesta qüestió no resulten modificades *ex lege* (disp. trans. 3a. 2), caldrà aplicar-les en el seu tenor. Si no ho especifiquen, caldrà seguir el criteri de vinculació a la titularitat fins al Codi Civil, i aplicar l'article 233-23.2 als venciments posteriors de l'IBI, segons la disposició transitòria 3<sup>a</sup> del Llibre II CCC. Qüestió diferent és si els pot canviar, per via de modificació, el criteri de pagament de l'IBI per adequar-lo a la nova norma. La disposició transitòria 3<sup>a</sup> només permet, sense canvi de circumstàncies, canvi l'atribució de l'ús per una prestació dinerària; el tema de l'IBI no és, en principi, excepció a la necessitat de canvi de circumstàncies, però essent, precisament, un pagament de meritació periòdica, cal donar-li, no efecte retroactiu, sinó efecte vinculat al moment de la meritació, per via de modificació de mesures.

Sovint es planteja la **qüestió processal** de la conveniència (o necessitat) d'incloure la menció explícita del compliment de les obligacions vinculades a la titularitat en la part dispositiva de la sentència. Exclou la possibilitat de

<sup>6</sup> I el lloguer (article 20 LAU, previ pacte).

distribuir les obligacions de forma diferent al títol (tant per l'article 233-23.1, com per la STS de 28-3-2011, doctrina aplicable també a la separació de béns *mutatis mutandis*), una línia doctrinal defensa, tanmateix, la conveniència de reproduir, a la part dispositiva de la resolució judicial, la proporció que resulta del títol constitutiu, o simplement dir que els litigants han d'atendre aquestes despeses segons el títol. La raó d'aquesta doctrina és «facilitar» el compliment de les obligacions i poder executar en seu matrimonial. Justament la problemàtica que es crea és la raó d'evitar aquesta pràctica. Es dupliquen els títols, l'original a favor d'un tercer i el nou títol judicial. Per tal d'executar aquest segon, cal dilucidar si l'executant ha d'haver pagat la seva part, o la totalitat (o només la part de l'altre?). Si el deute no ha estat prèviament pagat en la seva totalitat per l'executant, per a l'altre es tracta d'una obligació de fer (pagar a un tercer) o una obligació indemnitzatòria a favor de l'executant *ex* article 706.1 LEC? Si el deute està totalment pagat, no cal el nou títol, perquè l'article 1158 CC el permet reclamar a l'altre *ex* cònjuge el deute pagat. En aquest cas, la via executiva matrimonial no és pas més ràpida que la reclamació monitòria (article 812 LEC).

Per contra, quan el Codi civil altera la vinculació amb el títol constitutiu, cas de l'IBI, o declara la vinculació amb l'ús, no hi ha duplicitat innecessària de títol executiu i fa possible l'execució contra el deutor.

## 7. PARELLA ESTABLE

L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, per pacte, és assimilat a una prestació alimentària (als fills o a l'ex convivent) en l'article 234.8.1 i pot ser amb fills o sense. En cas d'atribució **contenciosa** judicial, només hi cap si hi ha fills comuns menors sota custòdia, segons el punt 2 de l'article 234-8 i l'assimilació alimentària es fa en el punt 3.<sup>7</sup> Els criteris d'atribució són iguals que en la parella matrimonial amb fills menors; el punt 3 esmenta expressament la possibilitat de distribució judicial de l'ús, que l'article 233-20.2 & 3 omet.

Com hem dit a propòsit de les mesures provisionals, en seu de jutjats de violència sobre la dona, i no als jutjats únicament amb competències civils, cal tenir en compte l'article 544 ter.7 LECrim, que preveu l'atribució de l'ús de l'habitatge en l'ordre de protecció, i per tant provisional. En la mesura en què no discrimina entre parelles matrimonials i no matrimonials i amb fills menors o sense, permet l'atribució provisional de l'ús en les parelles no matrimonials sense fills menors, contràriament a la mesura definitiva prevista en l'article 234-8.2.

Pel **demés**, *mutatis mutandis*, s'aplica la normativa de les parelles matrimonials, segons l'article 234-8.4: substitució judicial per l'ús d'un altre habitatge, exclusió de l'atribució, efectes vers tercers, pactes en previsió de ruptura, publicitat registral, obligacions usuari/propietari, extinció i disposició de l'habitatge.

<sup>7</sup> Que reitera en el punt 4 del mateix article 234-8 per referència incorrecte a l'article 233-20.7 (parelles matrimonials), on es parla de prestació compensatòria, inexistent en els casos de parelles no matrimonials, on es tracta d'una prestació «alimentària».

## 8. DISPOSICIONS TRANSITÒRIES

Les disposicions transitòries tercera (parelles matrimonials), en el seu punt 3, i la quarta (parelles no matrimonials), en el seu punt 5, preveuen la possibilitat de modificació contenciosa de mesures anteriors **sense canvi de circumstàncies** i sense termini des de la vigència de la norma. L'única mesura possible en aquestes condicions que afecta a l'habitatge familiar és la substitució de l'atribució d'ús per l'abonament d'una prestació dinerària. *Inclusio unius, exclusio alterius*: les demés novetats en matèria d'habitatge només poden ser demanades si ha hagut un canvi de circumstàncies des de la resolució dictada sota el Codi de família, o sota l'anterior règim legal, el Codi Civil estatal. Resta sempre possible la modificació convencional sense canvis de circumstàncies.

En podem enumerar les modificacions:

- Sense canvi de circumstàncies, substitució per
  - una prestació dinerària mensual
 o l'augment de la pensió alimentària o compensatòria  
 o una quantitat alçada: càlcul fins a la majoria d'edat dels fills, termini de l'atribució o termini de pensió compensatòria
- Sense canvi de circumstàncies, es defensable que es pugui canviar l'obligació de pagament de l'IBI.
- Sí serà possible, amb pacte o canvi de circumstàncies:
  - La substitució per l'ús d'un altre habitatge (article 233-20.6)
 La limitació en atribucions indefinides  
 La distribució de l'ús, amb guarda compartida / distribuïda (article 233-20.3.a)  
 L'atribució temporal després de la majoria d'edat dels fills, per necessitat previsible (article 233-20.3.c)  
 La pròrroga de l'atribució temporal per necessitat previsible  
 L'atribució temporal al més necessitat, si el custodi té mitjans (article 233-20.4)  
 L'atribució de l'ús d'un altre habitatge (article 233-20.6)  
 L'extinció si el custodi té mitjans (article 233-21.1.a)  
 L'extinció o limitació per millora / empitjorament (article 233-24.2.a)  
 L'extinció per matrimoni o convivència marital del beneficiari, si no hi ha fills menors (article 233-24.2.b)
  - El canvi d'obligacions per raó de l'habitatge.

La modificació de les mesures adoptades sota la vigència del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, inclosa la substitució per una prestació dinerària, només poden ser modificades **amb canvi de circumstàncies** (article 233-7).

## II. LA PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA I L'ALIMENTÀRIA

### 1. PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA

#### 1.1. Concepte i supòsits

L'article 233-14.1 introdueix dues novetats en el supòsit de la prestació *inter vivos*, a més de la denominació, vinculada a la forma de pagament. El primer és que, de forma expressa, vincula la prestació a la ruptura de la convivència. No és una novetat conceptual, perquè la jurisprudència ja ho deia, però està bé que el text legal ho digui. Aquesta vinculació expressa, posada en relació amb el termini d'un any previst per a la reclamació en el cas de mort de l'eventual deutor, pot ser la base per a considerar que no hi ha dret a la prestació si la separació de fet ha durat més d'un any.

La segona novetat és també la menció expressa de la prelación del dret alimentari dels fills. Relacionada amb l'article 233-18.2 (modificació), està clar que són prioritaris els aliments dels fills comuns, dels nous fills i dels anteriors fills de l'obligat al pagament de la prestació compensatòria. L'article 231-5.2 (despeses familiars) no ens pot portar a considerar prioritaris els aliments dels fills del nou cònjuge o convivent que viuen amb l'obligat a pagar la prestació; l'obligació alimentària prioritària és dels seus progenitors. Atesa la segona part de l'article 233-4.1, també són prioritaris els aliments tant dels fills majors dependents que viuen amb el deutor com els que viuen amb el creditor de la prestació compensatòria.

L'article 233-14.2 introdueix l'altra novetat, la prestació compensatòria en cas de mort de l'eventual deutor, ja sigui abans del plet matrimonial, ja sigui durant el plet. Si no s'ha iniciat el plet, o considerem que el plet s'extingeix per la mort d'uns dels litigants, cal tenir en compte dos terminis: un any com a màxim des de la separació de fet, i tres mesos des de la mort. Si no s'havien separat de fet, no pot haver prestació compensatòria sinó drets viduals (inclòs l'any de viduïtat de l'article 231-31). El *dies a quo* dels tres mesos, per tal d'evitar l'ocultació fraudulenta de la mort per part dels hereus, cal fixar-lo en el moment de coneixement per part de l'eventual creditor.

Els aspectes processals plantegen varies qüestions. Els legitimats passius de la reclamació, quan la mort hagi estat abans de l'inici del plet matrimonial, seran els hereus del difunt. El procediment ha de ser un declaratiu ordinari i la competència pot no ser dels jutjats especialitzats en família, segons hagin estat les normes de creació del jutjat i siguin les normes de repartiment del partit judicial. No seran mai competents els jutjats de violència sobre la dona, malgrat l'amplitud del article 87 ter.2.d) LOPJ, perquè si el difunt era imputat en el procediment penal, la responsabilitat penal s'haurà extingit i, en no donar-se el requisit de l'article 87 ter.3.c) LOPJ, no hi ha atracció de competència civil; si la difunta era víctima, no es donarà el requisit de l'article 87 ter.3.b) LOPJ, amb la mateixa conseqüència.

Si la mort del demandat/reconvingut es produeix durant el plet matrimonial, hi ha dues possibilitats processals, de les quals l'article 233-14.2 només cita una (en condicional). Si considerem que el plet s'extingeix per la mort d'uns dels litigants, estem en un supòsit, de fet, igual que el de mort



sense plet. Però l'any de separació de fet caldrà comptar-lo fins la demanda que queda sense efecte, o, el que és el mateix, considerar que la separació provisional no hi compta; altrament, si el plet ha durat més d'un any, la ruptura de la convivència de més d'un any impediria l'acció contra els hereus.

La segona tesi és que la mort del demandat/reconvingut no extingeix el procediment matrimonial perquè es pot articular la substitució processal prevista a l'article 16 LEC, atès que l'obligació de pagament d'una prestació compensatòria es trameta als hereus,<sup>8</sup> precisament en virtut de l'article 233-14.2. Aquí també el termini d'un any serà anterior a la demanda i els tres mesos seran per tal que el demandant/reconvingent demani l'aplicació de l'article 16 LEC.

Els hereus demandats, però també el demandant, podran fer ús de la substitució per un capital de la pensió compensatòria inicialment reclamada. No regirà, excepcionalment, la prohibició de *mutatio libelli*, perquè seria contrari a l'economia processal, ja que la substitució seria inevitable en tot cas en execució de sentència o en un plet de modificació (declaratiu ordinari), segons l'article 233-19.2.

També he fet esment, parlant de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, de la possibilitat de substitució, total o parcial, de la pensió compensatòria amb l'atribució temporal de l'ús de l'habitatge. No hi ha cap dubte sobre la possibilitat de pacte entre el cònjuge supervivent i els hereus de l'altre, titulars (totalment o parcialment) *mortis causa* de l'habitatge. Si és certa la premissa que preferim (punt I.5. *supra*), com l'ús de l'habitatge per més necessitat no es podria demandar *post mortem*, tampoc no es podria demanar la substitució de la pensió per l'atribució de l'ús.

## 1.2. Criteris de quantificació

Vàries són les novetats que l'article 233-15 introdueix en comparació a l'article 84.2 CF.

La primera és la introducció, juntament amb la consideració de la compensació per raó del treball, de les atribucions derivades de la liquidació d'altres règims econòmics matrimonials (article 233-15.a)). Efectivament, sent diferents els moments de determinació del règim econòmic matrimonial i de la legislació aplicable a les mesures (matrimoni i demanda, respectivament), no és infreqüent l'aplicació de la legislació catalana al divorci d'un matrimoni que s'ha regit per la societat de guanys, o d'altres. L'article 233-15.a) incorpora la jurisprudència nova sobre aquest tema de les SSTS de 19-1-10 i 24-11-11.

Quant als criteris que miren la realitat passada, la manera de distribuir les tasques familiars i altres decisions (deixar els estudis, etc.) només han de ser considerades en la mesura en què minven la possibilitat d'obtenir ingressos futurs. Els efectes en el passat ja han estar valorats per a la compensació per raó del treball segons l'article 232-5.3.

La durada de la convivència, com a criteri, duplica l'article 232-5.3 i fa encara més important el criteri de l'article 233-15.a).

8 La qual cosa fa qüestionable que sigui una obligació personalíssima, com la qualifica la STSJ de 26-7-1999.

Les perspectives econòmiques futures, edat i estat de salut no són novetat però sí ho és l'atribució de la guarda dels fills comuns (article 233-15.c)), que pot minvar la capacitat d'ingressos.

Les noves despeses familiars del deutor, previstes a l'article 233-15.e), no solament inclouen els aliments dels nous fills sinó del propi deutor en deixar l'habitatge familiar, si és el cas, i haver de procurar-se un nou habitatge. Cal recordar la preferència dels aliments (article 233-14.1).

Encara que l'article 233-15 no inclou, com l'article 84.2.e) CF, «qualsevol altra circumstància rellevant», els criteris quantificadors no poden ser interpretats com a *numerus clausus*, ja sigui perquè la realitat és molt complexa i variada, ja sigui perquè en trobem un altre criteri, ja comentat, a l'article 233-20.7 (atribució de l'ús de l'habitatge).

### 1.3. Pagament

El **pagament en béns** d'una prestació compensatòria alçada implica la necessitat de càlculs actuuarials, sobretot en vista dels criteris quantificadors b) —minva de la capacitat d'obtenir ingressos— i c) —edat, salut i custòdia— de l'article 233-15. El mateix cal dir del **pagament en diners** d'una quantitat alçada.

En cas de pagament en béns, ja no s'esmenta la possibilitat de pagament de béns **en usdefruit**, com feia l'article 85.2 CF. La llibertat de criteris fa que no s'hagi d'excloure. Del pagament amb l'ús de l'habitatge, ja n'hem parlat.

Coherentment al que hem dit abans (§ 1.2), en cas de mort del deutor, no es podrà pagar la pensió mantenint o prolongant l'atribució de l'ús de l'**habitatge familiar** atribuït per més necessitat del beneficiari, tret de pacte entre el beneficiari i els hereus del deutor de la pensió.

Com estem en una **matèria rogada**, la modalitat ha de ser sol·licitada per una de les parts o ha de ser pactada. Contràriament al què preveia l'article 85.2 CF, ara tant el deutor com el creditor podem demanar la modalitat. L'autoritat judicial té llibertat de criteri (degudament fonamentat) per determinar la modalitat. La norma subratlla el criteri de la composició del patrimoni i els recursos del deutor; òbviament, és freqüent que el patrimoni sigui important però no el numerari disponible. Les raons per demanar el pagament en béns o diners poden referir-se a un dels cònjuges, a petició d'altre, com per exemple l'activitat econòmica d'alt risc del deutor. També hi ha circumstàncies del cònjuge creditor que han de ser ateses: necessitat per iniciar un negoci, per exemple.

Determinades circumstàncies poden justificar el pagament en part en béns o capital i en part com a pensió.

El pagament en béns o capital aproxima la prestació compensatòria, en la realitat pràctica, a la compensació econòmica per raó del treball, però conceptualment són diferents i mantenen la seva raó de ser, tot i que cal extremar la cura d'evitar duplicitat compensatòria (article 233-15.a)).

El **pagament ajornat** d'una prestació compensatòria en forma de capital és possible, segons l'article 233-17.2, a petició del deutor. Lògicament el creditor no estarà interessat a demanar el pagament en terminis. Igual que en l'article 232-8.2, el termini màxim és tres anys i hi ha meritació d'interessos legals. La

introducció de terminis aproxima la prestació en forma de capital a la prestació en forma de pensió, però les diferències són importants. La pensió, encara que limitada en el temps, pot ultrapassar els tres anys; la prestació en forma de capital, a terminis o ajornat, no està subjecte a les causes d'extinció de l'article 233-19, ni de modificació de l'article 233-18, i la prestació en forma de capital no sembla que doni dret a la pensió de viduïtat segons l'article 174.2 de la Llei general de la Seguretat Social (reformada per la llei 4/2007), que només preveu la pensió que s'hagi extingit per mort del deutor, de l'article 97 del Codi Civil estatal, que també preveu la prestació única o alçada.<sup>9</sup>

La **forma de pensió** (article 233-17.3) no difereix del previst ja a l'article 85.1 CF: en diners i per mensualitats avançades. Tampoc les garanties i criteris d'actualització, sempre a petició de part, han variat respecte a l'article 84.4 CF.

La **temporalitat** de la pensió, introduïda ja al CF, article 86.1.d), ha passat a ser el criteri general, tot i que l'article 233-17.4 fa possible, excepcionalment, el caràcter indefinit. Hem de repetir aquí el dit sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge: indefinit no vol dir ni vitalici ni immune a les causes d'extinció.

## 1.4. Modificació

L'article 233-18 contempla la **modificació a la baixa** de la pensió compensatòria, per millora del creditor i empitjorament del deutor, però no a l'inrevés, com a conseqüència del propi concepte compensatori, és a dir la prolongació de la solidaritat matrimonial més enllà de la ruptura referida al moment d'aquesta. La solidaritat no atansa les variacions econòmiques posteriors a la ruptura.

Hi ha un altre precepte que al·ludeix a la modificació de la pensió. És l'article 232-10 (compatibilitat de compensació econòmica per raó del treball i pensió compensatòria), que preveu la necessitat de tenir en compte la compensació per a fixar o modificar la pensió. És de difícil integració i comprensió la previsió de modificació. Si tenim en compte que la compensació econòmica només es pot fixar en el primer plet matrimonial (article 232-11.1), sense possibilitat de modificació posterior, i que la pensió compensatòria també s'ha de fixar en el primer plet i només es pot mantenir, rebaixar o suprimir en un segon plet, és difícil imaginar com influirà la compensació en la modificació de la pensió. Potser el legislador està pensant en supòsits on un empitjorament molt limitat del deutor o una millora també molt limitada del creditor justificaran la modificació a la baixa de la pensió si la compensació va ser important.

També l'article 233-21.2 parla de la pensió compensatòria i en preveu l'**adequació a l'alça**. En realitat no es tracta d'una modificació, sinó d'una aplicació específica de l'article 233-7.2 (previsió de canvi de circumstàncies futures): durant l'ús pacífic de l'habitatge de tercers la pensió és una i en cas de desnonament la quantia es veu augmentada per a compensar el cost d'un nou habitatge del beneficiari de la pensió. La referència específica a l'article 233-21.2 (i no pas també a l'article 233-21.1) i l'excepcionalitat d'aquest augment

---

<sup>9</sup> Encara que la pensió de la seguretat social sí és viable per al cònjuge de bona fe, en cas de nul·litat, si ha rebut la indemnització de l'article 98 CC.

de pensió compensatòria fan que pensem que, si no es preveu en el moment de la fixació inicial de la pensió, el desnonament no pot donar lloc a l'augment, com passa amb qualsevol altra circumstància d'empitjorament econòmic del beneficiari de la pensió.

L'article 233-18 insisteix en la prioritat dels aliments de tots els fills, anteriors i posteriors a la fixació de la pensió compensatòria. Es recull així el criteri jurisprudencial més assenyat de la possibilitat de reducció de la pensió si la capacitat econòmica del deutor no li permet atendre degudament els fills tinguts amb una posterior parella. Les noves despeses familiars del deutor també han d'incloure les necessitats d'habitatge propi si el seu cost és proporcional al seu nivell d'ingressos.

És clar que els **hereus del deutor** també poden al·legar la millora de la situació econòmica del creditor de la pensió compensatòria per a reduir-la. No poden ser de pitjor condició que el seu causant. Quant a l'empitjorament de la part deutora, el Codi civil no té un precepte equivalent a l'article 86.2 CF, on es preveu la reducció o extinció de la pensió a petició dels hereus del deutor quan el cabal hereditari no pugui suportar la pensió. L'absència d'un article equivalent en el nou text legal no pot significar la impossibilitat d'aquesta reducció, també per aplicació als hereus de les mateixes bases de reducció que a un ex cònjuge vivent.

Sí que preveu el nou codi a l'article 233-19.2 la capitalització, implícitament amb criteri reductor respecte a les expectatives de meritació futura de la pensió (càlcul actuarial), quan l'herència no pot suportar la pensió. S'ha d'entendre tant el volum de béns com (com diu l'article 86.2 CF) la rendibilitat dels béns, i l'afectació a la llegítima ha de ser un criteri cabdal. Curiosament, tractant-se d'una modificació i no pas de l'extinció de la pensió, la previsió està a l'article 233-9 (extinció) i no al 233-18 (modificació). També pot demanar la capitalització el creditor, que pot estar interessat en assegurar-se la seva prestació de cop.

El **procediment** haurà de ser un declaratiu ordinari, no pas un verbal de família, ja que no està previst a l'article 748 LEC. No escau fer la substitució en execució, quan en un cas entre els ex cònjuges la llei remet a la modificació de mesures (disp. tr.3<sup>a</sup>.3). La competència del declaratiu pot no ser dels jutjats de família, segons siguin les normes de repartiment.

Si es tracta d'una prestació compensatòria en capital o béns, encara que sigui a terminis o ajornada, es tractarà d'un deute hereditari normal.

També hem de contemplar la **modificació de la forma de pagament *inter vivos***. Tret de la substitució de les pensions fixades segons la legislació anterior (disp. tr. 3<sup>a</sup>.3), que no necessita canvi de circumstàncies, la modificació de les pensions establertes d'acord amb la nova normativa necessita un canvi de circumstàncies que la justifiquin, i caldrà sempre cuidar que la substitució per béns o capital no supòsi un augment. Atès que les pensions han de ser normalment limitades en el temps, la cosa no és difícil, amb els ajustos financers adients. Si la pensió és indefinida, el càlcul és més difícil.

Com que les prestacions compensatòries en forma de béns o capital no poden ser modificades, no podran passar a ser pensions mensuals. Sí podem imaginar la modificació del pagament en capital introduint-hi terminis,

màxim de tres anys i meritació d'interessos, si el deutor justifica la necessitat sobrevinguda.

### 1.5. Extinció

Les causes d'extinció de l'article 233-19.1, que com hem dit només afecten la forma de pensió, no difereixen de les contemplades a l'article 86.1 CF, tret de la declaració de mort del creditor, que cal suplir al nou text com a equivalent a la mort.

Ja hem comentat l'article 233-19.2, sobre transmissió de l'obligació als hereus del deutor, que no preveu l'extinció, contràriament al que feia l'article 86.2 CF. Cal considerar que si l'herència no pot pagar la pensió, s'ha d'aplicar *mutatis mutandis* l'article 233-19.1.a). De fet, totes les causes de l'article 233-19.1 poden ser invocades pels hereus, com podria el seu causant.

### 1.6. Disposició transitòria

Com hem vist, la substitució per béns o capital de la pensió compensatòria establerta segons l'anterior legislació no necessita canvi de circumstàncies, segons la disposició transitòria 3<sup>a</sup>.3, i es tramita pel procediment de modificació de l'article 775 LEC. Qualsevol altre modificació de mesures anteriors o posteriors a la nova llei, inclosa la substitució per béns o capital de les pensions fixades segons la nova legislació, necessita l'acreditació de canvi de circumstàncies.

El difícil punt 2 de la mateixa disposició transitòria 3<sup>a</sup> dona clara cobertura a l'aplicació del article 86.2 CF (mort del deutor) per a les pensions fixades a l'empara de l'anterior legislació. Però si és encertada la tesis que hem mantingut abans, sobre modificació i extinció de la pensió a càrrec de l'herència, l'efecte pràctic és nul, perquè també la nova legislació permet la modificació i extinció tant de les antigues com de les noves pensions.

## 2. PRESTACIÓ ALIMENTÀRIA

La prestació alimentària és conceptualment diferent a la compensatòria. El seu nom n'és l'indicador. La diferència no és tant la contraposició aliments / reequilibri o compensació (que subratllen sentències com la STSJC de 9/5/2005), sinó el límit superior de la seva quantificació. Efectivament, la part baixa de la pensió alimentària i la de la pensió compensatòria, en aquesta si el beneficiari no té mitjans de subsistència propis, són igualment alimentàries. Això justifica tant l'article 234-10.2 com l'article 233-16.2, que prohibeixen la renúncia fora de conveni quan afecta les necessitats bàsiques.<sup>10</sup> En la part alta apareix la diferència, perquè malgrat tenir recursos propis de subsistència un ex cònjuge pot rebre una pensió compensatòria, però no pas la pensió alimentària un ex convivent. Fins i tot la diferència a la part alta de

<sup>10</sup> La pensió compensatòria també està assimilada, amb algunes limitacions, amb els aliments als efectes dels instruments internacionals, com el Reglament CE/4/2009, el Protocol de La Haia de 23 de novembre de 2007 i el Conveni de La Haia de 23 de novembre de 2007.

ambdues pensions queda difuminada amb l'adverbi «adequadament», que farà augmentar les necessitats bàsiques en funció del nivell de vida que la parella estable hagi tingut fins a la ruptura.

Com en l'article 14 de la Llei d'unions estables de parella, els requisits són que la convivència hagi minvat la capacitat del sol·licitant d'obtenir ingressos (aplicable a parelles amb fills o sense) o que la guarda dels fills comuns minvi aquesta capacitat. El primer requisit es refereix al temps de convivència i el segon, a la situació després de la ruptura. El que l'article 234-10.1 configura com a requisits per a la pensió alimentària, l'article 233-15. b) i c) ho recull com a criteris de quantificació de la pensió compensatòria, accentuant així la coincidència quant a les necessitats bàsiques.

El que hem dit sobre l'article 233-14.2 el donem aquí per reproduït, *mutatis mutandis*, sobre l'article 234-10.3 (reclamació als hereus).

El pagament també pot ser en forma de pensió o de capital. El fet d'ometre l'article 234-11.1 el pagament en béns no s'ha d'interpretar com impeditiu d'aquesta possibilitat, perquè l'article 234-11.2 remet *in totum* a l'article 233-17 si no hi ha acord quant a la forma de pagament.

La durada de la meritació de la pensió alimentària també és limitada, però el legislador —com abans en la Llei de unions estables— ja fixa directament uns terminis, tres anys o la durada de la custòdia del fills comuns per part del beneficiari de la pensió, si l'ha motivada.

Contràriament a la pensió compensatòria *inter vivos*, el legislador, a l'article 234-13, explicita que el dret a la pensió alimentària **prescriu** a l'any, a comptar des de l'extinció de la parella.

En la resta d'aspectes, inclòs el règim transitori, hi ha perfecte paral·lelisme amb la pensió compensatòria.

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

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA  
Catedràtic de Dret Civil  
Universitat Rovira i Virgili

I. INTRODUCCIÓ. 1. Règim de separació i desigualtats patrimonials. 2. La introducció a Catalunya de la compensació econòmica per raó de treball com a mecanisme reparador de la desigualtat patrimonial: l'art. 23 CDCC. 3. L'evolució de la compensació econòmica per raó de treball i la seva problemàtica. II. EL FONAMENT DE LA COMPENSACIÓ. 1. L'enriquiment injust com a fonament de la compensació en els precedents del llibre segon: arts. 23 CDCC i 41 CF. 2. La configuració de la institució en el CCCat. III. REQUISITS PER A TENIR DRET A LA COMPENSACIÓ. 1. La contribució substancialment superior al treball per a la casa. 2. L'increment patrimonial superior. 3. Els requisits per a la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge. IV. LA QUANTIA DE LA COMPENSACIÓ. 1. La fixació de la participació. 2. L'augment del percentatge de la participació en cas de contribució «notablement» superior. V. IMPUTACIÓ I PAGAMENT. VI. CONCLUSIONS.

## I. INTRODUCCIÓ

### 1. RÈGIM DE SEPARACIÓ I DESIGUALTATS PATRIMONIALS

No són encara pocs els matrimonis en els que només un dels cònjuges exerceix una activitat lucrativa. De vegades voluntàriament, perquè els cònjuges decideixen que un d'ells s'encarregui del treball per a la casa i de l'atenció als fills. Però cada cop més també de manera forçosa, per la dificultat d'accedir o romandre al mercat laboral.

En aquests casos en què un sol dels cònjuges guanya diners, sorgeix la qüestió de com queda la situació patrimonial de l'altre quan cessa la convivència, ja sigui per una crisi matrimonial, o per la mort del cònjuge «ric». No tots els règims econòmics matrimonials ofereixen una solució satisfactòria per al cònjuge «pobre».<sup>1</sup> Si el règim és de comunitat, actual o diferida, els guanys obtinguts per cada cònjuge durant el matrimoni, o ja són de tots dos (art. 1344 CCEsp per a la societat de ganancials i 232-31 CCCat per al règim de comunitat de béns), o es reparteixen en extingir-se el règim (art. 232-13 CCCat per al règim de participació). Els règims de comunitat tenen la virtut d'afavorir la solidaritat entre els cònjuges, i s'avenen més amb la comunitat d'interessos inherent al matrimoni (art. 231-2 CCCat), per bé que no discriminen, a l'hora

<sup>1</sup> Utilitzem les expressions «cònjuge ric» i «cònjuge pobre» per referir-nos al cònjuge que exerceix una activitat lucrativa i al que treballa per a la casa, respectivament, tot i que, com es veurà al llarg del treball, segurament no és l'expressió més precisa.

de la liquidació del règim, si el cònjuge «pobre» ho és o no precisament pel fet de dedicar-se a la casa.

En canvi, si el règim és de separació de béns, ni els guanys es fan comuns, ni hi ha un dret a participar en els guanys de l'altre. Per això, s'han buscat mecanismes que permetin corregir la situació en què queda, moltes vegades de manera injusta, el cònjuge «pobre». En aquesta línia, la Resolució núm. 37/1978, de 27 de setembre, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre la «Igualtat dels esposos en el Dret Civil», va establir al seu art. 14 que els Estats es comprometien a assegurar que en el règim legal de separació de béns els esposos tinguessin, en cas de divorci o d'anul·lació del matrimoni, el dret d'obtenir una part equitativa de béns del seu consort, o una suma indemnitzatòria que els recompensés de tota desigualtat financera apareguda durant el matrimoni.

## 2. LA INTRODUCCIÓ A CATALUNYA DE LA COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL COM A MECANISME REPARADOR DE LA DESIGUALTAT PATRIMONIAL: L'ART. 23 CDCC

A Catalunya, els inconvenients apuntats del règim de separació de béns s'han fet més evidents per la seva condició de règim legal supletori de primer grau. Per tal de solucionar-los, i tal com ja havia fet el Codi civil espanyol a la reforma de 1981 (art. 1438.fin), el Legislador català va iniciar els treballs per oferir un mecanisme compensador per al cònjuge que durant la convivència s'havia dedicat al treball domèstic.<sup>2</sup> Un primer avantprojecte, redactat l'any 1989, regulava un règim de participació en els guanys que existiria tant per pacte, quan així s'hagués acordat en capítols, com *ex lege*, quan es dictés sentència ferma de separació, nul·litat o divorci.<sup>3</sup> Un any més tard es va presentar un segon avantprojecte,<sup>4</sup> que preveia la possibilitat d'atribució judicial d'un dret de participació en els guanys obtinguts durant el matrimoni quan el règim de separació s'extingia a conseqüència d'una crisi matrimonial.<sup>5</sup>

2 A la Comunitat Valenciana, la Llei 10/2007, de 20 de març, de Règim Econòmic Matrimonial Valencià, després d'establir a l'art. 6 que el règim supletori és el de separació de béns, preveu als arts. 13 a 15 el pagament d'una «compensació per al treball domèstic i assimilats», en els que lliga clarament aquesta contribució amb el deure de contribució a les càrregues familiars. En canvi, a la Compilació de les Illes Balears, on el règim legal supletori també és el de separació de béns (art. 67 CDCIB), no es preveu cap compensació per al cònjuge que treballa per a la casa.

3 Avantprojecte que va ser redactat per la Comissió Jurídica Assessora i aprovat pel Ple de la Comissió el dia 22 de febrer de 1989.

4 La comissió, nomenada pel Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, estava integrada pel notari Josep Ma. Puig Salellas, l'advocat Josep Delfí Guàrdia Canela, i els professors de dret civil Antoni Mirambell i Abancó i Anna Casanovas Mussons.

5 L'art. 25 de l'avantprojecte deia que «[i]nstat un procediment de nul·litat, divorci o separació de matrimoni en règim de separació de béns *qualsevol dels cònjuges podrà demanar una indemnització consistent en un dret de participació en els guanys obtinguts pel consort des de la celebració del matrimoni fins al cessament de la vida en comú*».



L'esmentat avantprojecte no va rebre una acollida gaire favorable, i va quedar arraconat fins a la següent legislatura, en la que, en el marc d'una llei de reforma de les relacions patrimonials entre cònjuges, es va introduir a la Compilació un precepte, l'art. 23 CDCC, que, en el seu primer apartat, deia el següent: «El cònjuge que, *sense retribució o amb una retribució insuficient, s'hagi dedicat a la casa o hagi treballat per a l'altre cònjuge tindrà dret a rebre d'aquest, quan s'extingeixi el règim per separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni, una compensació econòmica, si per raó del dit defecte retributiu s'ha generat una situació de desigualtat entre el seu patrimoni i el de l'altre cònjuge*». S'aprecia, doncs, com la compensació econòmica per al cònjuge «pobre» no procedia sempre, sinó només en els casos en què, pel seu treball per a la casa o per a l'altre cònjuge, s'hagués fet «mereixedor» d'ella.

### 3. L'EVOLUCIÓ DE LA COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL I LA SEVA PROBLEMÀTICA

L'art. 23 CDCC va oferir, doncs, una regulació força equitativa de la compensació, en concedir-la no de manera indiscriminada, sinó exigint una sèrie de requisits per a tenir-hi dret. Però per això mateix, es van generar molts dubtes a l'hora de la seva aplicació pràctica.

L'esmentat precepte requeria determinar, en primer lloc, quan es tenia el dret a la compensació, per la qual cosa calia aclarir, entre d'altres qüestions, si el treball per a la casa havia de ser exclusiu o no, o si en el cas que el fessin tots dos cònjuges s'excloïa o no la compensació. I si s'arribava a la conclusió que sí existia el dret a la compensació, sorgia el no menys important problema de determinar la seva quantia, atès que no estava clar si la compensació havia de consistir en una participació, fixa o variable, en els guanys de l'altre, si s'havia de calcular en funció del valor dels treballs prestats, o si s'havia de tenir o no en compte el fet que el treball domèstic constituïa una forma de contribuir a les càrregues familiars. L'art. 23 CDCC va donar lloc a un ampli debat, tant en la doctrina com en la jurisprudència, amb pronunciaments no sempre coincidents.

Amb l'aprovació, l'any 1998, del Codi de Família (arts. 41 i 42), calia esperar que molts dels dubtes que havien sorgit arran de la breu regulació de l'art. 23 CDCC fossin aclarits. Però no va ser així, sinó que la incertesa va seguir. Si bé és cert que respecte a determinades qüestions es va anar consolidant una certa línia jurisprudencial, no ho és menys que aquesta mateixa jurisprudència, per tal de gaudir d'una major flexibilitat i poder adoptar en funció de les circumstàncies la solució més justa per a cada cas concret, no es va mostrar mai partidària d'una reglamentació per via de percentatges, taules i aranzels.

L'aprovació del llibre segon CCCat constituïa una altra oportunitat per fer una nova regulació de la institució que oferís una major seguretat i resolgués alguns dels dubtes que encara es plantejaven. Tal com assenyalava el Preàmbul de la llei 25/2010, del 29 de juliol, que va aprovar el llibre segon del CCCat, una de les novetats més importants d'aquest llibre segon és que es fa «[...] una regulació més completa i acurada de la compensació econòmica per raó de

treball per a la casa o per a l'altre cònjuge». Segueix dient el Preàmbul que «[...] fins ara, l'aplicació de la compensació econòmica per raó de treball ha generat força problemes a causa, fonamentalment, de la migradesa de la regulació, cosa que ha comportat que a la pràctica hagi esdevingut un *factor de difícil predicció, atès l'elevat marge de discrecionalitat en mans de l'autoritat judicial*. S'ha estimat necessària una intervenció legislativa que proporcioni unes pautes normatives més clares i unes regles que facilitin la determinació de la procedència i el càlcul de la compensació». Que la compensació ha generat força problemes és un fet indubtable, com ho demostren l'elevat nombre de litigis a què ha donat peu. Que la migradesa de la normativa que ha regulat la matèria ha facilitat aquesta elevada conflictivitat també és possiblement cert, si bé caldria afegir també que això ha vingut agreujat per la manca d'una jurisprudència del tot uniforme i consolidada. És cert també que la nova regulació aclareix alguns dels dubtes als que la regulació dels arts. 41 i 42 CF donava lloc; si comparem la regulació del CF, amb dos articles, i la del llibre segon, amb set articles (arts. 232-5 a 232-11), observem com es resolen alguns dels problemes que el règim anterior plantejava, entre ells per exemple com es calcula l'increment patrimonial que ha obtingut cada cònjuge, o la forma de pagament de la compensació. Però, malgrat tot, la nova regulació no ha resolt totes les qüestions conflictives que la institució presenta.

Una d'aquestes qüestions conflictives, segurament la que més, és la del fonament de la compensació, qüestió que hauria de ser clau per determinar quan hi ha dret a la compensació, i com s'ha de determinar la seva quantia, i que serà el principal objecte d'estudi del present treball.

## II. EL FONAMENT DE LA COMPENSACIÓ

La compensació econòmica per raó de treball, ja des que es va introduir a la Compilació (art. 23), i també d'acord amb el règim del Codi de Família (arts. 41 i 42), ha anat estretament relacionada amb l'enriquiment injust, que per una bona part de doctrina i jurisprudència s'ha considerat el seu fonament; més discrepàncies hi ha hagut a l'hora de determinar quan es produeix l'enriquiment injust, i respecte a la naturalesa de l'acció per reaccionar-hi. La regulació del llibre segon del Codi civil de Catalunya (arts. 232-5 i ss.) sembla donar un gir radical a la qüestió, atès que ha prescindit de tota referència a l'enriquiment injust.

En aquest apartat s'analitzarà el fonament de la compensació, distingint les dues esmentades etapes: en la primera s'assenyalaran les principals opinions que s'han donat, en la doctrina i la jurisprudència, d'acord amb la normativa de la CDCC i del CF, mentre que en la segona es donarà la nostra visió sobre la qüestió a la llum de la nova regulació del CCCat. Abans, però, cal advertir que no ha estat una tasca gens senzilla la de configurar la institució. Per vàries raons. Per un costat, perquè s'ha barrejat el que és el seu fonament —és a dir, la raó de ser de la figura— amb la seva naturalesa —el mecanisme jurídic d'actuació del dret—. En segon lloc, perquè la institució a la que s'ha conduït la compensació, l'enriquiment injust, es troba mancada de regulació en el

dret positiu,<sup>6</sup> fet que dificulta una delimitació precisa.<sup>7</sup> I, finalment, perquè la compensació per raó de treball es dona no només pel treball domèstic excessiu, sinó també pel treball «professional» per a l'altre cònjuge insuficientment remunerat, circumstància que entorpeix l'establiment d'un règim general.

## 1. L'ENRIQUIMENT INJUST COM A FONAMENT DE LA COMPENSACIÓ EN ELS PRECEDENTS DEL LLIBRE SEGON: ARTS. 23 CDCC I 41 CF

El fonament de la compensació econòmica per raó de treball en la CDCC i en el CF girava entorn l'enriquiment «injust». Però no tothom va interpretar de la mateixa manera aquest concepte. Es poden distingir dues grans línies. Una primera, la inicial, lligava la compensació amb la contribució excessiva a les càrregues del matrimoni; la segona, que va ser la que es va anar consolidant en la jurisprudència del TSJC, donava a l'enriquiment injust un sentit merament nominalista, com a equivalent a injustícia, però allunyat del sentit tècnic de la institució.

### 1.1. L'enriquiment injust per la contribució excessiva a les càrregues del matrimoni

Una primera teoria entén que la contribució excessiva a les càrregues del matrimoni produeix un enriquiment injust per a un dels cònjuges, que s'haurà de compensar. I la mesura de la compensació es trobarà precisament en la mesura de l'enriquiment, és a dir, en la quantia de la contribució excessiva. D'aquesta manera, l'enriquiment injust és, per una part, el fonament de la compensació, és a dir, la raó per la qual neix aquest dret; i, per altra, determina la naturalesa de l'acció que es té per a reclamar la compensació, que participa d'algunes de les notes de l'acció de l'enriquiment injust, entre elles la determinació de la seva quantia en virtut de la correlació enriquiment empobriment.

6 La institució s'ha construït per via jurisprudencial i doctrinal. Segons la jurisprudència del Tribunal Suprem, els requisits per a què procedeixi l'acció d'enriquiment injust són els següents: a) l'enriquiment per a una part; b) l'empobriment per a l'altra; c) la relació causal entre empobriment i enriquiment; i d) la falta de causa o de justificació de l'enriquiment i del correlatiu empobriment; a més, cal tenir en compte que es tracta d'una acció subsidiària (entre d'altres, STS 7.12.2011). En la doctrina, vegeu Ferran BADOSA COLL, «Les altres fonts d'obligacions al llibre sisè, en especial l'enriquiment injustificat», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Documenta Universitaria, Girona, 2012, pp. 390 i ss.; i també, del mateix autor, «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», a Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 71-137.

7 I tampoc ha estat precisa la seva denominació. Mentre en els textos legals es parla d'enriquiment «injust», sembla haver-hi un cert consens en què el seu nom correcte és el d'enriquiment «injustificat», expressió que utilitza el llibre VII del DCFR. El qualificatiu d'injustificat al·ludeix més pròpiament a un dels seus requisits, que és la falta de causa que «justifiqui» l'enriquiment de l'un i el correlatiu empobriment de l'altre, i és per tant més precís que el de «injust» que apareix més lligat amb la idea general de justícia.

Aquesta va ser la tesi dominant quan es va introduir la compensació a l'art. 23 CDCC. Tot i que aquest precepte no hi feia cap referència expressa,<sup>8</sup> algunes sentències i certa doctrina ja fonamentava la compensació de l'art. 23 CDCC en la teoria de l'enriquiment injust. La SAB 12.1.1998 parlava d'un «dret a la indemnització per enriquiment injust» de l'art. 23 CDCC, i Bayo Delgado afirmava que «[s]embla que s'està generant una opinió científica coincident sobre la *natura* de la indemnització que preveu l'art. 23. No és altra que una *concreció de l'acció general de l'enriquiment injust* i caldrà aplicar-li tota la jurisprudència creada al respecte».<sup>9</sup>

El Codi de Família ja va parlar explícitament d'enriquiment «injust». L'art. 41 CF establí que el cònjuge que havia treballat per a la casa o per a l'altre cònjuge «sense retribució o amb retribució insuficient» tenia dret a rebre una compensació en el cas que, a conseqüència del dit defecte retributiu, s'hagués generat «una situació de desigualtat entre el patrimoni de tots dos *que impliqui un enriquiment injust*». Aquesta referència explícita a l'enriquiment injust va ser, en general, ben acollida pels operadors jurídics, com es va poder palesar pels informes que algunes entitats jurídiques catalanes havien fet arribar respecte a l'Avantprojecte de Codi de Família.<sup>10</sup> L'informe elaborat pel Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya deia el següent: «És lloable la redacció de l'article 39, que substitueix l'article 23 de la Compilació, quan fa la precisió, del tot necessària, de què la desigualtat de patrimonis ha d'implicar necessàriament un enriquiment injust [...]». En el mateix sentit, l'informe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya deia que «[r]especte a la compensació establerta en aquest precepte es vol remarcar la millora que suposa la referència a l'enriquiment injust donat que *marca un cert criteri pel que fa a la quantificació de la desigualtat generada per l'activitat d'un dels dos cònjuges*». I l'informe dels Jutjats de Família de Barcelona també s'adheria a aquest judici positiu: «La introducció del concepte d'enriquiment injust és bona per *clarificar la naturalesa* d'aquesta indemnització».

La primera sentència que el TSJC va emetre en relació a la compensació —la STSJ 31.10.1998—, va afirmar que la compensació tenia el seu fonament en la doctrina de l'enriquiment sense causa,<sup>11</sup> i considerava que, tot i que hi hagués treball domèstic i desigualtat patrimonial, només hi hauria dret a la compensació si aquesta desigualtat estava propiciada, en tot o en part, per

8 Tampoc no es trobava cap referència a l'enriquiment injust en els seus precedents; la Resolució núm. 37/78, de 27 de setembre, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, i els Avantprojectes de 1989 i de 1990, no exigien ni l'enriquiment injust, ni tampoc el treball per a l'altre cònjuge o per a la família.

9 J. BAYO DELGADO, «Consideracions processals a propòsit de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges», a *Juris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, p. 362.

10 Només el G. P. Popular va presentar una esmena que pretenia la supressió de la referència «que implique un enriquecimiento injusto» (esmena núm. 168; *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* núm. 299, d'11 de juny de 1998, p. 23950).

11 Sentència que encara aplicava el règim de la CDCC: «El art. 23 de la Compilación compara los patrimonios de ambos cónyuges y pretende corregir el enriquecimiento injustificado de uno de ellos como consecuencia del trabajo no compensado del otro [...] La solución adoptada y su fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa tiene precedentes en el Derecho comparado, algunos tan antiguos como la Sentencia dictada en Francia por el Tribunal del Sena el 27 de mayo de 1937 o la del Tribunal de Casación de 10 de julio de 1979».

l'enriquiment injust que suposava el fet que un dels cònjuges hagués contribuït excessivament a les tasques domèstiques.<sup>12</sup>

El sentit que inicialment va donar-se a l'exigència d'enriquiment «injust» estava en la línia del concepte tècnic de la institució, que exigeix un enriquiment per una part, un empobriment per a l'altra, i la falta de causa que justifiqui l'un i l'altre. No n'hi prou amb un treball insuficient remunerat, sinó que cal també que el defecte retributiu no estigui justificat pel deure de contribució a les càrregues del matrimoni. D'acord amb l'art. 5.1 CF, tots dos cònjuges tenien el deure de contribuir a les despeses del manteniment familiar, i el treball no retribuït per a la casa o per a l'altre cònjuge constitueix una forma de contribuir a aquestes despeses. No tot el treball domèstic ha de ser compensable, sinó només aquell que suposa una sobrecontribució a les càrregues familiars, i per tant la quantia de la compensació vindrà donada per l'excés en la contribució a les despeses familiars.<sup>13</sup>

## 1.2. L'enriquiment «injust» derivat de la injustificada desigualtat patrimonial

D'acord amb la redacció de l'art. 41 CF, era lògic que tant la doctrina,<sup>14</sup> com la jurisprudència,<sup>15</sup> exigissin l'enriquiment injust per a què procedís la

12 Tot i que, com veurem seguidament, la jurisprudència del TSJC ha anat apartant-se d'aquesta tesi, la van seguir aplicant algunes sentències d'audiències provincials. Així, la SAP Barcelona, secció 12<sup>a</sup>, 13.9.2007, va declarar que «[l]a desigualtat patrimonial habrà de tener en cuenta el exceso que el cónyuge económicamente más débil aporta después de calcular su contribución a las cargas familiares, como expresa la doctrina científica al interpretar los artículos 5 y 41 del Código de Familia de Cataluña. En realidad el estudio de ambos preceptos nos lleva a la consideración de que la actividad destinada al hogar familiar, o a la colaboración en el trabajo para el otro cónyuge, puede constituir una contribución a las cargas familiares, vía artículo 5 del Código de Familia, o motivo de la constitución de la compensación económica del artículo 41 del Código de Familia si concurre una situación de desigualdad patrimonial generadora de enriquecimiento injusto. Por tal consideración, se ha entendido por la doctrina científica que puede producirse una duplicidad contable por tales actividades, que es preciso evitar entendiendo que el trabajo para la casa, o para la actividad profesional del otro cónyuge, tan sólo genera la compensación económica del artículo 41 del Código de Familia, cuando excede de la obligatoria contribución a las cargas matrimoniales, es decir cuando suponga una especie de sobrecontribución, que además genere una situación de desequilibrio patrimonial motivador de un enriquecimiento injusto».

13 Aquesta tesi hauria d'implicar, per donar sentit a l'art. 41 CF, que no tota sobrecontribució a les càrregues es pogués reclamar, sinó només aquella contribució excessiva que derivés del treball domèstic. Si hi hagués una acció que permetés reclamar tota contribució excessiva — per exemple, quan un cònjuge ha pagat proporcionalment més que l'altre— no tindria raó de ser l'acció específica que atorgava l'art. 41 CF.

14 Entre d'altres, Josep SOLÉ FELIU, «La compensació econòmica per raó de treball de l'article 41 del nou Codi de Família de Catalunya», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1998, núm. 231 p. 2; Antonio PARA MARTÍN, «El derecho de compensación económica por razón de trabajo», *RJC*, 1999-2, p. 328-330; i Enric BRANCÓS NÚÑEZ, *Jornadas sobre el Código de Familia i la Ley de Uniones Estables de Pareja. Libro Homenaje a la Memoria de Luis Enrique Barberà Soriano*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 243, qui parlava de la compensació com a «mitjà rescabador d'un enriquiment injust ja produït».

15 Per exemple, la SAP Lleida 29.10.1999 va denegar la compensació en considerar que no es donaven els dos requisits de l'enriquiment injustificat: l'enriquiment per part del marit demandat, i l'empobriment de l'esposa demandant.

compensació. Però, sobretot a la llum de la jurisprudència del TSJC, va anar evolucionant el sentit que havia de donar-se a la referència a l'enriquiment injust,<sup>16</sup> fins a arribar a desnaturalitzar-lo. Així, es considera que l'enriquiment injust no és un requisit autònom per a què procedeixi la compensació, sinó que és inherent als altres dos requisits que la llei exigeix, el treball excessiu i la desigualtat patrimonial, amb independència de què es produeixi o no una sobrecontribució a les càrregues del matrimoni. S'aparta, doncs, del concepte tècnic d'enriquiment injust. Ja la STSJC 27.4.2000 va criticar el fet que l'art. 41.1 CF afegís «un perturbador inciso entendiendo que la desigualdad entre los dos patrimonios ha de implicar un enriquecimiento injusto», i va interpretar aquest enriquiment injust com una «injustificada desigualdad patrimonial» o, en altres paraules, «que uno quede rico y la otra reste pobre».<sup>17</sup>

Aquesta segona tesi és la que s'ha consolidat en la jurisprudència del TSJC, que ha anat evolucionant fins a considerar que ja no el defecte retributiu, sinó la simple existència de desequilibri suposa per sí mateixa un enriquiment «injust». Va ser ben clara la STSJC 10.2.2003: «[...] el mantenimiento y aumento, en su caso, del patrimonio del esposo -aunque procediera de sus bienes privativos— no hubiera sido posible sin la opción de la esposa, sin la dedicación de ésta a la casa, que propició la dedicación -ésta sí exclusiva— del marido a la consolidación del patrimonio. Con tales premisas resulta inasumible la postura de la Audiencia, que parece situar el enriquecimiento injusto como resultado de una actividad constante matrimonio cuando la Ley lo sitúa como consecuencia de la desigualdad patrimonial, esto es, una vez comparados los patrimonios resultantes de ambos cónyuges [...]». En el mateix sentit, entre moltes d'altres, les STSJC 14.4.2003,<sup>18</sup> 27.2.2006,<sup>19</sup> i 19.11.2009.<sup>20</sup>

16 Vegeu el resum de les posicions de la doctrina que fa Lúdia ARNAU RAVENTÓS, a Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Matilde CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II «La familia en los distintos derechos forales», p. 271, nota 499.

17 Això no obstant, hi ha algunes sentències que no són tan clares. La STSJC 3.4.2007 diu: «[...] la compensació per raó de treball és una compensació pel passat, no de futur, i en lògica conseqüència és que per la seva fixació s'ha de tenir en compte a) que hi hagi una situació de separació, nul·litat o divorci, b) que un dels cònjuges hagi realitzat durant el matrimoni una feina per la casa o per l'altre cònjuge sense retribució o amb una retribució insuficient, c) que la dissolució del règim matrimonial hagi generat una desigualtat patrimonial evident comparant les masses i d) que aquesta desigualtat impliqui un enriquiment injust (STSJC núm. 28/2005 de 30 de juny). També a la STSJC núm. 8/2006 de 27 de febrer hem dit que als efectes de reconèixer el dret, el Tribunal haurà d'analitzar les circumstàncies personals i professionals dels cònjuges, l'espai de dedicació de cada un d'ells a les feines no retribuïdes, o, el que és el mateix al grau de pèrdua de l'oportunitat econòmica i, sobretot «el monto de la desigualdad patrimonial mediante la comparación de las dos masas y la situación restante al momento de la ruptura de la convivencia».

18 «La relación entre art. 41 y el 5.1, ambos del Codi, es artificial y sólo se sostiene por la literalidad de sus términos. La contribución a las cargas constante matrimonio y la equiparación económica en el momento de la crisis, obedecen a principios y finalidades distintas. La primera es propia del régimen de separación de bienes (significativamente, véase art. 1.438 del Código civil), la segunda es un correctivo del régimen, a aplicar en el momento de su disolución».

19 «[...] L'enriquiment injust es dona quan s'ha produït la pèrdua d'oportunitat en el cònjuge que ha optat per la dedicació a la llar o per la situació laboral defectiva; pèrdua d'oportunitat que seria el factor suport que vindria d'alguna manera a substituir al concepte d'empitjorament que ha de qualificar el desequilibri».

20 Que, resumint la doctrina de sentències anteriors, va afirmar que «[l]a compensació econòmica per raó de treball neix per a equilibrar en el possible les desigualtats que es puguin generar

Així doncs, la referència a l'enriquiment injust de l'art. 41 CF no deixava de ser més que retòrica. Vigent el CF, no es podia negar que calia un enriquiment injust per a la procedència de la compensació, perquè així ho establí expressament el propi art. 41 CF, però el TSJC va fer una interpretació particular d'aquest concepte, que lligava més amb la idea general de justícia que no pas amb el propi concepte d'enriquiment injust. Es venia a dir que la referència a l'enriquiment injust significava que no era just que un cònjuge quedés ric i l'altre pobre, quan aquesta desigualtat patrimonial derivava del fet que un hagués treballat per a la casa, però s'allunyava del concepte tècnic d'enriquiment injust. En definitiva, segons el TSJC l'enriquiment injust no és un requisit de la compensació, ni tampoc el seu fonament -tret que se li doni un sentit no tècnic, sinó equivalent a equitat i justícia—, ni molt menys es pot dir que l'acció per demanar la compensació participi de la naturalesa de l'acció d'enriquiment injust. I aquesta concepció és, com veurem tot seguit, la que s'ha imposat en el llibre segon CCCat.

## 2. LA CONFIGURACIÓ DE LA INSTITUCIÓ EN EL CCCAT

La referència a l'enriquiment «injust», introduïda per l'art. 41 CF, tot i que inicialment va ser valorada positivament per la doctrina, va acabar sent font de confusió, com ja explícitament ha assenyalat en alguna ocasió el TSJC (per exemple, en l'esmentada STSJC 274.2000). Possiblement per aquesta raó, l'articulat del llibre segon CCCat va prescindir de tota al·lusió a l'enriquiment injust, circumstància que ja suposa una clara declaració d'intencions a l'hora de configurar la compensació per raó de treball.

---

durant una convivència estable quan un dels convivents es dedica a la cura de la llar i dels fills o ajuda en el negoci percebent en tal cas una remuneració insuficient, mentre que l'altre dirigeix i administra el negoci amb l'estalvi -de tot tipus— afegit que suposa la dedicació a la llar; que aquesta compensació per raó de treball intenta impedir o limitar que en cessar aquella convivència, qui ha ajudat i propiciat el manteniment i el desenvolupament del negoci quedi sense la capitalització dels esforços mentre que l'altre retengui l'actiu patrimonial íntegre; es tracta d'aconseguir un equilibri patrimonial just mesurat a l'hora de la crisi de convivència però amb la vista posada en la necessitat de retribuir un treball i un esforç col·lateral però convergent no remunerat o remunerat fins llavors insuficientment. La Sentència de 27 de abril de 2000 ja deia, en termes generals, que sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment a favor de l'altre. La de 21 d'octubre de 2002 afegia que només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa, l'altre ja en resulta enriquit en saber que la casa, i en el seu cas els fills, estan atesos, i que en cap cas es valora si el cònjuge que reivindica la compensació de l' art. 41 ha desenvolupat o no treballs feixucs o penosos. I la de 10 de febrer de 2003 afegia que als efectes de la compensació econòmica de l' art. 41 no és necessari que la dedicació a la casa hagi estat en règim d'exclusivitat perquè això ni ho expressa l'art. 41 ni s'ajusta a la seva finalitat perquè el que la norma tracta de compensar és el treball desinteressat del cònjuge que opta per dedicar-se a la cura de la llar i dels fills i aquesta opció és precisament la que permet a l'altre cònjuge mantenir, i en el seu cas augmentar, el patrimoni conjugal, i seria de tot punt injust que aquesta opció -que beneficia ambdós consorts— derivés en l'enriquiment de l'un i en l'empobriment de l'altre; perquè com diu la de 27 d'abril de 2000, *no es tracta de comparar la situació actual dels cònjuges, sinó de veure si al moment de la liquidació del patrimoni conjugal es produeix una injustificada desigualtat entre ells, perquè havent contribuït ambdós a l'aixecament de les càrregues del matrimoni (en el cas l'esposa de la forma que preveu l' art. 5,1 del Codi de Família) res justifica que després l'un quedi ric, i l'altra resti pobre*.

## 2.1. L'enriquiment injust no és un requisit per a tenir dret a la compensació

El llibre segon CCCat intenta deixar ben clar que l'existència d'un enriquiment injust no és un requisit de la compensació. Ho palesa el fet que es prescindeix de l'exigència de sobrecontribució a les càrregues familiars per tenir dret a la compensació. Així ho assenyala expressament el Preàmbul de la llei 25/2010, quan diu que «la nova regulació abandona tota referència a la compensació com a remei substitutori d'un enriquiment injust», i «prescindeix de la idea de sobrecontribució a les despeses familiars». En conseqüència, la compensació procedirà amb independència de si el cònjuge creditor ha contribuït excessivament o no a les despeses familiars. El treball domèstic prestat pel cònjuge «pobre» pot no cobrir el que li correspon aportar en virtut del seu deure de contribució proporcional a les càrregues familiars de l'art. 231-6.1 i, malgrat això, aquell podrà tenir dret a la compensació si es donen els requisits de treball domèstic substancialment superior, i increment patrimonial inferior. Per tant, ni la sobrecontribució a les despeses familiars és requisit per a tenir dret a la compensació, ni l'import de l'eventual sobrecontribució determina la quantia de la compensació.

## 2.2. L'enriquiment injust no és el fonament de la compensació

La compensació no es fonamenta, doncs, en un enriquiment injust derivat de l'excessiva contribució a les càrregues del matrimoni. Però, es produeix aquell enriquiment per alguna altra causa? Ja hem vist que la darrera jurisprudència del TSJC entenia que hi havia enriquiment injust pel fet que un quedava ric i l'altre quedava pobre a conseqüència d'haver-se dedicat a les tasques domèstiques.<sup>21</sup> I en aquesta mateixa línia, una part de la doctrina considera que el darrer fonament de la compensació continua essent l'enriquiment injust,<sup>22</sup> que en l'ordenament jurídic català, davant la manca de regulació general de la institució, s'aplica com a principi general del dret.

Al meu parer, només es pot parlar d'enriquiment injust en el sentit impropri abans apuntat, com a equivalent al principi general de justícia, principi que no és exclusiu d'aquesta institució sinó que ha d'inspirar tot l'ordenament jurídic. I és que de la regulació que es fa als arts. 232-5 i ss. es desprèn que es podrà tenir dret a la compensació per donar-se els requisits de treball domèstic excessiu i increment patrimonial superior, sense que hi hagi hagut enriquiment; en termes comptables, pot ser que no hi hagi hagut ni enriquiment per a un, ni empobriment per a l'altre cònjuge. El règim legal permet obtenir la compensació tot i que el cònjuge deutor no s'hagi enriquit a conseqüència del treball domèstic de l'altre cònjuge. Ben al contrari, pot ser que fins i tot s'hagi empobrit pel fet que l'altre no ha treballat fora de casa, atès que el matrimoni haurà tingut menys ingressos i per tant el cònjuge «ric» haurà hagut de pagar totes les despeses familiars. I el cònjuge «pobre» pot ser que hagi gaudit d'un nivell de vida durant el matrimoni que no hagués pogut mantenir sinó gràcies

<sup>21</sup> En l'apartat 2.1.2.

<sup>22</sup> Vegeu, en aquest mateix volum, els treballs de Ma. Eugènia ALEGRET i d'Esperança GINEBRA.



al treball «professional» de l'altre. A més, no es pot oblidar que l'eventual desigualtat patrimonial —i per tant el suposat enriquiment— deriva d'un acord de voluntats lliurement acceptat pel cònjuge empobrit. Encara que s'accepti la idea que el règim de separació no és equitatiu en termes de justícia material, i que dóna lloc a un enriquiment per part d'un dels cònjuges, es problemàtic qualificar aquest enriquiment com «sense causa» o «injustificat», atès que no és sinó la conseqüència d'un pacte —expres, si la separació es pacta en capítols, o tàcit, pel fet de no pactar un règim econòmic matrimonial diferent— entre els cònjuges lliurement acceptat.

En la línia que hem apuntat, el Preàmbul de la llei 25/2010 sembla indicar que la compensació no es fonamenta en l'enriquiment injust, quan diu que «[...] la nova regulació *abandona tota referència a la compensació com a remei substitutori d'un enriquiment injust [...]* i es fonamenta, senzillament, en el *desequilibri que produeix entre les economies dels cònjuges el fet que un faci una tasca que no genera excedents acumulables i l'altre en faci una altra que sí que en genera*». Amb aquesta redacció —no del tot precisa, ja que no contempla la possibilitat que tots dos generin excedents acumulables, cas en què també un cònjuge pot tenir dret a la compensació per la seva dedicació «substancialment superior» al treball domèstic—, es pot interpretar que el fonament de la compensació es troba en la voluntat del Legislador de corregir el perjudici econòmic que, quan s'extingeix el règim de separació de béns a conseqüència de la situació de crisi matrimonial (i també per mort d'un dels cònjuges), pot patir aquell dels consorts que s'ha dedicat a la casa més que l'altre, hi hagi o no sobrecontribució a les càrregues familiars. El Legislador considera equitatiu establir un mecanisme que equilibri (parcialment) les economies dels cònjuges quan un d'ells treballa per a la casa substancialment més que l'altre, ja no perquè s'hagi pogut enriquir a costa de l'altre, sinó per donar efectivitat a l'art. 231-2.2.fin, quan diu que els cònjuges han de compartir les responsabilitats domèstiques.

### 2.3. El fonament de la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge

La compensació pot sorgir no només en el cas de treball domèstic excessiu, sinó també quan un cònjuge treballa per a l'altre sense remuneració o amb remuneració insuficient (art. 232-5.2). Quina és la raó d'aquesta equiparació, als efectes de la compensació, entre treball domèstic i treball per a l'altre cònjuge? Són traslladables les afirmacions que hem fet en els apartats anteriors respecte al fonament de la compensació?

D'entrada pot sorprendre l'esmentada equiparació, perquè mentre el treball domèstic és inherent al propi matrimoni, i forma part del seu contingut, com un dels deures dels cònjuges en tot matrimoni (art. 231-2.2), el treball per a l'altre cònjuge és accidental, en el sentit que es pot donar o no, i té un marcat caràcter patrimonial que l'emmarca, més que en l'àmbit de la relació matrimonial, en les relacions laborals i mercantils, como si el treball l'hagués prestat un tercer.

L'equiparació entre treball domèstic i treball «laboral» ja es trobava al Codi de Família, i es podia fonamentar en què el treball domèstic, a l'igual que el

treball «laboral», constituïa una forma de contribuir a les despeses familiars. L'art. 5.1 CF deia que «[e]n la forma que pactin, els cònjuges contribueixen a les despeses del manteniment familiar amb l'aportació pròpia al treball domèstic, amb la seva col·laboració personal o professional no retribuïda o amb retribució insuficient en l'activitat professional o empresarial de l'altre cònjuge, amb els recursos de la seva activitat [...]». En el marc del Codi de Família, si es partia de la tesi que el fonament de compensació era l'enriquiment injust que es produïa per la contribució excessiva a les despeses familiars, era congruent aquesta equiparació entre treball domèstic i treball per a l'altre cònjuge.

Però aquest raonament ja no val per al llibre segon CCCat, perquè, com hem dit, el fonament de la compensació econòmica no es troba en l'enriquiment injust derivat d'una contribució excessiva a les despeses familiars. A més, d'acord amb la normativa vigent, el treball per a l'altre cònjuge ni tan sols es considera una forma de contribuir a les despeses familiars.<sup>23</sup> Tampoc ens serveix com a fonament la voluntat del Legislador de reequilibrar els patrimonis dels cònjuges per l'incompliment de l'obligació de compartir les tasques domèstiques, perquè el treball per a l'altre cònjuge no té aquesta consideració legal. Cal trobar, doncs, un nou fonament que expliqui perquè el treball no remunerat per a l'altre cònjuge dóna dret a la compensació.

El fonament rau en què el cònjuge remunerat de manera insuficient no té la consideració de treballador, sinó de *soci*. Quan es paga al cònjuge la retribució que li pertoca se l'està contractant no com a cònjuge, sinó com un treballador més; en aquest cas, i si no s'estableix altra cosa, la relació professional queda totalment desvinculada de la relació matrimonial. En canvi, si al cònjuge no se li paga pel seu treball, o se li paga menys del que li pertocaria, s'està barrejant la relació professional amb la relació matrimonial, ja que d'altra manera -si no fos cònjuge— no acceptaria no cobrar o cobrar menys del que toca. Quan un dels cònjuges fa un treball per a l'altre sense retribució o amb retribució insuficient, no hi ha una prestació de serveis gratuïta (amb *animus donandi*) ni tampoc neix un dret de crèdit per cobrar una retribució no satisfeta. El que hi ha és una voluntat tàcita de constituir una comunitat matrimonial d'interessos, que el Legislador ha reconegut i ha traduït no en un règim de comunitat, sinó en un règim (especial) de participació en els guanys (separació de béns amb compensació econòmica). El cònjuge ha deixat de ser un «treballador», i ha

23 L'actual art. 231-6.1 CCCat diu que «1. Els cònjuges han de contribuir a les despeses familiars, de la manera que pactin, amb els recursos procedents de llur activitat o de llurs béns, en proporció a llurs ingressos i, si aquests no són suficients, en proporció a llurs patrimonis. L'aportació al treball domèstic és una forma de contribució a les despeses familiars. [...]». S'ha suprimit aquell punt de l'art. 5.1 CF que deia que el treball no remunerat per a l'altre cònjuge era una forma de contribuir a les despeses familiars. Algun autor (Joan MARSAL GUILLAMET, comentari a l'art. 231-6, *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, p. 537) creu que aquesta supressió obeeix a un error: «un oblit del Legislador, donat que aquesta activitat continua estan prevista a l'art. 232-5.2. El treball realitzat en l'activitat professional o empresarial de l'altre cònjuge sense remuneració, o amb remuneració insuficient, constitueix una absència de despesa que permet que els ingressos del consort siguin superiors». Ara bé, es tracta d'una qüestió de massa importància com per pensar en un oblit o en una errada del Legislador; a més, del fet que el treball per a l'altre cònjuge doni dret a compensació no es pot deduir que aquest treball no remunerat impliqui una contribució a les despeses familiars, ja que el dret a la compensació es vol independitzar de tota idea de contribució o sobrecontribució a les despeses familiars.

passat a ser un «soci», i com a tal soci no rebrà un salari sinó que participarà en els guanys.<sup>24</sup>

#### 2.4. L'acció per demanar la compensació no participa de la naturalesa de l'acció d'enriquiment injust

L'acció per fer efectiva la compensació per raó de treball no és una acció específica d'enriquiment injust, ni participa tampoc de la seva naturalesa, com es desprèn de les dues següents circumstàncies:

- a) La quantia de la compensació no ve determinada per la mesura de l'eventual enriquiment que s'hagi pogut produir. En l'eventual cas en què comptablement s'hagués produït un enriquiment i el correlatiu empobriment, la seva mesura no és decisiva per determinar la quantia de la compensació.

24 El punt de partida de la situació té un cert paral·lelisme amb al que tradicionalment s'havia produït al Camp de Tarragona quan es pactava l'associació a compres i millores (vegeu Esteve BOSCH CAPDEVILA, «El règim jurídic de l'associació a compres i millores en el Codi de Família», a Joan Manel ABRIL CAMPOY / María Eulalia AMAT LLARI, *Homenaje al profesor Luis Puig Ferriol*, vol. I, Tirant lo Blanch, València, 2006, pp. 479 ss.). Aquest règim va néixer com un estímul per a tots els membres d'un grup familiar que treballaven en la consecució, conservació i millora del patrimoni. Era freqüent el cas en què un dels cònjuges, gairebé sempre l'esposa, a més de treballar per a la casa, col·laborava en l'explotació familiar. De manera molt gràfica, José PIÑOL AGULLÓ, «Asociación a compras y mejoras en el Campo de Tarragona», *La notaría*, 1948-III i IV, p. 321, assenyalava que «[p]ocas comarcas tan indicadas como el Campo de Tarragona para ser aplicada con justicia y equidad, en una u otra forma, la participación de la esposa en los beneficios obtenidos durante el matrimonio. La existencia en ella de grandes extensiones de regadío destinado a frutales y hortalizas, cuyos productos se exportan o se llevan al próximo mercado, motiva el que la mujer ponga todas sus energías a favor del bienestar económico de la familia. Ella vigila el riego de las tierras; ella, en carruaje que la misma dirige, lleva al mercado los productos de las huertas y los de la granja; y con sus solos rendimientos atiende sobradamente a las normales necesidades de la familia. Y en las ciudades, villas y pueblos, en pequeños y grandes comercios e industrias, son muchas las mujeres que directamente los atienden. Y si ésta no fuese la génesis de las compras y mejoras en el Campo de Tarragona, cuando menos constituye su base moral, su razón de ser, nos garantiza su bondad intrínseca, por ser justa recompensa a tantos desvelos y sacrificios». Aleshores, quan es donava aquesta situació, existia al Camp de Tarragona l'arrelat costum d'associar-se a compres i millores, com apuntaven ja els autors clàssics; vegeu Acacius Antonius DE RIPOLL (1585-d.1655), *Variae Iuris Resolutiones*, Sumptibus Iacobi, Andrenae, & Matthaei Prost., Lugduni, 1630, cap. X, «De dotis recuperatione», núm. 361, que deia que «In campo Tarraconae est consuetudo inveterata, quod mulieres admittuntur aequaliter ad omnia lucra quae per maritum fiunt constante matrimonio»; en el mateix sentit, Ioannes Petrus FONTANELLA (1576-1640), *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, tomus posterior, Sumptibus Fratrum Cramer, & Cl. Philibert, Genevae, 1752, Clausula XI, glossa unica, núm. 1, declarava que «Haec etiam clausula associationis uxoris in omnibus conquestibus, & acquisitionibus constante matrimonio faciendis solet apponi in nonnullis Cathaloniae partibus, & signanter in Campo Tarraconae, quae est addenda capitulis matrimoniali-bus», fent-se ressò de diverses sentències del Senat de Catalunya dels segles XVI i XVII que tractaven algunes de les qüestions que plantejava l'associació a compres i millores. En el dret vigent la compensació econòmica per raó de treball ve a desenvolupar una funció similar a la de l'associació a compres i millores: si es dona un treball no remunerat per a l'altre cònjuge, els cònjuges no cal que pactin l'associació a compres i millores (unilateral), sinó que la llei ha corregit el règim de separació de béns amb la compensació dels arts. 232-5 i ss., que els permet participar en els guanys del seu consort obtinguts, en part, gràcies al seu treball.

- b) La naturalesa personalíssima de l'acció en cas d'extinció del règim per mort d'un dels cònjuges. Segons la regulació del Codi de Família, la compensació no procedia quan el règim de separació de béns s'extingia no per la crisi matrimonial, sinó per la mort del cònjuge deutor, quan és evident que en aquest cas l'empobriment – enriquiment es podia haver produït igualment. Si bé l'art. 232-5.5 ha corregit aquesta anomalia, que havia estat criticada gairebé de manera unànime per tota la doctrina, configura explícitament en aquest cas la compensació com un dret de caràcter personalíssim, que no encaixa amb la naturalesa patrimonial de l'acció d'enriquiment injust.

Això ens revela la inutilitat de buscar el fonament de la compensació en l'enriquiment injust, si després no s'aplica a l'acció per reclamar-lo el règim propi de l'enriquiment injust.

El dret a la compensació per raó de treball constitueix una norma de liquidació del règim econòmic del matrimoni, que permet fer a un dels cònjuges partícip dels guanys de l'altre, quan es donen els requisits de treball domèstic superior i desigualtat patrimonial, i amb independència de si aquest treball suposa o no una sobrecontribució a les càrregues familiars i de si l'altre cònjuge ha estat efectivament enriquit. Aquestes característiques l'acosten al règim de participació en els guanys –es té el dret a participar en els guanys de l'altre–, si bé amb algunes diferències importants: no sempre es tindrà dret a la compensació, sinó que caldrà que es compleixin els esmentats requisits, i per raons d'equitat la seva quantia no serà fixa, sinó variable, en funció dels «mèrits» que hagi fet el cònjuge creditor (la «intensitat de la dedicació»). Amb tot, s'ha de reconèixer que sí trobem una influència del règim de l'enriquiment injust en la norma que permet superar el límit del 25% en la participació en els guanys quan la incidència del treball en l'obtenció de beneficis ha estat notablement superior (art. 232-5.fin).<sup>25</sup>

## 2.5. Conclusió

Per les raons apuntades, és perfectament comprensible que el llibre segon CCCat hagi abandonat tota referència a l'enriquiment injust, no solament com a requisit, sinó també com a fonament de la compensació. El Legislador català, davant la seva preocupació per la situació del cònjuge «pobre» en el règim de separació, ha establert una norma especial de liquidació d'aquest règim, que en part l'acosta al règim de participació –com s'ha vist en l'apartat 1.2, la liquidació del règim de separació d'acord amb les regles del de participació havia estat ja una possibilitat valorada pel Legislador català–. No es tracta d'una aplicació de la institució de l'enriquiment injust, sinó d'una correcció legal al règim de separació inspirada en criteris de justícia, i en la pretensió legal de què tots dos cònjuges comparteixin les responsabilitats domèstiques (art. 231-2.2).

Com a norma liquidatòria del règim econòmic matrimonial de separació de béns, és lògic que s'hagi suprimit el dret a la compensació respecte a les

<sup>25</sup> Vegeu l'apartat 4.2.

situacions convivencials d'ajuda mútua. En canvi, la seva aplicació a les parelles estables (art. 234-9), resulta dogmàticament difícil d'encaixar, si es té en compte que aquestes unions es regeixen pel pacte, per la qual cosa no se'ls imposa uns deures equivalents als de l'art. 231-2, i no tenen pròpiament un règim econòmic matrimonial, per més que funcionin com un règim de separació de béns.

### III. REQUISITS PER A TENIR DRET A LA COMPENSACIÓ

L'art. 232-5, en els seus dos primers apartats, estableix els requisits per a tenir dret a la compensació econòmica per raó de treball: «1. En el règim de separació de béns, si un cònjuge ha treballat per a la casa substancialment més que l'altre, té dret a una compensació econòmica per aquesta dedicació sempre que en el moment de l'extinció del règim per separació, divorci, nul·litat o mort d'un dels cònjuges o, si s'escau, del cessament efectiu de la convivència, l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior d'acord amb el que estableix aquesta secció. 2. Té dret a compensació, en els mateixos termes que estableix l'apartat 1, el cònjuge que ha treballat per a l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient».

Per tant, a diferència del que succeeix en el règim de participació en els guanys, no sempre es produeix l'anivellament de patrimonis quan s'extingeix el règim de separació de béns, sinó que, per a què procedeixi la compensació, s'han de donar dos requisits: a) Que un dels cònjuges hagi obtingut un *increment patrimonial superior*; i b) Que el que ha obtingut el menor increment, hagi «treballat per a la casa substancialment més que l'altre», o bé «hagi treballat per a l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient».

#### 1. LA CONTRIBUCIÓ SUBSTANCIALMENT SUPERIOR AL TREBALL PER A LA CASA

L'art. 232-5.1 comença dient que «[e]n el règim de separació de béns, si un cònjuge *ha treballat per a la casa substancialment més que l'altre*, té dret a una compensació econòmica [...]». S'ha millorat la redacció de l'art. 41.1 CF, que parlava d'un treball prestat «sense remuneració o amb una remuneració insuficient», atès que el concepte de remuneració no encaixa amb el treball domèstic fet per un dels cònjuges.

##### 1.1. La duplicitat comptable del treball domèstic

L'art. 232-5 no exigeix que el treball domèstic impliqui una sobrecontribució a les despeses familiars. Això no obstant, cal tenir en compte que l'art. 231-6 diu que els cònjuges han de contribuir a les despeses familiars «de la forma que pactin», i que aquest pacte pot preveure que un aporti el seu treball domèstic, segons diu el mateix art. 231-6: «l'aportació al treball domèstic és una forma de contribució a les despeses familiars». D'acord amb aquest precepte, un sector de la doctrina segueix reproduint els arguments que, vigent el CF, utilitzaven

la majoria d'autors i certa jurisprudència per tal de tenir en compte, a l'hora de determinar si és procedent o no la compensació —i també per fixar la seva quantia—, el deure de contribució a les càrregues familiars.<sup>26</sup> Raonen que, si segons diu l'art. 231-6, contribuir a les despeses familiars és una obligació de tots dos cònjuges, i si la contribució es pot fer amb el treball per a la casa, aquest treball domèstic, en la mesura que cobreixi el deure de contribució, no hauria de ser compensable, ja que és una obligació. D'altra manera, el treball domèstic computaria dues vegades: com a forma de contribuir a les despeses, i com a font de la compensació.

Posem el següent exemple. El cònjuge «ric» al matí treballa al banc; amb els diners que obté paga totes les despeses de la casa (60% del seu sou total); per la tarda porta la comptabilitat d'una empresa (40% del seu sou total). El cònjuge pobre dedica el matí a les feines de la casa (60% temps); per la tarda fa diverses activitats socials i esportives (40% temps). Donat que un treballa substancialment més que l'altre, i hi ha desigualtat patrimonial, segons la normativa vigent es té dret a la compensació, tot i que cadascun dels cònjuges dedica el 60% del seu temps a les càrregues domèstiques i per tant no hi ha sobrecontribució.

Tot i que aquell plantejament és força raonable, de la nova regulació del CCCat es dedueix que s'admet aquesta duplicitat comptable del treball domèstic, que servirà tant per complir amb el deure de contribució a les càrregues, com per tenir dret a la compensació. Així es desprèn de les següents circumstàncies:

- a) Aquesta era la tesi del TSJC. Si el Legislador hagués volgut canviar aquesta línia, ho hauria d'haver dit explícitament, i no ho ha fet, sinó tot el contrari.
- b) L'esmentada dicció del Preàmbul, quan diu que es prescindeix de tota sobrecontribució a les despeses familiars.
- c) No hi ha cap precepte que digui que per fixar la quantia de la compensació s'haurà de deduir el que constituïa una contribució a les càrregues del matrimoni.

En conseqüència, d'acord amb el règim del CCCat, si un dels cònjuges ha contribuït a les despeses familiars amb el seu treball domèstic, podrà tenir dret a la compensació si l'altre ha obtingut un increment patrimonial superior, encara que aquest altre cònjuge s'hagi fet càrrec de totes les altres despeses domèstiques. Podrà succeir, doncs, que el cònjuge que treballa fora de casa, a més de pagar les despeses familiars, hagi de pagar la compensació.

Si el cònjuge «ric» vol estalviar-se de pagar la compensació, el que haurà de fer és contribuir ell també al treball domèstic, en una mesura que no sigui «substancialment» inferior al treball domèstic que faci l'altre cònjuge. Si així ho fa, haurà contribuït molt més que l'altre a les despeses familiars. Però no té cap

26 Sergio NASARRE AZNAR, «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», a BARRADA/GARRIDO/NASARRE (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2011, p. 245.

acció per reclamar la seva «sobrecontribució». Tot i que l'art. 231-6.1 estableixi el deure de contribució «proporcional» a les despeses familiars, cal admetre el pacte que alteri aquesta proporcionalitat, entenent-lo com un sacrifici o una atribució gratuïta que fa un dels cònjuges a favor de l'altre. Com a tal atribució gratuïta, quedarà sotmesa a les causes de revocació de les donacions de l'art. 531-15, i per tant la situació de crisi matrimonial no serà, per sí sola, causa de revocació.<sup>27</sup>

## 1.2. La mesura de la contribució superior

És evident doncs que, a l'hora de contribuir a les càrregues familiars, el treball domèstic té un millor tracte que l'aportació de diners. Tal com s'ha configurat la compensació en el llibre segon CCCat, el Legislador dóna més importància a què tots dos cònjuges contribueixin al treball domèstic, que no pas a què hi hagi una contribució «proporcional» a les despeses familiars (art. 231-6.1). Cobra rellevància, doncs, l'art. 231-2.2, quan diu que els cònjuges «han de compartir les responsabilitats domèstiques». El que en principi podria semblar un precepte merament programàtic, adquireix una gran transcendència quan es posa en connexió amb l'art. 232-5, que li afegeix la conseqüència del seu incompliment: l'obligació de «compensar» al cònjuge que sí duu a terme les tasques domèstiques si ell s'ha enriquit més que l'altre.

No cal que les feines domèstiques es facin personalment. Si el cònjuge «ric» ha pagat a una persona —o ha encarregat a un familiar— la realització de certes tasques domèstiques, aquestes tasques es considerarà com si les hagués fet el cònjuge «ric»; resultaria poc equitatiu, per exemple, que un cònjuge que només fa el 40% del treball domèstic tingui dret a la compensació perquè el 60% restant no el fa l'altre cònjuge personalment, sinó una tercera persona pagada per aquest cònjuge.

Per tenir dret a la compensació s'exigeix una contribució «substancialment» superior al treball domèstic. La comprovació de si es compleix o no aquest requisit planteja evidents problemes, que és de preveure que la jurisprudència vagi aclarint. Aquests problemes són:

- a) La imprecisió del concepte «substancialment» superior.<sup>28</sup> Si una contribució igual seria a un 50%, i una contribució «extremadament» superior es trobaria als voltants del 80-20% o 90-10%, la «substancialitat» es podria fixar en un 65-35% o un 70-30%.
- b) La ponderació entre el treball domèstic realitzat per ambdós cònjuges, ponderació en la que haurien d'entrar tant criteris quantitius —el temps dedicat— com qualitius.

27 Aquesta és la solució que dóna el § 1360.b BGB: Sobreprestación: «Si uno de los cónyuges contribuyera al mantenimiento de la familia en una proporción mayor de la que le corresponde, se entenderá, en caso de duda, que no tiene intención de reclamar indemnización al otro cónyuge».

28 Respecte a la confusió a què pot portar l'expressió «notablement superior» de l'art. 232-5.4, vegeu l'apartat 4.2.

- c) I una altra dificultat es troba en l'acreditació de la tasca domèstica duta a terme, de la que moltes vegades no hi ha altres testimonis que els propis cònjuges.

## 2. L'INCREMENT PATRIMONIAL SUPERIOR

El segon requisit que l'art. 232-5.1 exigeix per tenir dret a la compensació és que el cònjuge que ha treballat «substancialment» menys per a la casa hagi obtingut, en el moment de l'extinció del règim, un «increment patrimonial superior». Per tant, per tenir dret a la compensació no n'hi ha prou amb la major dedicació a la casa, sinó que cal a més que l'altre cònjuge hagi obtingut un increment patrimonial superior. La Llei dóna per suposat que aquesta diferència d'increments patrimonials ha estat motivada, almenys en part, per la superior dedicació a la casa del cònjuge «pobre», sense que sigui necessari provar la relació de causalitat entre treball domèstic i desigualtat patrimonial.

El que es té en compte a l'hora de veure si procedeix o no la compensació no és el major o menor patrimoni de cada cònjuge en el moment d'extinció del règim, sinó l'increment patrimonial obtingut durant la convivència —com succeeix en el règim de participació—. Per això, les expressions de cònjuge «ric» i cònjuge «pobre» que hem anat utilitzant s'han d'entendre no en el seu sentit literal, de qui té més patrimoni, sinó qui l'ha incrementat més gràcies a què s'ha pogut dedicar a treballar fora de casa.

Així doncs, el fet que un cònjuge hagi treballat per a la casa més que l'altre no implica que sempre tindrà dret a la compensació, sinó que farà falta que l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior. El treball domèstic substancialment superior no es veurà compensat en els següents casos: a) quan tots dos fan el treball domèstic i el qui ha treballat «substancialment» més és també qui guanya més; b) quan qui treballa més per a la casa obté unes rendes del seu patrimoni que fan que incrementi el seu patrimoni més que l'altre; o c) quan el qui hauria de ser el deutor de la compensació ha malbaratat el seu patrimoni (i, en aquest darrer cas, sempre que no es pugui acreditar que aquest malbaratament hagi estat fet amb la intenció de perjudicar el cònjuge que treballa per a la casa, art. 232-6.1.b.fin).

No tot increment patrimonial és rellevant, sinó que la regla general és que es té en compte únicament l'increment que té el seu origen en el treball o l'activitat dels cònjuges. No es computen com a increment els béns que hagin adquirit els cònjuges a títol lucratiu —tant per donació com per successió per causa de mort, malgrat la imprecisa dicció (títol «gratuït») de l'art. 232-6.1.c—,<sup>29</sup> ni tampoc les indemnitzacions per danys personals (art. 232-6.1.c). En canvi, tot i que no formin part del patrimoni final dels cònjuges s'han d'afegir a aquest patrimoni els béns disposats a títol gratuït —en aquest cas sí que és correcte l'expressió títol gratuït, ja que es refereix als actes dispositius—, i el valor del detriment produït per actes fets amb la intenció de perjudicar l'altre cònjuge (art. 232-6.1.b).

<sup>29</sup> Respecte a aquesta qüestió, vegeu NASARRE AZNAR, p. 264.



Per no tenir el seu origen en el treball dels cònjuges, no s'haurien de tenir en compte els increments de valor dels béns, com preveu l'art. 232-20.3 dedicat al règim de participació, quan diu que el valor dels béns que integren el patrimoni inicial és el que tenen quan s'extingeix el règim. Així ho va assenyalar de manera clara la STSJC 27.5.2010, amb cita de les STSJC 9.5.2005 i 29.5.2007: «los bienes que los convivientes hubieren adquirido privativamente antes de su unión y aquellos otros que adquirieron constante la unión en sustitución o merced a la inversión de aquéllos, así como las plusvalías que acrecieran a tales bienes por el simple transcurso del tiempo, las oscilaciones del mercado o cualesquiera otras circunstancias ajenas a su administración, conservación, reparación, renovación, reforma o ampliación, no pueden ser tomados en consideración para establecer la situación de desigualdad patrimonial [...], ya que en tales casos no será posible descubrir ningún enriquecimiento injusto, admitiendo que, sin embargo, pudieran computarse a los fines de dicho precepto junto a los bienes adquiridos mediante la inversión de rentas generadas durante la unión de pareja estable, especialmente las procedentes del trabajo o de la actividad mercantil o industrial, [...] el aumento y la conservación del valor experimentados por los bienes privativos de los convivientes en razón a las inversiones realizadas con las antedichas rentas o merced a la actuación directa de los propios convivientes».<sup>30</sup> Ara bé, l'art. 232-6.1 sembla abocar a la solució contrària, atès que, a diferència de l'esmentat art. 232-20.3, diu que s'han de descomptar del patrimoni de cadascun dels cònjuges «el valor dels béns que tenia en començar el règim», sense matisar que aquest valor és el valor actual i no el que tenien inicialment.

No és aquesta l'única imprecisió de l'esmentat art. 232-6.1. Una interpretació literal del precepte conduiria a l'absurda conclusió que tot canvi de béns implica un increment patrimonial. Efectivament, l'art. 232-6.1.c) diu que «s'ha de descomptar del patrimoni de cadascun dels cònjuges el valor dels béns que tenia en començar el règim i que conserva en el moment en què s'extingeix [...]». Per tant, si hi ha hagut un canvi de béns, no s'hauria de descomptar res segons aquell precepte, ja que el nou bé no es tenia en començar el règim, per la qual cosa sempre hi hauria un increment patrimonial. La interpretació correcta de la norma ha de ser que en el patrimoni inicial s'ha de computar el valor del bé que es tenia inicialment segons el seu valor en aquest moment, i en el patrimoni final el valor del bé obtingut a canvi en el moment de l'extinció del règim. Pot haver-hi, per tant, un augment de valor que doni lloc a compensació, el que es justifica perquè l'augment de valor s'ha produït per una activitat, i no pel simple transcurs del temps.

Finalment, cal tenir en compte que, d'acord amb els arts. 232-5.1 i 232-6.1.a), el moment al que s'ha d'atendre per determinar l'increment és el de la cessació de la convivència matrimonial; es a dir, encara que no hi hagi una

---

30 També en aquest mateix sentit, la STSJC 12.7.2011: «[...] resulta evidente que se ha establecido una indemnización adecuada y ajustada a las circunstancias concurrentes, tras no computar para su concesión, ni el patrimonio que el demandado recibió por herencia de sus padres, ni las plusvalías de tales bienes por el transcurso del tiempo o por las oscilaciones del mercado, pero sí la rentabilidad que ha extraído de los mismos».

sentència judicial, no es tindran en compte els guanys produïts a partir del moment en què cessa la convivència.

### 3. ELS REQUISITS PER A LA COMPENSACIÓ QUAN ES TREBALLA PER A L'ALTRE CÒNJUGE

L'apartat segon de l'art. 232-5 diu que «[t]é dret a la compensació, en els mateixos termes que estableix l'apartat 1, el cònjuge que ha treballat per a l'altre sense retribució o amb una retribució inferior»; per tant, el cònjuge que ha fet per a l'altre un treball insuficientment remunerat, tindrà dret a la compensació sempre que aquest cònjuge hagi obtingut, en el moment de cessament de la convivència, un increment patrimonial superior. Així doncs, el treball «professional» s'equipara al treball domèstic, en el sentit que també pot donar lloc a compensació.<sup>31</sup>

En la jurisprudència del TSJC no ha existit una línia uniforme respecte a com s'ha d'apreciar si la retribució és o no suficient. Dues sentències no gaire llunyanes en el temps mostren aquesta discrepància. La STSJC 21.10.2002 va concedir la compensació tot i que la retribució que l'esposa havia percebut s'ajustava als preus de mercat, amb l'argument que l'esposa era quelcom més que un simple empleat: era un «col·laborador incondicional».<sup>32</sup> En canvi, la STSJC 19.1.2004 no va adoptar la tesi del «col·laborador incondicional», sinó que va tenir únicament en compte el valor de mercat del treball prestat per l'altre cònjuge. Aquesta darrera és, segons el nostre parer, la posició que cal seguir, ja que no pel fet de tractar-se d'un treball prestat pel cònjuge, la retribució «justa» hauria de ser necessàriament més elevada pel seu caràcter de «col·laborador incondicional». La «incondicionalitat» s'haurà d'acreditar, i no es pressuposa pel fet de ser cònjuge. Si s'acredita, la retribució haurà de ser més alta, però sobre la base del criteri objectiu del treball efectivament prestat, i no pel fet subjectiu de tractar-se d'un treball fet pel cònjuge. El preu de mercat del treball mostra doncs si la retribució és o no suficient, i per tant si hi ha o no dret a la compensació, però en canvi no determina l'import de la compensació, com es veurà en el següent apartat.

## IV. LA QUANTIA DE LA COMPENSACIÓ

En els apartats precedents hem afirmat que la compensació no es fonamenta en l'enriquiment injustificat que per a un dels cònjuges suposa la contribució excessiva de l'altre a les càrregues del matrimoni, per la qual cosa la mesura d'aquest enriquiment — el valor del treball excessiu o no remunerat que s'ha prestat— no serveix per determinar la quantia de la compensació.

<sup>31</sup> Vegeu l'apartat 2.2.3.

<sup>32</sup> «Només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa o pel fet de dedicar els seus esforços al negoci de l'altre consort, aquest ja en resulta enriqueït pel fet de saber que la casa i, en el seu cas el fills, estan atesos, i pel fet que el negoci es troba en part, en mans d'una col·laboradora o col·laborador incondicional».

La compensació per raó de treball atorga al cònjuge «pobre», quan es donen els requisits abans esmentats, el dret a participar en els guanys de l'altre, el que fa que el règim de separació s'apropi al de participació. Però hi ha una particularitat notable, que donarà lloc, com veurem, a importants problemes: mentre en el règim de participació la quantia de la participació en els guanys està fixada a priori (és el 50% de la diferència entre l'increment de tots dos patrimonis, art. 232-21, si no s'ha pactat altra cosa), en el règim de separació el percentatge de participació, si procedeix, s'haurà de fixar en cada cas concret atenent a una sèrie de circumstàncies. Aquestes circumstàncies les assenjala l'art. 232-5.3: «la durada i la intensitat de la dedicació, atesos els anys de convivència i, concretament, en cas de treball domèstic, el fet que hagi inclòs la criaça de fills o l'atenció personal a altres membres de la família que visquin amb els cònjuges».

El que sí fa la llei es fixar una quantia màxima de la compensació: «la quarta part de la diferència entre els increments dels patrimonis dels cònjuges, calculada d'acord amb les regles que estableix l'article 232-6», si bé es permet que «si el cònjuge creditor prova que la seva contribució ha estat notablement superior, l'autoritat judicial pot incrementar aquesta quantia» (art. 232-5.4); d'aquesta manera, se segueix donant un gran protagonisme a l'arbitri judicial, que haurà de valorar les circumstàncies de cada cas concret.

## 1. LA FIXACIÓ DE LA PARTICIPACIÓ

Com a pressupòsit previ abans de calcular la quantia de la compensació, s'haurà d'acreditar que es donen els requisits per a tenir-hi dret: el treball domèstic substancialment superior per part d'un dels cònjuges, i l'increment patrimonial superior de l'altre. La comprovació d'aquest segon requisit haurà obligat a determinar l'increment patrimonial obtingut per cada cònjuge des del moment en què comença el règim (art. 232-6.1.c), fins quan s'extingeix el règim o es produeix el cessament efectiu de la convivència (art. 232-6.1.a). Aquest càlcul presentarà problemes ja que, a diferència del que succeeix en el règim de participació (art. 232-14), en el règim de separació no s'estableix l'obligació de dur a terme l'inventari del patrimoni inicial de cada cònjuge, de manera que, en moltes ocasions, serà difícil d'acreditar els béns que tenia cada cònjuge en començar el règim.

A la manera com es calculen els increments patrimonials ja ens hi hem referit a l'apartat 3.2. Una vegada determinats, i palesat que el cònjuge que treballa fora de casa ha estat qui ha obtingut un increment patrimonial superior, els passos i les regles a observar han de ser els següents:

- a) Primerament, caldrà determinar la diferència entre l'increment de patrimonis.
- b) La compensació serà un percentatge d'aquella diferència.
- c) La regla general és que aquell percentatge no ha de ultrapassar el 25%.
- d) L'atribució d'un 25% o un percentatge menor dependrà de les circumstàncies que enumera l'art. 232-5.3: «la durada i la intensitat de la dedicació, atesos els anys de convivència i, concretament, en cas de treball

- domèstic, el fet que hagi inclòs la criaça de fills o l'atenció personal a altres membres de la família que convisquin amb els cònjuges».
- e) Amb tot, una participació del 25% entenem que hauria de ser, per criteris d'operativitat, també la regla general. Si, com a requisit per a què procedeixi la compensació, s'exigeix en el cas de treball domèstic que aquest sigui «substancialment superior», i en el treball «laboral» es pressuposa una comunitat d'interessos, una disminució del percentatge del 25%, tot i que possible d'acord amb la Llei, hauria de requerir, per tal de facilitar l'aplicació de la institució, unes circumstàncies especials que ho justifiquessin. Si ja pot resultar prou problemàtic determinar quan la contribució d'un cònjuge en las tasques domèstiques ha estat «substancialment» superior a la de l'altre, la complicació s'accentuaria molt més si s'hagués d'anar «puntuant» aquesta substancialitat per tal de tenir dret a més o menys percentatge.
  - f) Les circumstàncies que la Llei assenyalava que s'han de tenir en compte a l'hora de fixar el percentatge de participació són la «durada i intensitat de la dedicació atesos els anys de convivència» (art. 232-5.3). La «durada» s'ha de referir precisament a la dedicació, no als anys de convivència. Els anys de convivència no són determinants a l'hora de fixar el percentatge, tot i que probablement faran augmentar la quantia alçada de la participació, perquè cal suposar que com més anys de convivència, més diferència d'increments patrimonials s'haurà produït. En canvi sí ha de ser decisiu, per fixar el percentatge, la durada de la dedicació en relació als anys de convivència, ja que pot succeir que no durant tots els anys de convivència s'hagi produït la contribució excessiva, i es tracta d'una modulació de la participació relativament fàcil de determinar.
  - g) Quant a la «intensitat» de la dedicació, es pretén mesurar el fet que les tasques domèstiques ocupin tota la jornada, o només part d'ella. A més, també es valoren els aspectes qualitius, quan la Llei estableix la presumpció que «la criaça de fills o l'atenció personal a altres membres de la família que convisquin amb els cònjuges» implica un grau d'intensitat «superior» en les tasques domèstiques.
  - h) Com veurem en el següent apartat, la participació podrà ser superior al 25% quan la *incidència* del treball del cònjuge deutor en l'increment patrimonial obtingut per l'altre cònjuge hagi estat «notablement superior» a aquell 25% (art. 232-5.4.fin). ¿Significa aquest precepte que aquella incidència és una nova circumstància a tenir en compte a l'hora de fixar el percentatge de participació, que s'afegiria a les enumerades a l'art. 232-5.3? S'ha d'entendre que no. Aquella incidència no és en cap cas una mesura per fixar la compensació, sinó un requisit per permetre fixar una participació superior al 25%.
  - i) Finalment, cal fer una matisació respecte al càlcul de la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge. En aquest cas, el dret a la compensació deriva del fet que no hi ha retribució o aquesta és insuficient, per la qual cosa es podria pensar que la quantia de la compensació s'hauria de trobar en la mesura del defecte retributiu. Però no hi ha en el CCCat cap norma que estableixi uns criteris diferents a

l'hora de fixar la compensació en el cas de treball professional. Havent-se refusat expressament l'enriquiment injustificat com a mesura per determinar la quantia de la compensació, aquesta s'haurà de fixar seguint les regles generals, és a dir, mitjançant un percentatge de la diferència entre l'increment de patrimonis.

Un exemple ajudarà a comprendre la problemàtica. Suposem que el cònjuge «ric» ha obtingut un increment patrimonial de 1.000 (i el pobre de zero), i que el valor del treball prestat pel cònjuge pobre ha estat de 100. Si la remuneració ha estat «suficient» (100), no es tindrà dret a compensació, però si ha estat «insuficient», per exemple 60, sí hi ha dret a compensació. Ara bé, la quantia de la compensació no es trobarà en la mesura del defecte remuneratiu (40), sinó que serà una participació en els guanys, fins a un 25% de la diferència entre l'increment de patrimonis (és a dir, podrà arribar a 250). Per tant, un defecte retributiu de 40 podrà donar lloc a una compensació de fins a 250, el que s'explica, com s'ha dit anteriorment, pel fet que al cònjuge no se'l considera, en aquests casos, com un «treballador», sinó com un «soci».<sup>33</sup>

## 2. L'augment del percentatge de la participació en cas de contribució «notablement» superior

Tot i que el percentatge de la participació no pot superar, per norma general, el límit del 25% de la diferència entre l'increment de patrimonis, l'art. 232-5.4.fin permet augmentar aquesta quantia en funció de la incidència del treball en l'increment patrimonial del cònjuge «ric».

### 2.1. La interpretació de l'art. 232-5.4.fin

L'art. 232-5.4 acaba dient que «[t]anmateix, si el cònjuge creditor prova que la seva contribució ha estat notablement superior, l'autoritat judicial pot incrementar aquesta quantia» (la que fixa el límit del 25%). La redacció del precepte indueix a confusió. Si es parteix del fet que, per tal que hi hagi dret a compensació, no n'hi ha prou amb què la contribució d'un dels cònjuges a les feines domèstiques hagi estat superior a la de l'altre, sinó que ha d'haver estat «*substancialment*» superior, i en aquest cas la compensació no pot superar el 25%, ¿com s'ha d'entendre que s'estableixi que «si la seva contribució ha estat *notablement superior*» la compensació pot superar aquest límit?

Si la finalitat del precepte hagués estat la de permetre una compensació més elevada quan la desproporció entre el treball domèstic de tots dos cònjuges havia estat extrema, no es va escollir el qualificatiu més idoni. Una diferència «substancial» no és menor que una diferència «notable». Segurament l'adjectiu més adequat per expressar una contribució absolutament descompensada hagués estat «extremadament» (superior). Però no és aquest el sentit de la norma.

L'explicació d'aquesta aparent incongruència, i la correcta interpretació del precepte, la trobem si acudim a la tramitació parlamentària. La darrera regla

<sup>33</sup> Vegeu l'apartat 2.2.3.

de l'art. 232-5.4 —la que parla de la «contribució notablement superior» no es trobava al projecte de llibre segon presentat al Parlament, sinó que es va introduir en la fase d'esmenes. Va ser fruit de l'esmena núm. 46, presentada pel Grup Parlamentari Socialistes — Ciutadans pel Canvi, el Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya, i el Grup Parlamentari d'Iniciativa per Catalunya Verds — Esquerra Unida i Alternativa, de modificació a l'apartat 4 de l'art. 232-5: «4. [la compensació té com a límit la quarta part de la diferència de l'increment entre tots dos patrimonis ...], llevat que el cònjuge creditor provi que la seva contribució a l'increment patrimonial del cònjuge deutor, en aplicació dels criteris de l'apartat 3, ha estat superior». El text de l'esmena vinculava el treball del cònjuge creditor amb l'increment patrimonial de l'altre cònjuge, el que podia succeir sobretot en els casos de treball per a l'altre cònjuge no remunerat (per exemple, quan tots dos cònjuges treballaven gairebé per igual en l'explotació); més difícil seria obtenir aquesta prova en el treball domèstic. És a dir, la contribució «superior» no ho era respecte a la contribució de l'altre cònjuge, sinó en relació a la quantitat que rebria com a compensació aplicant el límit màxim del 25%.

La redacció final del precepte sembla canviar el sentit respecte a l'esmena, i dóna lloc a confusió. La raó és que el text vigent no precisa que la contribució «superior» (com en l'esmena) o «notablement superior» (com en el text final) es refereix a l'increment patrimonial del l'altre cònjuge.

La interpretació correcta és la que resultava del text de l'esmena, i no la que es desprèn de la literalitat de l'art. 232-5.4. La contribució «notablement superior» no ho és en funció de la comparació de la contribució d'un i altre cònjuge en les feines domèstiques, sinó que el que és objecte de comparació és, per un costat, el valor o la incidència del treball prestat pel cònjuge creditor en l'increment patrimonial del seu consort, i, per l'altre, la quantitat que rep com a compensació per l'aplicació del percentatge del 25%. Així ho diu ben clarament el Preàmbul: «Tanmateix, es permet l'atorgament d'una compensació de quantia superior si el cònjuge creditor pot provar que la incidència del seu treball en l'increment patrimonial de l'altre cònjuge ha estat notablement superior».<sup>34</sup>

D'aquesta manera, l'art. 232-5.4.fin valora no únicament el treball en sí mateix, sinó també la incidència d'aquest treball en l'increment patrimonial que experimenta l'altre cònjuge, amb la qual cosa, en aquest cas sí, es manifesta en la institució una influència del règim de l'enriquiment injustificat.

## 2.2. La fixació de la participació

Quan es produeix la contribució «notablement superior» a la que al·ludeix l'art. 232-5.4.fin, es permet ultrapassar el límit general del 25%, entenem que fins a un màxim del 50% de participació. Però això no vol dir que hi hagi d'haver una equivalència entre l'import de la compensació i el benefici obtingut per l'altre cònjuge en virtut d'aquest treball.

<sup>34</sup> Aquest terme que utilitza el Preàmbul, «incidència», és el més correcte, i el que probablement s'hagués hagut d'utilitzar a l'articulat; cal fer notar que el terme contribució, en el llibre segon, gairebé sempre va lligat a les despeses familiars (art. 231-6, 233-20, 236-22, 240-4), i com diu expressament el Preàmbul es vol prescindir en aquesta matèria de tota idea de «sobrecontribució» a les despeses familiars.

Posem l'exemple en què un dels cònjuges treballa per a l'altre sense retribució, i fa un treball que ha permès a aquest obtenir un benefici o estalvi de 500; si la diferència entre l'increment patrimonial de tots dos cònjuges és només de 200, la compensació màxima que inicialment li podria correspondre seria només de 50 (el 25% de la diferència entre tots dos patrimonis). L'incís final del art. 232-5.4 permet, en casos com aquests, augmentar la quantia de la participació —cal entendre que fins a un màxim del 50%, per analogia amb el règim de participació—, de tal manera que, en l'exemple proposat, el cònjuge «pobre» podrà rebre fins a 100, però mai els 500 que ha generat com a benefici.

## V. IMPUTACIÓ I PAGAMENT

La quantitat que resulta d'aplicar el percentatge corresponent a la diferència entre l'increment de patrimonis de tots dos cònjuges no sempre és la quantitat que el cònjuge «pobre» podrà reclamar en concepte de compensació per raó de treball. A l'igual que succeeix en la llegítima (arts. 451-7 i 451-8), s'hauran de descomptar les atribucions rebudes del cònjuge deutor que siguin imputables. Diu l'art. 232-6.2 que «[l]es atribucions patrimonials que el cònjuge deutor hagi fet al cònjuge creditor durant la vigència del règim s'imputen a la compensació pel valor que tenen en el moment de l'extinció del règim».

Cal entendre que es tracta d'atribucions a títol gratuït,<sup>35</sup> que, a diferència del que succeeix en matèria de llegítima —en què la imputació de les donacions ha de ser expressa, llevat que es tracti dels béns enumerats a l'art. 451-8.2— s'imputen sempre al crèdit de participació.<sup>36</sup> I s'ha de tenir present que els béns donats formaran part del patrimoni final del donant, i no del patrimoni final del donatari (art. 232-6.1), la qual cosa fa incrementar la diferència de patrimonis i consegüentment també l'import de la compensació.

Les atribucions gratuïtes computen pel valor que tenien quan es van fer, i s'imputen pel seu valor en el moment d'extingir-se la convivència; per tant, si el preu del bé donat puja de valor, en queda beneficiat el cònjuge deutor.

Una aplicació maliciosa de la regla de la imputació pot arribar a desvirtuar la regla de l'art. 232-8.1, que diu que «[l]a compensació s'ha de pagar en diners, llevat que les parts acordin una altra cosa. No obstant això, per causa justificada i a petició de qualsevol de les parts o dels hereus del cònjuge deutor, l'autoritat judicial en pot ordenar el pagament total o parcial amb béns». És a

35 Aquestes atribucions a títol gratuït inclouen les donacions i les atribucions particulars fetes en pacte successori amb transmissió de present de béns, que d'acord amb l'art. 431-29.3 es consideren donació; ara bé, cal tenir en compte que aquestes atribucions particulars queden sense eficàcia en els casos de crisi matrimonial (art. 431-17.2 en relació amb l'art. 422-13), per la qual cosa tindrien aplicació només en els casos d'extinció del règim per mort del cònjuge «donant».

36 Tot i que teòricament és possible, no és gaire versemblant que hi hagi una imputació expressa, és a dir, una donació feta a un cònjuge en la que es contempli una situació de futura crisi matrimonial.

dir, per a poder pagar el crèdit de compensació no en diners, sinó en béns, cal l'acord dels cònjuges o que així ho disposi el jutge. Doncs bé, el cònjuge «ric», en previsió d'una situació de crisi matrimonial que ell mateix provocarà i que l'altre ignora, pot burlar aquesta regla fent una donació d'un bé al cònjuge «pobre»; com a tal donació, en principi serà acceptada pel cònjuge «pobre», atès que aparentment és un acte que només el beneficia. Però aquesta donació, una vegada ha esclatat la crisi matrimonial, es pot acabar convertint en la forma de pagament de la compensació, que si inicialment s'hagués presentat com a tal presumiblement no seria acceptada pel creditor.

## VI. CONCLUSIONS

De l'exposició que s'ha fet es poden extreure les següents conclusions en relació a la configuració de la compensació econòmica per raó de treball:

- 1) La desfavorable situació en la que queda el cònjuge que, en el règim de separació de béns, no exerceix una activitat lucrativa pel fet de dedicar-se a les feines domèstiques, la pretén pal·liar el Legislador català concedint-li, quan s'extingeix el règim econòmic matrimonial, una compensació econòmica que haurà de pagar-li el seu consort que, beneficiant-se d'aquell treball, ha obtingut un increment patrimonial superior.
- 2) A diferència dels règims de comunitat i de participació, el mecanisme reequilibrador dels patrimonis dels cònjuges no actua sempre, sinó només quan es donen determinats requisits: un treball domèstic excessiu o un treball per a l'altre cònjuge insuficientment remunerat, i un increment patrimonial superior en aquest altre cònjuge.
- 3) El Legislador català, en la CDCC i en el CF, va optar per un mecanisme compensatori basat en criteris d'equitat, que deixava un gran marge a l'arbitri dels tribunals, els quals no han establert un sistema de percentatges, aranzels, mesures o barems que facilités l'aplicació de la norma en el futur.
- 4) El preu de la flexibilitat ha estat el d'una excessiva litigiositat en l'aplicació de la norma, que no sembla hagi de disminuir substancialment amb la nova normativa del llibre segon CCCat, atès que, si bé s'han aclarit algunes qüestions, encara n'hi d'altres de claus força imprecises.
- 5) L'enriquiment injust no és un requisit per a tenir dret a la compensació, que procedirà amb independència de si el cònjuge creditor ha contribuït excessivament o no a les despeses familiars. Ni la sobrecontribució a les despeses familiars és requisit per a tenir dret a la compensació, ni l'import de l'eventual sobrecontribució determina la quantia de la compensació.
- 6) L'enriquiment injust no és el fonament de la compensació. Es podrà tenir dret a la compensació sense que hi hagi hagut ni enriquiment per a un, ni empobriment per a l'altre cònjuge. El fonament de la compensació



es troba en la voluntat del Legislador de corregir el perjudici econòmic que, quan s'extingeix el règim de separació de béns a conseqüència de la situació de crisi matrimonial (i també per mort d'un dels cònjuges), pot patir aquell dels consorts que s'ha dedicat a la casa més que l'altre, hi hagi o no sobrecontribució a les càrregues familiars.

- 7) Quan es treballa per a l'altre cònjuge, el fonament de la compensació rau en què el cònjuge remunerat de manera insuficient no té la consideració de treballador, sinó de *soci*, i com a tal soci no rebrà un salari sinó que participarà en els guanys. Hi ha una voluntat tàcita de constituir una comunitat matrimonial d'interessos, que el Legislador ha reconegut i ha traduït no en un règim de comunitat, sinó en un règim (especial) de participació en els guanys (separació de béns amb compensació econòmica).
- 8) L'acció per fer efectiva la compensació per raó de treball no és una acció específica d'enriquiment injust, ni participa tampoc de la seva naturalesa, ja que la quantia de la compensació no ve determinada per la mesura de l'eventual enriquiment que s'hagi pogut produir, i l'acció en cas d'extinció del règim per mort d'un dels cònjuges és de naturalesa personalíssima. Això ens revela la inutilitat de buscar el fonament de la compensació en l'enriquiment injust, si després no s'aplica a l'acció per reclamar-lo el règim propi d'aquesta institució.
- 9) El dret a la compensació per raó de treball constitueix una norma de liquidació del règim econòmic del matrimoni que permet fer a un dels cònjuges partícip dels guanys de l'altre, quan es donen els requisits de treball domèstic superior i desigualtat patrimonial, i amb independència de si aquest treball suposa o no una sobrecontribució a les càrregues familiars i de si l'altre ha estat efectivament enriquit. Aquestes característiques l'acosten al règim de participació en els guanys, amb les particularitats de què la participació no és de quantia fixa, sinó variable, en funció de la intensitat o incidència del treball, i amb un límit general del 25% de la diferència entre l'increment de patrimonis, límit que pot ser augmentat si el cònjuge creditor prova que la incidència del seu treball en l'increment patrimonial de l'altre ha estat notablement superior. Aquesta valoració del treball introdueix en la figura un component remuneratori propi de la institució de l'enriquiment injustificat, que no és complet, atès que el valor de la contribució només permet excedir el límit del 25%, però no determina la quantia de la compensació.
- 10) El Legislador dóna més importància a què tots dos cònjuges contribueixin al treball domèstic, que no pas a què hi hagi una contribució «proporcional» a les despeses familiars (art. 231-6.1). Cobra rellevància, doncs, l'art. 231-2.2, quan diu que els cònjuges «han de compartir les responsabilitats domèstiques». El que en principi podria semblar un precepte merament programàtic, adquireix una gran transcendència quan es posa en connexió amb l'art. 232-5, que li afegeix la conseqüència del seu incompliment: l'obligació de «compensar» al cònjuge que sí duu a terme les tasques domèstiques si ell s'ha enriquit més que l'altre.



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

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS<sup>1</sup>  
 Professora Titular de Dret civil  
 Universitat de Barcelona

I. ELS SUPÒSITS QUE PODEN DONAR LLOC A LA COMPENSACIÓ PER RAÓ DE TREBALL: EL SEU FONAMENT. 1. L'extensió al cas de la mort del cònjuge o de la parella si el sobrevivent és qui té dret a la compensació. 2. L'enriquiment injustificat com a fonament últim de la regulació de la compensació per raó de treball. II. LA COMPENSACIÓ PER RAÓ DE TREBALL EN EL CAS DE MORT DEL CÒNJUGE O CONVIVENT DEUTOR. 1. La reclamació de la compensació. 2. Caràcter residual de la compensació per treball. 3. La compatibilitat de la compensació econòmica per raó de treball amb altres drets. 4. La protecció del crèdit a la compensació.

## I. ELS SUPÒSITS QUE PODEN DONAR LLOC A LA COMPENSACIÓ PER RAÓ DE TREBALL: EL SEU FONAMENT

### 1. L'EXTENSIÓ AL CAS DE LA MORT DEL CÒNJUGE O DE LA PARELLA SI EL SOBREVIVENT ÉS QUI TÉ DRET A LA COMPENSACIÓ

Actualment, el Llibre 2n del Codi civil de Catalunya [CCCat] regula la compensació econòmica per raó de treball a la que pot tenir dret un dels cònjuges casats en règim de separació de béns en cas de crisi matrimonial o mort del cònjuge deutor (art. 232-5 i seg. CCCat), o bé un dels convivents en unió estable en cas d'extinció de la parella (art. 234-9, 234-13 i 234-14 CCCat).<sup>2</sup>

1 L'autora pertany al «Grup de Dret civil català» 2009 SGR 221. Aquest treball s'emmarca en els Projectes de recerca DER 2008-03992/JURI i DER 2011-26892.

2 En relació a un cas d'extinció de parella estable, *vid.* la STSJ 1-març-2012 (JUR 2012\183057). Anteriorment, l'art. 7 Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua (LSCAM) —actualment derogat (*vid.* Disp. derogat. c Llei 25/2010, de 29 de juliol)—, reconeixia també, quan la convivència s'extingia en vida dels convivents, una «compensació econòmica per raó del treball» a favor de qui hagués treballat per a l'altre o per als altres, sense la contraprestació deguda, si per aquesta causa s'havia produït una desigualtat econòmica que impliqués un enriquiment «injust» [injustificat]. Això no ha passat, en canvi, al Títol IV del Llibre 2n CCCat (art. 240-1 i seg.); *vid.* SOLÉ RESINA, J., «La quarta domèstica o crèdit de participació reduït», *InDret*, 2/2010, pàg. 23-24. Avui, si es volgués, es podria pactar a l'empara del que preveu l'art. 240-4.2 CCCat (*vid.*, NASARRE AZNAR, S., «La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., i NASARRE AZNAR, S.

## 1.1. Els supòsits que poden donar lloc a la compensació per raó de treball en cas de cònjuges casats en règim de separació de béns

Pel que fa al règim econòmic matrimonial, el Llibre segon del CCCat manté com a règim legal supletori el de separació de béns (art. 231-10.2 CCCat), però n'ha atenuat el rigor (Preàmbul III, c, §§ 8 i 9, Llei 25/2010, de 29 de juliol). Un dels aspectes en els quals això es manifesta és l'extensió de la compensació econòmica per raó del treball als supòsits d'extinció del règim de separació de béns<sup>3</sup> per mort d'un dels cònjuges (art. 232-5.1 i 5 i 232-11.2 CCCat, Preàmbul III, c, § 9, al final, i Disp. Add. 4a Llei 25/2010, de 29 de juliol). L'altre és, per exemple, la presumpció del caràcter comú, per meitats indivises, dels béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar –presumpció que no queda destruïda per la mera prova de la titularitat formal– (Preàmbul III, c, § 8, final, Llei 25/2010, de 29 de juliol, i art. 232-3.2 CCCat).

Tal i com destaca el Preàmbul (III, c, § 9, al final) de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya, el supòsit de fet de la compensació econòmica per raó de treball no es relaciona només amb els casos de separació judicial, divorci o nul·litat –com passava en els derogats art. 23 CDCC (redactat d'acord amb al Llei 8/1993, de 30 de setembre) i 41 CF–, sinó que s'estén, com a novetat, als casos d'extinció del règim de separació de béns per mort d'un dels cònjuges, si el sobrevivent és qui té dret a la compensació (*vid.*, també, Disp. Add. 4a Llei 25/2010, de 29 de juliol).<sup>4</sup>

---

[coord.], Barcelona: Bosch, 2011, pàg. 279), al marge que puguin entrar en joc les regles de l'enriquiment injustificat.

3 Els precedents de la regulació actual de la compensació econòmica per raó de treball (art. 232-5 i seg. CCCat) els constitueixen els derogats art. 23 de la Compilació [CDCC] (redactat d'acord amb al Llei 8/1993, de 30 de setembre) i 41 del Codi de Família [CF]. Cap d'aquests dos preceptes es referia expressament a quin règim econòmic matrimonial era aplicable la regulació de la compensació econòmica, però tant l'un com l'altre estaven situats, sistemàticament, al Capítol dedicat al règim de separació de béns. L'art. 232-5 CCCat refereix expressament la compensació econòmica a l'extinció del règim de separació de béns.

4 Aquesta extensió es reflectia ja en els Projectes de llei del llibre segon del CCCat de 2006 [Projecte 2006] (art. 232-5.1 i 5) i 2009 [Projecte 2009] (art. 232-5.1 i 5 i 232-11.2). *Vid.* BOPC núm 353, 15-juny-2006, pàg. 77; i BOPC núm 384, 19-gener-2009, pàg. 42-43.

A favor de la generalització de la compensació per raó de treball, prescindint de la causa d'extinció del règim econòmic matrimonial de separació de béns i, per tant, a favor de l'extensió al cas de dissolució del matrimoni per mort, *vid.*, anteriorment, ROCA TRÍAS, E., «La liquidació del règim de separació de béns en els casos de divorci, separació i nul·litat. La nova regulació de l'article 23 de la CDCC», *Món Jurídic*, núm. 114, 1994, pàg. 17; GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del C., «La compensación económica derivada de la liquidación del régimen de bienes de separación (art. 23 CDCC)», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1996, Vol. 2, pàg. 627; SOLÉ FELIU, J., «La compensació econòmica per raó de treball de l'article 41 del nou Codi de Família de Catalunya», *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 231, 23-novembre-1998, pàg. 2; CASAS VALLÈS, R, i MIRALLES GONZÁLEZ, I, «Nota sobre la propuesta de regulación de la «compensación por razón del trabajo en el régimen de separación», Antecedents i tramitació del Projecte de llei del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família [200-00054/08], Antecedents, Estudis i informes, núm. 16.2.13, pàg. 3 (aquests autors consideraven una millora que la

Quant a la referència que fa, com a novetat respecte de l'art. 41 CF, l'art. 232-5.1 CCCat al cessament de la convivència, s'ha d'entendre en el sentit que el cessament de la convivència fixa el moment en què cal contrastar els increments patrimonials dels cònjuges quan la separació, divorci, nul·litat o mort es produeixin amb posterioritat (art. 232-5.1: «...sempre que en el moment de l'extinció del règim per separació, divorci, nul·litat o mort d'un dels cònjuges o, si s'escau, del cessament efectiu de la convivència, l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior...»), tal com corroboren també els art. 232-5.3 («...atesos els anys de convivència...») i 232-6.1.a CCCat («o, si escau, del cessament efectiu de la convivència»); es tracta, en definitiva, de fixar el «moment liquidador».<sup>5</sup> No implica reconèixer que es

---

proposta [versió de 7.9.2005] vinculés la compensació a l'extinció del règim, qualsevol que en fos la causa); PUIG FERRIOL, L., i Roca Trías, E. [col·laboració], «La compensació econòmica per raó de treball: aspectes problemàtics», Antecedents i tramitació del Projecte de llei del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família [200-00054/08], Antecedents, Estudis i informes, núm. 16.2.12, pàg. 7-11, 19 i 22. Aquests últims autors (pàg. 11) proposaven la següent alternativa: «Si es creu que el principi fonamental que ha de regir els interessos de la família matrimonial catalana és, o ha d'ésser, el de propiciar la igualtat patrimonial dels cònjuges, la via escaient no és mantenir com a règim econòmic matrimonial legal o supletori el de separació de béns, contrari per definició als criteris d'igualtat o d'anivellament patrimonial, sinó la seva substitució per un altre règim econòmic matrimonial que tingui per finalitat potenciar d'una forma o altra el principi d'igualtat, com pot ésser per exemple el règim de participació en els guanys. I si no obstant aquests raonaments, es considera convenient mantenir el règim de separació de béns com a legal o supletori dels matrimonis catalans amb el correctiu d'una compensació econòmica per raó de treball, pels motius que siguin, aleshores cal plantejar-se seriosament l'oportunitat de fer extensiva la compensació als casos de dissolució del matrimoni com a conseqüència de la mort d'un dels cònjuges, amb la finalitat d'evitar les discriminacions injustificades a què aboca el sistema actual, clarament perjudicial pel vidu o la vídua en relació amb el consort divorciat o separat». En la proposta final (pàg. 22), aquests autors proposaven «Ampliar el dret a les liquidacions degudes a la dissolució del règim per causa de mort». *Vid.*, també, les sentències del TSJC de 4-desembre-1989 (RJC 1990-2, pàg. 273-279) i 26-gener-1995 (RJ 1995\4461).

Durant la tramitació parlamentària del CF, el Grup Parlamentari d'Iniciativa per Catalunya - Els Verds (esmena núm. 165) havia proposat estendre la compensació per raó de treball al cas de defunció d'un dels cònjuges; el text proposat era el següent: «*En els casos de separació judicial, divorci, nul·litat, ruptura de la parella de fet o defunció d'un dels cònjuges o membre de la parella, el que sense retribució o amb retribució insuficient ha treballat en l'atenció de la llar, per la família o per l'altre cònjuge o membre de la parella, té dret a rebre d'aquest una compensació econòmica nivelladora, en el cas de que s'ha generat, per aquest motiu, una situació de desigualtat entre el patrimoni de tots dos que impliqui un enriquiment injust*». Això mateix proposà el Grup Parlamentari Popular (esmena núm. 166): «*Quan s'extingeixi el règim econòmic matrimonial per mort d'un dels cònjuges, per separació judicial, divorci o nul·litat, el cònjuge que... ha treballat per a la casa o per...*» (BOPC núm. 299, 11-juny-1998, pàg. 23949).

Ja durant la tramitació de la Reforma de la CDCC de l'any 1993 (Llei 8/1993, de 30 de setembre) —origen de la compensació— s'havien presentat diverses esmenes en el sentit d'estendre la compensació al cònjuge vidu. *Vid.* BOPC núm. 116, 1-juny-1993, pàg. 7380-7381.

- 5 *Vid.* ALEGRET BURGUÉS, M. E., «El TSJC i el nou dret català de la persona i de la família», *Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa* (Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012), pàg. 21 (disponible a: [http://civil.udg.edu/tossa/2012/textos/pon/inaugural/Jornades\\_Tossa\\_2012\\_Alegret.pdf](http://civil.udg.edu/tossa/2012/textos/pon/inaugural/Jornades_Tossa_2012_Alegret.pdf) [data de la consulta: 3-desembre-2012]).

pugui tenir dret a la compensació per la sola situació de fet de cessament de la convivència.<sup>6</sup>

Una vegada ampliat el dret a la compensació als supòsits d'extinció del règim de separació de béns per mort d'un dels cònjuges, es podria pensar que s'ha volgut estendre a qualsevol cas d'extinció del règim de separació de béns. Això podria portar a plantejar quelcom que el CCCat no contempla directament, com ara si un dels cònjuges podria tenir dret a la compensació per raó de treball en el cas que el règim de separació de béns s'extingís pel fet que els cònjuges pactessin un altre règim econòmic (art. 231-10, 231-19, 231-22.2, 231-23.2 i 231-24 CCCat i 9.3 Codi civil espanyol [CCe]). Està clar que aquest és un cas que el CCCat no preveu ni resol, i en relació al qual caldrà estar en primer lloc a l'autonomia de la voluntat, però, si no s'hagués pactat res, la qüestió és si aquell que hagués treballat per a la casa o per a l'altre consort sense remuneració o amb remuneració insuficient durant la convivència sota el règim de separació de béns podria reclamar la compensació per raó de treball, si es donen la resta de requisits que exigeix l'art. 232-5 CCCat.<sup>7</sup>

6 Ho creiem així malgrat que la literalitat d'alguns preceptes no és clara. Alguns semblen pressuposar l'extinció del règim (*vid.*, per exemple, art. 232-6.1.c —«en el moment en què s'extingeix»—, 232-6.2 —«pel valor que tenen en el moment de l'extinció del règim»— i 232-9.2 —«caduquen al cap de quatre anys de l'extinció del règim»— CCCat). Altres (com ara els art. 232-5.1 i 232-6.1.a CCCat), en canvi, podrien donar a entendre que per a reclamar la compensació no cal esperar a la interposició del corresponent procediment matrimonial de nul·litat, separació o divorci —que podria no acabar-se interposant—, ni a l'extinció del règim —que al marge dels casos de separació, divorci o nul·litat, també esdevé per mort d'un dels cònjuges— («en el moment de l'extinció del règim per separació, divorci, nul·litat o mort d'un dels cònjuges o, si s'escau, del cessament efectiu de la convivència» —art. 232-5.1 CCCat—; «en el moment de l'extinció del règim o, si s'escau, del cessament efectiu de la convivència...» —art. 232-6.1.a CCCat—).

ARNAU RAVENTÓS posa en dubte que el cessament efectiu de la convivència determini el naixement del dret, de forma que, sense necessitat d'esperar a l'extinció del règim, sigui possible reclamar-lo. Amb tot, aquesta autora conclou: «En cualquier caso, desde el instante en que se conviene en admitir la posibilidad de reservar la reclamación para un proceso posterior al que ha determinado la extinción del régimen, no se vería inconveniente (mas allá de la literalidad del texto legal) en permitir su reclamación antes de aquel momento y desde el del cese efectivo de la convivencia». A més, segons aquesta autora, els art. 232-5 i seg. CCCat no són normes de liquidació del règim, de manera que no pressuposen ni requereixen necessàriament la seva extinció; en aquest sentit, els art. 233-2.3.c i d, i 233-4.2 distingeixen la compensació econòmica i la liquidació del règim (ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen de separación de bienes», a *Tratado de Derecho de la Familia*, YZQUIERDO TOLSADA, M., i CUENA CASAS, M. [Dirs.], Vol. VII, Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi - Thomson Reuters, 2011, pàg. 273 i 277, i nota 519).

Segons BAYO DELGADO, «[L]os art. 233-14.2 i 232-11.2, acumuladamente, pueden servir de criterio para establecer un año de separación de hecho como plazo mínimo a fin de considerar que excepcionalmente el régimen de separación de bienes se ha extinguido antes de la separación judicial, divorcio o nulidad» (BAYO DELGADO, J., «Comentario al art. 232-5 CCCat», *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, ROCA TRÍAS, E. [coord. general], ORTUÑO MUÑOZ, P. [coord. Vol.], Las Rozas [Madrid]: Sepin, 2011, pàg. 696).

7 *Vid.* epígrafs I.2.4 i II.1.2, nota 53. En la hipòtesi que s'admetés aquesta possibilitat, no prevista expressament, cal tenir en compte que, mentre durés el matrimoni i fins a la separació judicial o de fet, els terminis de prescripció i de caducitat —en les relacions jurídiques disponibles— resten suspesos (art. 121-16.1.b i 122-3 CCCat).

## 1.2. L'extinció de la parella estable i la compensació per raó de treball

La noció de règim econòmic és aliena a les parelles estables.<sup>8</sup> I aquesta inexistència de règim econòmic matrimonial s'equipara al de separació de béns. Així, en cas d'extinció de la parella, l'art. 234-9 CCCat reconeix dret a una compensació econòmica al convivent que ha treballat per a la casa «substancialment» més que l'altre o ha treballat per a l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient, sempre que en el moment del cessament de la convivència l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior, d'acord amb el que disposa en el cas dels cònjuges l'art. 232-6 CCCat.

En el cas de les parelles estables l'art. 234-9.1 CCCat només parla de «cessament de la convivència», però s'ha d'entendre que inclou el cas en què la parella s'extingeix —i «cessa la convivència»— per mort d'un dels convivents (art. 234-4.1.b CCCat), quan el sobrevivent és qui té dret a la compensació. En aquest sentit, l'art. 234-14 CCCat es refereix expressament a la compensació econòmica en cas d'extinció de la parella estable per mort d'un dels convivents. A més, l'art. 234-9.2 remet, en general, als arts. 232-5 a 232-10 CCCat.<sup>9</sup>

Anteriorment, els arts. 13 i 31.2 LUEP (segons la numeració dels paràgrafs d'aquest últim precepte que resultà de la Llei 3/2005, de 8 d'abril) només reconeixien dret a la compensació —respectivament per a les parelles heterosexuals o homosexuals— quan cessava la convivència «en vida dels dos convivents». Amb el Llibre 2n del CCCat, s'ha estès, per tant, la compensació a qualsevol cas d'extinció de la parella, inclosa la mort d'un dels membres, quan el que hi té dret és el sobrevivent.

Al marge d'això, en defecte de pacte, la LUEP (art. 3.2 i 22.2) considerava el treball domèstic i la col·laboració personal o professional no retribuïda o amb retribució insuficient a la professió o a l'empresa de l'altre convivent com a forma de contribució al manteniment de la casa i a les «despeses comunes». Això, en canvi, no ha passat al Llibre 2n CCCat, que es limita a establir que «les relacions de la parella estable» es regulen exclusivament pels pactes dels convivents (art. 234-3.1 CCCat).

Quelcom que es podria plantejar és si existiria dret a la compensació per raó de treball de l'art. 234-9 CCCat en el cas que els convivents haguessin pactat (art. 234-3 CCCat) una espècie de règim de participació o de comunitat, totalment allunyat de la separació de béns. En aquest cas entenc que no hi hauria dret a la compensació (arg. *ex* art. 232-5, al que remet l'art. 234-9.2 CCCat), sens perjudici del que puguin haver pactat específicament les parts.

8 Vid. ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña», a *Tratado de Derecho de sucesiones*, GETE-ALONSO Y CALERA, M. del C. (Dir.), SOLÉ RESINA, J. (coord), T. II, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2011, pàg. 2314.

9 Aquesta remissió als «articles 232-5 a 232-10» coincideix exactament amb la que feia l'art. 234-11.2 Projecte 2006, i que passà a l'art. 234-9.2 Projecte 2009. Amb tot, ja en el Projecte 2009 la regulació de la compensació per raó de treball abastava un article més (anava de l'art. 232-5 al 232-11). Vid. BOPC núm 353, 15-juny-2006, pàg. 77-78 i 86; BOPC núm 384, 19-gener-2009, pàg. 42-43 i 52. El cas és si la remissió s'ha continuat mantenint intencionadament només als arts. 232-5 a 232-10, excloent el 232-11, o bé el fet que no s'inclougué el 232-11 obeeix només a la inèrcia i manca d'ajustament durant la tramitació parlamentària. Sobre això, *vid.* epígraf II.1.3.2.

## 2. L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT COM A FONAMENT ÚLTIM DE LA REGULACIÓ DE LA COMPENSACIÓ PER RAÓ DE TREBALL

### 2.1. Enriquiment injustificat implícit

Té dret a la compensació el cònjuge o el convivent que ha treballat per a la casa «substancialment més que l'altre», sempre que en el moment de l'extinció del règim de separació de béns o del cessament efectiu de la convivència l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior (art. 232-5.1 i 234-9.1 CCCat). També té dret a compensació, en els mateixos termes, el cònjuge o el convivent que ha treballat per a l'altre «sense retribució o amb una retribució insuficient» (art. 232-5.2 i 234-9.1 CCCat).<sup>10</sup>

En relació als cònjuges, a diferència del que estableixen els derogats art. 23 CDCC i 41 CF, l'art. 232-5 CCCat ha desvinculat el treball per a la casa del fet que aquest s'hagi dut a terme «sense retribució o amb una retribució insuficient» —considerat com a forma de contribució a les despeses familiars (art. 231-6.1 CCCat), sembla pressuposar-se que el treball domèstic dels consorts no és retribuït—<sup>11</sup> i ha afegit que la dedicació a aquest treball del cònjuge creditor de la pensió ha d'haver estat «substancialment» superior a la del seu consort —no cal que s'hi hagi dedicat en exclusiva—<sup>12</sup> (art. 232-5.1 CCCat i Preàmbul, III, c, § 9, Llei 25/2010, de 29 de juliol). Per tal que hi hagi dret a la compensació econòmica per raó del treball domèstic, cal, doncs, que la diferència de dedicació a la casa de l'un i de l'altre sigui «substancial» —qüestió sovint difícil de precisar i que, en qualsevol cas, ha de suposar una dedicació menor que la «contribució notablement superior»<sup>13</sup> que, d'acord amb l'art. 232-5.4 CCCat, pot

10 Sobre el treball per a l'altre insuficientment remunerat, *vid.* STSJ 9-gener-2012 (RJ 2012\4203).

11 En relació al derogat art. 41 CF, BOSCH CAPDEVILA criticava que, si bé el concepte de treball no retribuït o insuficientment retribuït encaixava quan es tractava de treballar per a l'altre cònjuge, en canvi, en el treball domèstic resultava molt més estrany parlar d'insuficient remuneració. Segons aquest autor, el treball domèstic constitueix una forma de contribuir a les càrregues del matrimoni, i per tant, més que de defecte retributiu, s'hauria de parlar, en el seu cas, d'excessiva contribució a les càrregues del matrimoni, difícil de mesurar per altra banda. Aquest autor considera més encertat en aquest punt el Llibre 2n CCCat, «que reserva el concepte de retribució per al treball per a l'altre cònjuge (art. 232-5.2), mentre que en relació al treball domèstic parla de treballar «substancialment més que l'altre (art. 232-5.1)» (BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució del règim de separació de béns en el Dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball», *RJC*, núm. 4, 2010, pàg. 1084-1085 i 1097).

12 *Vid.* sentències TSJC 10-febrer-2003 (RJ 2003\4464), 12-gener-2004, 22-desembre-2008 (RJ 2009\3267), 8-juliol-2011 (RJ 2011\6406), 12-juliol-2011 (RJ 2011\6409), 15-desembre-2011 (RJ 2012\256), 19-desembre-2011 (RJ 2012\2768), 9-gener-2012 (RJ 2012\4203), 16-gener-2012 (RJ 2012\4207) i 1-març-2012 (JUR 2012\183057). *Vid.*, també, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del C., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 629; SOLÉ FELIU, J., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 2; PARA MARTÍN, A., «El derecho de compensación económica por razón de trabajo», *RJC*, núm. 2, 1999, pàg. 321; BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució...», *op. loc. cit.*, pàg. 1085; NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 244.

13 L'art. 232-5.4 CCCat es refereix al fet que «la contribució» del cònjuge creditor hagi estat notablement superior. En canvi, segons el Preàmbul (III, c, § 9), el que ha d'haver estat «notablement superior» és la incidència del treball del cònjuge creditor en l'increment patrimonial de l'altre cònjuge («Tanmateix, es permet l'atorgament d'una compensació



justificar que l'autoritat judicial fixi la quantia de la compensació per sobre del límit general que marca la quarta part de la diferència entre els increments dels patrimonis dels cònjuges—.

Pel que fa als cònjuges, en la regulació catalana el treball domèstic es comptabilitza per triplicat: com a forma de contribució a les despeses familiars —a les quals cada cònjuge ha de contribuir en proporció a llurs ingressos i, si aquests no són suficients, en proporció a llurs patrimonis— (art. 231-6.1 CCCat); com a un dels elements determinants del naixement, si escau, del dret a la compensació per raó de treball i de la seva quantia (art. 232-5.1 i 3 CCCat); i, en cas de crisi matrimonial, com a element que cal valorar per a fixar la quantia i la durada de la prestació compensatòria (art. 233-15.b CCCat —«La realització de tasques familiars...»—), entre els quals es té en compte també, a l'hora de fixar la posició econòmica dels cònjuges, la pròpia compensació econòmica que els pugui correspondre (art. 233-15.a CCCat). Aquest còmput per triplicat no es produeix en relació a les parelles estables.

En la línia del que resulta de l'art. 232-5.1 i 2 CCCat i en contrast amb els derogats art. 13 i 31.2 LUEP, quant a les parelles estables (art. 234-9.1 CCCat), cal entendre que el fet que el treball s'hagi dut a terme «sense retribució o amb una retribució insuficient» no es predica del treball per a la casa —que pressuposa d'alguna manera inherent a la institució i no retribuït— i sí, només, del treball per a l'altre; i això malgrat que la literalitat de l'art. 234-9.1 CCCat admetria una lectura que prediqués la manca o insuficiència de retribució tant del treball per a la casa com del treball per a l'altre. S'ha afegit també —com en l'art. 232-5.1 CCCat— l'exigència que la dedicació al treball per a la casa que pot donar dret a la compensació hagi estat «substancialment» superior a la del seu consort (art. 234-9 CCCat).

Al marge d'això, la situació final que contemplaven els art. 41 CF, 13 i 31.2 LUEP era que «per aquest motiu» (pel treball no retribuït o amb retribució insuficient d'un dels cònjuges per a la casa o per a l'altre cònjuge) —relació de causalitat— s'hagués generat una situació de desigualtat entre el patrimoni dels dos cònjuges o convivents (qüestió en la que es fixava també l'art. 23 [redacc. 1993] CDCC) que impliqués un enriquiment «injust» [injustificat] (art. 41.1, final, CF, 13, final, i 31.2, final, LUEP).<sup>14</sup> Els art. 232-5 i 234-9 CCCat, en canvi, requereixen tan sols que l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior que aquell que ha treballat substancialment més per a la casa (art.

---

de quantia superior si el cònjuge creditor pot provar que la incidència del seu treball en l'increment patrimonial de l'altre cònjuge ha estat notablement superior»). Sobre això, *vid.* BOSCH CAPDEVILA, E., «La configuració de la compensació econòmica per raó de treball en el llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa* [en premsa; agraeixo a l'autor haver pogut consultar aquest treball].

- 14 L'art. 23 CDCC (redacció de 1993) no al·ludia a l'enriquiment «injust» —injustificat—. Quant a la introducció de la referència a l'enriquiment injust en el CF i a l'evolució d'aquest requisit en la jurisprudència, *vid.* BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució...», *op. loc. cit.*, pàg. 1087-1089. Sobre la conveniència de parlar d'enriquiment «injustificat», en comptes de d'enriquiment «injust» —que pot suggerir il·licitud—, *vid.* BADOSA COLL, F., «Les altres fonts d'obligacions al Llibre sisè, en especial, l'enriquiment injustificat», a *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya. Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona (ed.), Girona: Documenta Universitaria, 2012, pàg. 390.

232-5.1 i 234-9 CCCat) o, sense retribució o amb una retribució insuficient, per a l'altre (art. 232-5.2 —«...en els mateixos termes que estableix l'apartat 1...»— i 234-9 CCCat). S'obvia, per tant, la referència a relació de causalitat entre el treball d'un dels cònjuges o convivents i l'increment patrimonial de l'altre i, a més, s'ha eliminat tota referència a l'enriquiment injustificat (Preàmbul III, c, § 9, Llei 25/2010, de 29 de juliol).<sup>15</sup>

Aquesta no consideració de la relació de causalitat entre el treball d'un dels cònjuges (o convivents) i l'increment patrimonial de l'altre —objectivitzant el dret a la compensació, si es donen els requisits—, així com la manca de concreció de l'enriquiment/empobriment, i també el caràcter personalíssim del dret a la compensació en cas de mort (art. 232-5.5 CCCat), allunya la institució de l'enriquiment injustificat entès en sentit tècnic.<sup>16</sup>

No obstant això, es pot sostenir que el fonament últim de la compensació econòmica per raó de treball continua sent l'enriquiment injustificat (per treball)<sup>17</sup> matrimonial/en parella, que es té en compte només en la mesura

15 Quant a la regulació de l'art. 41 CF, SOLÉ FELIU destacava que, tot i que aquest precepte exigia que entre l'enriquiment del cònjuge deutor i l'empobriment del creditor existís una relació de causalitat, l'específica situació a què es referia el dret de l'art. 41 CF dificultava sovint la prova de la interrelació directa entre l'enriquiment d'un i l'empobriment de l'altre, «... els increments del patrimoni del cònjuge deutor s'hauran produït progressivament en el transcurs de la convivència matrimonial, com a conseqüència de diverses i variades decisions i actuacions del cònjuge deutor, i en concurrència amb molts altres factors perfectament aliens a la simple falta o deficient retribució.- Per aquest motiu, no sembla que l'art. 41 CF es pugui entendre en el sentit d'haver de demostrar aquella interrelació directa entre l'import concret de la falta de retribució i l'enriquiment del cònjuge demandat. La prova més aviat s'ha d'orientar a demostrar que la desigualtat patrimonial favorable al demandat és deguda, en tot o en part, a l'activitat desenvolupada i a la seva falta o insuficient retribució, no essent necessària ni una «certesa matemàtica», ni una prova «més enllà de qualsevol dubte raonable» (SOLÉ FELIU, J., «La compensació...», *op. loc. cit.*, pàg. 3). També en relació a l'art. 41 CF, BOSCH CAPDEVILA apuntava que el problema que es plantejava era el de determinar la relació entre dos conceptes —«desigualtat patrimonial» i «enriquiment injust»— que per separat són ben clars, però que donen lloc a confusió quan se'ls posa en relació. Cal determinar si, per a què procedeixi la compensació, només fa falta un d'aquests dos elements, si calen tots dos, o si s'ha d'entendre que el fet que, havent-hi treball domèstic, el fet que els patrimonis siguin desiguals implica sempre un enriquiment injustificat (BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució...», *op. loc. cit.*, pàg. 1086).

16 En relació a l'enriquiment injustificat, DÍEZ-PICAZO destaca: «Debe existir una relación o lazo causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor. Es preciso que el empobrecimiento del actor sea precisamente la causa del enriquecimiento del demandado» (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, 4a ed., Madrid: Editorial Civitas, 1993, pàg. 103).

17 *Vid.* ALEGRET BURGÚES, M. E., «El TSJC...», *op. loc. cit.*, pàg. 22 (disponible a: [http://civil.udg.edu/tossa/2012/textos/pon/inaugural/Jornades\\_Tossa\\_2012\\_Alegret.pdf](http://civil.udg.edu/tossa/2012/textos/pon/inaugural/Jornades_Tossa_2012_Alegret.pdf) [data de la consulta: 3-desembre-2012]). Segons ALEGRET BURGÚES, «Es configura ara aquest enriquiment com un element de caràcter objectiu»; això no vol dir, tal com destaca aquesta autora, que s'hagi suprimit la noció d'enriquiment injust com a base de la compensació; certament, com destaca ALEGRET, la figura de l'enriquiment injust tenia un encaix problemàtic en la institució sobretot a nivell probatori; d'acord amb això, ara es prescindeix de manera expressa d'esmentar l'enriquiment injust com a fonament de la compensació, però no pas perquè no es trobi en la seva base, sinó per superar les dificultats que suposava en alguns casos la prova de la relació causal entre la dedicació a la llar i els guanys obtinguts pel cònjuge treballador i perquè la quantificació es relaciona ara amb la participació en els guanys. Per a MIRALLES GONZÁLEZ, «[E]s prescindeix de la idea d'enriquiment injust del demandat, encara

que hi ha un «increment patrimonial superior» a favor de l'altre cònjuge o convivent.

Aquest «increment patrimonial superior», juntament amb els criteris indicatius de l'art. 232-5.3 CCCat, determina, a més, instrumentalment —i per primera vegada de manera explícita—, la quantia de la compensació (art. 232-5.4 i 232-6 CCCat), en comptes de fixar-se en funció de l'enriquiment.<sup>18</sup> Es parteix del fet que, havent-hi treball domèstic o per a l'altre sense retribució o amb retribució insuficient, el fet que els patrimonis siguin desiguals evidencia o implica sempre un enriquiment injustificat;<sup>19</sup> un s'ha enriquit en detriment i a costa de l'altre.<sup>20</sup>

---

que aquest enriquiment està latent, ja que la norma acaba obligant —si així es sol·licita— a traspasar béns a qui ha obtingut menys guanys que l'altre en el moment de liquidar el règim» (MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La compensació econòmica per raó de treball en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya: algunes qüestions civils i fiscals», *InDret* 1/2012, pàg. 9). Per a ROCA TRÍAS, en canvi: «Ha desaparegut l'enriquiment injust... desequilibri sí, enriquiment, no» (ROCA TRÍAS, E., «Els canvis en el règim de béns: de la separació o a comunitat diferida», a *La codificació del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, FLORENSA I TOMÀS, C. E. [Dir.], i FONTANELLAS MORELL, J. M. [coord.], Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pàg. 102).

- 18 La STSJC 1-març-2012 (JUR 2012\183057) destaca: «A falta de otros criterios orientativos debe tenerse en cuenta que el Parlament de Catalunya ha aprobado el nuevo libro segundo del Codi Civil de Catalunya, sustitutorio del Codi de Família, que recoge la jurisprudencia existente en cuanto a la necesidad de ponderar las diferencias patrimoniales...». Sobre els criteris fixats en els art. 232-5.3 i 4 i 232-6 CCCat, *vid.* SOLÉ RESINA, J., «La quarta domèstica...», *op. loc. cit.*, pàg. 10-13; SOLÉ RESINA, J., «La compensació econòmica per raó de treball al Llibre II del Codi civil de Catalunya: correcció del desequilibri patrimonial o de l'enriquiment injust?», a *La codificació del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, FLORENSA I TOMÀS, C. E. (Dir.), i FONTANELLAS MORELL, J. M. (coord.), Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pàg. 190-191.

Quant als diversos criteris per a determinar la quantia de la compensació que s'havien emprat durant la vigència de l'art. 41 CF, *vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del C., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 630-632; SOLÉ FELIU, J., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 3-4; PARA MARTÍN, A., «El derecho...», *op. loc. cit.*, pàg. 332-336; BOSCH CAPDEVILA, E., «La compensación económica por razón de trabajo (Comentario a la Sentencia 8/2000, de 27 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)», *Carta civil*, núm. 9, juliol 2000, pàg. 14-19; ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentari a l'art. 41 CF», a EGEA FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dirs.), *Comentarios 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. 241-243; SOLÉ RESINA, J., «La compensació econòmica per raó de treball en el règim de separació de béns», *RJC* núm. 3, 2001, pàg. 673-675; ROCA TRÍAS, E., «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», *RJC*, núm. 3, 2008, pàg. 659-661; BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució...», *op. loc. cit.*, pàg. 1092-1096. *Vid.*, també, STSJC 20-desembre-2010 (RJ 2011\1320); STSJC 20-juny-2011 (RJ 2011\6110); STSJC 8-juliol-2011 (RJ 2011\6406); STSJC 12-juliol-2011 (RJ 2011\6409); STSJC 25-juliol-2011 (RJ 2011\6683); STSJC 6-octubre-2011 (RJ 2012\669); STSJC 19-desembre-2011 (RJ 2012\2768); STSJC 9-gener-2012 (RJ 2012\4203); STSJC 16-gener-2012 (RJ 2012\4207). Pel que fa a la fixació de la quantia com a participació en el patrimoni del deutor, *vid.* STSJC 10-desembre-2009 (RJ 2010\3885) i STSJC 31-octubre-2011 (RJ 2012\2243).

- 19 Aquesta era una de les possibilitats que apuntava BOSCH CAPDEVILA quan es plantejava quina era la relació entre la «desigualtat patrimonial» i l'«enriquiment injustificat» en l'art. 41 CF (BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució...», *op. loc. cit.*, pàg. 1086).
- 20 Per a NASARRE AZNAR, l'enriquiment injustificat es presumeix *iuris et de iure* (NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 250-252, 295 i 296).

En una línia apuntada ja per la jurisprudència durant la vigència del CF —que al·ludia expressament a l'enriquiment «injust» [injustificat] en l'art. 41—, i que el TSJC encara reproduceix en sentències recents (*vid.*, per exemple, STSJC 16-gener-2012),<sup>21</sup> es considera que la major dedicació d'un dels cònjuges al treball domèstic o el treball per a l'altre sense retribució o amb retribució insuficient té sempre repercussió en l'increment patrimonial superior de l'altre —d'aquí que no calgui ni tan sols provar la relació de causalitat, evitant així els problemes que aquesta prova sovint planteja—.

Això, que s'ha reflectit en el text de l'art. 232-5 CCCat, justifica que el Preàmbul (III, c, § 9) de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, desvinculi la compensació de l'enriquiment injustificat entès en sentit tècnic; segons el Preàmbul (III, c, § 9) de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, «la nova regulació abandona tota referència a la compensació com a remei substitutori d'un enriquiment injust, prescindeix de la idea de sobrecontribució a les despeses familiars, implícita en la formulació de l'article 41 del Codi de família... i es fonamenta, senzillament, en el desequilibri que produeix entre les economies dels cònjuges el fet que un faci una tasca que no genera excedents acumulables i l'altre en faci una altra que sí que en genera». Quant a les parelles estables, el mateix Preàmbul (III, c, § 24, al final) destaca que el dret a la compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent «neix al marge de l'estatut jurídic de la convivència i... resulta del fet que, en interès comú, un convivent ha fet una tasca que no ha generat excedents acumulables mentre que l'altre n'ha fet una altra que sí que n'ha generat».

Així, existint un enriquiment de l'altre cònjuge o convivent, prescintint de la relació d'imputació entre l'enriquiment i l'empobriment dels respectius patrimonis afectats (típica de la institució de l'enriquiment injustificat tècnicament considerada)<sup>22</sup> —atès que es parteix que aquesta relació sempre

21 STSJC 16-gener-2012 (RJ 2012\4207): «La Sentència de 27 d'abril de 2000 [RJ 2000\4125] ja deia, en termes generals, que sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment favor de l'altre. La de 21 d'octubre de 2002 [RJ 2003\698] afegia que només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa, l'altre ja en resulta enriquit en saber que la casa, i en el seu cas els fills, estan atesos... D'altra banda, cal recordar que, conforme a la doctrina d'aquesta Sala, l'enriquiment injust és implícit en situacions en les quals treballant tots dos en els negocis d'un, o en virtut d'una sobrededicació a la família per part d'algun d'ells, en el moment de la liquidació del règim econòmic matrimonial, els excedents econòmics resulten favorables tan solament a un dels cònjuges...». *Vid.*, també, STSJC 27-abril-2000 (RJ 2000\4125); STSJC 21-octubre-2002 (RJ 2003\698); STSJC 26-març-2003 (RJ 2003\4654); STSJC 8-juliol-2011 (RJ 2011\6406); STSJC 15-desembre-2011 (RJ 2012\256); STSJC 19-desembre-2011 (RJ 2012\2768); STSJC 9-gener-2012 (RJ 2012\4203); STSJC 1-març-2012 (JUR 2012\183057); STSJC 10-maig-2012 (RJ 2012\8782); i STSJC 26-juny-2012 (JUR 2012\308007).

22 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 408. La feina es pot incloure dintre de l'enriquiment injustificat, tal com evidenciaven els art. 41.1 CF i 13 i 31.2 LUEP. La consideració del servei com a empobriment patrimonialitzat determina correlativament la de l'estalvi com a enriquiment igualment patrimonialitzat. Així, l'enriquiment positiu pot ser per manteniment de l'actiu, en el cas de l'estalvi de despesa, com passa en el cas del treball per a l'altre sense contraprestació o amb contraprestació insuficient (BADOSA COLL, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 405 i 407). *Vid.* STSJC 27-abril-2000 (RJ 2000\); STSJC 21-octubre-2002 (RJ 2003\698); STSJC 26-març-2003 (RJ 2003\4654); STSJC 16-gener-2012 (RJ 2012\4207).

existeix—,<sup>23</sup> quan s'extingeix el règim de separació de béns o la parella estable (en cas de mort del cònjuge o del convivent només si el sobrevivent és el creditor) pot néixer un dret de crèdit a favor d'un dels cònjuges o convivents.

## 2.2. Tècnica —no finalitat— reequilibradora dels patrimonis dels cònjuges/convivents

El crèdit a la compensació s'articula amb una tècnica (no finalitat), pròpia del Dret de família, reequilibradora dels patrimonis separats dels cònjuges o convivents, en principi amb el límit màxim de la quarta part<sup>24</sup> de la diferència entre els increments dels patrimonis dels cònjuges/convivents (calculats d'acord amb l'art. 232-6 CCCat).<sup>25</sup> Unificant ambdues idees, la jurisprudència del TSJC sol referir-se a «l'enriquiment injust, autèntica ratio de tal mesura reequilibradora».<sup>26</sup>

El límit màxim de la quarta part de la diferència dels increments patrimonials no és absolut, atès que, a banda del que puguin haver pactat els cònjuges (art. 232-7 CCCat), l'autoritat judicial el pot superar si el cònjuge creditor prova que la seva contribució ha estat «notablement superior» (art.

23 No cal provar-ho... *Vid.* STSJC 16-gener-2012 (RJ 2012\4207). *Vid.*, també, STSJC 8-juliol-2011 (RJ 2011\6406); STSJC 15-desembre-2011 (RJ 2012\256); STSJC 19-desembre-2011 (RJ 2012\2768); STSJC 9-gener-2012 (RJ 2012\4203); STSJC 1-març-2012 (JUR 2012\183057) i STSJC 10-maig-2012 (RJ 2012\8782).

24 Es parla a vegades d'una «quarta domèstica» (*vid.* SOLÉ RESINA, J., «La quarta domèstica...», *op. loc. cit.*, títol del treball i pàg. 17-19; SOLÉ RESINA, J., «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro Segundo del CCC: La «quarta domèstica» o crédito de participación reducido», a *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., i NASARRE AZNAR, S. [coord.], Barcelona: Bosch, 2011, títol i pàg. 306), que s'ha afegit a les altres quartes —falcídia (art. 427-40 i seg. CCCat), trebel·liànica (art. 426-31 i seg. CCCat), vidual (art. 451-1 i seg. CCCat) i en cas d'acolliment (art. 8.1 Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de les persones grans [LAPG])— que regula el Dret català; a aquestes «quartes» encara es pot afegir avui la prevista en l'art. 442-5 CCCat, en el cas de commutació de l'usdefruit universal intestat del cònjuge o convivent. La base de càlcul en cada cas no és la mateixa. Tant en el cas de la quarta vidual com, en principi, en el de la compensació per raó de treball, es tracta d'un límit màxim (art. 232-5.4 i 452-1.1 CCCat); quant a la quarta vidual, *vid.* STSJC 26-gener-1995 (RJ 1995\4461). *Cfr.* art. 232-15 i 232-21 CCCat que, en relació al règim de participació parteix, com a regla, d'una participació en la meitat de la diferència dels increments patrimonials.

25 A l'hora de fixar la quantia de la compensació a favor d'un dels convivents d'una parella estable, en un cas en què no resultava aplicable el Llibre 2n CCCat, la STSJC 1-març-2012 (JUR 2012\183057) considera d'aplicació orientativa el límit de la quarta part que estableix avui l'art. 232-5.4 CCCat —al qual remet l'art. 234-9 CCCat en el cas de parelles estables—. *Vid.*, també, STSJC 8-juliol-2011 (RJ 2011\6406); STSJC 25-juliol-2011 (RJ 2011\6684); STSJC 31-octubre-2011 (RJ 2012\2243); STSJC 15-desembre-2011 (RJ 2012\256).

26 *Vid.*, recentment, STSJC 26-juny-2012 (JUR 2012\308007). *Vid.*, també, en els mateixos termes: STSJC 19-octubre-2006 (RJ 2007\5292); STSJC 28-gener-2008 (JUR 2009\296310); STSJC 7-juliol-2008 (JUR 2009\296247); STSJC 4-setembre-2008 (RJ 2009\644); STSJC 3-novembre-2008 (RJ 2009\3141); STSJC 13-juliol-2009 (RJ 2009\5672); STSJC 30-setembre-2009 (RJ 2010\4999); STSJC 19-novembre-2009 (RJ 2010\1641); STSJC 27-maig-2010 (RJ 2010\5128); STSJC 8-juliol-2011 (RJ 2011\6406); STSJC 12-juliol-2011 (RJ 2011\6409); STSJC 19-desembre-2011 (RJ 2012\2768); STSJC 9-gener-2012 (RJ 2012\4203); STSJC 16-gener-2012 (RJ 2012\4207); STSJC 10-maig-2012 (RJ 2012\8782).

232-5.4, final, i art. 234-9.2 CCCat, que remet als art. 232-5 a 232-10 CCCat).<sup>27</sup> Aquest límit, tot i no ser absolut, s'ha vist com un factor garantista, que limita la discrecionalitat, afavoreix la previsibilitat i evita arbitriarietats.<sup>28</sup>

Òbviament, res impedeix que, a l'empara de l'art. 232-7 CCCat,<sup>29</sup> els cònjuges puguin haver pactat *ex ante* una quantitat determinada o un percentatge concret de l'increment patrimonial experimentat per l'altre cònjuge,<sup>30</sup> o fins i tot que hagin exclòs el dret a la compensació (art. 232-7 CCCat —«la reducció o l'exclusió»—), en el benentès que el pacte d'exclusió ha de tenir caràcter recíproc (art. 231-20.3 CCCat).<sup>31</sup> També poden pactar el que considerin oportú, *ex post*, en el conveni regulador de separació o de divorci (art. 233-2.3.c CCCat).

En qualsevol cas, el fonament i la finalitat de la compensació no és la comunicació de guanys; no pretén en sí mateixa compensar sense més el desequilibri entre els increments dels patrimonis d'un i altre cònjuge;<sup>32</sup> no es tracta d'una mena de règim de participació en els guanys atenuat. En l'extinció

27 Vid. Preàmbul, III, c, § 9, Llei 25/2010, de 29 de juliol. Ni en el Projecte 2006 (art. 232-5.4), ni en el Projecte 2009 (art. 232-5.4) no es donava marge a l'autoritat judicial per a superar el límit la quarta part de la diferència entre els increments dels patrimonis dels cònjuges, calculada d'acord amb l'article següent (BOPC núm 353, 15-juny-2006, pàg. 77; BOPC núm 384, 19-gener-2009, pàg. 42). Vid. epígraf I.2.1 i nota 13.

28 Vid. NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 238 i 258; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La compensació...», *op. loc. cit.*, pàg. 11. Vid., també, ROCA TRIAS, E., «Els canvis...», *op. loc. cit.*, pàg. 102. Durant la vigència del CF, FERRER RIBA apuntava: «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)» (FERRER RIBA, J., «Separació de béns i compensacions en la crisi familiar», a *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Àrea de Dret civil Universitat de Girona [coord.], Girona: Documenta Universitaria, 2005, p. 86).

29 Vid. també, art. 111-6 CCCat.

30 Vid. ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 278, nota 523. En aquest cas, s'ha dit si el límit no estaria en la meitat de la diferència entre els increments patrimonials dels cònjuges de la que parteix el règim de participació en els guanys (art. 232-15 i 232-21 CCCat).

31 Quant a la possibilitat d'excloure o de disposar *ex ante* de la compensació per raó de treball de l'art. 41 CF, abans de l'entrada en vigor del Llibre segon del CCCat, Vid. LAMARCA MARQUÈS, A., «Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball. Comentari a la STSJC de 21.10.2002», *Indret* 01/2003, pàg. 8-11. Vid., també, SOLÉ FELIU, J., «La compensació...», *op. loc. cit.*, pàg. 2; PARA MARTÍN, A., «El derecho...», *op. loc. cit.*, pàg. 337-338; STSJC 28-gener-2010 (RJ 2010\1486).

32 Cfr. NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 295 (per a aquest autor, «con la nueva previsión legal en el CCC, la desigualdad de incrementos se convierte... en el fundamento para la compensación y origina un derecho a participar en las ganancias»); SOLÉ RESINA, J., «La cuarta doméstica...», *op. loc. cit.*, pàg. 17; SOLÉ RESINA, J., «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro Segundo del CCC: La «cuarta doméstica»...», *op. loc. cit.*, pàg. 303, 306, 307 i 309 (segons aquesta autora, la compensació econòmica per raó de treball «se convierte, en el Libro II, en un crédito de participación en las ganancias más reducido (normalmente con un máximo de ¼ parte) que el que se genera en la liquidación del régimen de participación en las ganancias (en principio, ½); per a SOLÉ RESINA, J., la finalitat de la compensació en el Llibre II és «reducir el desequilibrio y actuar de correctivo»). BOSCH CAPDEVILA, opina que en el Llibre 2n CCC no acaba d'estar del tot clar què es pretén amb la compensació, si indemnitzar un defecte retributiu, o anivellar patrimonis, o potser ambdues coses (BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució...», *op. loc. cit.*, pàg. 1097).

del règim de participació en els guanys hi ha participació del guany, a través del crèdit de participació (art. 232-13.1, 232-18, 232-19, 232-20 i 232-21 CCCat), mentre que en la compensació per raó de treball prima la idea —objectivament considerada— d'enriquiment d'un i no de l'altre (prescindint de la relació d'imputació i, per tant, de si l'enriquiment ha estat precisament «a costa» de l'empobriment, com ocorre típicament, en canvi, en l'enriquiment injustificat entès en sentit propi); no persegueix la participació en els guanys, encara que la quantificació de la compensació tingui en compte, instrumentalment, al marge d'altres elements (art. 232-5.3 CCCat), una certa comunicació d'incrementos patrimonials, fins a un límit màxim —no absolut— (art. 232-5.4 CCCat).<sup>33</sup>

Si no hi ha hagut treball per a la casa o per a l'altre d'un dels consorts o convivents, d'acord amb el que preveuen els art. 232-5 i 234-9.1 CCCat, per molt que hi hagi desequilibri entre els increments patrimonials, no hi ha dret a compensació. I si hi ha hagut treball per a la casa o per a l'altre d'un dels cònjuges, però no hi ha un increment superior del patrimoni de l'altre, tampoc hi ha dret a compensació.<sup>34</sup>

Quelcom que no resol el Llibre 2n CCCat és si, no havent-hi desigualtat entre els increments patrimonials dels cònjuges o convivents —i no procedint, per tant, la compensació per raó de treball *ex* art. 232-5 i 234-9 CCCat—, però sí enriquiment per treball —si més no negatiu—, es podria acudir a l'acció d'enriquiment injustificat.<sup>35</sup> Respecte d'això, es pot argumentar que no, si es parteix que, en cas de relació matrimonial —essent el règim econòmic matrimonial el de separació de béns— o de parella, la compensació per raó de treball substitueix l'enriquiment injustificat pel treball que aquesta compensació considera.

### 2.3. La fixació de la quantia en funció de la comparativa dels increments dels patrimonis dels cònjuges

Amb caràcter general, en l'enriquiment injustificat, l'empobriment és el fet determinant de l'obligació que fonamenta, i l'enriquiment és la condició del seu naixement i, normalment, el que en determina el contingut (*vid.* art. 10.9.III CCE).<sup>36</sup> Ara bé, això últim no es compleix en la compensació econòmica per raó de treball; si bé és cert que només hi ha compensació si hi ha «enriquiment» (entès, però, exclusivament, com a «increment patrimonial superior», sense

33 Durant la vigència de l'art. 41 CF, la STSJC de 4-setembre-2008 (RJ 2009\644) destacava que la compensació econòmica per raó de treball no era un mecanisme per a igualar patrimonis ni tampoc suposava un règim de participació.

34 *Vid.* Roca Trias, E., «Els canvis...», *op. loc. cit.*, pàg. 101 i 102.

35 *Vid.* Solé Resina, J., «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro Segundo del CCC: La «cuarta doméstica»...», *op. loc. cit.*, 2011, pàg. 310; Solé Resina, J., «La compensació econòmica per raó de treball al Llibre II del Codi civil de Catalunya: correcció...», *op. loc. cit.*, 2011, pàg. 195.

36 *Vid.* Badosa Coll, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 399. Aquest autor insisteix: «En el supòsit de fet de l'enriquiment injustificat l'empobriment és l'element determinant i l'enriquiment és l'element condicionant... L'element essencial és l'empobriment, ja que el seu rescabament és la finalitat de l'obligació. L'enriquiment és l'element condicionant en el sentit que l'empobriment només es rescabala si existeix un correlatiu enriquiment i en la seva mesura» (Badosa Coll, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 403; *vid.*, també, pàg. 413).

que calgui demostrar que aquest ha estat motivat per l'empobriment de l'altre —per la seva dedicació a la casa o a l'altre sense retribució o amb retribució insuficient—, atès que això es considera implícit, l'enriquiment no marca, en canvi, la mesura del rescabament (art. 232-5.3 i 4 CCCat).

La quantia de l'obligació de rescabament/compensació no es fixa per l'enriquiment efectiu que provoca a un dels cònjuges el treball per a la casa o per a l'altre del consort o convivent (ni entès com a enriquiment objectiu ni com a utilitat subjectiva),<sup>37</sup> sinó que, en defecte del que puguin haver pactat els cònjuges o convivents (art. 232-7 —«hom pot pactar l'increment, la reducció o l'exclusió...»— i 234-9.2 CCCat), es fixa en funció de la comparativa dels increments dels patrimonis dels cònjuges (art. 232-5.4 i 232-6 CCCat, i Disp. Add. 3a.1 Llei 25/2010, de 29 de juliol),<sup>38</sup> tenint en compte altres variables (art. 232-5.3 CCCat), i en principi amb el límit màxim —no absolut— de la quarta part de la diferència entre els increments patrimonials dels cònjuges o convivents —calculats d'acord amb l'art. 232-6 CCCat— (art. 232-5.4 i 234-9.2 CCCat; *vid.* Preàmbul, III, c, § 9, Llei 25/2010, de 29 de juliol). No es quantifiquen els enriqueiments per separat (cosa que podria donar lloc a una xarxa d'obligacions recíproques compensables entre si i de molt difícil identificació i quantificació), sinó que es simplifica tot plegat en una compensació única concretada en base al desequilibri dels increments patrimonials (art. 232-5 i 232-6 CCCat, i Disp. Add. 3a.1 i 4a.1 i 2 Llei 25/2010, de 29 de juliol). Això fa que no es pugui parlar d'enriquiment injustificat en sentit tècnic i justifica que s'hagi eliminat la referència expressa al mateix, tot i que la base continua essent l'enriquiment d'un cònjuge/convivent a costa de l'altre.<sup>39</sup> No es valora la feina en termes de retribució o rendiments, sinó assignant-li el dret a una «compensació econòmica» (arts. 232-5 i 234-9 CCCat), que es calcula amb els criteris dels art. 232-5.3 i 232-6 CCCat. La compensació per raó de treball és la manera de vehicular en aquest cas l'enriquiment injustificat matrimonial o entre els membres de la parella.<sup>40</sup>

Així, tècnicament, es substitueix l'enriquiment injustificat pel rescabament del desequilibri global entre increments patrimonials (art. 232-5 i 232-6 CCCat; art. 234-9 CCCat per a les parelles estables).<sup>41</sup>

L'increment patrimonial superior experimentat per un dels cònjuges assumeix, així, la doble funció de pressupòsit objectiu del dret (art. 232-5.1, final, i 234-9 CCCat) i, juntament amb altres variables (art. 232-5.3 CCCat), de paràmetre per a la seva quantificació, amb el límit —no absolut— de la quarta part (art. 232-4.4 CCCat).<sup>42</sup>

37 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 406.

38 Quant als increments patrimonials dels cònjuges en el règim de participació en els guanys, *vid.* art. 232-13, 232-19 i 232-20 CCCat.

39 Com indica BADOSA COLL, l'enriquiment injustificat com a font d'obligacions té dos components: un objectiu o fàctic que és l'econòmic de l'enriquiment d'un a costa de l'empobriment aliè (l'enriquiment / empobriment), i un altre de jurídic que és, malgrat la seva llicitud, que li manca justificació (BADOSA COLL, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 395; *vid.*, també, pàg. 398 i 401-419).

40 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 405.

41 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 393.

42 ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 271.



## 2.4. Manca de justificació dels enriquiments produïts mentre dura la relació matrimonial o de parella

L'extensió de la compensació al cas de mort del cònjuge o convivent deutor suposa negar que la relació matrimonial o de parella justifiqui els enriquiments per treball que es produeixen mentre dura aquesta —no hi ha causa de l'enriquiment—; per tant, quan s'acaba la convivència, tant si això té lloc per ruptura —en vida—, com si esdevé per mort —si el sobrevivent és el creditor—, es té «dret a la compensació». No cal que el cònjuge o convivent que s'ha dedicat a la casa o a l'altre cònjuge/convivent hagi vist frustrada la relació, en vida, per la crisi matrimonial o de parella, sinó que fins i tot quan el matrimoni es dissol o la parella s'extingeix naturalment, per mort, si el sobrevivent és el creditor, tindrà «dret a la compensació» (art. 232-5 i 234-9 CCCat).<sup>43</sup>

Tot i tractar-se d'un supòsit no expressament contemplat en l'art. 232-5 CCCat («...per separació, divorci, nul·litat o mort d'un dels cònjuges...»), i deixant de banda el que puguin haver pactat els cònjuges, l'argumentació apuntada es podria utilitzar per a reconèixer «dret a la compensació» fins i tot en el cas que el règim de separació de béns s'extingís, durant la normalitat de la relació matrimonial, pel fet que els cònjuges convinguessin un altre règim econòmic (art. 231-10, 231-19, 231-22.2, 231-23.2 i 231-24 CCCat i 9.3 CCE), sempre que es donessin la resta de circumstàncies de l'art. 232-5. 1 i 2 CCCat.<sup>44</sup> És aquesta, però, una qüestió no resolta pel legislador i que, per tant, queda oberta.

En qualsevol cas, el fet que en relació als cònjuges es limiti la compensació per raó de treball al règim econòmic de separació de béns suposa partir del fet que els altres règims (de comunitat o de participació) absorbeixen o «amorteixen» els enriquiments injustificats per treball. L'art. 232-11.1, final, CCCat posa de manifest la importància de determinar, a aquests efectes, quin és el règim econòmic matrimonial.

## II. LA COMPENSACIÓ PER RAÓ DE TREBALL EN EL CAS DE MORT DEL CÒNJUGE O CONVIVENT DEUTOR

### 1. LA RECLAMACIÓ DE LA COMPENSACIÓ

#### 1.1. El caràcter personalíssim del dret a reclamar la compensació econòmica

En el cas d'extinció del règim de separació de béns per mort d'un dels cònjuges només pot existir dret a la compensació per raó de treball si el

43 En base a la regulació continguda en l'art. 41 CF, que només regulava el dret a la compensació econòmica per raó de treball per als casos de separació judicial, divorci o nul·litat, ORTUÑO MUÑOZ sostenia que era en el moment de la ruptura quan cessava, amb efectes retroactius, l'existència de causa de l'enriquiment (ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentari a l'art. 41 CF»..., *op. loc. cit.*, pàg. 238).

44 *Vid.* epígraf I.1.1. Sobre el procediment per a reclamar-la i els efectes del manteniment de la relació matrimonial respecte del termini per reclamar la compensació, *vid.* notes 53 i 58.

sobrevivent n'és el creditor (Preàmbul III, c, § 9, al final, Llei 25/2010). Si qui hi hauria tingut dret és el cònjuge difunt, els seus hereus no tenen dret a exigir-la. Això mateix resulta aplicable a la compensació econòmica a favor del membre sobrevivent d'una unió estable (art. 234-9.2 CCCat).

Fent un pas més, l'art. 232-5.5 CCCat destaca que el cònjuge o convivent sobrevivent pot reclamar la compensació econòmica per raó de treball «com a dret personalíssim»<sup>45</sup> D'acord amb això, només el cònjuge/convivent sobrevivent pot decidir reclamar la compensació; si el cònjuge sobrevivent amb dret a reclamar-la mor sense haver-ho fet, els seus hereus no la podran reclamar (art. 232-5.5 CCCat);<sup>46</sup> és a dir, si el sobrevivent mor sense haver reclamat la compensació —o sense haver-li estat reconeguda—, no transmet cap dret als seus hereus.

Això, que resulta de l'art. 232-5.5 CCCat («En cas d'extinció del règim de separació per mort, el cònjuge supervivent pot reclamar la compensació econòmica per raó de treball com a dret personalíssim») i deriva de la relació personal-familiar en què es genera el dret a la compensació, al marge que pugui plantejar-se si resulta qüestionable, no encaixaria amb l'enriquiment injustificat patrimonial, entès en sentit tècnic i, per tant, transmissible.

Això diferencia, a més, el crèdit a la compensació per raó de treball del crèdit de participació, que, si escau, poden reclamar els successors del cònjuge difunt casat en règim de participació en els guanys (art. 232-21.a i b, i 232-23 CCCat).<sup>47</sup>

Aquest caràcter «personalíssim» del dret a reclamar la compensació — que l'allunya de l'enriquiment injustificat tècnicament considerat— no s'ha d'entendre en el sentit que una vegada reconegut i determinat el dret de crèdit a la compensació a favor d'un dels cònjuges o convivents, la mort posterior del creditor determini l'extinció del dret de crèdit; el que és personalíssim és el dret a reclamar-la, no el dret de crèdit a la compensació una vegada reclamat i reconegut (dret que si que es transmetrà als hereus si mor el cònjuge creditor).<sup>48</sup>

En aquest sentit, el caràcter personalíssim és predicable en general de la compensació econòmica per raó de treball (també en cas de crisi matrimonial o d'extinció de parella estable). El cònjuge/convivent és l'únic legitimat per a reclamar-la; si el cònjuge no reclama la compensació, els seus creditors no poden exercir l'anomenada «acció subrogatòria» per a reclamar-la; i si el cònjuge/convivent mor abans de reclamar-la, no podran fer-ho els seus

45 Vid. NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 255. Durant la tramitació del Projecte de Llibre 2n CCCat, sobre el caràcter personalíssim de la compensació en aquest cas, vid. CASAS VALLÈS, R, i MIRALLES GONZÁLEZ, I, «Nota...», *op. loc. cit.*, pàg. 6.

46 Quant a la quarta vidual, l'art. 452-6.1.c CCCat considera extingit el dret a reclamar-la si el cònjuge vidu o el convivent supervivent mor sense haver-lo exercit.

47 Vid. CASAS VALLÈS, R, i MIRALLES GONZÁLEZ, I, «Nota...», *op. loc. cit.*, pàg. 6.

48 En paraules de BAYO DELGADO, «una vez fijada al compensación, los herederos del cónyuge beneficiario pueden reclamar su pago. En cuanto al momento procesal a tener en cuenta para considerar producida la existencia del crédito, no hay duda de que, si la sentencia ya es firme al morir el beneficiario, sus herederos pueden ejecutarla. El carácter personalísimo del derecho supone que, si no hay sentencia o todavía no es firme al momento de la muerte del reclamante, el eventual derecho se extingue» (BAYO DELGADO, J., «Comentario al art. 232-5...», *op. loc. cit.*, pàg. 699).

hereus.<sup>49</sup> En canvi, si el cònjuge/convivent ja té reconegut el dret de crèdit a la compensació, els seus creditors podrien exercir l'anomenada acció subrogatòria per a cobrar-lo (art. 1111 CCe), i en cas de mort del creditor de la compensació, els seus hereus podrien reclamar-ne el pagament;<sup>50</sup> una vegada reconegut el dret el cònjuge/convivent o els seus hereus podrien també cedir-lo a tercers.

En definitiva, el dret de crèdit a la compensació està supeditat a la reclamació per part del cònjuge/convivent amb dret a reclamar-la –i/o al seu reconeixement–.<sup>51</sup>

## 1.2. Procediment en el que s'ha d'exercir judicialment la pretensió

En cas de nul·litat, separació o divorci, segons l'art. 232-11.1 CCCat, la compensació econòmica per raó de treball s'ha de reclamar «en el procés que causa l'extinció del règim», i en el cas de resolucions o decisions eclesiàstiques, en el procés adreçat a obtenir-ne l'eficàcia civil.<sup>52</sup>

Deixant de banda els problemes interpretatius que genera aquest paràgraf i els casos d'extinció de parella estable en vida dels convivents –que queden fora de l'àmbit d'aquest estudi–,<sup>53</sup> i centrant-nos en el cas de dissolució del

49 Com destaca ARNAU RAVENTÓS, la qüestió sobre si en cas de nul·litat, separació o divorci, l'acció podria no tenir caràcter personalíssim només es planteja si s'admet la possibilitat de reclamació de la compensació al marge de la causa matrimonial, en un procés declaratiu ordinari (ARNAU RAVENTÓS, L., «El règimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 276, nota 515). Si s'entén que la reclamació de la compensació només es pot vehicular a través de la causa matrimonial, llavors lògicament només podrà reclamar-la el cònjuge.

Durant la vigència del CF, ORTUÑO MUÑOZ afirmava que la qualitat de dret personalíssim derivava «del fet que les úniques persones que tenen legitimació, activa o passiva, per a exercitar-lo són els cònjuges». Davant una crisi matrimonial produïda, els creditors del cònjuge «dèbil» no podran exercitar aquest dret per via de subrogació, ja que és dels que qualifica com a *intuitu personae* l'art. 1111 CCe (ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentari a l'art. 41 CF...», *op. loc. cit.*, pàg. 236 –també, pàg. 238–).

50 BAYO DELGADO posa en relleu que una vegada fixada la compensació, els hereus del cònjuge creditor poden reclamar-ne el pagament. D'acord amb això, segons aquest autor, en cas de reclamació judicial no hi ha dubte que si la sentència ja és ferma quan mor el cònjuge creditor de la compensació, els seus hereus poden executar-la; en canvi, si encara no hi ha sentència o aquesta encara no és ferma quan mor el cònjuge que la reclama l'eventual dret s'extingeix (BAYO DELGADO, J., «Comentari al art. 232-5...», *op. loc. cit.*, pàg. 699).

51 *Vid.* epígraf II.1.3.

52 L'art. 42 CF, derogat, establia que el dret a la compensació només es podia exercir en el primer procediment en el qual es sol·licités la separació, el divorci o la nul·litat i que, per tant, no es podia formular en l'eventual procediment subsegüent de nul·litat o divorci, llevat que hi hagués hagut reconciliació i nova convivència; i que en el cas de resolucions dictades pels tribunals eclesiàstics en què es declarés la nul·litat del matrimoni canònic o de decisions pontifícies sobre matrimoni rat i no consumat, el dret a la compensació només es podia exercir en el tràmit de la seva execució, davant la legislació civil.

53 Al marge de la qüestió de si les parts, per pacte, poden excloure l'aplicació de l'art. 232-11.1 CCCat i reservar-se o pactar la possibilitat de dirimir la qüestió de la compensació en un procediment ulterior –en base a l'ampli marge que es reconeix a l'autonomia de la voluntat en aquesta matèria (art. 111-6 i 232-7 CCCat)–, o bé, si únicament per raons excepcionals es pot sol·licitar el reconeixement del dret en un procés declaratiu posterior (*vid.* ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentari a l'art. 42 CF», a EGEA FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. [Dirs.], *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. 259-260 –aquest autor cita STSJ

matrimoni per mort, el cònjuge supervivent pot demanar la determinació de la compensació econòmica per raó de treball d'acord amb el procediment que estableixen els art. 782 a 789 LEC (divisió d'herència) —possibilitat que sembla que ha de tenir també el convivent, en cas d'extinció de la parella estable per mort—, excepte que escaigui allò que disposa l'art. 232-11.2, final, CCCat (Disp. Add. 4a.1 Llei 25/2010, de 29 de juliol, reinterpretada d'acord amb la tramitació parlamentària).<sup>54</sup> L'acord a què s'arribi o la sentència que es dicti

---

27-abril-2000—), l'art. 232-11.1 CCCat planteja dues qüestions més: d'una banda si s'admet que la separació judicial pugui no determinar l'extinció del règim, de manera que llavors seria possible reclamar la compensació en un segon procés, de divorci (*vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del C., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 627-628; ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 274, nota 509, i 275); d'altra banda, si la finalitat de la norma és evitar que la pretensió s'exerceixi en un segon procés que giri entorn de la causa matrimonial, però no impedeix que es pugui formular en un procediment ordinari (*vid.* ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 274; *vid.*, també, pàg. 273 i 277, i nota 519). En relació a l'art. 42 CF, ROCA TRÍAS destacava que la redacció del precepte es referia únicament a plets relacionats amb l'estat civil, és a dir que el que exclouia era que en un procediment matrimonial posterior es pogués tornar a reproduir la petició de liquidació del règim, però no deia res quant a una reclamació autònoma en un procediment diferent. A més, segons aquesta autora, res impedia als cònjuges dilatar la liquidació del règim per a un moment posterior, per exemple, un cop s'han dividit els béns comuns, acció que es podia exercitar en un procediment matrimonial o en un altre procediment, d'acord amb l'art. 43 CF (sobre aquest precepte, *vid.* STC 21/2012, de 16 de febrer), i tal com es podia deduir de l'art. 76.3.e CF que no obligava a liquidar el règim en el procediment matrimonial (ROCA TRÍAS, E., «La liquidación...», *op. loc. cit.*, 2008, pàg. 663). Segons SOLÉ RESINA, «sembla que la norma [art. 42 CF] s'ha d'interpretar en el sentit que permet la reclamació d'aquest dret en un únic procediment, això és, una sola vegada» (SOLÉ RESINA, J., «La compensación...», *op. loc. cit.*, 2001, pàg. 677); *vid.*, també, SOLÉ RESINA, J., «La quarta domèstica...», *op. loc. cit.*, pàg. 22-23.

Resoldre aquestes qüestions excedeix l'objecte del nostre estudi, que es limita al cas d'extinció del règim per mort d'un dels cònjuges. En qualsevol cas, però, si s'admetés que es pot reclamar la compensació en cas d'extinció del règim de separació de béns per canvi de règim econòmic matrimonial, sembla que la reclamació caldria fer-la en un procediment ordinari —sense que calgués esperar a un eventual procés de nul·litat, separació o divorci posterior, que potser no esdevindrà mai— (*vid.* epígrafs I.1.1 i I.2.4).

En cas d'extinció de parella estable —se suposa, en vida dels convivents— la Disp. Add. 5a.1 Llei 24/2010, de 29 de juliol, remet a la regulació dels processos matrimonials de la LEC; les reclamacions fonamentades en el que estableixen els art. 234-7 a 234-14 CCCat (exercici de la guarda dels fills i relacions personals, atribució i distribució de l'ús e l'habitatge familiar, compensació econòmica per raó de treball, prestació alimentària, i efectes de l'extinció per mort) «s'han d'acumular en un únic procés» (Disp. Add. 5a.2 Llei 24/2010, de 29 de juliol).

54 Tal com resulta de la tramitació parlamentària, malgrat que el darrer incís de paràgraf 1 de la Disp. Add. 4a Llei 25/2010, de 29 de juliol, digui «excepte en el cas de la compensació, que és regulada per l'article 232-11.2 del Codi civil», s'ha d'entendre «excepte, en el cas de la compensació, que escaigui allò que disposa l'art. 232-11.2». En aquest sentit, la Disp. Add. 5a.1 del Projecte 2009 (BOPC núm 384, 19-gener-2009) es limitava a establir: «En cas de dissolució del matrimoni per mort, el cònjuge supervivent pot instar l'acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguessin en comunitat ordinària indivisa i la determinació de la compensació per raó de treball, d'acord amb el procediment dels articles 782 i següents de la Llei 1/2000, de 7 de gener d'Enjudiciament Civil». L'esmena núm. 149 presentada pels Grups Parlamentaris Socialistes - Ciutadans pel Canvi, Esquerra Republicana de Catalunya, Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa i Convergència i Unió proposà addicionar a aquest paràgraf: «[...] Llei 1/2000, de 7 de gener d'Enjudiciament Civil, *excepte*,

en el procediment de divisió d'herència ha d'incloure, si escau, la compensació econòmica per raó de treball, concretada com a crèdit del cònjuge supervivent abonable pels qui resultin hereus (Disp. Add. 4a.2 Llei 25/2010, de 29 de juliol). Segons l'art. 232-11.2, final, CCCat, si el supervivent amb dret a la compensació reclama la «prestació compensatòria» a l'empara de l'art. 233-14.2 CCCat, haurà de reclamar la compensació en el mateix procediment (art. 232-11.2, final, CCCat —*vid.* epígraf II.3.1—).

La possibilitat de demanar la determinació de la compensació econòmica per raó de treball en el procediment de divisió de l'herència (Disp. Add. 4a Llei 25/2010, de 29 de juliol —«... el cònjuge supervivent *pot...* demanar...»—) no exclou que el cònjuge supervivent pugui anar a un declaratiu ordinari; cal tenir en compte que el cònjuge, en tant que creditor de la compensació, no pot demanar la partició (art. 782.3 LEC), i no pot quedar a l'albur que els hereus iniciïn el procediment.

En relació amb el crèdit de participació, l'art. 232-23 CCCat —que té com a precedents els art. 58.2 CDCC (redacc. 1993) i 60.3 CF— preveu que el creditor o els seus successors puguin instar l'anotació preventiva d'embargament «als registres públics» per a assegurar el pagament mentre es tramita llur reclamació. Això no està previst expressament, en canvi, en relació amb el crèdit a la compensació econòmica per raó de treball, i el cas és si tindria sentit admetre-ho. L'art. 451-15.2 CCCat preveu l'anotació preventiva de la demanda de reclamació de la llegítima «al Registre de la Propietat»; el mateix estableix, quant a la demanda de reclamació de la quarta vidual l'art. 452-4.4 CCCat.

---

*en el cas de la compensació, que escaigui el que disposa l'apartat 2 de l'article 232-11» (BOPC núm 574, 16-novembre-2009, pàg. 26). Quant al text de la Disp. Add. 5a.1 del Projecte, en l'Informe de la Ponència, els ponents dels Grups Parlamentaris Socialistes - Ciutadans pel Canvi, d'Esquerra Republicana de Catalunya i d'Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa retiraren l'esmena núm. 486 (núm. 149 abans esmentada) en favor de l'adopció d'un text transaccional sobre l'esmena i el text de la disposició amb el redactat de l'incís final tal com passà al text definitiu de la Disp. Add. 4a.1 de la Llei 25/2010, de 29 de juliol —«[...] Llei 1/2000, de 7 de gener d'Enjudiciament Civil, excepte, en el cas de la compensació, que regula l'apartat 2 de l'article 232-11»— (BOPC núm 726, 31-maig-2010, pàg. 159). Seguint aquesta línia, en el Dictamen de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana, el text de la Disp. Add. 4a.1 coincidia ja amb el text definitivament aprovat (BOPC núm 728, 2-juny-2010, pàg. 58).*

Sobre aquesta lectura del darrer incís de la Disp. Add. 4a.1 de la Llei 25/2010, de 29 de juliol («excepte, en el cas de la compensació, que escaigui allò que disposa l'art. 232-11.2»), d'acord amb la tramitació parlamentària d'aquesta disposició, *vid.* (EGEA FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J., Notes de concordança, a *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, 14a ed., Barcelona: Flor del Viento Ediciones, S. A., 2010, pàg. 68). En un sentit similar, BAYO DELGADO posa en relleu que les dificultats interpretatives que planteja el darrer incís de la Disp. Add. 4a Llei 25/2010, de 29 de juliol, només poden ser degudes a un error de redacció, de manera que la coma de l'incís final «...excepte en el cas de la compensació, que és regulada per l'article 232-11.2 del Codi civil» s'ha de suprimir, de manera que l'oració adjectiva explicativa es converteix en especificativa: «excepte en el cas de la compensació que regula [és regulada per] l'art. 232-11.2 del Codi civil» (BAYO DELGADO, J., «Comentario al art. 232-11 CCCat», *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, ROCA TRÍAS, E. [coord. general], ORTUÑO MUÑOZ, P. [coord. Vol.], Las Rozas [Madrid]: Sepin, 2011, pàg. 716).

### 1.3. El termini per a reclamar la compensació econòmica per raó de treball

#### 1.3.1. La reclamació de la compensació per part del cònjuge supervivent

Segons l'art. 232-11.2 CCCat, en cas d'extinció del règim de separació de béns per mort, «la pretensió per a reclamar la compensació econòmica per raó de treball *prescriu* al cap de tres anys de la mort del cònjuge». A priori, aquest incís es limitaria simplement a establir un nou cas de prescripció triennal, al marge dels previstos als art. 121-21 i 452-6.2 CCCat. Convé fer, però, certes precisions.

En aquest sentit, el termini de tres anys de l'art. 232-11.2 CCCat semblaria que s'ha d'entendre referit a la reclamació/sol·licitud de la compensació (l'art. 232-5.5 CCCat al·ludeix a què «el cònjuge supervivent pot reclamar»),<sup>55</sup> i que la mort que es contempla com a «dies a quo» seria la del cònjuge premort —els hereus del qual poden acabar esdevenint deutors de la compensació—. <sup>56</sup> Aquesta idea, d'entendre referit el termini de l'art. 232-11.2 CCCat a la reclamació/sol·licitud de la compensació, sembla avalar-la el darrer incís del mateix paràgraf i la remissió que fa a l'art. 233-14.2 CCCat («*Tanmateix*, si el cònjuge supervivent interposa una demanda a l'empara de l'article 233-14.2, *ha de reclamar la compensació* en el mateix procediment»)<sup>57</sup> i lligaria amb allò que preveu l'art. 232-11.1 CCCat per a la reclamació de la compensació en cas de nul·litat del matrimoni, separació o divorci («s'ha de reclamar en el procés que causa l'extinció del règim, i en el cas de resolucions o decisions eclesiàstiques, en el procés adreçat a obtenir-ne l'eficàcia»). De fet, es podria plantejar si no es tracta més aviat d'un termini de *caducitat* referit a una relació jurídica disponible (122-1 i seg. i 122-3 en relació amb l'art. 232-7 CCCat);<sup>58</sup> el dret a reclamar/sol·licitar la compensació és una mena de dret de formació o poder de configuració jurídica (art. 122-1 CCCat) que, en cas que s'exerciti amb èxit donarà lloc al dret de crèdit a la compensació; el cònjuge no tindrà el dret de crèdit a la compensació si no el reclama i/o li és reconegut.<sup>59</sup>

55 Quant a la compensació econòmica per raó de treball, els art. 232-5.5 i 232-11.1 i 2, final, CCCat al·ludeixen, respectivament, a què el cònjuge la «pot» o l'«ha de» «reclamar...». Per a la prestació compensatòria, l'art. 233-14 CCCat parla del «dret a sol·licitar-la».

56 *Vid.* epígraf II.1.1; en tot el paràgraf —com en l'art. 232-5.1 CCCat— la mort que es contemplaria seria, segons aquesta interpretació la del cònjuge premort. Quant a la prestació compensatòria, l'art. 233-14.2 CCCat, al que remet l'art. 232-11.2 CCCat, contempla la mort del «deutor» i la possibilitat del creditor de reclamar-la.

57 Sembla clar que ni el darrer incís de l'art. 232-11.2 («*Tanmateix*, si el cònjuge supervivent interposa una demanda a l'empara de l'article 233-14.2, *ha de reclamar la compensació* en el mateix procediment») ni el 233-14.2 CCCat no regulen la prescripció de la pretensió a reclamar el pagament de la compensació (art. 232-11.2, final, CCCat) o la prestació compensatòria (art. 233-14.2 CCCat) a la que ja es té dret, sinó tan sols la possibilitat de sol·licitar que li sigui reconeguda una o altra.

58 D'acord amb això, si s'admetés que es pot tenir dret a la compensació econòmica en cas d'extinció del règim econòmic de separació de béns per canvi de règim econòmic matrimonial (*vid.* epígrafs I.1.1 i I.2.4 i nota 53), durant el matrimoni el termini restaria suspès (art. 122-3.1 i 121-16.b CCCat).

59 *Vid.* epígraf II.1.1.

Partint d'això, caldria concloure que el termini de prescripció de la pretensió per reclamar el pagament del crèdit a la compensació una vegada aquest ja ha estat reconegut al cònjuge i se n'ha determinat la quantia (precisament, en principi, com a conseqüència de l'èxit de la seva sol·licitud/reclamació)<sup>60</sup> serà el general de deu anys (art. 121-20 CCCat);<sup>61</sup> i això tant si el creditor és el cònjuge sobrevivent, com si el reconeixement del crèdit a la compensació a favor d'un dels cònjuges resulta d'una sentència de separació, divorci o nul·litat.

### 1.3.2. La reclamació de la compensació per part del convivent en parella estable

Quant a les parelles estables, segons l'art. 234-13 CCCat, «[E]ls drets a la compensació econòmica per raó de treball i a la prestació alimentària [vid. art. 234-10 i seg.] prescriuen en el termini d'un any a comptar de l'extinció de la parella estable i s'han de reclamar, si escau, en el mateix procediment en què es determinen els altres efectes de l'extinció de la parella estable». Aquesta regla prescindeix de quina hagi estat la causa d'extinció de la parella (vid. art. 234-4 CCCat). Anteriorment, els art. 16.2 i 32.2 LUEP, derogats, establien que la reclamació de la compensació (que només estava prevista en el cas d'extinció de la parella en vida dels convivents) s'havia de formular en el termini d'un any comptador des del cessament de la convivència.

Novament, com en el cas dels cònjuges, semblaria que aquest termini s'ha d'entendre referit a la reclamació/sol·licitud de la compensació<sup>62</sup> i no a la pretensió de pagament del crèdit a la compensació una vegada aquest ja ha estat reconegut al convivent, se n'ha determinat la quantia i és exigible.<sup>63</sup> Ho

60 Sembla clar que, si el cònjuge amb dret a la compensació no la sol·licita/reclama i/o no li és reconegut el dret de crèdit, no s'arribarà ni tan sols a plantejar el tema de la prescripció de la pretensió de pagament de la compensació. Potser per intentar distingir entre la sol·licitud/reclamació de la compensació i la reclamació del pagament del crèdit, els termes que utilitza l'art. 232-11.2 CCCat, tot i no ser del tot encertats («la pretensió per a reclamar la compensació econòmica per raó de treball prescriu...»), són diferents dels que empraven els art. 232-5.5 del Projecte 2006 i 232-11-2 del Projecte 2009 («la pretensió per a reclamar el pagament prescriu...»). Vid. BOPC núm 353, 15-juny-2006, pàg. 77; i BOPC núm 384, 19-gener-2009, pàg. 43.

61 Si partíssim que el termini previst en l'art. 232-11.2 CCCat es refereix a la pretensió per a exigir el pagament de la compensació que el cònjuge sobrevivent ja té reconeguda favor seu, de quantia determinada i exigible, caldria plantejar llavors quina mort estaria contemplant com a «dies a quo» aquest precepte: la del cònjuge premort —els hereus del qual haurien esdevingut «deutors» de la compensació— o la del cònjuge creditor. La primera opció tindria l'inconvenient que començaríem a comptar la prescripció abans que fos «nascuda i exercible la pretensió» per a exigir el pagament (art. 121-23 CCCat). Ara bé, l'altra possibilitat —considerar com a «dies a quo» la mort del cònjuge creditor— també plantejaria problemes, atès que suposaria fixar l'inici de la prescripció en un moment en principi (cfr. art. 232-8.2 CCCat) necessàriament posterior al d'exigibilitat del pagament de la compensació, tenint en compte que l'ha d'haver reclamat el cònjuge creditor —i en principi li hauria estat reconeguda— en vida (art. 232-5.5 CCCat). Vid. epígraf II.1.1.

62 Es tractaria de la mateixa «reclamació» a la que al·ludeix l'incís final del mateix art. 234-13 CCCat («...i s'han de reclamar, si escau, en el mateix procediment en què es determinen els altres efectes de l'extinció de la parella estable»).

63 Vid. epígraf anterior.

avalaria el fet que el termini comenci a comptar des de l'extinció de la parella estable (art. 234-13 CCCat) i que l'incís final es refereixi al procediment en què s'han de reclamar un i altre dret. I, com en el cas de l'art. 232-11.2 CCCat, malgrat els termes de l'art. 234-13 CCCat,<sup>64</sup> el convertirien més aviat en un termini de *caducitat* referit a una relació jurídica disponible (*vid.* art. 122-1 i 122-3 CCCat).

La qüestió és si, pensant, per exemple, en el cas de mort, té sentit avui establir terminis diferents per a sol·licitar/reclamar la compensació segons es tracti de cònjuges o de convivents, sobretot si es considera, sense matisos, que la parella estable també és família (art. 231-1.1 CCCat i Preàmbul, III, c, §§ 1, 21 i 24, de la Llei 25/2010, de 29 de juliol) i es té en compte el nivell d'equiparació d'ambdues institucions.<sup>65</sup>

En qualsevol cas, tot i resultar qüestionable, aquesta diferència de regulació podria servir per justificar la no remissió de l'art. 234-9.2 a l'art. 232-11 CCCat (la qual, d'altra manera, es pot pensar que es deu simplement a un oblit durant la tramitació parlamentària):<sup>66</sup> d'una banda el primer paràgraf de l'art. 232-11 CCCat es refereix a la nul·litat del matrimoni, la separació o el divorci, i en el cas de parella estable això sobra; i de l'altra, el segon paràgraf conté una regla que no s'aplicaria a les parelles estables, atès que l'art. 234-13 CCCat estableix un termini específic, d'un any (en comptes dels tres als que es refereix l'art. 232-11.2 CCCat), per a la reclamació de la compensació en el cas d'extinció de parelles estables, independent de quina hagi estat la causa d'extinció de la parella.

## 2. CARÀCTER RESIDUAL DE LA COMPENSACIÓ PER TREBALL

D'acord amb l'art. 232-5.5 CCCat, en cas d'extinció del règim de separació de béns per mort, els drets que el causant hagi atribuït al cònjuge creditor en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o els que li pertoquin en la successió intestada, redueixen la quantia de la compensació per raó del treball i poden fins i tot arribar a determinar el no naixement del dret de crèdit a la compensació. És a dir, el cònjuge sobrevivent només tindrà dret a la compensació econòmica si aquells drets no cobreixen l'import que li correspondria com a compensació. Quant a les parelles estables, l'art. 234-9.2 CCCat remet a l'art. 232-5 CCCat.

De fet, la regla continguda en l'art. 232-5 CCCat fa que la gran novetat que suposa estendre la compensació al cas de mort quedi en certa manera diluïda.

Dels termes que utilitzen els art. 232-5.5 i 232-6.1 CCCat es desprèn que, en cas de mort, partint d'un càlcul preliminar sobre la compensació, caldrà esbrinar si allò que ha atribuït el cònjuge deutor al creditor en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o els que li pertoquen en la successió intestada, cobreixen o no el que li correspondria en concepte de compensació (art. 232-5.5 CCCat), calculat d'acord amb l'art. 232-6.1 CCCat. Només quan/

<sup>64</sup> *Vid.* epígraf anterior.

<sup>65</sup> Quant a la manca de justificació del diferent termini de prescripció, *vid.*, també, NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 278.

<sup>66</sup> *Vid.* nota 9.



si amb allò que rebí en la successió voluntària o intestada del cònjuge o en consideració de la seva mort «no cobreixi l'import que li correspondria» com a compensació, el sobrevivent acabarà esdevenint creditor de la compensació.<sup>67</sup> L'aplicació de l'art. 232-5.5 CCCat pot suposar, per tant, reduir o fins i tot eliminar el crèdit a la compensació.<sup>68</sup> Si no l'elimina, en allò que el que correspongui per compensació excedeixi del que el cònjuge rebí en la successió del deutor o en consideració de la seva mort, es tractarà d'atribucions/drets compatibles.

Al marge d'això, amb caràcter general —i no només en cas de mort—, una vegada determinat el crèdit, s'imputen a la compensació per raó de treball les atribucions patrimonials que el cònjuge deutor hagi fet al cònjuge creditor «durant la vigència del règim» «pel valor que tenen en el moment de l'extinció del règim» (art. 232-6.2 CCCat).<sup>69</sup> Això mateix resulta aplicable respecte de les atribucions que el convivent deutor hagi pogut fer al creditor mentre duri la situació de parella (art. 234-9.2 CCCat).

Només si s'arriba a la conclusió que les atribucions i els drets de l'art. 232-5.5 CCCat no cobreixen l'import de la compensació (calculat d'acord amb l'art. 232-6.1 CCCat), passàriem llavors a imputar a la compensació les atribucions que el cònjuge deutor hagi fet al cònjuge creditor durant la vigència del règim (art. 232-6.2 CCCat).

La compensació econòmica per raó de treball té, per tant, caràcter residual.<sup>70</sup> En aquests casos sembla entendre's que l'empobriment hauria quedat rescabalat/compensat.<sup>71</sup>

## 2.1. Els drets que el causant hagi atribuït al cònjuge creditor en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o els que li pertoquin en la successió intestada: l'art. 232-5.5 CCCat

El cònjuge amb dret a la compensació només esdevindrà creditor si els drets que el causant li ha atribuït en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o els que li pertoquin en la successió intestada, no cobreixen l'import que li correspondria com a compensació (art. 232-5.5 CCCat). Literalment, sembla que n'hi ha prou amb que els drets hagin estat «atribuïts» —en la successió voluntària o en previsió de la seva mort— pel cònjuge deutor al creditor, o que

67 En paraules de SOLÉ RESINA, el dret a la compensació econòmica per raó de treball del cònjuge sobrevivent «es condiciona» al fet que «els drets que el causant li hagi atribuït, en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o els que li corresponguin en la successió intestada, no cobreixin l'import que li correspondria (SOLÉ RESINA, J., «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro Segundo del CCC: La «cuarta doméstica...», *op. loc. cit.*, 2011, pàg. 307). ARNAU RAVENTÓS al·ludeix al «caràcter condicional» de la compensació (ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 275). Per a NASARRE AZNAR, l'art. 232-5.5 CCCat indica que la compensació és subsidiària respecte de la resta d'atribucions *mortis causa* (NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 256).

68 *Vid.* BAYO DELGADO, J., «Comentario al art. 232-5...», *op. loc. cit.*, pàg. 699; BAYO DELGADO, J., «Comentario al art. 232-11...», *op. loc. cit.*, pàg. 715.

69 *Vid.* art. 232-5.4, final, Projecte 2006 (BOPC núm 353, 15-juny-2006, pàg. 77) i art. 232-6-2 Projecte 2009 (BOPC núm 384, 19-gener-2009, pàg. 42).

70 *Vid.* NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 255.

71 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Les altres fonts...», *op. loc. cit.*, pàg. 402 i 403.

«li pertoquin» —en la successió intestada—, encara que el cònjuge creditor de la compensació no els accepti.<sup>72</sup>

Per tant, per tal de determinar si el sobrevivent esdevé creditor de la compensació i determinar-ne la quantia cal identificar els drets que li corresponen en la successió voluntària o en previsió de la mort del deutor o en la intestada (*vid.*, quant a la intestada, art. 442-3 a 442-7 CCCat). Això podria semblar una certa alteració de l'ordre lògic en la majoria de supòsits: primer es liquida el règim econòmic, i després s'obre la successió... Aquí, partint d'una primera aproximació sobre si el sobrevivent té dret a la compensació i d'una quantia hipotètica, abans de concretar-la, caldrà veure què correspon al cònjuge eventualment creditor en la *successió* o en previsió de la mort del seu consort, per tal de confirmar si té dret a la compensació i fixar-ne la quantia exacta... En qualsevol cas, cal partir d'un primer càlcul sobre la compensació.

El fet que el cònjuge sigui hereu del consort premort no exclou necessàriament que el sobrevivent pugui esdevenir creditor de la compensació per raó de treball. Així, podria ser-ho, per exemple, si el causant hagués prohibit la quarta falcídia (art. 427-40 i seg. CCCat) o la quarta trebel·liànica (art. 426-31 i seg. CCCat); en altre cas, normalment aquestes «quartes» —tot i partir d'una base de càlcul diferent (art. 426-32 i 427-41 CCCat) de la que en principi és el límit màxim de la compensació (art. 232-5.4 i 232-6.1 CCCat)— neutralitzaran la compensació per raó de treball. Tot i ser hereu, el cònjuge sobrevivent també podria esdevenir creditor de la compensació, per exemple, si el causant ha ordenat atribucions particulars en pacte successori<sup>73</sup> distribuïnt d'aquesta forma la major part de l'herència, de manera que allò que quedi al cònjuge no arribi a cobrir el que li correspon com a compensació econòmica per raó de treball.<sup>74</sup>

Entre els drets que el causant «hagi atribuït» al cònjuge creditor de la compensació «en previsió de la seva mort» cal tenir en compte l'efecte *post mortem* de determinats negocis *inter vivos*, com ara la consideració de beneficiari d'assegurances de vida, de plans de pensions i d'instruments d'estalvi i previsió anàlegs (art. 421-23 CCCat), les donacions *mortis causa*

72 *Vid.* ARNAU RAVENTÓS, L., «El règimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 276, nota 515.

73 *Vid.* art. 427-43.1, final, 431-1.1, final, 431-5.1, 431-29, 431-30, 451-1, 451-8.2.b i 451-22.3 CCCat.

74 Com destaca NAVAS NAVARRO, si el causant ha ordenat atribucions particulars en pactes successori distribuïnt d'aquesta manera part de l'herència, no hi haurà lloc a la detracció de la quarta falcídia o quota hereditària mínima per part de l'hereu excessivament gravat amb elles, ja que, segons els art. 427-41.1 i 427-42 CCCat, les atribucions particulars s'exclouen tant de la determinació de l'import de la quarta —ja que no integren l'actiu hereditari líquid—, com de la reducció per quota hereditària mínima o quarta falcídia. Segons aquesta autora, aquesta doble exclusió de les atribucions particulars en pacte successori, potser tingui sentit quan l'afavorit és l'atorgant del pacte; en cas contrari, suposa deixar la validesa i el compliment del pacte successori a l'albur d'una de les parts, la causant de la successió (arg. *ex.* art. 1256 CCe). Per tant, aquesta autora no troba cap raó que justifiqui la seva exclusió quan l'afavorit és un tercer no atorgant del pacte, cas en el qual hauria de rebre el mateix tractament jurídic que en els llegats (NAVAS NAVARRO, S., «Comentari als art. 431-29/30 del Codi civil de Catalunya», *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J. [Dir.], ALASCIO I CARRASCO, L. [COORD.], Vol. II, Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2009, pàg. 1187).

(art. 432-1, 432-4 i 531-9.3 CCCat) —*vid.* art. 427-7.1 i 2 CCCat— i, encara que això pugui plantejar alguns dubtes, també la conseqüència dels pactes de supervivència (art. 231-15 i seg. i 234-3.3 CCCat).<sup>75</sup> En principi, sembla que entre els drets atribuïts pel deutor al cònjuge creditor «en previsió de la seva mort» caldria entendre-hi també incloses les atribucions particulars en pacte successori sense transmissió de present (art. 431-30.4 CCCat), però no les fetes amb transmissió de present, les quals, en la mesura que «es consideren donació» (art. 431-29.3 CCCat),<sup>76</sup> semblaria que haurien d'entrar en la regla d'imputació de l'art. 232-6.2 CCCat («[L]es atribucions patrimonials que el cònjuge deutor hagi fet al cònjuge creditor durant la vigència del règim s'imputen...»)<sup>77</sup>

Allò que el cònjuge o convivent premort hagi atribuït al consort o convivent «per causa de mort o en consideració a aquesta» es té en compte també per a determinar si el sobrevivent té recursos suficients per a satisfer les seves necessitats de cara a reconèixer-li o no dret a la quarta vidual (art. 452-1 CCCat; *vid.*, també, art. 231-15.3 CCCat).<sup>78</sup>

## 2.2. Les atribucions patrimonials que el cònjuge deutor hagi fet al cònjuge creditor «durant la vigència del règim»: l'art. 232-6.2 CCCat

En general, s'imputen a la compensació per raó de treball les atribucions patrimonials —gratuïtes—<sup>79</sup> que el cònjuge deutor «hagi fet al cònjuge creditor

75 L'art. 231-15.3 CCCat tracta l'adquisició pel sobrevivent de la participació del premort com si fos una donació. El fet que aquest art. 231-15.3 CCCat no al·ludeixi a la compensació per raó de treball —i si, en canvi, a la quarta vidual— no creiem que sigui argument per a no tenir en compte l'adquisició de la participació del premort en relació als béns adquirits amb pacte de supervivència, a efectes d'allò que disposa l'art. 232-5.5 CCCat, com a «dret atribuït pel causant en previsió de la seva mort». En aquesta línia, cal tenir en compte que, quant a la liquidació del règim de participació en els guanys, els béns comprats amb pacte de supervivència s'exclouen expressament a l'hora de determinar el patrimoni final (art. 232-19.1, final, CCCat); això pot fer pensar que, en cas d'extinció del règim de separació de béns per mort, la conseqüència del pacte de supervivència ha de ser tinguda en compte a efectes del que disposa l'art. 232-5.5 CCCat, com a «atribució en previsió de la mort»; de fet, si s'hagués volgut excloure, s'hauria pogut indicar expressament. Ara bé, també es podria entendre que les adquisicions amb pacte de supervivència segueixen el seu propi règim d'adquisició, independent de les normes de règim econòmic.

76 Sobre això, *vid.* NAVAS NAVARRO, S., «Comentari als art. 431-28/30...», *op. loc. cit.*, pàg. 1178-1179.

77 Un altre efectes, quant a la reducció o supressió d'aquestes atribucions patrimonials fetes pel deutor a favor de tercer, l'art. 232-9. CCCat es refereix a les atribucions particulars en pacte successori «fetes [pel deutor]... durant la vigència del règim», sense distingir si són o no amb transmissió de present. Sobre això, *vid.* l'epígraf II.4.1.

78 Quant a la quarta vidual, *vid.* ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo...», *op. loc. cit.*, pàg. 2314.

79 *Vid.* BOSCH CAPDEVILA, E., «L'evolució...», *op. loc. cit.*, pàg. 1091 —aquest autor es refereix a les liberalitats del cònjuge deutor a favor del creditor de la compensació—; ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 276, nota 514; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La compensació...», *op. loc. cit.*, pàg. 13. Caldria tenir en compte la presumpció de l'art. 232-3.1, final, CCCat.

durant la vigència del règim»<sup>80</sup> «pel valor que tenen en el moment de l'extinció» (art. 232-6.2 CCCat).

Entre les atribucions patrimonials que el cònjuge deutor pot haver fet al creditor durant la vigència del règim cal tenir en compte els pactes successoris d'atribució particular amb transmissió de present de béns (art. 431-29.3 CCCat). Malgrat ser «fetes durant la vigència del règim» (art. 232-6.2 CCCat), en cas d'atribucions particulars en pacte successori sense transmissió de present, atès que l'afavorit fa seus els béns en morir el causant (art. 431-30.4 CCCat), semblaria que aquestes s'haurien de regir per la regla prevista a l'art. 232-5.5 CCCat («...drets que el causant li hagi atribuït, en la successió voluntària o en previsió de la mort...»).

### 3. LA COMPATIBILITAT DE LA COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL AMB ALTRES DRETS

Centrant-nos específicament en el cas de mort d'un dels cònjuges o convivents, convé plantejar la possible compatibilitat entre la compensació per raó de treball i altres drets; en concret, en relació a determinats drets «viduals» –familiars i successoris– (art. 231-30, 231-31, 234-4 i 452-1 i seg. CCCat), així com a determinats drets econòmics matrimonials (art. 232-10 CCCat).

Doncs bé, essent en general compatibles amb la compensació, en alguns casos aquesta compatibilitat no té cap repercussió en la quantia d'aquests drets; en altres, en canvi, la concurrència amb la compensació comporta una disminució de la quantia de determinats drets (*vid.* art. 232-10, 232-15.a i 452-1 CCCat).

#### 3.1. La compatibilitat amb altres drets econòmics matrimonials: l'art. 232-10 CCCat. Especial consideració de la prestació compensatòria

Amb caràcter general, el dret a la compensació econòmica per raó de treball és compatible amb els «altres drets de caràcter econòmic» que corresponen al cònjuge creditor i s'ha de tenir en compte per a fixar aquests drets i, si escau,

80 *Vid.* STSJ 16-gener-2012 [R] 2012\4207] («... el que cal dilucidar... en aquest cas és si la Sra. Alejandra en el moment del cessament de la convivència havia quedat ja prou compensada o retribuïda amb els béns que el seu marit constant la convivència matrimonial havia posat a nom seu, per a la qual cosa caldrà comparar les dues masses patrimonials»). Durant la vigència de l'art. 41 CF, PARA MARTÍN parlava de la possibilitat de «retribucions indirectes», normalment tàcites, que desfan la situació d'injustícia que es pretenia pal·liar; seria el cas de la donació i, més concretament, «lo que se viene conociendo por puesta a nombre del otro cónyuge»; aquest autor opinava: «producida la crisis, creo que estas atribuciones patrimoniales, sean donaciones remuneratorias o no, suponen una retribución indirecta de trabajo realizado para la familia, y como tales deben computarse para calcular su suficiencia... También creo que cualquier otro tipo de donaciones de relieve deberían ser tenidas en cuenta por las mismas razones (joyas, valores, depósitos de dinero)» (PARA MARTÍN, A., «El derecho...», *op. loc. cit.*, pàg. 325 i 326).

per a modificar-los (art. 232-10 CCCat).<sup>81</sup> Aquest precepte s'ha d'entendre referit, destacadament, a la prestació compensatòria, respecte de la qual la compatibilitat es fonamenta en la diversa naturalesa d'una i altra institució; la prestació compensatòria és reequilibradora, mentre que la compensació econòmica és un crèdit d'enriquiment injustificat —amb els matisos indicats *supra*—.<sup>82</sup>

Quant a la prestació compensatòria, allò que estableix l'art. 232-10 CCCat concorda amb el que preveu l'art. 233-15.a CCCat, segons el qual per fixar la quantia de la prestació compensatòria s'ha de tenir en compte, si escau, la compensació econòmica per raó de treball. Es tracta de drets compatibles i que, per tant, es poden sumar, si bé a l'hora de fixar la quantia de la prestació compensatòria s'ha de tenir en compte la compensació econòmica. Es parteix, per tant, del fet que la determinació de la compensació econòmica és una operació que precedeix a la de la prestació compensatòria; aquella es té en compte per a fixar aquesta, disminuint-ne la quantia.

Això enllaça amb el fet que, en cas de mort, si el cònjuge supervivent interposa una demanda per a reclamar la prestació compensatòria a l'empara de l'art. 233-14.2 CCCat —regla que constitueix una novetat del Llibre 2n CCCat—, ha de reclamar la compensació en el mateix procediment (art. 232-11.2 CCCat).<sup>83</sup> En aquest cas s'exclou la reclamació de la compensació

81 *Vid.*, en la mateixa línia, els art. 232-9 Projecte 2006 i 232-10 Projecte 2009 (*BOPC* núm 353, 15-juny-2006, pàg. 78; *BOPC* núm 384, 19-gener-2009, pàg. 43). Com a precedent d'aquesta norma, *vid.* l'art. 41.3 CF, actualment derogat.

82 *Vid.* epígraf I.2. Quant a la compatibilitat entre la compensació econòmica i la prestació compensatòria abans del CF, *vid.* STSJC 31-octubre-1998 (*RJC* 1999, pàg. 10); SOLÉ RESINA, J., «La quarta domèstica...», *op. loc. cit.*, pàg. 20.

83 L'art. 233-14.2 CCCat contempla dues hipòtesis: la mort del cònjuge que seria deutor de la prestació compensatòria abans que passí un any des de la separació de fet; i l'extinció del procediment matrimonial (separació, nul·litat o divorci) per mort del cònjuge que hauria de pagar la prestació compensatòria. En ambdós casos, el cònjuge supervivent pot reclamar als hereus, en els tres mesos següents a la mort del cònjuge que hauria estat deutor, la prestació compensatòria (art. 233-14.2 CCCat) i també la compensació econòmica (art. 232-11.2, final, CCe). Atès que l'art. 233-19.2 CCCat preveu que si mor l'obligat els hereus poden demanar la substitució del pagament de la pensió pel pagament d'un capital, els hereus ho podrien demanar directament en el cas de l'art. 233-14.2 CCCat; es tracta d'una facultat de commutació del deutor.

Quant a l'extinció del procediment matrimonial per mort del cònjuge que esdevindria deutor de la prestació compensatòria, tal com destaca BAYO DELGADO, el fet que s'extingeixi l'acció d'«estat civil» no comporta l'extinció de les altres, de caràcter patrimonial; essent transmissible l'obligació de pagament de la prestació compensatòria i de la compensació per raó del treball als hereus (però no el dret a reclamar-les: art. 232-5.5 CCCat, quant a la compensació, i art. 233-19.1.c CCCat per a la prestació compensatòria), pot defensar-se la possibilitat de prosseguir el plet amb els hereus a aquests únics efectes, d'acord amb l'art. 16 LEC. Amb tot, tal com reconeix el mateix autor, la prossecució del plet malgrat la mort del cònjuge pretesament deutor planteja dificultats tenint en compte l'art. 232-5.5 CCCat, sobre imputació d'atribucions *mortis causa*; exclosa la successió intestada del cònjuge supervivent, *ex art.* 443-6 CCCat, poden existir atribucions «en la successió voluntària o en previsió de la seva mort» (art. 232-5.5 CCCat) que constituïran fets nous l'al·legació i prova dels quals s'hauria d'articular, segons els art. 286 i 460.2.3° LEC per a la segona instància. *Vid.* BAYO DELGADO, J., «Comentari al art. 232-11...», *op. loc. cit.*, pàg. 715-716.

econòmica en la divisió d'herència (Disp. Add. 4a.1 Llei 25/2010, de 29 de juliol, reinterpretada d'acord amb la tramitació parlamentària).<sup>84</sup>

### 3.2. La compatibilitat amb els drets viduals

En cas de mort d'un dels cònjuges o convivent, el dret a la compensació econòmica per raó de treball del sobrevivent és potencialment compatible amb l'any de viduïtat (art. 231-31 i 234-14 CCCat), el dret al parament de l'habitatge (art. 231-30 i 234-14 CCCat) i la quarta vidual (art. 452-1 i seg. CCCat).

Amb tot, si un dels cònjuges mor després del cessament efectiu de la convivència, el sobrevivent no tindrà ni dret a la quarta vidual (art. 452-2 CCCat, que remet a l'art. 442-6 CCCat —que exclou el dret a succeir abintestat del cònjuge vidu si en el moment de l'obertura de la successió n'estava separat de fet—), ni dret al parament de l'habitatge (art. 231-30 CCCat), ni any de viduïtat (art. 231-31 CCCat); en canvi, si es donen els requisits corresponents, el sobrevivent tindrà dret a la compensació econòmica (art. 232-5.1 i 232-11.2, en la remissió que fa a l'art. 233-14.2 CCCat). En el cas de la compensació es tracta d'un dret fonamentalment patrimonial, encara que en el si de la relació matrimonial o de parella.

#### 3.2.1. Els drets viduals familiars: l'any de viduïtat i el dret al parament de l'habitatge

Els drets viduals familiars<sup>85</sup> —no successoris—<sup>86</sup> (any de viduïtat —art. 231-31 CCCat— i dret al parament de l'habitatge —dret de predetracció que preveu l'art. 231-30 CCCat—) són independents de l'hipotètic dret a la compensació i no interfereixen en la seva quantia. Quant a l'any de viduïtat, l'art. 231-31.1, final, CCCat estableix expressament que és independent dels altres drets que corresponguin al vidu en virtut de la defunció del premort. En relació a les parelles estables, la independència i compatibilitat de la compensació econòmica respecte dels drets viduals familiars previstos als arts. 231-30 i 231-31 CCCat l'estableix expressament l'art. 234-14 CCCat (*vid.*, també, Preàmbul III, c, § 24, al final, Llei 25/2010, de 29 de juliol).

Any de viduïtat (art. 231-31 CCCat) i dret al parament de l'habitatge (art. 231-30 CCCat) són, per tant, en general, compatibles amb la compensació econòmica;<sup>87</sup> i això sense que els afecti el que disposa l'art. 232-10 CCCat (que predica la compatibilitat dels «drets econòmics matrimonials» i estableix que la compensació econòmica ha de ser tinguda en compte per a fixar-los i, si escau, per a modificar-los); l'art. 232-10 no afecta als drets viduals familiars.

84 *Vid.* nota 54.

85 Quant a aquesta terminologia, *vid.* Secc. 5a, Cap. I, Tít. III, Llibre 2n CCCat, i art. 234-14 CCCat.

86 Quant a la naturalesa familiar, i no successòria, del dret al parament de l'habitatge familiar i de l'any de viduïtat, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., «Els conflictes de lleis derivats de la coexistència de diversos ordenaments jurídics civils a l'Estat espanyol i l'últim incís de l'art. 9.8 C.c.», *La Notaria*, 1996, abril, pàg. 93, nota 35; ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo...», *op. loc. cit.*, pàg. 2303-2307 i 2308.

87 L'any de viduïtat, en canvi, és incompatible amb l'usdefruit universal del patrimoni del premort (art. 231-31.1 i 234-14 CCCat).

Al marge d'això, ni l'any de viduïtat ni el dret al parament de l'habitatge no s'han d'entendre inclosos entre els drets als que al·ludeix l'art. 232-5.5 CCCat —i que poden suposar negar el dret de crèdit a la compensació o reduir-ne la quantia—, ja que ni són atribuïts voluntàriament en la successió ni en previsió de la mort, ni són drets successoris intestats. Òbviament, tampoc els afecta la regla d'imputació de l'art. 232-6.2 CCCat; en cap cas es poden considerar atribucions patrimonials «fetes durant la vigència del règim».

En definitiva, essent en general compatibles, ni la compensació influeix en el contingut dels drets previstos en els art. 231-30 i 231-31 CCCat, ni aquests drets interfereixen en la quantia de la compensació.

### 3.2.2. La quarta vidual

La quarta vidual és un «dret vidual successori»,<sup>88</sup> de naturalesa/finalitat alimentària<sup>89</sup> —i, com a tal, subsidiari—, que opera tant en l'àmbit de la successió voluntària com de la intestada. És una «atribució successòria determinada per la llei» (Tít. V Llibre 4t CCCat) que faculta al cònjuge vidu o al convivent sobrevivent que amb els béns propis, els que li puguin correspondre per raó de la liquidació del règim econòmic matrimonial i els que el causant li atribueixi per causa de mort o en consideració a aquesta, no tingui recursos econòmics suficients per a satisfer les seves necessitats a obtenir en la successió del cònjuge o convivent premort la quantia que calgui per a atendre-les, fins a

88 Vid. ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo...», *op. loc. cit.*, pàg. 2303-2307 y 2310. Vid., també, MARÍN SÁNCHEZ, J. A., «Comentario al art. 379 del Código de sucesiones de Cataluña», a *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, JOU MIRABENT, L. (coord), T. II, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1994, pàg. 1272; GINEBRA MOLINS, M. E., «Els conflictes...», *op. loc. cit.*, pàg. 92-93, nota 35. Quant a la quarta vidual com a dret successori que no té caràcter legitimari, vid. STSJC 4-desembre-1989 (RJ 1992\2572).

89 Vid., també, ESPIAU ESPIAU, S., «La quarta vidual en el Codi Civil de Catalunya», *RJC*, núm. 3, 2009, pàg. 644-645. Com destaca ESPIAU ESPIAU, tot i el caràcter alimentari, entre el dret a la quarta vidual i el dret d'aliments en sentit estricte hi ha diferències. D'una banda, les necessitats que es tenen en compte en la quarta vidual tenen caràcter relatiu, ja que estan determinades fonamentalment per la situació del seu beneficiari durant el matrimoni o la convivència amb el cònjuge o el convivent premorts (art. 452-1.2 CCCat). D'altra banda, el beneficiari de la quarta vidual no s'ha de trobar necessàriament en la situació de precarietat que pressuposen a l'alimentant els art. 237-4, 237-9 i 237-13.1.d CCCat. A més la satisfacció de les necessitats a les que tendeix la quarta vidual no permet que el patrimoni que les ha d'atendre es faci càrrec íntegrament d'elles, sinó només fins a un límit—el corresponent a la quarta part de l'actiu hereditari líquid (art. 452-1.1 CCCat)— (ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo...», *op. loc. cit.*, pàg. 2312).

El Preàmbul Llei 10/2008, de 10 de juliol, malgrat vincular la quarta vidual a les «necessitats vitals» (VI, § 8) relaciona aquests paràmetres amb els que serveixen per fixar la pensió compensatòria en cas de crisi matrimonial i aclareix: «La remissió al marc normatiu de la pensió compensatòria pretén assegurar, precisament, que en cas de viduïtat el cònjuge no quedi paradoxalment en una condició pitjor de la que podria haver gaudit si el matrimoni s'hagués dissolt per divorci» (VI, § 7). Vid., també, Preàmbul VI, § 7, final, Llei 10/2008, de 10 de juliol. Es comparen així institucions jurídiques: l'alimentària de la viduïtat, amb la reequilibradora en cas de crisi matrimonial.

un màxim de la quarta part de l'actiu hereditari líquid, calculat d'acord amb el que estableix l'art. 452-3 CCCat (art. 452-1 CCCat).<sup>90</sup>

Compensació econòmica per raó de treball i quarta vidual són, en principi, drets potencialment i teòricament compatibles, si concorren les circumstàncies de cadascun d'ells.

D'una banda, la compensació econòmica és independent de la situació de pobresa del cònjuge o convivent. De l'altra, si el cònjuge sobrevivent té recursos suficients per a satisfer les seves necessitats no tindrà dret a la quarta vidual, prescindint de si ha treballat per a la casa o bé per a l'altre cònjuge sense retribució o amb una retribució insuficient, i independentment de si existeix o no desequilibri entre els increments patrimonials del cònjuge difunt i del sobrevivent. I si no en té prou per a satisfer les seves necessitats —prenent en consideració els recursos de què disposi, entre els que caldrà computar, si escau, allò que li pugui correspondre com a compensació per raó de treball—, només tindrà dret a la quarta vidual fins a cobrir-les, amb el màxim de la quarta part de l'actiu hereditari líquid (art. 452-1.1, final, CCCat); d'acord amb això, allò que es rebi en concepte de compensació econòmica per raó de treball farà disminuir o pot fins i tot eliminar el dret a la quarta vidual.

Partint d'això, a més de ser en principi i teòricament compatible amb la compensació per raó de treball, la quarta vidual queda al marge d'allò previst en l'art. 232-5.5 CCCat.<sup>91</sup> No és un dret que el causant hagi atribuït al

90 Tal com destaca ESPIAU ESPIAU, el dret a la quarta vidual admet una doble configuració, segons quina sigui la posició que correspongui al seu titular en la successió del cònjuge o convivent premort. Si el titular de la quarta vidual no té la condició d'hereu, l'art. 452-1 CCCat configura el seu dret com un dret de naturalesa personal o de crèdit d'origen legal; en canvi, si el titular de la quarta vidual és hereu del cònjuge o convivent premort, llavors el dret que ali atribueix la llei és el de «retenir» (art. 452-5.1 CCCat) els diners o béns hereditaris la titularitat dels quals haurà adquirit en la quantia que calgui —amb el límit del valor corresponent a la quarta part de l'actiu hereditari líquid— per a atendre i satisfer les seves necessitats (ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo...», *op. loc. cit.*, pàg. 2311). *Vid.*, també, ESPIAU ESPIAU, S., «La quarta vidual...», *op. loc. cit.*, pàg. 661. Sobre la quarta vidual i la seva consideració com a dret que corregeix els resultats injustos que es poden produir en el sistema de separació de béns pel fet que el consort no gaudeix de la condició de legitimari, *vid.* STSJC 4-desembre-1989 (RJ 1992\2572) i STSJC 26-gener-1995 (RJ 1995\4461).

91 ARNAU RAVENTÓS, en canvi, sembla entendre inclosa la quarta vidual entre els drets als que es refereix l'art. 232-5.5 CCCat. Aquesta autora es refereix a la qüestió que suscita la lectura conjunta dels art. 232-5.5 i 452-1 CCCat i a la necessitat de compatibilitzar-los: mentre el primer es refereix, segons aquesta autora, a la influència que pot arribar a tenir, entre altres la quarta vidual en l'exigibilitat de la compensació, el segon faria el mateix a la inversa. Per a ARNAU RAVENTÓS, una possible solució passaria per negar que els art. 235-5 i seg. siguin normes de liquidació del règim econòmic matrimonial; d'aquesta manera, exclosa la compensació de la relació de béns que té en compte l'art. 452-1 CCCat, caldria determinar primer si el cònjuge té dret o no a la quarta vidual, i després s'imputaria allò rebut a la compensació (ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 276, nota 515). En la mateixa línia de destacar la possible contradicció entre els art. 232-5.5 i 452-1 CCCat, SOLÉ RESINA afirma: «Notar també la concreta contradicció entre les normes de càlcul de la compensació econòmica per raó de treball i les de la quarta vidual: d'una banda, l'art. 452-1 CCCat diu que per determinar si existeix el dret a quarta vidual cal partir del fet que el patrimoni del cònjuge vidu o convivent no sigui suficient per satisfer les seves necessitats, i aquest patrimoni està format, en part, pels «béns que es reben per la liquidació del règim



sobrevivent (ni en la successió testada ni en previsió de la mort), i tampoc és un dret que pertogui al sobrevivent en la successió intestada. No cal determinar, per tant, prèviament la quarta vidual, per a reduir o suprimir allò que correspondria com a compensació, *ex art. 232-5.5 CCCat*. De fet, l'art. 452-1.1 CCCat sembla partir de la perspectiva inversa: atès el pressupòsit econòmic que determina l'existència del dret a la quarta vidual,<sup>92</sup> la compensació econòmica per raó de treball pot tenir repercussió de cara a negar al sobrevivent el dret a la quarta vidual —subsidiària, com a dret alimentari— o a reduir-ne la quantia (art. 452-1.1 CCCat).<sup>93</sup>

Així, per a determinar si el cònjuge vidu o el convivent sobrevivent té dret a la quarta vidual s'han de tenir en compte, juntament amb els «béns propis», «els que li puguin correspondre per raó de la liquidació del règim econòmic matrimonial» i «els [béns] que el causant li atribueixi per causa de mort o en consideració a aquesta» (art. 452.1.1 CCCat).<sup>94</sup>

Respecte d'això es planteja la qüestió de si allò que pugui correspondre el sobrevivent com a compensació econòmica per raó de treball s'ha de tenir en compte entre els «béns propis» o, com semblaria, entre «els que li puguin correspondre per raó de la liquidació del règim econòmic matrimonial». <sup>95</sup> En qualsevol cas, per una o altra via, encara que quan es va redactar l'art. 452-1 CCCat (Llei 10/2008, de 10 de juliol) no estava prevista la compensació econòmica en cas de mort (Llei 25/2010, de 29 de juliol), cal computar la compensació —si més no com a crèdit— a l'hora de fixar els recursos econòmics amb què compta el sobrevivent per a satisfer les seves necessitats, de cara a fixar si té dret o no a la quarta vidual i, si escau, determinar-ne la quantia.

D'altra banda, quant a «els [béns] que el causant li atribueixi per causa de mort o en consideració a aquesta» —computables d'acord amb l'art. 452-1.1 CCCat per a determinar els recursos econòmics que si són suficients per a

econòmic», de manera que primer caldrà liquidar el règim econòmic i després valorar si procedeix la quarta vidual. Per contra, l'art. 232-5.5 del Llibre II sembla partir de la idea contrària, doncs demana que per a determinar la quantia de la compensació econòmica per raó de treball es tingui en compte el que el causant hagi atribuït al sobrevivent en la successió testada i en la intestada, la qual cosa no permetria liquidar el règim fins que s'hagués quantificat la quarta vidual» (SOLÉ RESINA, J., «La compensació econòmica per raó de treball al Llibre II del Codi civil de Catalunya: correcció...», *op. loc. cit.*, 2011, pàg. 193). *Vid.*, també, SOLÉ RESINA, J., «La quarta domèstica...», *op. loc. cit.*, pàg. 22.

92 *Vid.* ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo...», *op. loc. cit.*, pàg. 2303 i 2313.

93 En aquest sentit, el que resulta de l'art. 452-1.1 CCCat recorda els termes del que preveu l'art. 233-15.a CCCat respecte de la prestació compensatòria: per a determinar la quantia i la durada de la prestació compensatòria cal tenir en compte, si escau, la compensació econòmica (233-15.a CCCat) —idea que concorda amb el previst, en general, quant als drets econòmics matrimonials entre vius, en l'art. 232-10, final, CCCat—.

94 *Vid.* STSJ 4-desembre-1989 (RJ 1992\2572).

95 ARNAU RAVENTÓS apunta la possibilitat de considerar que els art. 232-5 i seg. CCCat no són normes de liquidació del règim econòmic matrimonial, de manera que no pressuposen ni requereixen necessàriament la seva extinció. Ho corroborarien, per exemple els art. 233-2.3.c i d, i 233-4.2 CCCat, que distingeixen entre la compensació econòmica i la liquidació del règim (ARNAU RAVENTÓS, L., «El régimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 273).

satisfer les seves necessitats determinen no tenir dret a la quarta vidual—<sup>96</sup> es tracta de les mateixes atribucions imputables a la compensació econòmica —i que poden determinar, segons l'art. 232-5.5 CCCat, que el cònjuge o convivent sobrevivents vegi reduïda o fins i tot suprimida la compensació per raó de treball—. Prèviament, per tant, les haurem tingut en compte en relació a la compensació, per a reduir-la o extingir-la, i posteriorment i al marge d'això, les computarem, com a tals, entre els recursos del sobrevivent per satisfer les seves necessitats, en detriment del dret a la quarta vidual —cosa que no deixa de ser una doble computació/imputació—.

#### 4. LA PROTECCIÓ DEL CRÈDIT A LA COMPENSACIÓ

A imatge del que estableix l'art. 232-24 CCCat en relació al crèdit de participació —que té com a precedents la facultat de «rescissió» de l'art. 60 CF i d'«impugnació» de l'art. 58 CDCC<sup>97</sup> (redacc. 1993)—,<sup>98</sup> l'art. 232-9 CCCat reconeix, com a novetat en relació a la compensació per raó de treball, dues accions a favor del creditor de la compensació (aplicables als convivents en parella estable, d'acord amb l'art. 234-9.2 CCCat): una acció de «reducció» o «supressió» de donacions i atribucions particulars en pacte successori «fetes pel deutor durant la vigència del règim» i una acció d'«impugnació» dels actes onerosos fetes en frau de la compensació.<sup>99</sup>

96 Segons ESPIAU ESPIAU, quant als béns que corresponen al cònjuge vidu o al convivent sobrevivent «per causa de mort», cal entendre que inclouen no només els que el seu consort o company li atribueix per testament, codicil, memòria testamentària o pacte successori, sinó també els que aquells adquireixen per successió intestada i per disposició legal, ja sigui com a conseqüència de l'exercici de drets que li confereix la llei, ja es tracti d'altres beneficis viduals. Pel que fa als béns adquirits «en consideració a la mort» del causant, es tracta d'aquells que s'atribueixen com a efecte *post mortem* que poden produir determinats negocis *inter vivos*, com a ara, per exemple, com a conseqüència del pacte de supervivència (art. 231-15 i 234-3.3 CCCat) o de la celebració de contractes d'assegurança de vida i plans de pensions i d'instruments d'estalvi i previsió, en els quals el beneficiari sigui el cònjuge o el convivent sobrevivents —art. 421-23 CCCat— (ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo...», *op. loc. cit.*, pàg. 2314).

97 Vid. BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58 CDCC», *Comentari a la modificació de la compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, CASANOVAS MUSSONS, A., EGEA FERNÁNDEZ, J., GETE-ALONSO I CALERA, M. C., i MIRAMBELL ABANCÓ, A. (coord.), Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, pàg. 349-361.

98 Quant a les novetats que presenta l'art. 232-24 CCCat respecte de l'art. 60 CF, *vid.* CASAS VALLÉS, R., «Comentari al art. 232-24 CCCat», *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, ROCA TRÍAS, E. (coord. General), ORTUÑO MUÑOZ, P. (coord. Vol.), Las Rozas (Madrid): Sepin, 2011, pàg. 762-764.

99 Les accions de l'art. 232-9 CCCat estaven previstes ja en l'art. 232-9 Projecte 2009 (BOPC núm 384, 19-gener-2009, pàg. 43). Aquest precepte no tenien equivalent, en canvi, en el Projecte 2006 (BOPC núm 353, 15-juny-2006).

#### 4.1. L'acció de «reducció» o «supressió» de donacions i atribucions particulars en pacte successori «fetes pel deutor durant la vigència del règim»

Si «en el patrimoni del cònjuge o convivent deutor» no hi ha béns suficients per a satisfer la compensació econòmica per raó de treball (situació d'insuficiència patrimonial per al cobrament, d'insolvència» del deutor)<sup>100</sup> —mesura subsidiària—,<sup>101</sup> el creditor —tant si el matrimoni s'ha dissolt per mort com si es tracta d'un cas de ruptura en vida o en general d'extinció de parella estable— pot demanar «la reducció o la supressió»<sup>102</sup> de les donacions i les atribucions particulars en pacte successori<sup>103</sup> «fetes pel deutor durant la vigència del règim», començant per la més recent, seguint per la següent més recent i així successivament, per ordre invers de data.<sup>104</sup> La reducció s'ha de fer a prorrata si la data és la mateixa o és indeterminada (art. 232-9.1 CCCat; *vid.*, també, art. 232-24.1 i 451-23.2, final, CCCat).

S'ha estès, així, a l'àmbit del Dret de família —ja no només en relació al crèdit de participació (art. 232-24 CCCat [precedent: art. 60 CF]), sinó també a la compensació per raó de treball (art. 232-9.1 CCCat)— un mecanisme típic de la inoficiositat legitimària i que trobem també avui en matèria de quarta vidual (art. 452-5 CCCat —que té com a precedents els art. 383.II CS i 150.II CDCC i CDCEC—).

Malgrat que l'art. 232-9 CCCat no ho estableixi expressament, no sembla que hi hagi inconvenient en aplicar analògicament el que preveu l'art. 451-22.4 CCCat per a la inoficiositat legitimària; segons aquest precepte (aplicable també en cas de «reducció o supressió» per a pagar o retenir la quarta vidual d'acord amb la remissió a les normes reguladores de l'acció d'inoficiositat legitimària que preveu l'art. 452-5.3 CCCat), els adquirents afectats per la inoficiositat poden evitar la pèrdua de la totalitat o d'una part del bé pagant en diners l'import que hagin de percebre els afavorits per la reducció o supressió. La mateixa regla es desprèn de l'art. 427-45.2 CCCat en relació a la reducció de llegats. De fet, però, al marge de l'aplicació analògica de l'art. 451-22.4 CCCat, segurament es pot arribar a la mateixa solució aplicant regles generals.

100 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58...», *op. loc. cit.*, pàg. 351.

101 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58...», *op. loc. cit.*, pàg. 351-352.

102 *Vid.* BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58...», *op. loc. cit.*, pàg. 357-358. Al marge del cas previst en l'art. 232-9 CCCat, el Dret català regula l'acció de «reducció o supressió» de llegats, donacions i atribucions particulars en pacte successori en l'àmbit de la inoficiositat legitimària (art. 451-22 a 451-24 CCCat), així com la «reducció o supressió» de llegats, donacions i altres atribucions per causa de mort per a pagar la quarta vidual (art. 452-5 CCCat). Els art. 427-39 i 427-45 CCCat preveuen també la «reducció o supressió» de llegats excessius, i els art. 427-40, 427-42 i 427-45 CCCat regula la «reducció» de llegats per a retenir la quarta falcídia. Finalment, l'art. 232-24 CCCat preveu la «reducció o supressió» de les donacions i les atribucions particulars en pacte successori fetes durant la vigència del règim de participació en els guanys que pot instar el cònjuge titular del crèdit de participació.

103 *Vid.* art. 427-43.1, final, 431-1.1, final, 431-5.1, 431-29, 431-30, 451-1, 451-8.2.b i 451-22.3 CCCat.

104 En la mateixa línia, *vid.*, en relació a la «reducció o supressió» per a satisfer el crèdit de participació, l'art. 232-24.1 CCCat, i, quant a la reducció per inoficiositat en matèria de llegítima, l'art. 451-23.2 CCCat.

#### 4.1.1. Legitimació activa

Com en l'art. 232-24.1 CCCat en relació la reducció o supressió de donacions i atribucions particulars en pacte successori per a satisfer el crèdit de participació, l'art. 232-9 CCCat es refereix com a únic legitimat actiu per a exercir l'acció de reducció o supressió al creditor de la compensació. No es reconeix legitimació, en canvi, als hereus del cònjuge/convivent premort que esdevenen deutors de la compensació —cosa que, quan la compensació es reconeix al cònjuge/convivent sobrevingent, per mort de l'altre, podria tenir sentit—. <sup>105</sup> Això mateix es pot plantejar en relació a l'acció de reducció o supressió per a pagar el crèdit de participació en cas de mort d'un dels cònjuges casats en règim de participació en els guanys; en aquest cas la legitimació es reconeix expressament només al «creditor» —terme que es pot entendre que inclou tant el cònjuge com els seus hereus (que en cas d'extinció del règim de participació per mort poden esdevenir creditors del crèdit de participació [art. 232-21.a i b CCCat])—, <sup>106</sup> però, *de lege ferenda*, podria tenir sentit estendre-la també als hereus del «cònjuge deutor» (més exactament, al hereus del cònjuge premort que hagués obtingut un major increment patrimonial durant la vigència del règim, que esdevenen deutors del crèdit de participació).

En relació a la quarta vidual, l'art. 452-5.1 CCCat legitima per a exercir l'acció de reducció o supressió de llegats, donacions i altres atribucions per causa de mort tant al cònjuge o convivent com als hereus del causant. Quant a l'acció de reducció o supressió per inoficiositat de llegats, donacions i altres atribucions per causa de mort, l'art. 451-24 CCCat legitima als legitimaris i llurs hereus i als hereus del causant. <sup>107</sup>

#### 4.1.2. Les donacions i les atribucions particulars en pacte successori reduïbles o suprimibles

Segons l'art. 232-9 CCCat, a imatge d'allò previst en l'art. 232-24.1 CCCat, la «reducció o supressió» pot afectar donacions i atribucions particulars en

<sup>105</sup> Quan el règim econòmic de separació de béns o la parella no s'hagi extingit per mort, i el deutor de la compensació sigui un dels cònjuges (o el convivent), podria donar-se la situació que en el patrimoni del cònjuge deutor no hi haguessin béns suficients per a satisfer la compensació en aquells casos en què les donacions computables *ex art. 232-6.1.b CCCat* constituïssin una part important de l'increment patrimonial del cònjuge deutor que es té en compte per a fixar la compensació (respecte de la qual regirà, en principi, el límit de l'art. 232-5.4 CCCat, de la quarta part de la diferència dels increments patrimonials de cada cònjuge). En aquest cas, la legitimació per a exercir l'acció de reducció o supressió correspon també, *ex art. 232-9 CCCat*, al creditor de la compensació. En relació als actes fets pel cònjuge deutor una vegada nascut el dret de crèdit a la compensació, resultarà aplicable el mecanisme de la inoponibilitat que preveu l'art. 531-14 CCCat.

<sup>106</sup> Això no pot passar, en canvi, quan el règim econòmic sigui el de separació de béns, en relació al crèdit a la compensació per raó de treball (*vid. art. 232-5.5 CCCat* i epígraf II.1.1).

<sup>107</sup> El Preàmbul (VI, § 5, final) de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, destaca: «En matèria d'inoficiositat legitimària, s'estén la legitimació activa per a demanar la reducció o supressió de donacions als hereus del causant».

pacte successori.<sup>108</sup> La «reducció o supressió» de l'art. 232-9 CCCat no abasta els llegats.<sup>109</sup>

A) Pel que fa a les donacions, es planteja la qüestió de quines són «reduïbles o suprimibles». Així, d'una banda, convé plantejar si ho són les fetes als fills comuns, les quals, segons l'art. 232-6.1.b CCCat, no es computen a l'hora de calcular els increments dels patrimonis dels cònjuges;<sup>110</sup> la qüestió és, en definitiva, si es poden reduir donacions no computables, o bé només les computables *ex art.* 232-6 CCCat. Respecte d'això, en matèria d'inoficiositat legitimària, l'art. 451-22.3 CCCat limita la possibilitat de reducció o supressió a les donacions computables per al càlcul de la llegítima; i quant a la quarta vidual, l'art. 452-5.3 CCCat declara aplicables a l'acció de reducció o supressió de llegats, donacions o altres atribucions patrimonials les normes reguladores de l'acció d'inoficiositat legitimària. Si entenem aplicable el mateix criteri, doncs, hauríem de concloure que no serien reduïbles/suprimibles les donacions fetes als fills comuns. Des d'una altra perspectiva, entendre-les reduïbles/suprimibles, suposaria augmentar les possibilitats de cobrament del cònjuge creditor de la compensació.<sup>111</sup>

Al marge d'això, quant a les donacions, l'art. 232-9 CCCat parla de «donacions... fetes durant la vigència del règim» (és a dir, atorgades abans del naixement del crèdit a la compensació), sense distingir si són entre vius (art. 531-7 i seg. CCCat) o per causa de mort (art. 432-1 i seg. i 531-9.4 CCCat); això podria fer pensar que cal entendre incloses tant les donacions entre vius com, en cas d'extinció del règim de separació de béns o de la parella per mort, les donacions per causa de mort; de fet, a favor d'aquesta idea cal tenir en compte que, respecte d'aquestes últimes, la mort del donant en determinarà precisament l'eficàcia adquisitiva (art. 432-4 CCCat). Ara bé, també es podria considerar limitada la referència a les donacions a aquelles que tenen eficàcia en vida (en concret, durant la vigència del règim). En aquest sentit, cal tenir en compte que l'art. 232-9 CCCat no es refereix a la reducció o supressió dels llegats, i a efectes de reducció o supressió per inoficiositat legitimària les donacions per causa de mort s'assimilin precisament a aquests (art. 451-22.2 CCCat); un altre argument per entendre excloses les donacions per causa de mort de l'art. 232-9 CCCat

108 Sobre reducció de donacions i atribucions particulars en pacte successori, *vid.*, també, els art. 451-22.3 i 4, 451-23.2 i 3 i 452-5 CCCat. Segons Roca Trias, l'art. 232-9.1 CCCat col·loca al cònjuge disposant i els atributaris en una situació de total i absoluta incertesa, perquè aquesta reducció o supressió de donacions o actes a títol gratuït no requereix ni el frau, ni la intenció de perjudicar el dret del futur creditor que encara no ho és i que ni tan sols se sabrà si té un crèdit abans de l'extinció del règim i el càlcul dels increments patrimonials (Roca Trias, E., «Els canvis...», *op. loc. cit.*, pàg. 101).

109 *Cfr.*, en canvi, art. 427-39, 427-40, 427-42, 427-45, 451-22.1 i 4, 451-23.1 i 3, 451-24 i 452-5 CCCat.

110 Cal tenir en compte que, segons l'art. 232-6.1.b CCCat, el valor dels béns de què hagi disposat a títol gratuït, excloses les donacions fetes als fills comuns i les liberalitats d'ús, s'afegeixen al patrimoni de cada cònjuge a l'hora de calcular els increments patrimonials de cadascun.

111 Anteriorment, quant al crèdit de participació, l'art. 60 CF considerava «rescindibles» les alienacions fetes pel deutor, a títol gratuït, durant la vigència del règim, sense el consentiment del creditor, llevat de les fetes a favor dels fills per raó de matrimoni o per facilitar-los una ocupació.

podria ser que, també a efectes de reducció per inoficiositat legitimària, les donacions que reben el mateix tractament que les atribucions particulars en pacte successori són només les donacions entre vius (art. 451-22.3 *vs.* art. 451-22.2 CCCat).<sup>112</sup> Essent, per tant, una qüestió que no resulta òbvia, no estaria de més que el legislador aclarís aquesta qüestió a efectes del que preveu l'art. 231-9 CCCat.

B) Quant a les atribucions particulars en pacte successori (art. 431-29 i 431-30) «fetes pel cònjuge deutor durant la vigència del règim», l'art. 232-9 CCCat no diferencia segons si hi ha hagut o no transmissió de present (*vid.* art. 431-29-3 CCCat).<sup>113</sup> Si, quant a les atribucions particulars en pacte successori, entenem limitada l'aplicació de l'art. 232-9 CCCat a aquelles en què hi hagi hagut transmissió de present, llavors la referència expressa a les atribucions particulars no afegeix gran cosa, atès que si hi ha transmissió de present «l'acte es considera donació» (art. 431-29.3 CCCat), i, per tant ja serien reduïbles/suprimibles com a tals (art. 232-9 CCCat).<sup>114</sup> Quant a les atribucions particulars en pacte successori sense transmissió de present, mentre no mori l'atorgant del pacte successori (causant [art. 431-30.1 CCCat]), aquest només afecta al poder de disposició de l'atorgant, limitant-lo (arg. art. 431-30.1 CCCat);<sup>115</sup> l'efecte adquisitiu no es produeix fins a la mort del causant (art. 431-30.4 CCCat). Això fa que, atès que l'acció de reducció o supressió incideix en l'eficàcia de la disposició —no en el negoci dispositiu—, reduint o suprimint l'adquisició amb abast real (arg. art. 451-22.4 i 427-45.2 CCCat), la reducció o supressió d'aquesta adquisició només tindria sentit en cas de mort del cònjuge que seria deutor de la compensació; si no és que s'admet que l'acció de reducció i supressió es pugui anticipar a l'adquisició.<sup>116</sup> Potser les atribucions particulars en pacte successori sense transmissió de present haurien de rebre, a efectes d'entendre-les incloses o excloses de l'art. 232-9 CCCat, el mateix tractament que les donacions per causa de mort quan el dret de crèdit a la compensació porti causa precisament de l'extinció del règim de separació de béns per mort del cònjuge que les ha atorgat i que en determina l'eficàcia adquisitiva (art. 431-30.4 i 432-4 CCCat).

Al marge d'això, quant als pactes successoris d'atribució particular, es pot plantejar si l'èxit de l'acció de reducció o supressió permetria a l'afavorit exigir a l'hereu el valor del bé atribuït, d'acord amb l'art. 431-30.2 CCCat.

112 Segons CASAS VALLÈS, l'assimilació a efectes d'inoficiositat legitimària entre les donacions entre vius i les atribucions particulars en pacte successori és que ambdues són irrevocables, a diferència dels llegats, que són d'última voluntat (CASAS VALLÈS, R., «Comentari als art. 451-22 del Codi civil de Catalunya», *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA i FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J. [Dir.], ALASCIO I CARRASCO, L. [coord.], Vol. II, Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2009, pàg. 1424).

113 Segons el Preàmbul (IV, § 2) de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, les atribucions particulars en pacte successori equivalen als llegats en la successió testamentària —els quals, precisament, no són reduïbles *ex art.* 232-9 CCCat—.

114 Quant al tractament jurídic dels pactes successoris d'atribució particular amb transmissió de present com a donació *inter vivos* a efectes de la seva reducció per inoficiositat, *vid.* NAVAS NAVARRO, S., «Comentari als art. 431-28/30...», *op. loc. cit.*, pàg. 1179.

115 *Vid.* NAVAS NAVARRO, S., «Comentari als art. 431-28/30...», *op. loc. cit.*, pàg. 1180, 1182 i 1186; ARNAU RAVENTÓS, L., «El règimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 279.

116 *Vid.* ARNAU RAVENTÓS, L., «El règimen...», *op. loc. cit.*, pàg. 279-280.

Aquest precepte està pensat per als casos de «pèrdua» o «deteriorament» anteriors a l'obertura de la successió<sup>117</sup> per causa imputable al causant, o d'alienació o gravamen per part del causant, cosa que porta a concloure que en cas de reducció o supressió *ex art.* 232-9 CCCat l'afavorit no es podria acollir al que preveu l'art. 431-30.2 CCCat.

En qualsevol cas, s'ha de tractar de donacions i atribucions particulars en pacte successori fetes pel deutor de la compensació a persona diferent del cònjuge o convivent creditor, ja que quant a les atribucions patrimonials que el cònjuge deutor hagi fet al creditor «durant la vigència del règim» regeix la regla d'imputació de l'art. 232-6.2 CCCat —o, segons es consideri, quant a les atribucions particulars en pacte successori sense transmissió de present a favor del cònjuge creditor, la de l'art. 232-5.5 CCCat—. <sup>118</sup>

#### 4.1.3. La concurrència d'accions de «reducció» o «supressió» en cas de mort d'un dels cònjuges o convivents

El Dret català regula diverses accions de reducció o supressió d'atribucions lucratives (art. 232-9.1, 232-24, 451-21 i seg. i 452-5 CCCat), algunes de les quals poden concórrer en relació a una mateixa atribució.

Prenent com a referència l'acció de l'art. 232-9 CCCat, en cas de mort d'un dels cònjuges casats en règim de separació de béns<sup>119</sup> o d'un dels convivents en parella estable, l'acció per a «reduir o suprimir» les donacions i les atribucions particulars en pacte successori fetes pel deutor de la compensació durant la vigència del règim a persona diferent del cònjuge o convivent (art. 232-9 i 234-9.2 CCCat) pot concórrer amb altres accions de «reducció o supressió». <sup>120</sup>

D'una banda, l'art. 452-5 CCCat legitima al cònjuge vidu o convivent en unió estable sobrevivent a instar la «reducció o supressió» de llegats, donacions —*intervivus* o *mortis causa*—<sup>121</sup> i «altres atribucions per causa de mort» —entre les que cal considerar les atribucions particulars en pacte

117 *Vid.* NAVAS NAVARRO, S., «Comentari als art. 431-28/30...», *op. loc. cit.*, pàg. 1182.

118 *Vid.* epígraf II.2.1.

119 Això exclou haver de considerar aquí la «reducció o supressió» de les donacions i les atribucions particulars en pacte successori fetes durant la vigència del règim de participació en els guanys que pot instar el cònjuge titular del crèdit de participació (art. 232-24 CCCat). En qualsevol cas, si un matrimoni casat en règim de participació en els guanys es dissol per mort, es plantejarà també el problema de possible concurrència d'accions per a «reduir o suprimir» les donacions i les atribucions particulars en pacte successori fetes pel deutor del crèdit de participació durant la vigència del règim a persona diferent del cònjuge (art. 232-24 CCCat) amb altres accions de «reducció o supressió» (*vid.* art. 451-22 a 451-24 i 452-5 CCCat).

120 No considerem aquí la «reducció o supressió» de llegats excessius (art. 427-39 CCCat), ni la reducció de llegats per a retenir la quarta falcídia (art. 427-40 CCCat), atès que l'acció de «reducció o supressió» de l'art. 232-9 CCCat no afecta als llegats i per tant no concorrerà amb aquelles.

121 *Vid.* ESPIAU ESPIAU, S., «Comentari als art. 452-1 a 452-6 CCCat», a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J. [Dir.], ALASCIO I CARRASCO, L. [COORD.], Vol. II, Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2009, pàg. 1464.

successori—<sup>122</sup> si el valor de l'actiu hereditari líquid no permet a l'hereu pagar la quarta vidual amb béns de l'herència, o al cònjuge retenir-la (art. 452-5 CCCat).

D'altra banda, el CCCat regula l'acció de reducció o supressió de llegats, donacions i atribucions particulars en pacte successori en l'àmbit de la inoficiositat legitimària (art. 451-22 a 451-24 CCCat).

A més, la legitimació per a instar aquestes accions de «reducció o supressió» no coincideix. Atès que el beneficiari, tant de la compensació com de la quarta vidual, serà el cònjuge/convivent sobrevivent, dependrà d'ell la reclamació d'una i altra (art. 232-5.5, 234-9, 452-1 i 452-6.1.c CCCat i 216 i 218 LEC). Ara bé, si reclama i li són reconegudes ambdues, la legitimació activa per a demanar la reducció/supressió d'atribucions no coincideix, ja que l'art. 232-9 CCCat la reconeix únicament al creditor,<sup>123</sup> mentre que l'art. 452-5 CCCat l'atribueix tant al cònjuge o convivent com als hereus del causant; això últim podria propiciar la concurrència d'accions de supressió o reducció —del cònjuge o convivent sobrevivent per a cobrar la compensació, i dels hereus del causant quant a la quarta vidual— sobre la mateixa atribució. Al marge d'això, l'acció de reducció o supressió per inoficiositat legitimària la poden instar els legitimaris, llurs hereus i els hereus del causant (art. 451-24 CCCat), cosa que pot fer que concorri també amb les accions anteriors.

Poden concórrer, per tant, respecte d'una mateixa atribució (donacions i atribucions particulars en pacte successori), en principi i teòricament, tres accions de «reducció o supressió»: la de l'art. 232-9 —per al pagament de la compensació per raó de treball—, la de l'art. 451-22.3 —inoficiositat legitimària— i la de l'art. 452-5 CCCat —per al pagament de la quarta vidual—. <sup>124</sup> I, al marge que pugui acabar tenint preferència el primer que arribi, convindria determinar a quina acció de reducció o supressió cal donar preferència en cas que concorrin respecte d'una mateixa atribució —cosa que el legislador no aclareix—; potser es podria arribar a plantejar, fins i tot, la possibilitat d'establir una regla semblant a la prevista per als drets legals d'adquisició preferent en l'art. 568-27 CCCat.

Mancant una regla expressa, si concorre l'acció de reducció o supressió per inoficiositat legitimària (art. 451-22 i seg. CCCat) i l'acció de reducció o supressió prevista en l'art. 452-5 CCCat per a cobrar/pagar la quarta vidual, caldrà donar preferència a la primera —en el benentès que, d'acord amb els art. 451-22.1, 2 i 3 i 451-23.3 CCCat, per a pagar les llegendes, abans de reduir les donacions computables per al càlcul de la llegítima (*vid.* art.

<sup>122</sup> Tal com indica ESPIAU ESPIAU, encara que es pugui criticar la manca de rigor del legislador en aquest punt, sembla que aquestes «altres atribucions per causa de mort» són aquelles que s'estableixen o convenen en pacte successori —art. 427-43.1, final, 431-1.1, 431-5.1, 431-29, 431-30, 451-1, 451-8.2.b i 451-22.3 CCCat— (ESPIAU ESPIAU, S., «Comentari als art. 452-1...», *op. loc. cit.*, pàg. 1465). La mateixa expressió «altres atribucions per causa de mort» l'utilitzen els art. 451-23 i 451-24 CCCat, en relació a l'acció de «reducció o supressió» per inoficiositat legitimària.

<sup>123</sup> *Vid.* epígraf II.4.1.1.

<sup>124</sup> Deixem de banda els llegats, als quals no es preveu que pugui afectar l'acció de «reducció o supressió» de l'art. 232-9 CCCat, encara que els afecti la dels art. 451-22 i seg. i 452-5 CCCat, al marge de les dels art. 427-39 i 427-40 CCCat.



451-5.b, c i d CCCat) i les atribucions particulars en pacte successori, caldrà haver reduït primer els llegats i assimilats—. La preferència de l'acció per inoficiositat legitimària respecte de la de «reducció o supressió» prevista en l'art. 452-5 CCCat per a la quarta vidual es desprèn de la primàcia de la llegítima sobre la quarta vidual que resulta de l'art. 452-5.2 CCCat; segons aquest precepte, per a pagar/cobrar la quarta vidual, no es poden reduir ni suprimir els llegats, les donacions i les altres atribucions fetes en concepte de llegítima o que hi siguin imputables, en la part corresponent a la quantia de la llegítima.<sup>125</sup>

Fixat això, quan concorren l'acció de reducció o supressió per inoficiositat legitimària (art. 451-22 i seg. CCCat) i l'acció de reducció o supressió per a pagar la compensació per raó de treball (art. 232-9 CCCat), la qüestió de quina s'ha de considerar preferent no és tan clara. Tampoc ho és quan concorre l'acció de reducció o supressió per a pagar o retenir la quarta vidual (art. 452-5 CCCat) i la prevista per a cobrar la compensació per raó de treball.

Es pot considerar que, en cas de dissolució del règim de separació per mort, si les donacions o atribucions particulars en pacte successori són també reduïbles per inoficiositat legitimària *ex* art. 451-22.3 CCCat, primer caldrà reduir-les o deixar-les sense efecte per a permetre el pagament de la compensació (art. 232-9 CCCat), atès que és un dret derivat de la liquidació del règim i, per tant, previ a la fixació del cabal relicte i a la quantificació de les llegítimes.<sup>126</sup> Ara bé, això pot suposar haver de recalcular la llegítima, atès que els béns donats o alienats per un altre títol gratuït s'hauran de computar —*ex* art. 451-5 CCCat— ja «reduïts», o no tenir-se en compte si les donacions quedat suprimides.

D'acord amb això, l'ordre que proposem seria el següent: en primer lloc tindríem la reducció o supressió per a cobrar la compensació per raó de treball (art. 232-9 CCCat); en segon lloc entraria en joc la reducció o supressió per inoficiositat legitimària (art. 451-22 i seg. CCCat); i, en darrer terme, l'acció de reducció prevista per a la quarta vidual (art. 452-5 CCCat).<sup>127</sup> Amb

125 Com destaca ESPIAU ESPIAU, això posa de manifest que la quarta vidual no és un dret legitimari, ja que, si ho fos, no se supeditaria a la llegítima i, en una situació de concurrència entre ambdues institucions, es procediria a una reducció recíproca d'una i altra que garantís la igualtat de tracte entre els seus beneficiaris. D'altra banda, l'art. 452-5.2 CCCat posa també de manifest que la llegítima és l'única atribució successòria d'origen legal a què se subordina la quarta vidual i que, per tant, en el cas que aquesta última concorri amb altres atribucions, té primàcia sobre elles (ESPIAU ESPIAU, S., «Comentari als art. 452-1...», *op. loc. cit.*, pàg. 1465).

126 *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J., notes de concordança a *Codi civil de Catalunya...*, *op. cit.*, pàg. 187.

127 Aquest mateix argument es podria utilitzar, fins i tot amb més força, quan el règim econòmic dels cònjuges fos el de participació en els guanys —i no el de separació de béns— i el matrimoni es dissolgués per mort, per a donar preferència a la reducció que preveu l'art. 232-24 CCCat per al pagament del crèdit de participació per davant de l'acció de reducció/supressió per inoficiositat legitimària (art. 451-22 i seg. CCCat), tot deixant en últim terme la reducció/supressió per a pagar/cobrar la quarta vidual (art. 452-5 CCCat).

tot, mentre no hi hagi un criteri legal clar, també es podrien proposar altres alternatives.<sup>128</sup>

## 4.2. L'acció d'«impugnació» dels actes onerosos fets en frau de la compensació

D'altra banda, i també com a mesura subsidiària, el creditor també pot «impugnar» (rescindir)<sup>129</sup> els «actes»<sup>130</sup> —no necessàriament alienacions—<sup>131</sup> a títol onerosos fets pel deutor en frau del seu dret<sup>132</sup> (art. 232-9.1, final, CCCat).<sup>133</sup> L'èxit de l'acció provoca la ineficàcia de l'acte, reconstitueix la solvència i restaura la situació d'executabilitat patrimonial del deutor.

Segons l'art. 232-6.1.b, final, CCCat, a l'hora de calcular els increments patrimonials de cada cònjuge, «s'afegeix» al patrimoni de cadascun el valor del detriment produït per «actes» fets «amb la intenció de perjudicar l'altre cònjuge» —expressió més genèrica que no pas la que utilitza l'art. 232-9.1, final,

128 Tot i que l'ordre segurament més lògic sigui l'apuntat a text, també es podria considerar la possibilitat de donar preferència a l'acció de reducció per inoficiositat legítima, després a la prevista en l'àmbit de la quarta vidual —la qual no deixa de tenir un cert caràcter alimentari— (art. 452-5 CCCat) i, en darrer terme, a la referent a la compensació per raó de treball (art. 232-9 CCCat) —i això malgrat que el crèdit a la compensació s'hagi determinat abans (tal com es podria pensar que dona a entendre l'art. 452-1.1 CCCat i com resulta de l'art. 232-5 CCCat)—. Si en cas de mort, per tal de determinar si el cònjuge sobrevivent té dret a la compensació, abans hem de comprovar si allò que el cònjuge deutor ha atribuït al creditor en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o el que li pertoca en la successió intestada, cobreix o no el que li correspondria en concepte de compensació (art. 232-5.5 CCCat), calculat d'acord amb l'art. 232-6.1 CCCat, a l'hora de reduir o suprimir donacions i atribucions particulars en pacte successori, en cas de concurrència, bé es pot esperar a fer-ho per a pagar la compensació a haver-ho fet per a pagar la llegítima —preferent respecte de la quarta vidual (art. 453-5.2 CCCat)— i per a cobrar/pagar la quarta vidual —de naturalesa alimentària—. L'art. 232-5.5 CCCat deixa clar que, per molt que tingui el seu origen en el règim econòmic matrimonial —en concret del de separació de béns—, el dret a la compensació té caràcter residual, i està en funció que els drets que el causant hagi atribuït al creditor en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o els que li pertocin en la successió intestada, no cobreixin l'import que li correspondria com a compensació; llavors, esperar a resoldre el tema del pagament de la compensació al fet d'haver pagat les llegítimes i, a banda dels drets successoris voluntaris o intestats (art. 232-5.5 CCCat), el dret vidual successori en què consisteix la quarta vidual, tampoc suposaria res extravagant. I això malgrat que la quantia de la compensació es determini abans que el de la quarta vidual (art. 452-1.1 CCCat, del qual es desprèn que la compensació s'ha de tenir en compte, ja sigui entre els béns propis o bé entre els que li puguin correspondre per raó de la liquidació del règim a l'hora de fixar el dret a la quarta vidual i la seva quantia).

129 L'art. 60 CF —precedent de l'art. 232-34 CCCat, que ha servit de model de l'art. 232-9 CCCat— parlava expressament de «demanar la rescissió» «de les alienacions... a títol gratuït...» i «de les fetes a títol onerosos en frau del seu dret». Quant a la «impugnabilitat» com a «rescissió» i, per tant, «rescindibilitat», *vid.* BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58...», *op. loc. cit.*, pàg. 354 i 356.

130 *Vid.*, també, art. 1111, final, CCE.

131 *Cfr.* art. 60 CF i nota 129.

132 El fet que el perjudici no sigui inherent a l'alienació onerosa requereix una dada complementària: el frau. El frau és unilateral de l'alienant i no requereix la complicitat de l'adquirent (BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58...», *op. loc. cit.*, pàg. 355). Les donacions són reduïbles/suprimibles *ex art.* 232-9.1 CCCat sense que calgui el requisit complementari del frau.

133 *Vid.*, en els mateixos termes, quant al crèdit de participació, l'art. 232-24.1, final, CCCat. *Vid.* art. 1111, final, 1291.3r i 1294 CCE.

CCCat quan identifica els actes «impugnables» [rescindibles] («actes a títol onerosos fets pel deutor en frau del seu dret»)–.

### 4.3. La caducitat de les accions de «reducció» o «supressió» de donacions i atribucions particulars en pacte successori i d'«impugnació» dels actes onerosos fets en frau de la compensació

Tant l'acció per demanar la reducció o la supressió de donacions i d'atribucions particulars en pacte successori, com la dirigida a impugnar els actes onerosos fets en frau del dret de crèdit a la compensació, caduquen (art. 122-1 i seg. CCCat) al cap de quatre anys «de l'extinció del règim» (art. 232-9.2 CCCat).<sup>134</sup> Amb tot, malgrat els termes de l'art. 232-9.2 CCCat, resultaria més adequat tenir en compte, com a *dies a quo*, el del reconeixement i determinació del crèdit;<sup>135</sup> en aquest sentit, cal tenir en compte que una i altra acció es reconeixen al «creditor», cosa que suposa que ja té reconegut el crèdit a favor seu (*vid.* art. 122-5.1 CCCat). Això afavoriria, a més, en cas de mort d'un cònjuge o, en general, en cas d'extinció de la parella estable, la coordinació del termini de quatre anys de l'art. 232-9.2 CCCat amb els previstos per a sol·licitar/reclamar la compensació en els art. 232-11.2 i 234-13 CCCat.<sup>136</sup>

Tractant-se d'una relació jurídica disponible, el termini de caducitat de l'art. 232-9.2 CCCat es pot suspendre i ha de ser al·legat (art. 122-3 CCCat).<sup>137</sup>

### 4.4. La protecció dels tercers adquirents a títol onerosos i de bona fe

Ambdues accions (tant la de reducció o supressió com la d'impugnació dels actes onerosos fets en frau) «no són procedents»<sup>138</sup> quan els béns estiguin en poder de terceres persones adquirents a títol onerosos i de bona fe (art. 232-9.2 CCCat);<sup>139</sup> no es distingeix segons es tracti de béns mobles o immobles o en

134 El termini de quatre anys i el *dies a quo* coincideix amb el previst en l'art. 232-24.2 CCCat quant a l'acció de reducció o supressió de donacions i atribucions particular en pacte successori i a l'acció per a impugnar actes a títol onerosos fets pel deutor en frau del crèdit de participació. *Vid.*, també, art. 1299.I Cce i 37.4r.II LH. L'acció d'inoficiositat legítimària caduca al cap de quatre anys de la mort del causant (art. 451-24.2 CCCat –*cf.* l'art. 378.II CS, derogat–). Quant a la reducció o supressió de llegats, donacions o altres atribucions patrimonials per a pagar la quarta vidual, l'art. 452-5.3 CCCat remet a les normes reguladores de l'acció d'inoficiositat legítimària (*vid.* Preàmbul VI, § 9, Llei 10/2008, de 10 de juliol). També caduca al cap de quatre anys de la mort del causant el dret de l'hereu que ha pres inventari d'acord amb l'art. 426-20 CCCat per reclamar la reducció dels llegats quan els legataris n'han pres ells mateixos possessió (art. 427-44 CCCat).

135 *Vid.*, en relació amb l'art. 58 CDCC (redacc. de 1993), BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58...», *op. loc. cit.*, pàg. 357.

136 *Vid.*, epígrafs II.1.1 i II.1.3.

137 En el mateix sentit, *vid.* NASARRE AZNAR, S., «La compensación...», *op. loc. cit.*, pàg. 274.

138 *Vid.*, en relació amb l'art. 58 CDCC (redacc. de 1993), BADOSA COLL, F., «Comentari a l'art. 58...», *op. loc. cit.*, pàg. 357.

139 *Vid.*, quant al crèdit de participació, l'art. 232-24.2 CCCat. *Vid.*, també, art. 1295.III Cce. Això no està previst expressament, en canvi, al CCCat, en relació a la inoficiositat legítimària, encara que es pot arribar a una solució similar per aplicació de principis generals.

funció de la inscripció. En aquest cas «el valor dels béns dels quals el cònjuge hagués disposat a títol gratuït» i «el valor del detriment produït per actes fets amb intenció de perjudicar l'altre cònjuge» s'hauran computat a l'hora de calcular l'increment patrimonial del cònjuge deutor (art. 232-6.1.b CCCat), però les donacions o atribucions no seran reduïbles/suprimibles, ni els actes onerosos fets en frau impugnable.

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

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS  
Professor Titular de Dret Civil  
Universitat Pompeu Fabra<sup>1</sup>

I. INTRODUCCIÓ. II. AUTONOMIA PRIVADA FAMILIAR I CAPÍTOLS MATRIMONIALS. III. ECONOMIA FAMILIAR, RÈGIM ECONÒMIC I EFECTES DEL DIVORCI. IV. *MARITAL AGREEMENTS* AL COMMON LAW ANGLOSAXÓ I SEPARACIÓ DE BÉNS EN DRET CATALÀ. V. REQUISITS PER A LA VALIDESA DELS PACTES EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA MATRIMONIAL. 1. Requisits formals. 2. Requisits temporals. 3. Assessorament legal independent. 4. Reciprocitat. 5. Informació patrimonial suficient. 6. Injustícia per canvi sobrevingut de les circumstàncies. 7. Pactes anteriors a l'entrada en vigor del Llibre segon del CCCat. VI. MATÈRIES OBJECTE DE REGULACIÓ. 1. Compensació econòmica per raó de treball. 2. Aliments, guarda i relacions personals amb els fills menors. 3. Atribució de l'habitatge familiar. 4. Prestació compensatòria. VII. ELS PACTES DE SEPARACIÓ FORA DE CONVENI. VIII. PARELLA ESTABLE I PACTES EN PREVISIÓ DEL CESSAMENT DE LA CONVIVÈNCIA.

## I. INTRODUCCIÓ

D'entre les moltes novetats destacables i valuoses del Llibre segon del Codi Civil de Catalunya,<sup>2</sup> cal esmentar la regulació de l'exercici de l'autonomia privada dels cònjuges i els convivents quant als efectes de la crisi matrimonial i de la parella estable. Tant a l'art. 231-20 CCCat, per als pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, i a l'art. 234-5 CCCat, per remissió, per al cessament de la convivència en parella, com a l'art. 233-5, per als pactes de separació fora de conveni, també per als convivents a l'art. 234-6, el nou dret català del Llibre segon del CCCat ha afrontat amb encert una de les qüestions de més actualitat, polèmica i complexa en la pràctica del dret de família. Sigui en anticipació d'una crisi, o bé un cop ja sorgida aquesta, l'admissibilitat i eficàcia que cal donar a aquesta mena de pactes, en relació amb la discreció judicial,

- 1 Aquest treball s'emmarca en les activitats del Grup de Recerca en Dret Patrimonial (2009SGR1535), finançat per la Generalitat de Catalunya, i del projecte de recerca DER 2011-27960, finançat pel Ministeri de Ciència i Innovació.
- 2 El Llibre segon va ser aprovat per la Llei 25/2010, del 29 de juliol, *del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, i va entrar en vigor l'1 de gener de 2011, després d'una llarga *vacatio legis* de quasi cinc mesos. Sobre la nova regulació catalana del dret de família i de la persona, hi ha les obres generals de Reyes BARRADA ORELLANA / Martín GARRIDO MELERO / Sergio NASARRE AZNAR (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch 2011; Encarna ROCA TRÍAS / Pascual ORTUÑO MUÑOZ (coords.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011; Adolfo LUCAS ESTEVE (dir.), *Dret Civil Català. Vol. II. Persona i família*, Barcelona, José M. Bosch, 2011; Vicente PÉREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Barcelona, Atelier, 2011.

posa a prova els fonaments del sistema del dret de família i, en concret, la idea mateixa del matrimoni com a comunitat de vida.

En efecte, la regulació dels anomenats, en dret comparat, *marital agreements* i *separation agreements* constitueix un repte de primer ordre per al dret de família present. El Llibre segon ha regulat els aspectes negocials o de formació del consentiment per als pactes en previsió d'una crisi matrimonial o de parella, i quant als pactes de separació previs a l'inici del procediment de separació o divorci. Però cal destacar que també ha abordat la qüestió relativa al contingut d'aquests pactes. És a dir, no només s'ha ocupat dels requisits formals i de procediment per a què els acords es puguin considerar vàlids i executables per un tribunal de justícia, sinó que ha atès als àmbits objectius o materials sobre els que els pactes es poden projectar.<sup>3</sup> Aquests àmbits són tots els possibles efectes d'una crisi matrimonial o de parella: la compensació econòmica per raó de treball (art. 232-7 CCCat), la guarda i relacions personals amb els fills menors (art. 233-5.3 CCCat), la prestació compensatòria (art. 233-16 CCCat) i l'atribució de l'habitatge familiar (art. 233-21 CCCat).<sup>4</sup>

## II. AUTONOMIA PRIVADA FAMILIAR I CAPÍTOLS MATRIMONIALS

El conjunt de preceptes del Llibre segon del CCCat dedicats als pactes en previsió de divorci —i també de crisi de la convivència per remissió— és revelador de l'abast que té la normativa (arts. 231-20, 232-7, 233-5, 233-16, 233-21, 234-5 i 234-6), en relació amb la minsa referència que hi feia l'art. 15 CF, sobre el qual es projecten, i reflecteix clarament l'esforç realitzat per part del

3 Cal destacar aquest aspecte, atès que els models comparats de referència en què el Llibre segon s'ha inspirat només s'ocupen dels aspectes negocials dels pactes, sense tractar del possible contingut, així resulta del Preàmbul de la Llei 25/2010: «D'altra banda, es desenvolupa la referència genèrica que el Codi de família feia, en matèria de capítols matrimonials, als pactes en previsió d'una ruptura matrimonial. Se n'estableixen els requisits formals i substantius perquè es puguin considerar plenament vàlids i eficaços. Entre aquests requisits destaquen la possibilitat d'adoptar-los en una escriptura que no sigui capitular i el paper cabdal que s'atribueix al notari que autoritza l'escriptura, per a garantir que els pactes, particularment els de renúncia, han estat precedits de suficient informació sobre les respectives situacions patrimonials i expectatives econòmiques. En línia amb precedents comparats en aquesta matèria, es deixa la porta oberta a la revisió de l'eficàcia del pacte si en el moment en què se'n pretén el compliment és greument perjudicial per a un cònjuge i aquest acredita que han sobrevingut circumstàncies que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment d'adoptar-lo. Al mateix temps, es marquen uns límits a les facultats dispositives de les parts en les institucions on aquests pactes poden tenir més incidència, com ara en la prestació compensatòria i en relació amb la compensació econòmica per raó de treball, i es distingeixen els acords en previsió d'una ruptura dels que es fan quan el matrimoni ja ha entrat en crisi. També s'ha considerat pertinent aclarir que l'exercici de les pretensions incloses en el pacte en previsió d'una ruptura matrimonial es poden fer efectives en el marc del procediment matrimonial contenciós posterior, sense que es pugui remetre les parts a un procediment declaratiu ulterior».

4 Cfr. Josep FERRER RIBA, «Marital Agreements and Private Autonomy in Spain», a Jens M. SCHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, p. 350 i ss., p. 354.

legislador. Amb aquesta regulació el dret català ha implementat i recollit com a dret vigent bona part de les propostes que en els darrers anys s'han fet en la matèria en els ordenaments jurídics propers.<sup>5</sup>

Ara bé, aquests preceptes, que afronten l'abast de l'autonomia privada en l'àmbit de les relacions familiars, en concret pel que fa a les situacions de crisi, cal situar-los en el conjunt del dret català de família i, específicament, amb la vigència d'un règim matrimonial de separació de béns, com a general, defectiu o legal a Catalunya, i amb els capítols matrimonials com a instrument per a l'exercici d'aquesta autonomia.<sup>6</sup> És sobre aquesta base que s'ha d'analitzar la regulació esmentada, que abasta la completa economia familiar, les relacions patrimonials entre els cònjuges, per tal d'avaluar-ne l'admissibilitat i validesa.<sup>7</sup>

La qüestió prèvia a plantejar és el sentit i la funció d'aquests pactes en previsió de separació o divorci en el marc de l'economia familiar i, seguidament, la influència que el debat en el món anglosaxó està tenint sobre nosaltres, amb tradicions i problemàtiques totalment diferents.<sup>8</sup> D'entrada cal dir que s'està tractant de l'autonomia privada, d'autoregulació, de traslladar esquemes contractuals o negocials al dret de família.<sup>9</sup> La base de la teoria contractual és que els acords de les parts lliurement adoptats han de ser executats pels tribunals de justícia. És a dir, quan parlem d'un contracte estem afirmant que es tracta de llei entre parts, i que aquestes parts —els cònjuges o convivents— tenen acció per demanar-ne el compliment davant els tribunals i amb l'ajut dels tribunals. En l'àmbit del dret de família l'aplicació d'aquest principi general necessita d'una validació addicional, atès el caràcter singular de les relacions a què fa referència, sigui quant als drets de menors com per

- 
- 5 L'art. 15 CF va reconèixer l'admissibilitat dels pactes en previsió de ruptura matrimonial en dret català, tot i que es limitava només a esmentar-los, al seu dia, l'any 1998, va suposar una important novetat, cfr. Juan José LÓPEZ BURNIOL, «Comentari a l'art. 15», a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (dirs.) / Albert LAMARCA i MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI (coords.), *Comentari al Codi de família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 152 i ss., que els qualificava com a «pactes de separació amistosa preconstituïts», amb eficàcia diferent en funció de l'actuació dels cònjuges en un cop sorgida la crisi (p. 159). Amb tot, tal com afirmava Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsió de una ruptura matrimonial», a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo. Tomo III. Derecho civil. Derechos reales. Derecho de Familia*, Madrid, Civitas, 2002, p. 4551 i ss., p. 4557, atesa la poca concreció del precepte, malgrat la seva aprovació «continúan abiertos prácticamente los mismos interrogantes que hasta ahora sobre su extensión y límites»; vegeu també FERRER RIBA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, cit., p. 363.
- 6 Cfr. Encarna ROCA TRIAS, «Autonomía, crisis y contratos con ocasión de la crisis», a Joan Manel ABRIL CAMPOY / M. Eulàlia AMAT LLARI, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. 2, València, Tirant lo Blanch, 2006, p. 2079 i ss., p. 2082.
- 7 Pel que fa a l'evolució d'aquest règim, Esteve BOSCH CAPDEVILA, «L'evolució del règim de separació de béns en el dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball», a *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, p. 1075 i ss.
- 8 Vegeu també Albert LAMARCA i MARQUÈS, «Recensió a Jens M. SCHERPE (Ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, 518 pp.», a *Anuario de Derecho Civil* 2012, p. 1826 i ss.
- 9 Nina DETHLOFF, «Contracting in Family Law: a European Perspective», a Katharina BOELE-WOELKI / Jo MILES / Jens M. SCHERPE, *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, p. 65 i ss., p. 76.

les que resulten de la comunitat de vida matrimonial o de la convivència en parella.<sup>10</sup> Aquí es tracta que els tribunals de justícia reconeguin la validesa d'aquests acords i, per tant, els incorporin a la decisió que necessàriament hauran de prendre sobre els efectes del divorci o cessament de la convivència.<sup>11</sup>

En el nostre dret de tradició continental, l'autonomia privada familiar, pel que fa a la regulació de l'economia del matrimoni, s'exerceix mitjançant els capítols matrimonials, mentre que els efectes de la crisi són objecte de regulació per acord en conveni regulador.<sup>12</sup> Els capítols matrimonials presenten al Llibre segon una regulació similar a la del CF, amb la novetat que els atorgats en previsió de la ruptura matrimonial mantenen la seva eficàcia malgrat la crisi, tot el contrari dels altres casos (art. 231-26.b CCCat). Per la resta la regulació s'ha mantingut i s'inclou l'incís de l'antic art. 15 CF —ara a l'art. 231-19.1 CCCat— que en els capítols hom pot convenir «els pactes lícits que es considerin convenients, fins i tot en previsió d'una ruptura matrimonial». Doncs bé, els capítols eren el marc institucional d'organització de l'economia familiar, d'un matrimoni que només preveia la dissolució per mort, i no en vida. En el dret tradicional a Catalunya els cònjuges feien servir amb molta intensitat els capítols matrimonials i podem pensar que eren majoria en els matrimonis catalans, amb pactes de gran abast,<sup>13</sup> tant durant el matrimoni com a la mort d'un cònjuge i en la transmissió posterior del patrimoni per herència.<sup>14</sup>

L'economia familiar s'estructura en el nostre dret distingint entre diversos àmbits materials, en concret, entre règim primari, o contribució dels cònjuges a les despeses familiars, i el règim econòmic matrimonial, com els drets que té cada cònjuge sobre el patrimoni de l'altre.<sup>15</sup> El conjunt de les relacions

10 Cfr. EGEA FERNÁNDEZ, *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, cit., p. 4556.

11 Sobre l'autonomia privada en dret de família, veieu les diferents aportacions a l'obra col·lectiva Miquel MARTÍN-CASALS / Jordi RIBOT (eds.), *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe. Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law*, Girona, Documenta Universitaria, 2006.

12 ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, cit., p. 2090.

13 Pel que fa a la contractació fora de capítols, cfr. Lluís PUIG I FERRIOL, «Régimen jurídico de la contratación entre cónyuges en el Derecho civil catalán», a BARRADA ORELLANA / GARRIDO MELERO / NASARRE AZNAR (COORDS.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 199 i ss.

14 Sobre la qüestió, Josep M. PUIG SALELLAS, «Les relacions econòmiques entre esposos en la societat catalana d'avui. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya», a *Revista Jurídica de Catalunya* 1981, p. 379 i ss.; també Juan José LÓPEZ BURNIOL, *La «resurrecció» dels capítols matrimonials (L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència)*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1999; per a una referència al dret tradicional, Joan PEYTAVÍ DEIXONA, *La família nord-catalana: Matrimonis i patrimonis (s. XVI-XVIII)*, Perpinyà, Trabucaire, 1996; i les extraordinàries aportacions de Josep M. PUIG SALELLAS, *De remences a rendistes: els Salellas (1322-1935)*, Barcelona, Fundació Noguera, 1996; ID., *Història difícil de quatre dones*, Barcelona, Edicions 62, 2008.

15 Cfr. l'exposició clàssica sobre aquest model de Walter PINTENS, «Marital Agreements and Private Autonomy in France and Belgium», a SCHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 68 i ss.; també ID., «Matrimonial Property Law in Europe», a BOELE-WOELKI / MILES / SCHERPE, *The Future of Family Property in Europe*, cit., p. 19 i ss.



econòmiques entre els cònjuges separa, doncs, entre l'atenció de les necessitats respectives i els drets sobre l'excedent acumulat per cada cònjuge, i ho fa tant amb tècniques de drets de propietat i de drets de crèdit. A més, aquesta regulació de l'economia familiar també distingeix entre els efectes durant la vigència del matrimoni i a la seva dissolució sigui en vida, per divorci, o per mort. La qüestió que se'ns presenta en l'actualitat és si els capítols matrimonials, com a expressió de l'autonomia privada conjugal, admeten els pactes sobre tots els efectes econòmics del matrimoni, inclosos els relatius a la crisi. I això tenint en compte que en ocasions aquests efectes resulten de regles clares, precises i determinades, mentre que en altres casos són compensacions que es determinen en seu judicial discrecionalment en atenció a les circumstàncies del moment en què han de ser preses.

Els capítols matrimonials han vingut complint la funció tradicional d'organitzar l'economia familiar, amb pactes sobre el règim econòmic que tenien caràcter vinculant. Ara bé, un cop reconeguda la dissolució del matrimoni en vida per raó de divorci, i l'existència d'uns efectes patrimonials amb compensacions entre els esposos que superen les regles derivades del règim econòmic, l'admissió dels pactes sobre aquests àmbits, desplaçant la discreció judicial, planteja importants obstacles. Els capítols matrimonials no estaven pensats per regular els efectes econòmics de la dissolució del matrimoni en vida, per separació o divorci, sinó només per mort i, específicament, la situació de regència o de convivència del vidu amb els fills o d'altres parents del cònjuge premort.<sup>16</sup> I l'admissió dels pactes sobre àmbits diferents als del règim econòmic contrasta amb la naturalesa d'aquests acords, mediatitzats per la relació de parella, la tipologia de drets sobre els quals es pacta, i l'anticipació a una decisió els fonaments de la qual encara no concorren, el que motiva la seva remissió a la decisió judicial.<sup>17</sup>

Discrecionalitat judicial sobre compensacions postdivorci i vinculació entre els cònjuges als pactes que hagin pogut arribar sobre el règim econòmic matrimonial en capítols es presenten com a models contraposats. Aquesta és la qüestió que els drets continentals han d'afrontar en relació amb l'àmbit de l'autonomia de la voluntat sobre l'economia familiar i el seu mitjà propi d'exercici que són els capítols matrimonials. És clar que el règim econòmic és susceptible de pacte entre els esposos, però ja no ho és tant que l'autoritat que la llei confereix als jutges per decidir sobre les compensacions postconjugal sigui també susceptible de pacte vinculant entre els cònjuges i, per tant, executable davant d'un tribunal de justícia.<sup>18</sup> Per al dret català, a més, aquest estat de coses presenta singularitats remarcables.

16 FERRER RIBA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, cit., p. 360

17 En la regulació tradicional a la CDCC de 1960 la separació no es contemplava com a causa d'ineficàcia dels capítols matrimonials, ni tan sols s'hi feia referència, va ser a la reforma de la Compilació per la Llei 13/1984, que es va introduir l'art. 9bis fent referència al divorci com a causa d'ineficàcia dels capítols, que posteriorment es va recollir a l'art. 11 del text refós aprovat pel Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, però només referit a divorci i nul·litat, esment que es reproduïa a l'art. 20 CF, mentre que l'art. 231-26 CCCat hi ha incorporat la separació judicial.

18 Cfr. DETHLOFF, *Contracting in Family Law: a European Perspective*, cit., p. 70

### III. ECONOMIA FAMILIAR, RÈGIM ECONÒMIC I EFECTES DEL DIVORCI

En els drets de tradició continental o de *Civil Law*, com s'ha apuntat, existeix una nítida distinció entre règim econòmic matrimonial i efectes econòmics del divorci. El primer regula el règim de la propietat dels béns dels cònjuges durant el matrimoni i a la seva dissolució, i els efectes d'aquest règim de propietat envers tercers. En funció dels ordenaments, del règim econòmic poden resultar drets de propietat o de crèdit entre els cònjuges a la participació sobre els guanys respectius durant el matrimoni. Junt amb aquestes regles, que abasten l'excedent matrimonial, n'hi ha d'altres relatives a una solidaritat conjugal mínima que transcendeix el règim econòmic i obliga els cònjuges a atendre recíprocament les necessitats de cadascun d'ells.<sup>19</sup>

A la dissolució del matrimoni coincideixen aquests dos àmbits. Sobre el primer s'ha admès de forma general l'exercici de l'autonomia privada, és a dir, els cònjuges poden haver pactat en capítols el règim econòmic i les seves regles, però sobre el segon àmbit, específicament l'atenció de les necessitats dels cònjuges, que inclouen l'atribució de l'habitatge i les compensacions postconjugals, la decisió s'ha remès als tribunals de justícia en funció de les circumstàncies del moment i al marge, en principi, del règim econòmic, tot i que tenint en compte els seus efectes pel que fa al patrimoni que resulta per a cada cònjuge.<sup>20</sup> A aquestes decisions s'hi afegeix la cura dels fills, que inclou sovint una pensió d'aliments i condiona l'atribució de l'habitatge.

És clar que els cònjuges poden pactar sobre els efectes del divorci un cop aquest ha sorgit, mitjançant el conveni regulador, però ja planteja més dubtes si així es pot fer també en anticipació de la crisi, abans que aquesta sorgeixi, o bé també un cop sorgida aquesta en un pacte fora de conveni, per tant, al marge del procediment de divorci. La regulació d'aquests pactes és una de les grans novetats del dret català al Llibre segon del CCCat, amb la previsió dels requisits i formalitats que han de complir per tal que puguin ser considerats vàlids i executables pels tribunals de justícia. Ara bé, si en contraposició als efectes del divorci, l'admissibilitat dels pactes sobre règim econòmic ha estat tradicional en el nostre dret, en part derivada de la vigència del de separació com a legal, la singularitat d'aquest règim un cop introduïda la compensació per raó de treball, ha plantejat també dubtes sobre la validesa dels pactes que l'afectin i que igualment ha abordat el Llibre segon del CCCat.<sup>21</sup>

19 Vegeu l'exposició de conjunt sobre els diferents models de Jens M. SCHERPE, «Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective», a ID. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 443 i ss.

20 Cfr. Sergio NASARRE AZNAR, «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», a BARRADA ORELLANA / GARRIDO MELERO / NASARRE AZNAR (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 233 i ss., p. 235.

21 Cal recordar, però, que l'admissió dels pactes sobre règim econòmic, vàlids en dret català, i vinculats a la regulació de la viduïtat i la transmissió intergeneracional de la riquesa en heretament, ha estat prohibida en d'altres ordenaments fins a temps no gaire remots, com ara al CC espanyol fins la llei 14/1975, de 2 de maig, *sobre reforma de determinados artículos del código civil y del código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos*

Si s'admet l'exclusió de la compensació econòmica per raó de treball, i el pacte d'una separació absoluta de béns entre els cònjuges, que nega tota idea de participació patrimonial derivada de la comunitat de vida matrimonial, l'àmbit dels efectes econòmics que resulten de la dissolució en vida del matrimoni quedaria reduït als estrictament vinculats a l'atenció de les necessitats dels cònjuges. Les conseqüències econòmiques en seu de divorci serien molt reduïdes en un dret com el català, que exclou tota divisió dels guanys o patrimoni adquirit pels cònjuges durant la vida en comú, amb l'afegit d'una possible compensació. Per contra, en els règims de guanys o de comunitat, aquest àmbit d'efectes patrimonials de la dissolució del matrimoni per divorci, atès que hi ha repartiment dels excedents generats durant el matrimoni, tindria un abast superior.

Malgrat la teòrica distinció entre aquests dos àmbits dels efectes econòmics del matrimoni al divorci, és clar que tots dos estan estretament vinculats i els pactes que hi facin referència ho seran en previsió d'una crisi conjugal. Si considerem l'admissió de la separació absoluta de béns, aleshores els efectes econòmics del matrimoni quedarien reduïts als de les compensacions postdivorci. Si s'admet també l'exclusió d'aquestes mitjançant pacte cumulatiu al de separació, aleshores no hi hauria cap altre efecte patrimonial del matrimoni. Exclosa la comunicació de guanys o de l'excedent acumulat, àdhuc en forma de compensació equitativa com la de l'art. 232-5 CCCat, els pagaments compensatoris també podrien quedar exclosos.

La compensació per raó de treball, introduïda l'any 1993 en el règim de separació, és un nou element que afegeix punts de convergència entre règim econòmic i compensacions postdivorci, singularment en dret català.<sup>22</sup> El Codi

---

*y deberes de los cónyuges*, cfr. Mario CLEMENTE MEORO, «El régimen económico matrimonial», a Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ (Coord.), *Derecho de Familia*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 539 i ss., p. 544.

22 La compensació va ser introduïda en el règim de separació de béns català amb la llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la *Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, a l'art. 23 de l'aleshores vigent CDCC, sobre la reforma Anna CASANOVAS MUSSONS / Joan EGEA FERNÁNDEZ / María del Carmen GETE-ALONSO CALERA / Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, 1995. La bibliografia sobre la compensació és extensa, entre aquesta, cfr. Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales», a *InDret* 1/2012; NASARRE AZNAR, *La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, cit.; Joaquín BAYO DELGADO, «Comentari als arts. 232-5 a 232-12», a ROCA TRÍAS / ORTUÑO MUÑOZ (coords.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 693 i ss.; BOSCH CAPDEVILA, *L'evolució del règim de separació de béns en el dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball*, cit.; Josep FERRER RIBA, «Separació de béns i compensacions en la crisi familiar», a Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (coord.), *Nous reptes del Dret de Família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, p. 77 i ss.; Albert LAMARCA I MARQUÈS, «Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball (Comentari a la STSJC de 21.10.2002)», a *InDret* 1/2003; Judith SOLÉ RESINA, «La compensació econòmica per raó del treball en el règim de separació de béns», a *Revista Jurídica de Catalunya*, 3/2001, p. 33; Id., «La quarta domèstica o crèdit de participació reduït. La nova formulació de la compensació econòmica per raó del treball al Projecte de Llibre II del Codi Civil de Catalunya», a *InDret* 2/2010; Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «Comentari a l'art. 41»,

Civil de Catalunya ha regulat aquests pactes, però el seu reconeixement i execució judicial encara és una qüestió prou oberta sobre la que caldrà tractar-ne amb detall i analitzar la posició que prenguin els tribunals en la seva jurisprudència, perquè els requisits i exigències legals són força qualificats, a més de presentar unes causes d'ineficàcia sobrevinguda prou importants.<sup>23</sup>

#### IV. MARITAL AGREEMENTS AL COMMON LAW ANGLOSAXÓ I SEPARACIÓ DE BÉNS EN DRET CATALÀ

L'actualitat entre nosaltres dels pactes en previsió d'una crisi conjugal té unes causes ben pròpies que resulten de l'evolució de la pràctica sobre les decisions judicials en matèria d'efectes del divorci. La imprevisibilitat legal sobre el destí de l'habitatge conjugal, els conflictes sobre la guarda dels fills i els aliments a satisfer per un cònjuge a l'altre per atendre les necessitats d'aquests i, eventualment, el pagament d'una compensació pel desequilibri que la crisi genera en perjudici d'un cònjuge, són efectes prou importants com perquè els cònjuges es plantegin anticipar-los i excloure la discreció del jutge. Així ha succeït recentment en la pràctica catalana, el que palesa també un canvi prou important en la mentalitat sobre la naturalesa del matrimoni, al que s'hi afegeixen fenòmens de diversa mena, assenyaladament, el dels matrimonis mixtes o bé les segones núpcies amb famílies reconstituïdes.<sup>24</sup>

Amb tot, el debat sobre els pactes en previsió de divorci és comú amb els ordenaments jurídics propers i, en especial, el tractament que se n'ha fet als països del *Common Law* anglosaxó ha tingut una influència important en la regulació adoptada. De fet, el text de l'art. 231-20 CCCat reflecteix les propostes que s'han fet a nivell comparat,<sup>25</sup> de manera cabdal als *Principles of the Law of*

---

a JOAN EGEA FERNÁNDEZ / JOSEP FERRER RIBA (dirs.) i ALBERT LAMARCA I MARQUÈS / COVADONGA RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI (COORDS.), *Comentari al Codi de família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 231 i ss.; LLUÍS JOU MIRABENT, «Comentari a l'art. 23», a CASANOVAS MUSSONS / EGEA FERNÁNDEZ / GETE-ALONSO CALERA / MIRABELL ABANCÓ, *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, cit., p. 197 i ss.; JOSEP SOLÉ FELIU, «La compensació econòmica per raó de treball de l'art. 41 del nou Codi de Família de Catalunya», a *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 231 1999, p. 2; ANTONIO PARA MARTÍN, «El derecho de compensación económica por razón de trabajo», a *Revista Jurídica de Catalunya* 2/1999, p. 313 i ss.

23 Fins a la recent STSJ de 12.7.2012 (RJ 10025) és poca la jurisprudència sobre l'admissibilitat d'aquests pactes, que hi és compendiada; vegeu també ÀNGEL CARRASCO PERERA, *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Madrid, Dillex, 2006, p. 49 i ss.; MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», a *Anuario de Derecho Civil* 2003, p. 1653 i ss., p. 1658, p. 1661.

24 Cfr. GARCÍA RUBIO, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*, cit., p. 1658.

25 Cfr. MIRIAM ANDERSON, «Marital Agreements: Spanish Case-Law v. the 2010 Catalan Reform», a ALAIN-LAURENT VERBEKE / JENS M. SCHERPE / CHARLOTTE DECLERCK / TOBIAS HELMS / PATRICK SENAEEVE (EDS.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber amicorum Walter Pintens. Vol I*, Intersentia, 2012, p. 23 i ss., p. 28.

*the Family Dissolution* publicats per l'American Law Institute l'any 2002,<sup>26</sup> que van recollir el bagatge anterior de la *Uniform Premarital Agreement Act (UPAA)* de 1983,<sup>27</sup> i que s'han traduït més recentment al cas *Radmacher v Granatino* de 2010 de la House of Lords anglesa,<sup>28</sup> i al *Consultation Paper* sobre *Marital Property Agreements* de la *Law Commission* de gener de 2011.<sup>29</sup>

En efecte, ha estat en aquests ordenaments anglosaxons en què s'ha plantejat més vivament l'admissibilitat dels pactes en previsió de divorci, i s'han formulat propostes de reconeixement basades en determinats principis que recull el nostre art. 231-20 CCCat. Ara bé, cal contextualitzar adequadament l'evolució d'aquesta matèria en el dret anglosaxó per tal de no confondre el sentit i finalitat de les institucions jurídiques, i també per aprendre de l'experiència aliena i veure les similituds que hi ha entre els respectius problemes plantejats i les solucions adoptades.

Així com el debat sobre el reconeixement d'aquests pactes en el dret continental afecta fonamentalment a la que podem qualificar com la prestació compensatòria i, eventualment, l'atribució de l'habitatge, és a dir, sobre tot allò que excedeix el règim econòmic, en els països del *Common Law* el seu àmbit és pròpiament el de tota l'economia conjugal. En efecte, el debat en aquets ordenaments sobre l'admissibilitat dels *marital agreements* abasta qualsevol pacte econòmic entre cònjuges, i resulta d'una prohibició tradicional de capitular, que és aliena al dret català, però que podem trobar en d'altres ordenaments de dret civil, i de la inexistència d'un règim econòmic matrimonial com a tal. Els fonaments d'aquest debat presenten una evolució prou important per tenir-los en compte i escatir-ne els diferents àmbits per a gestionar la influència que projecta sobre el nostre dret.<sup>30</sup>

Pel que fa al dret dels Estats Units, l'economia matrimonial s'organitza d'acord amb dos models diferents, el de separació de béns o de *separate property* a la majoria dels estats, quaranta-un, i el de *community property* o

26 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ, Matthew Bender & Co. (LexisNexis), 2002.

27 A la que ha seguit la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* aprovada el juliol de 2012 per The Uniform Law Commission – National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, tots dos textos es poden consultar a [www.uniformlaws.org](http://www.uniformlaws.org). Sobre aquests textos, Luis A. ANGUITA VILLANUEVA, «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos a la realidad española», a Joaquín RAMS ALBESA et al., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 278 i ss.; María Dolores CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 57 i ss.

28 Cfr. Jens M. SCHERPE, «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino. Equidad, libertad y 'elementos extranjeros'», a *InDret* 2/2012; també Silvia GASPÀR LERA, «Los acuerdos prematrimoniales en el derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial», a *InDret* 3/2012; CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, cit., p. 139.

29 El *Consultation Paper* és publicat a la web de la *Law Commission* [http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp198\\_Marital\\_Property\\_Agreements\\_Consultation.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp198_Marital_Property_Agreements_Consultation.pdf), el projecte ha tingut continuïtat amb un *Supplementary Consultation Paper* sobre *Marital Property, Needs and Agreements* de setembre de 2012 que es pot consultar a [http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp208\\_matrimonial\\_property.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp208_matrimonial_property.pdf).

30 Cfr. SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 460.

règim de guanys per influència castellana i francesa, a nou estats de l'oest i el sud, com ara Califòrnia, Texas o Louisiana. Amb l'increment dels divorcis als Estats Units a la segona meitat del segle XX es va plantejar si els efectes d'incomunicació patrimonial de la separació de béns eren raonables, i si també ho era per la dona mantenir la dependència al marit amb l'atribució d'una pensió compensatòria de pagament periòdic. En resposta a aquestes qüestions, una llarga evolució legal ha portat a adoptar l'*equitable distribution* dels béns de tots dos cònjuges en ocasió del divorci com la forma més adequada de liquidar econòmicament un matrimoni. Sigui perquè es considera que el matrimoni és una comunitat de vida que ha de donar lloc a compartir els béns guanyats, com per la implementació de les teories de *clean-break* que eviten els pagaments periòdics entre ex-esposos, el dret nord-americà, en les seves diferents jurisdiccions, ha optat per la divisió equitativa dels béns dels cònjuges per divorci, superant la distinció entre règim econòmic i atenció a les necessitats.<sup>31</sup> Un procés similar s'ha donat en dret anglès, si bé de forma més tardana. Amb el cabdal cas de l'any 2000 *White v White*, la jurisprudència va recollir el principi de l'*equal sharing* pel que fa a la propietat dels cònjuges, que porta a compartir o dividir el patrimoni adquirit durant el matrimoni, d'acord amb l'anomenada *yardstick of equality*. Aquest principi ha estat confirmat en resolucions posteriors com la conjunta de *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* de 2006, i ha suposat una transformació molt profunda de les regles de l'economia familiar en dret anglès, al marge dels criteris formals derivats d'un règim econòmic matrimonial com passa per als drets continentals.<sup>32</sup>

Doncs bé, atès que en els ordenaments anglosaxons es parteix d'un principi tradicional de prohibició de capitular entre esposos i d'una discrecionalitat absoluta dels tribunals sobre les conseqüències del divorci, que inclouen tant les compensacions per desequilibri com la distribució equitativa de la propietat familiar, al marge de la seva titularitat, la validesa dels pactes en previsió de divorci s'ha plantejat allà amb molta més intensitat. En aquests ordenaments, els pactes suposen una novetat i incideixen en una pràctica en què els tribunals tenen completes facultats per decidir tots els efectes econòmics del divorci, de manera conjunta i sense distingir entre règim econòmic i despeses familiars. En aquests termes, es pot afirmar que en el dret anglosaxó les decisions dels tribunals han superat el principi de respecte a les titularitats sobre els béns dels cònjuges, que són objecte de divisió, i han assumit una idea del matrimoni com a comunitat de vida que obliga a compartir no només necessitats o despeses mínimes sinó també els guanys adquirits.

31 Per a una exposició de conjunt, Ira Mark ELLMAN, «Marital Agreements and Private Autonomy in the United States», a SCHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 403 i ss.; també amb molt de detall, AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, cit., p. 645 i ss. (Chapter 4. Division of Property upon Dissolution) i p. 785 i ss. (Chapter 5. Compensatory Spousal Payments).

32 SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 462; també FERRER RIBA, *Separació de béns i compensacions en la crisi familiar*, cit., p. 87; Ariadna AGUILERA RULL, «La configuració de la compensació del trabajo para la casa (art.1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», a *Aranzadi Civil-Mercantil* 3/2012.

Certament que entre nosaltres els efectes del divorci estan remesos a la decisió de l'autoritat judicial, i que en absència d'un acord entre els cònjuges, els jutges resolen sobre els efectes econòmics de la crisi en atenció de les circumstàncies que concorren en el cas.<sup>33</sup> Ara bé, pel que fa al règim econòmic, s'apliquen les regles de dret de propietat o de crèdit que corresponguin en cada supòsit. En el règim de separació de béns català, però, en la concurrència d'uns determinats requisits, els jutges també hauran de decidir a petició de part, de forma equitativa, atorgant una compensació per raó de treball, que indefectiblement també porta a la discreció judicial.<sup>34</sup>

En aquest estat de coses, i de la pràctica catalana en un context de separació de béns, cal plantejar quina és la realitat de la regulació dels efectes econòmics del divorci, per valorar les decisions a prendre en aquest àmbit a la llum de la influència del dret comparat, especialment l'anglosaxó. En primer lloc, de les estadístiques resulten que a Catalunya són pocs els casos en què hi ha atribució de pensió compensatòria, tot just un 10% del total (sense distingir a les estadístiques entre aquesta i la compensació econòmica per raó de treball).<sup>35</sup> Això pot ser degut a diversos motius, però la realitat és que dels plets de divorci no resulta majoritàriament un pagament periòdic en favor d'un cònjuge. Podem pensar que la realitat actual no hi porta, tots dos cònjuges treballen i no volen dependència entre ells. Ara bé, podem pensar també que aquesta ha deixat de ser una forma de posar fi a l'economia matrimonial i que, de manera més subtil, els cònjuges reparteixen els excedents familiars, si hi són, mitjançant l'atribució de l'habitatge, els aliments als fills menors i, si és el cas, amb la divisió de les propietats comunes. A la pràctica això és el que succeeix, per tant, sembla que bona part del patrimoni acumulat pels cònjuges, en economies modestes, passa per aquest repartiment, evitant els pagaments compensatoris periòdics. A més, en un percentatge molt alt, que frega el 74% dels casos, els divorcis són de mutu acord.<sup>36</sup>

En segon lloc, cal dir que el Llibre segon ha portat a terme una important erosió entre regles de propietat i de responsabilitat en seu de divorci, atès que el principi que el jutge no pot dividir o repartir lliurement la propietat dels cònjuges, ans només valor, no regeix en puritat en dret català. És clar que no hi ha una atribució de l'habitatge en termes de propietat per raó de la crisi, però l'atribució temporal d'un dret d'ús amb efectes reals té un impacte molt alt en la disponibilitat sobre el bé. A més, les compensacions resultants del divorci no són només pagaments periòdics d'una quantitat de diners, es poden ordenar també, com a facultat de l'autoritat judicial, l'atribució d'una quantitat fixa o a tant alçat (*lump-sum*) en favor del cònjuge creditor, i àdhuc l'adjudicació de béns del cònjuge deutor, tant pel que fa a la compensació per raó de treball (art. 232-8 CCCat), com la prestació compensatòria (art. 233-17 CCCat). Per

33 Per a un bona síntesi, Jordi RIBOT, «The financial consequences of divorce across Europe», a *ERA Forum* 12/2011, p. 71 i ss.

34 Tracta de la naturalesa singular de la compensació econòmica en el règim de separació de béns, EGEA FERNÁNDEZ, *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, cit., p. 4571.

35 Les dades són extretes de l'INE ([www.ine.es](http://www.ine.es)) pel que fa a l'estadística sobre plets matrimonials per al 2011.

36 Dades de l'INE per al 2011 ([www.ine.es](http://www.ine.es)).

contra, en l'atribució de l'habitatge familiar s'ha recorregut el camí contrari i se'n permeten els subrogats (arts. 233-20.6 i 233-21.1b CCCat).<sup>37</sup>

Amb la reflexió anterior es vol fer notar que potser a dia d'avui també els pactes en previsió de divorci entre nosaltres poden tenir per finalitat evitar la intervenció judicial completa, i la incertesa i indeterminació que en resulta, sobre la divisió de la propietat dels cònjuges a la fi del matrimoni per divorci, malgrat la vigència d'un règim de separació de béns. Les solucions del *Common Law*, amb l'*equitable distribution* o el principi de *sharing*, no queden tan lluny de la realitat catalana en la que en moltes ocasions la divisió de propietat acumulada, diners i habitatge, es dona en forma d'aliments als fills i el dret d'ús sobre l'habitatge, perquè poca cosa més hi ha sovint a partir, que no estigui ja adquirit per meitats indivises entre els cònjuges.<sup>38</sup>

## V. REQUISITS PER A LA VALIDESA DELS PACTES EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA MATRIMONIAL

L'art. 231-20 CCCat, relatiu als pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, és a la Secció tercera, dedicada als capítols matrimonials, del Capítol I, sobre l'abast de la institució familiar, en el Títol III, de la família, del Llibre segon del CCCat. Els arts. 231-19 a 231-26 són els que regulen els capítols matrimonials, d'acord amb les disposicions concordants del Codi de Família, amb la novetat de la regulació institucional d'aquests acords en previsió de separació o divorci. Al nou art. 231-19 CCCat no hi ha variació sobre el redactat de l'art. 15.1 CF, i el contingut dels capítols és el propi de l'autonomia privada familiar formalitzada en escriptura pública: elecció de règim econòmic, atorgament de donacions, convenir pactes successoris i pactes en previsió de la crisi. Aquests darrers, ja apuntats al CF de 1998, compten al Llibre segon amb una regulació específica, detallada i prou completa inspirada en els estàndards i desenvolupaments internacionals.<sup>39</sup>

A dia d'avui, l'objecte dels capítols matrimonial continua essent el tradicional d'organitzar l'economia familiar, també amb una projecció successòria molt ampliada, i tant en un sentit positiu durant la vigència del

37 Així es destaca al Preàmbul de la Llei 25/210 com a gran novetat: «Les regles sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar presenten novetats importants. Tot i partir d'atribuir-lo, preferentment, al cònjuge a qui correspongui la guarda dels fills, es posa èmfasi en la necessitat de valorar les circumstàncies del cas concret. Per això, es preveu que, a sol·licitud de l'interessat, es pugui excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar si qui en seria beneficiari té mitjans suficients per a cobrir les seves necessitats i les dels fills, o bé si el qui l'ha de cedir pot assumir i garantir suficientment el pagament dels aliments als fills i la prestació que pugui correspondre al cònjuge en una quantia que permeti cobrir les necessitats d'habitatge d'aquest».

38 Cfr. les interessants reflexions sobre el conjunt del sistema de FERRER RIBA, *Separació de béns i compensacions en la crisi familiar*, cit., p. 77.

39 Cfr. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, cit., p. 176; Núria GINÉS CASTELLET, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña», a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2011, p. 2577 i ss., p. 2581.



matrimoni com, negativament, a la seva finalització en vida per divorci. Els capítols serveixen tant per construir el règim de l'economia familiar com per deconstruir-lo, establir allò que passarà amb els béns i necessitats dels cònjuges mentre estiguin junts com quan deixin d'estar-ho. En aquests termes, règim econòmic matrimonial i contribució a les despeses familiars són l'objecte de regulació per acord dels cònjuges, que pot tenir la seva projecció també en la crisi familiar pel que fa a la liquidació del règim econòmic i als deures de solidaritat postconjugual.<sup>40</sup>

Així, l'elecció d'un règim econòmic té clarament uns efectes enfront tercers i entre els cònjuges durant la vida en comú, però sobretot els té a la seva liquidació. Pel que fa al règim de les despeses familiars, que pot ser objecte de regulació durant la convivència, té la seva projecció en la solidaritat postconjugual que en forma de prestacions compensatòries es puguin determinar judicialment, inclosa l'atribució de l'habitatge familiar. En tots dos casos, els pactes en previsió de divorci confronten amb la jurisdicció dels tribunals sobre la matèria, que al seu torn resulta de la idea del matrimoni com a comunitat de vida i els efectes que en resulten. Com es veurà tot seguit, aquesta mena de pactes plantegen dubtes importants pel que fa a la formació del consentiment, vinculats a l'admissibilitat de l'exclusió d'efectes econòmics entre els cònjuges a la dissolució del matrimoni, sigui en forma de separació absoluta de béns com d'exclusió de tota solidaritat postconjugual.

Els capítols matrimonials delimiten, doncs, l'abast de l'autonomia privada en l'àmbit de l'organització econòmica de la família. I la resposta a quin és aquest abast ha de ser prudent, atès que no es pot importar en bloc la regulació pròpia de la teoria del contracte a una relació que té per fonament l'afecte, la convivència i un projecte de vida en comú.<sup>41</sup> El procés de formació dels pactes

40 Existeix estadística detallada recent sobre l'atorgament de capítols matrimonials, fornida pel Consell General del Notariat ([www.notariado.org](http://www.notariado.org)), que distingeix entre els capítols atorgats abans i després del matrimoni i en funció del règim escollit i si són pactes de separació com de constitució de parelles de fet. Amb tot, no ens permet conèixer encara l'abast dels pactes en previsió de divorci, és a dir, els que contempen modificacions als efectes discrecionals en seu judicial. Pel que fa a l'any 2010, a Catalunya hi va haver 234 capítols prenupcials amb pacte de separació de béns, 27 pactant la societat de *gananciales*, 4 pactant el règim de participació en els guanys, i 22 capítols pactant un altre règim matrimonial; pel que fa als capítols postnupcials, amb pacte de separació van ser 175, de *gananciales* 82, de participació en els guanys 22, i 22 també pactant un altre règim econòmic; en total 287 capítols prenupcials per 311 postnupcials. L'estadística es refereix també a 36 capítols sense pactar règim econòmic i 127 acords de separació de fet, a banda de 416 escriptures de liquidació de comunitat conjugual o de qualsevol altre règim econòmic entre vius i 19 escriptures de renúncia a la viduïtat aragonesa i altres renunciacions a drets econòmics matrimonials. Aquestes dades contrasten amb les del conjunt de l'Estat, en què per l'any 2012 hi va haver un total de 42.507 capítols, dels quals 20.014 prenupcials i 22.223 postnupcials, destaquen el total de 37.604 capítols pactant el règim de separació, 18.167 prenupcials i 19.437 postnupcials, mentre que només hi va haver 400 acords de separació de fet. Per a una estadística anterior, Albert LAMARCA I MARQUÈS / Esther FARNÓS AMORÓS / Albert AZAGRA MALO / Mireia ARTIGOT I GOLOBARDES, «Separació de béns i autonomia privada familiar a Catalunya: un model pacífic sotmès a canvi?», a *InDret* 4/2003.

41 Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», a BARRADA ORELLANA / GARRIDO MELERO / NASARRE AZNAR (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 327 i ss, p. 343.

entre els cònjuges ha de ser molt qualificat i també el seu control de contingut. Sobre aquestes bases, el nou art. 231-20 CCCat regula amb molt de detall els requisits de formació de la voluntat manifestada en capítols, com a pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, sense tractar dels aspectes objecte de regulació, als que s'hi fa referència en la seva seua específica. Si es compleixen els requisits establerts per al seu vàlid atorgament, aquests pactes poden ser vinculants pels cònjuges i, per tant, executables en seu judicial, però amb cauteles molt rellevants.<sup>42</sup>

De forma general, es pot afirmar que els requisits per a la validesa dels pactes, quant a la formació de la voluntat, són l'atorgament en escriptura pública, l'existència d'un període de reflexió, l'assessorament legal independent, la reciprocitat i claredat en la formulació i la informació patrimonial suficient, tot plegat a reserva d'una clàusula de duresa o força major que en pot determinar la ineficàcia en el moment en què se'n pretengui el compliment. Els requisits de l'art. 231-20 CCCat no són concloents, però estableixen bases sòlides per a decidir al seu moment, i en cada cas concret, sobre l'admissibilitat d'aquests pactes a la pràctica.<sup>43</sup> Aquests requisits són específics per als pactes en previsió de divorci, i eviten haver de recórrer a d'altres principis o requisits genèrics en matèria contractual o de dret privat.<sup>44</sup>

## 1. REQUISITS FORMALS

Pel que fa als requisits formals d'aquests pactes, la regulació en seu de capítols matrimonials, amb l'exigència d'escriptura pública notarial, s'estén a allò convingut en previsió de crisi matrimonial pels cònjuges. Ara bé, el primer apartat de l'art. 231-20 CCCat distingeix entre capítols i escriptura pública, i permet aquesta mena de pactes en totes dues formes. Això vol dir que el precepte no qualifica necessàriament com a capítols matrimonials aquesta

42 Aquests requisits sovint són designats com les *safeguards* o cauteles o garanties en dret anglosaxó, cfr. SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 489.

43 Així, per exemple, no hi ha cap referència a la capacitat dels atorgants, que s'entén haurà de ser la mateixa que per als capítols matrimonials, amb les correccions oportunes, GINÉS CASTELLET, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2588.

44 El que sol succeir per al dret civil estatal, per exemple, en relació amb l'art. 1.255 CC esp., entre d'altres, cfr. CLEMENTE MEORO, *El régimen económico matrimonial*, cit., p. 542; Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Capítulo 21. Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio», a Mariano YZQUIERDO TOLSADA / Matilde CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen III. Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 443 i ss., p. 464; Ángel Luís REBOLLEDO VARELA, «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código civil de Cataluña)», a Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. 1, Barcelona, Bosch, 2008, p. 735 i ss., p. 742; CARRASCO PERERA, *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, cit., p.49 i ss.; LEONOR AGUILAR RUIZ / César HORNERO MÉNDEZ, «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», a *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, 2006, p. 9 i ss., p. 23; ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, cit., p. 2104; GARCÍA RUBIO, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*, cit., p. 1669

mena de pactes. Hi estén el requisit d'escriptura pública notarial per a la seva validesa, però entén que no tots els pactes en previsió del divorci són capítols matrimonials.<sup>45</sup>

De fet, la funció tradicional dels capítols matrimonials consistia a construir l'economia familiar. Establir el règim de béns del matrimoni que l'hauria de regir durant la seva existència. Sí que formava part del contingut tradicional dels capítols els efectes patrimonials de la dissolució del vincle, però aquest només es contemplava per mort i no en vida. Sorpren doncs, que si bé l'art. 231-19 contempla «les estipulacions i pactes lícits en previsió d'una ruptura matrimonial» com a contingut típic dels capítols matrimonials, l'art. 231-20 distingeix entre pactes atorgats en capítols o bé en un altra escriptura pública, que cal entendre com a diferent a la de capítols. En la tradició continental d'immutabilitat del règim econòmic i de rigidesa formal per a la modificació del mateix només s'admet l'escriptura pública notarial de capítols per a modificar el règim legal o defectiu. Els pactes sobre règim econòmic regulats a l'art. 231-20 s'entenen en previsió de ruptura perquè modifiquen les regles de liquidació de l'economia familiar en aquest moment, per tant, han de ser en anticipació de la ruptura, abans que aquesta neixi o es doni, en absència de conflicte, però anticipant-ne les solucions.

L'explicació de contemplar l'art. 231-20 CCCat d'altres escriptures públiques que no siguin les de capítols podria passar per entendre que el pacte pot tenir un contingut que no sigui patrimonial, com seria la guarda dels fills. O bé més senzillament per salvar la validesa de tota mena de pactes atorgats davant notari, tot i que no hagi estat qualificada l'escriptura com de capítols matrimonials. La manca de qualificació com a capitular o la qualificació diferent del pacte no hauria d'obstar-ne la validesa, però la mera referència a la forma en què es contenen els pactes, l'escriptura pública, ja sembla ser suficient.<sup>46</sup>

L'apartat 1 de l'art. 231-20 diu que els pactes «es poden atorgar» en capítols matrimonials o en una escriptura pública. Això no vol dir que hi ha d'altres formes admeses i que el precepte el que fa és afirmar que també es poden atorgar en capítols.<sup>47</sup> El que vol dir el precepte és que «només es poden atorgar» en escriptura pública, i que en quedarien exclosos els pactes convinguts entre els cònjuges en document privat, àdhuc complint amb els requisits previstos a l'art. 231-20, inclòs el d'assessorament legal independent, fins i tot amb una certa solemnitat.<sup>48</sup> Així, es podria assolir una constància de l'autenticitat

45 De forma crítica, REBOLLEDO VARELA, *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, cit., p. 742.

46 Ara bé, cal que es tracti sempre d'un pacte en previsió de ruptura, atès que no tot acord patrimonial entre cònjuges podrà ser considerat així, i podrà tenir una naturalesa diferent, com bé resulta del cas resolt per la SAP Barcelona (Secció 11a) de 29.6.2012 (JUR 280798).

47 Per a Núria GINÉS CASTELLET, «Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia», a Núria GINÉS CASTELLET / M. Dolores BARDAJÍ GÁLVEZ / M. Teresa DUPLA MARÍN (eds.), *La Familia del siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 53 i ss., p. 65., no serien capítols l'escriptura que només conté pactes en previsió de divorci.

48 Cfr. GINÉS CASTELLET, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2594; Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán», a *Revista Jurídica de Catalunya* 2011, p. 345 i ss, p. 352.

del pacte per diversos mitjans, com atorgar-lo en paper timbrat i es podria solemnitzar amb la intervenció de testimonis, però la manca de compliment del requisit d'escriptura pública n'impediria la validesa.<sup>49</sup> Caldria equiparar a escriptura pública la protocol·lització del document privat, i d'altres formes d'accés al protocol notarial dels pactes, fins i tot en sobre tancat, però sempre amb la intervenció de tots dos atorgants.<sup>50</sup>

En el cas que ens ocupa, cal entendre que el requisit d'escriptura pública no té la funció exclusiva de permetre l'accés del pacte al registre de la propietat, ni tampoc al registre civil, com a modificació del règim legal de béns, sinó una funció clarament solemnitzadora<sup>51</sup> i, com es veurà tot seguit, amb la intervenció del notari, la d'aconseguir un assessorament legal independent i garantir la correcta formació del consentiment.<sup>52</sup>

49 Així resulta del cas resolt a l'esmentada STSJC de 12.7.2012 (RJ 10025) en què el pacte es va atorgar en document privat en presència de dos testimonis. Per al CC espanyol, defensen la validesa d'alguns pactes en document privat, GASPÀ LERA, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad*, cit., p. 1071; María Paz GARCÍA RUBIO, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», a *Nous reptes del Dret de Família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, cit., p. 95 i ss., p. 104; ID., *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*, cit., p. 1660.

50 D'acord amb l'art. 17.1 de la Llei del Notariat i l'art. 144 del Reglament notarial «Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases», mentre que l'acta de protocolització d'un document privat no tindria per ella mateixa el caràcter d'escriptura pública, llevat que el document protocolitzat sí que el tingues, tal com disposa també l'art. 17 LN: «Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones».

51 Entesa en termes constitutius, és a dir, de forma *ad solemnitatem*, s'hi refereix en canvi com a «forma informativa», SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, cit., p. 359. Sobre la qüestió, també EGEA FERNÁNDEZ, *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, cit., p. 4562.

52 Així clarament s'afirma a la STSJC de 12.7.2012 (RJ 10025): «Ahora bien, tocante a los requisitos de la misma y en atención a los intereses en juego —que en la actual legislación han sido objeto de consideración muy precisa (art. 231-20 CCCat)—, consideramos que en el contexto normativo considerado solo era posible su otorgamiento válido y eficaz en capítulos matrimoniales (art. 15.1 CF) y, por tanto, en escritura pública con virtualidad constitutiva (art. 17.1 CF), porque, al margen de su eventual acceso a los registros oficiales (RDGRN 4/2003 de 19 jun. (RJ 2003, 6172)), dicha forma era la más apropiada para garantizar la libre formación de la voluntad de los cónyuges otorgantes, especialmente en una materia (art. 41 CF) que afecta al régimen económico matrimonial primario»; sobre aquesta sentència, Laura ALLUEVA AZNAR, «Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial (Comentari a la STSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, Secc. 1a, de 12.7.2012)», a *InDret* 1/2013. Sobre el requisit de forma en els ordenaments en què els notaris no porten a terme funcions similars a les del notariat llatí, la *procedural safeguard* seria en la intervenció de dos lletrats en la signatura del pacte, cfr. DETHLOFF, *Contracting in Family Law: a European Perspective*, cit., p. 88, també SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 492.

## 2. REQUISITS TEMPORALS

Com bé afirma la rúbrica de l'art. 231-20 CCCat, es tracta de pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, per tant, cal que s'atorguin abans que aquesta sorgeixi. Un cop sorgida la crisi els acords possibles a assolir poden ser un conveni regulador, formalitzat davant una autoritat judicial, a més d'un pacte de separació amistosa —*separation agreements*— de què tracta l'art. 233-5 CCCat com a pactes fora de conveni. En els pactes que s'acorden un cop sorgida la crisi hi ha la liquidació de les relacions patrimonials entre els cònjuges i hi ha coneixement de les circumstàncies necessàries per portar-la a terme, malgrat les dificultats personals de tota mena que hi poden concórrer.<sup>53</sup> Ara bé, pel que fa als pactes en previsió del divorci, tant si s'adopten abans del matrimoni com durant aquest, els acords s'assoleixen només en la contemplació que eventualment es pugui produir una crisi, i desconeixent les circumstàncies que es donaran al seu dia.<sup>54</sup>

Deixant de banda l'admissibilitat general dels pactes, que ja s'ha vist que l'ordenament català reconeix, el que la llei persegueix és garantir al màxim possible la lliure formació de la voluntat dels cònjuges o futurs contraents. Per aquest motiu, l'apartat 1 de l'art. 231-20 CCCat estableix que cal que els pactes s'atorguin abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni.<sup>55</sup> En la tradició capitular aquests sovint s'atorgaven abans de la celebració del matrimoni, en una data propera, però també podien atorgar-se després.<sup>56</sup> En determinats ordenaments, clarament el castellà, hom entenia que només havien de valdre els capítols prenupcials, que eren els únics en què la dona podia tenir llibertat. El cert és que en la pràctica es poden donar pressions de tota mena per accedir al matrimoni, forçant una renúncia a possibles drets econòmics futurs derivats del divorci.<sup>57</sup> Si la pressió hi és, hi serà en tot cas, trenta dies abans del matrimoni o bé dos mesos abans, però la llei estableix una cautela temporal mínima per evitar pressions exorbitants en situacions personals de tot o res.<sup>58</sup> Per aquest motiu, i malgrat que pugui semblar un requisit intranscendent per a una majoria de casos, la llei preveu que els pactes

53 Miriam ANDERSON, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011», a *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 88, 2012, p. 379 i ss., p. 2349.

54 Sobre la distinció entre *premarital* o *marital agreements* i els *separation agreements*, SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 511.

55 Aquest és el criteri manllevat de la Section 7.04.3.a dels AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, cit., p. 960 i p. 966. De forma crítica amb el requisit, SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 499.

56 Cal recordar que al requisit d'antelació mínim de trenta dies s'hi hauria d'afegir el màxim d'un any de l'art. 231-19.2 CCCat, cfr. GINÉS CASTELLET, *Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*, cit., p. 63.

57 Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán*, cit., p. 353.

58 Cfr. GINÉS CASTELLET, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2591, pel que fa la jurisprudència.

siguin anteriors en trenta dies a la data de celebració del matrimoni per a la seva validesa.<sup>59</sup>

### 3. ASSESSORAMENT LEGAL INDEPENDENT

En tercer lloc, com a requisit de formació lliure de la voluntat, l'art. 231-20.2 CCCat estableix que cada part ha de ser informada per separat pel notari autoritzant, sobre l'abast dels canvis que amb els pactes es poden introduir respecte al règim legal supletori, i de l'obligació recíproca de proporcionar-se informació. Es tracta de la concreció del principi de disposar d'un assessorament legal i expert independent per a cada cònjuge, que garanteixi la correcció de la decisió presa.<sup>60</sup> Caldria que això fos efectivament així a la pràctica, és a dir, que l'esborrany de document no fos redactat per l'advocat d'un dels cònjuges i l'altre el signés sense més reflexió. Això és el que s'hauria de perseguir amb la normativa reguladora d'aquests pactes. Ara bé, aquesta situació es pot falsejar i hi ha la complicació de com es fa constar en l'atorgament. És a dir, com poden comparèixer els dos advocats en l'escriptura? Quin rol té llavors el notari autoritzant? Davant d'aquesta situació la llei ha preferit donar un paper qualificat al notari, que és qui té el deure d'informar els atorgants per separat de l'abast dels pactes que es volen portar a terme en relació amb el règim legal supletori i, a més, els ha d'advertir que estan obligats a proporcionar-se informació sobre el respectiu patrimoni.<sup>61</sup>

L'alternativa a l'exigència finalment establerta a l'art. 231-20.2 CCCat hagués estat la de garantir la presència d'un advocat per cada part. Aquesta obligació podia plantejar qüestions de cost o de responsabilitat professional, però hagués estat idònia. La posició del notari pot arribar a ser delicada en aquests casos, perquè potser exigir una actuació d'aquesta mena no sol ser prou habitual.<sup>62</sup> A més, el notari pot assessorar les parts, però el que no pot fer és defensar els seus interessos i negociar el que sigui millor per a cadascun d'ells. Malgrat la previsió de l'art. 231-20.2 CCCat, l'art. 147 del Reglament notarial ja exigeix el següent: «El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y

59 A la pràctica no serà estrany que els pactes s'atorguin en una data més propera, com en el cas resolt per la SAP Barcelona (Secció 18a) de 23.3.2010 (JUR 175675), en què els capítols que contenien pactes en previsió de divorci s'havien atorgat tot just tres dies abans de contreure matrimoni; o bé en la SAP Barcelona (Secció 18a) de 5.1.2011 (JUR 136804) en què els capítols són de deu dies anteriors a la celebració del matrimoni; per a una crònica d'altres supòsits similars ALLUEVA AZNAR, *Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial*, cit., p. 7.

60 Així a la Sección 7.04.3.b dels AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, cit., p. 960 com a «independent legal counsel».

61 Analitza en detall les circumstàncies d'aquesta informació a càrrec del notari, ÀNGEL SERRANO DE NICOLÁS, «Els pactes en previsió de la ruptura matrimonial», a Adolfo LUCAS ESTEVE (dir.), *Dret Civil Català. Vol. II. Persona i família*, Barcelona, José M. Bosch, 2011, p. 233.

62 MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán*, cit., p. 355.

adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17bis de la Ley del Notariado». <sup>63</sup>

En qualsevol cas, el que la llei pretén és que la decisió sigui conscient, informada, que les parts disposin de la informació necessària en tota la seva extensió. I això sembla que només es podrà garantir amb un assessorament legal independent per cada part. Aquest és el requisit contractual necessari en tot cas, però en aquest tipus de convenis cal garantir-ho expressament atès que es tracta d'una decisió prou qualificada, que no respon a una tipologia habitual, com podria ser la típica en un contracte de compravenda o d'arrendament. La informació estarà constituïda per l'advertència que es modifica el règim legal, tant el règim econòmic matrimonial com la discreció judicial sobre compensacions, habitatge o aliments a menors, a decidir quan sorgeixi la crisi i en atenció a les circumstàncies que aleshores concorrin. <sup>64</sup> Malgrat que els cònjuges atorgants puguin entendre que «renuncien a tot» en ocasió d'una crisi, la reflexió concreta i detallada sobre què vol dir exactament aquesta renúncia és oportuna en qualsevol cas. <sup>65</sup>

#### 4. RECIPROCIAT

En quart lloc, l'art. 231-20.3 CCCat disposa que per a la validesa d'aquests acords, els pactes d'exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que es limiten o renuncien. La previsió és complexa, té el seu rerefons en el principi d'igualtat pel que fa la posició dels cònjuges dins del matrimoni i la previsió constitucional de l'art. 32 CE. <sup>66</sup> També en la reciprocitat dels drets que resulten del règim econòmic matrimonial, que així ho han de ser, i del deure d'assistència mútua, o d'atenció de les necessitats o despeses familiars, que també és recíproc. Ara bé, aquesta mena de pactes poden tenir força sentit pel cas de segones núpcies, de persones amb

63 Cfr. FRANCESC VEGA SALA, «Comentari a l'art. 231-20», a Roca Trías / Ortuño Muñoz (coords.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 642 i ss., p. 647.

64 CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, cit., p. 180.

65 Aquesta renúncia genèrica pot ser habitual en la pràctica, i així es reflecteix al cas resolt per la STSJ de 12.7.2012 (RJ 10025) en què l'esposa renunciava «en forma expresa e irrevocable a cualquier derecho que pudiese llegar a corresponderle respecto de los bienes inmuebles (incluyendo la vivienda habitual) o muebles (maquinaria, equipo, cuentas bancarias, acciones, etcétera), en cualquier país, prácticamente doncs, a qualsevol dret sobre el patrimoni del marit i, per tant, sense cap mena de reciprocitat.

66 Cfr. Antonio Cabanillas Sánchez, «Las capitulaciones matrimoniales», a Díez-Picazo Giménez (Coord.), *Derecho de Familia*, cit., p. 589 i ss., p. 601; Gaspar Lera, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad*, cit., p. 1064; Ginés Castellet, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2599; Id., *Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*, cit., 72; Aguilar Ruiz / Hornero Méndez, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, cit., p. 28. Clarament així també en la SAP Barcelona (Secció 18a) de 23.3.2010 (JUR 175675) en què s'afirma sobre la validesa d'uns pactes en previsió de divorci que «las obligaciones contenidas en tales pactos son recíprocas para ambas partes, de manera que se cumple también el principio de igualdad conyugal».

patrimonis suficients, a priori, per atendre les respectives necessitats, i que s'exclouen drets en el futur de manera recíproca, però també amb patrimonis amb grans asimetries que pacten renunciacions o exclusions que només tenen sentit amb caràcter unilateral.<sup>67</sup>

Certament que si s'arriba a un pacte d'aquest tipus pot respondre al fet que els cònjuges tenen un important patrimoni, més o menys similar, però important, i ni necessiten ni volen comunicació entre ells, per tant, hi ha reciprocitat en la decisió adoptada. Però certament el motiu del pacte pot ser per la gran diferència o asimetria patrimonial entre els cònjuges. En aquests casos la diferència pot revertir en manca de reciprocitat volguda, o com a mínim reciprocitat material: un tindria dret a compensació, prestació compensatòria o atribució de l'habitatge, però l'altre no. El pacte es fa perquè un dels cònjuges ni necessita ni obtindria res de l'altre mentre que l'altre sí que ho podria fer.<sup>68</sup> Si hi ha un pacte en previsió de la crisi és que es vol alterar el règim legal recíproc o simètric, i el que cal és adoptar solucions diferenciades envers aquest règim, que tindran efectes asimètrics en funció del patrimoni dels cònjuges.<sup>69</sup> En qualsevol cas, la norma té sentit en termes d'igualtat i no discriminació formal, i respon a la base teòrica de la comunitat de vida matrimonial, però en ocasions és clar que l'exclusió de compensacions té efectes, d'antuvi, només per a una de les parts.

A banda de la reciprocitat, l'art. 231-20.3 CCCat disposa que els pactes han de reflectir amb claredat els drets renunciats o limitats. És a dir, la redacció del pacte ha de ser clara, no ha de donar lloc a incerteses, a una interpretació posterior favorable a una de les parts derivada de la incertesa, o a una ambigüitat que porti a una interpretació a la invalidesa o a tenir una clàusula per no posada.<sup>70</sup> Hi ha el deure de no deixar res per sobreentès i l'explicitació de tots els elements necessaris per arribar al resultat perseguit.<sup>71</sup> En els termes generals del precepte, els pactes en previsió de divorci tenen uns requisits negocials qualificats.

67 CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, cit., p. 182; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán*, cit., p. 356.

68 Cfr. ANDERSON, *Marital Agreements: Spanish Case-Law v. the 2010 Catalan Reform*, cit., p. 31.

69 GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*, cit., p. 101 adverteix de l'asimetria o desigualtat negociadora en aquests casos; també Id., «Precautionary' agreements on the economic consequences of matrimonial crisis: are they lawful under spanish law?», a MARTÍN-CASALS / RIBOT (eds.), *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, cit., p. 89 i ss., p. 102.

70 Aquest requisit es concreta a la Section 7.04.3.c dels AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, cit., p. 960 en termes de un «language easily understandable by an adult of ordinary intelligence with no legal training», per al cas en què les parts no hagin tingut assessorament legal independent i sobre la naturalesa dels drets modificats pel contracte i els efectes que produeix de forma adversa en cada part; és també el que es coneix com a «plain language» (p. 971).

71 Així es recull a la STSJ de 12.7.2012 (RJ 10025): «la renuncia —expresa o tácita—, para ser válida, habrá de hacerse de forma clara, terminante y concluyente, sin que sea susceptible de interpretación extensiva».



## 5. INFORMACIÓ PATRIMONIAL SUFICIENT

El darrer requisit a l'art. 231-20.4 CCCat per a la correcta celebració dels pactes és el que es coneix com a *disclosure of assets* o revelació d'informació patrimonial. Si els cònjuges estan pactant sobre la participació futura en el patrimoni respectiu cal que coneguin el contingut d'aquest patrimoni i les possibilitats futures d'evolució per formar correctament la seva voluntat. La idea seria que el pacte es fes informant-se recíprocament els cònjuges del patrimoni present i les expectatives futures. Ara bé, a la pràctica pot ser complex com articular-ho, ja que no sembla oportú adjuntar sempre un inventari dels respectius patrimonis a l'escriptura, que en ocasions potser tampoc no serà necessari o imprescindible.

La norma adopta una solució *ex post* per la dificultat d'articular *ex ante* la forma de subministrar la informació. La llei, per tant, no estableix la nul·litat del pacte atorgat sense un inventari fidel o sense informació subministrada que consti de forma fefaent, sinó que disposa que *ex post* no serà eficaç el pacte atorgat sense informació suficient. És a dir, no se'n podrà demanar l'execució si no s'acredita que aquesta informació es tenia i es va donar al moment de la signatura. De manera que un cop sobrevinguda la crisi, l'art. 231-20.4 CCCat carrega el cònjuge que vol fer valer el pacte amb la prova d'acreditar que l'altre disposava d'informació suficient sobre el seu patrimoni, ingressos i expectatives econòmiques, si això era rellevant. Per tant, el que està fet és carregar un cònjuge amb la diligència d'informar l'altre per tal d'assegurar l'eficàcia futura de l'acord.

En la pràctica pot no ser raonable incloure un inventari complet dels béns de cada part, ni tampoc dels ingressos i expectatives econòmiques futures. El precepte diu que en el futur s'haurà d'acreditar, però, que l'altra part disposava d'informació suficient sobre aquestes qüestions. La informació havia de ser suficient, no completa ni tampoc detallada.<sup>72</sup> És a dir, el que cal és que disposés d'una informació suficient per a formar conscientment la voluntat sobre l'acord.<sup>73</sup> A la pràctica sembla oportú elaborar un inventari en document privat que es mostra a l'altra part, qui el signa en prova de coneixement, i es conserva per al cas que sigui necessari. També es poden elaborar documents més genèrics en què les parts afirmen conèixer una informació a la que es fa referència, ja que altrament es tractaria d'una renúncia a disposar d'aquesta informació.

A l'exigència de subministrar informació, el precepte disposa que aquesta ha de ser rellevant amb relació amb el contingut del pacte. És a dir, sembla com si es vingués a dir que la informació ha de posar de relleu una situació patrimonial singular que justifiqui la decisió fora del que seria habitual. En cas d'un patrimoni modest i d'unes expectatives també modestes —o més ben dit, que sovint seran incertes— no sembla que un pacte de renúncia a uns drets genèrics pugui descansar en aquesta informació no subministrada però

72 Sobre la noció d'informació suficient, SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, cit., p. 363; també SERRANO DE NICOLÁS, *Els pactes en previsió de la ruptura matrimonial*, cit., p. 234.

73 Als AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, cit., p. 973, es fa referència a «general knowledge» i que no fa falta una «detailed disclosure».

prou coneguda. I també sembla que la variació extraordinària de la situació econòmica d'una part, sense relació amb la informació no subministrada pugui ser rellevant als efectes de la ineficàcia del pacte.

## 6. INJUSTÍCIA PER CANVI SOBREVINGUT DE LES CIRCUMSTÀNCIES

Si els pactes s'han atorgat complint amb els anteriors requisits de forma i relatius a la formació de la voluntat són vàlids i se'n pot demanar el compliment. Els jutges no haurien de posar obstacles a la seva execució i serien llei entre parts com en els altres contractes de dret privat. Ara bé, com que aquests pactes afecten a aspectes molt rellevants de les relacions de les persones derivades del matrimoni, de la comunitat de vida que en resulta, l'art. 231-20.5 CCCat n'estableix la ineficàcia si quan se'n pretén el compliment són greument perjudicials per a un cònjuge, sempre que s'acrediti que han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment de l'atorgament. Com que els efectes dels pactes es donaran a la dissolució del matrimoni, que pot ser molts anys després de l'atorgament, en una relació de llarga durada, i poden haver variat molt les circumstàncies que van donar lloc a l'acord, podria ser que hi hagués hagut una alteració substancial de les circumstàncies que fes que l'execució del pacte resultés injusta o contrària a l'equitat. Es tractaria d'una clàusula de *hardship*, de duresa, de *rebus sic stantibus*<sup>74</sup> o, més clarament, de força major.<sup>75</sup>

74 SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, cit., p. 389; FERRER RIBA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, cit., p. 363; AGUILAR RUIZ / HORNERO MÉNDEZ, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, cit., p. 40; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Capítulo 21. Las capitulaciones matrimoniales*, cit., p. 491; GASPÀR LERA, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad*, cit., p. 1065; GINÉS CASTELLET, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2616; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán*, cit., p. 365.

Fa referència al principi *rebus sic stantibus*, pel que fa a un pacte sobre habitatge entre els cònjuges, la SAP Barcelona (Secció 12a) de 7.3.2012 (JUR 144711): «Por otra parte el principio jurídico 'pacta sunt servanda' se ha aplicar de forma conjunta con el principio 'rebus sic stantibus', como se ha configurado la previsión legal en el artículo 234-5 que se remite al 231-20 del vigente CC de Cataluña, en cuyo párrafo 5º se condiciona la eficacia los pactos anticipados en previsión de la ruptura a la acreditación de que se han producido circunstancias sobrevenidas relevantes no previstas en el momento en el que el pacto se concertó. En el caso que nos ocupa el acuerdo protocolizado (que no era escritura pública como impone el precepto para que el notario pueda informar de la legalidad), se produjo durante una crisis anterior, en el mes de mayo de 2006, cuando únicamente existía una hija común, Sara, que era mayor de edad. Con posterioridad al pacto se reconciliaron los esposos y nació el 23.1.2008 una segunda hija, Noa, cuyo interés ha de prevalecer. En este sentido el recurrente no ha acreditado que la madre, a quien se ha conferido la custodia de la niña, tenga a su disposición otra vivienda ni posea medios para proveer a la niña de una residencia habitual en condiciones suficientes. El recurso del acto no puede ser acogido».

75 Sobre aquests diferents supòsits, darrerament, Pablo SALVADOR CODERCH, «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», a *InDret* 4/2009.

Els requisits d'aquesta ineficàcia són el perjudici greu per a un cònjuge i la superveniència de circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment de l'atorgament. Aquesta variació substancial de les circumstàncies pot ser tant d'ordre patrimonial com personal. Per exemple, el cas d'una malaltia, d'una discapacitat, però també es podria pensar en una variació patrimonial extraordinària que no fos previsible i que suposés un perjudici greu no tenir-la en compte. La llei afirma que cal que es doni un greu perjudici, i aquí cal entendre una clara injustícia en termes patrimonials. És el que els anglosaxons qualifiquen com a «fairness», és a dir, un resultat que no és just. I cal insistir en què una interpretació estricta podria portar a pensar només en la ineficàcia en situacions de necessitat personal d'un cònjuge, però que una interpretació raonable condueix també a considerar els resultats econòmicament injustos, és a dir, a un greu desequilibri patrimonial, tenint en compte la comunitat de vida que suposa el matrimoni i el concepte de *partnership* que en resulta, amb el deure de *sharing* esmentat.

Aquest és l'únic motiu d'ineficàcia dels pactes en previsió de ruptura matrimonial a l'art. 231-20 CCCat. L'art. 233-5.1 CCCat disposa l'acció per fer complir els pactes atorgats d'acord amb aquest precepte per tal que siguin incorporats a la sentència que decideix els efectes de la nul·litat, separació o divorci, a banda del motiu que resulta de la càrrega d'acreditar la informació suficient, d'acord amb l'apartat 4 de l'art. 231-20. La qüestió és què succeeix amb els pactes que no s'ajusten als esmentats requisits, fonamentalment als atorgats en document privat, o bé sense un assessorament o informació suficient, ni tampoc sense respectar els requisits temporals que preveu el precepte o la reciprocitat entre els atorgants ni la claredat sobre les renunciacions a drets. En tots aquests supòsits cal entendre que no se'n podrà exigir l'eficàcia. Potser els tribunals els haurien de tenir en compte, però els pactes no poden tenir el mateix caràcter vinculant. A més, com més endavant veurem, hi ha motius específics d'ineficàcia de les disposicions concretes en els pactes relatives a l'habitatge habitual o la prestació compensatòria.

## 7. PACTES ANTERIORS A L'ENTRADA EN VIGOR DEL LLIBRE SEGON DEL CCCAT

L'art. 15 del CF ja feia referència als pactes en previsió de la crisi conjugal. Tot i que no ha estat fins al Llibre segon del CCCat, entrat en vigor l'1 de gener de 2011, en què aquella previsió inicial s'ha desenvolupat, l'admissibilitat d'aquests pactes ja era possible des de l'octubre de 1998 i per això la Llei 25/2010, de 29 de juliol, preveu en l'apartat segon de la seva disposició transitòria que conserven la validesa els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial adoptats abans de la seva entrada en vigor, sempre que complissin amb els requisits que establí la legislació vigent en el moment

d'adoptar-los.<sup>76</sup> Si aquesta legislació no emparava el contingut d'algun pacte, aquest podrà ser igualment eficaç si és vàlid d'acord amb les disposicions del CCCat.<sup>77</sup>

## VI. MATÈRIES OBJECTE DE REGULACIÓ

L'art. 231-20 CCCat tracta dels aspectes negocials i de formació del consentiment en els pactes en previsió de divorci, però no fa cap referència al seu possible contingut o matèries que en poden ser objecte de regulació. És clar que aquestes són les pròpies que resulten d'una crisi matrimonial, per tant, els efectes o mesures definitives previstos als arts. 233-2 i 233-4, és a dir, liquidació del règim econòmic, aliments i guarda dels menors, atribució de l'habitatge, prestació compensatòria i, si és el cas, divisió dels béns comuns.<sup>78</sup>

En relació amb aquestes matèries objecte de regulació, cal dir que l'art. 233-3 CCCat estableix la distinció entre les que són susceptibles d'acord en conveni regulador entre els cònjuges, vinculant per l'autoritat judicial, i les que no ho són.<sup>79</sup> La distinció passa per l'interès dels fills menors, que permet la resolució judicial al marge de l'acord a què hagin arribat els cònjuges. Ara bé, pel que fa als altres aspectes, la facultat dels cònjuges per pactar en conveni és plena, mentre que per als pactes en previsió de divorci hi ha disposicions singulars que hi fan referència en cada seu normativa concreta, com tot seguit veurem.<sup>80</sup>

### 1. COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL

En primer lloc, sobre el règim econòmic matrimonial, i assumint la llibertat de pacte general establerta a l'art. 231-10 CCCat, disposa l'art. 232-7 que els

76 Cfr. Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial», a Vicente PÉREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 21 i ss., p. 22. Cal tenir en compte que no s'exigia el requisit d'atorgament abans dels trenta dies del matrimoni, cfr. ANDERSON, *Marital Agreements: Spanish Case-Law v. the 2010 Catalan Reform*, cit., p. 29.

77 Els requisits per a la validesa dels pactes són més qualificats al CCCat, el que resulta del detall de l'art. 231-20 envers l'art. 15 CF, cfr. ANDERSON, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011*, cit., p. 2349; ja que la regulació de l'art. 15 CF no concretava els requisits enllà dels propis dels capítols matrimonials, cfr. GINÉS CASTELLET, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2581. Així resulta en la SAP Barcelona (Secció 18a) de 5.1.2011 (JUR 136804) per a uns pactes deu dies anteriors a la celebració del matrimoni, i que la sentència dóna per vàlids tot i contrastar-los amb la norma de l'art. 231-20 CCCat.

78 Per a d'altres possibles continguts, GINÉS CASTELLET, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2603.

79 Pel que fa a la distinció entre els pactes en previsió de divorci i el conveni regulador, cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Capítulo 21. Las capitulaciones matrimoniales*, cit., p. 471.

80 El CCCat fa referència només als efectes econòmics de la crisi, però algun autor hi ha plantejat la inclusió d'efectes de naturalesa personal del matrimoni, cfr. Silvia GASPÀ LERA, «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», a *Anuario de Derecho Civil* 2011, p. 1048.

cònjuges poden pactar «l'increment, la reducció o l'exclusió de la compensació econòmica per raó de treball» d'acord amb l'art. 231-20 CCCat. Es tractaria d'una modificació del règim legal de separació de béns, que podria arribar fins a l'exclusió de la compensació, per tant, s'estaria admetent la possibilitat del pacte de separació absoluta de béns en dret català com a règim econòmic vàlid entre els cònjuges.

Certament que l'admissibilitat dels pactes en previsió de divorci presenta per al dret català la important singularitat de pactar sobre un règim legal que ja és de separació, no tant per substituir-lo per un altre sinó per modificar-lo. En els ordenaments del nostre entorn els pactes sobre règim econòmic són habituals per passar d'un règim de comunitat o participació a un de separació, que sol ser absoluta com a règim paccionat en absència de regulació concreta. Ara bé, en dret català aquest règim ja és el legal, no cal pactar-lo, però l'ordenament hi ha introduït una norma compensatòria per a evitar inequitats entre els cònjuges, de manera que sembla que la separació absoluta en tot cas no seria admissible sense alguna correcció.<sup>81</sup> A més, la separació de béns catalana, per motiu de la compensació per raó de treball, contrasta amb la idea que les regles d'un règim econòmic han de ser certes i determinades —siguin de drets de propietat o de crèdit— pel que fa a les titularitats sobre els béns i els drets de participació dels cònjuges. El règim de separació de béns comprèn un àmbit de discrecionalitat judicial de caràcter compensatori que aixempli l'abast dels pactes en previsió de divorci també al règim econòmic matrimonial, i no només en termes de tria d'un dels previstos per l'ordenament.<sup>82</sup>

Les dades sobre compensacions atorgades no les coneixem en detall. Sembla que són poques i no d'una gran quantia en relació amb el total de divorcis. El que no treu que hi hagi casos molt singulars i que un nombre important arribin al TSJC en cassació.<sup>83</sup> Ara bé aquesta poca importància quantitativa general no treu que per a casos singulars la importància qualitativa sigui molt rellevant i que es vulguin excloure en tot cas. La llei ara ho permet, sempre d'acord amb els requisits de l'art. 231-20, i aquí clarament com a modificació del règim de separació de béns en el marc d'uns capítols matrimonials.

La qüestió no és tant, però, com tot seguit veurem, de l'exclusió singular de la compensació com de la seva consideració i efectes en el conjunt de les decisions o efectes patrimonials vinculats a la separació i el divorci. Perquè si

81 Aquesta compensació també està prevista a l'art. 1.348 CC esp., sobre el qual, darrerament, M. Luisa MORENO-TORRES HERRERA, «La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil Español», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8/2011, p. 107 i ss.

82 Aquesta intersecció dels dos àmbits també presenta qüestions d'interès des d'un punt de vista conflictual, entre llei aplicable al règim econòmic i als efectes del divorci, cfr. Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, «Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes aplicables y necesidad del mecanismo de la adaptación. Comentario a la STSJC, Sala Civil y Penal, 22.9.2008», a *InDret* 1/2009.

83 Per a la jurisprudència de cassació sobre la compensació econòmica per raó de treball, SOLÉ RESINA, *La quarta domèstica o crèdit de participació reduït*, cit., p. 4; FERRER RIBA, *Separació de béns i compensacions en la crisi familiar*, cit., p. 83; BOSCH CAPDEVILA, *L'evolució del règim de separació de béns en el dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball*, cit., p. 146; ID., «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», a *Revista Catalana de Dret Privat* 2004, p. 133 i ss.

bé es pot excloure aquesta compensació, podrà succeir que l'atribució de l'ús de l'habitatge i els aliments als fills, junt amb la prestació compensatòria, arribin a tenir un impacte similar que l'absorbeixi en el total dels efectes del divorci.

No cal confondre els pactes sobre compensació amb el pacte d'un altre règim econòmic. Cal tenir en compte que es tractarà sempre d'un increment, reducció o exclusió de la compensació en la mesura en què en concorrin els requisits, d'acord amb l'art. 232-7 CCCat. És a dir, no s'estarà donant una conversió del règim de separació en un de participació en els guanys disminuïda per via de la modulació del possible crèdit de participació que se n'obtingui.<sup>84</sup> La compensació, reduïda o incrementada *ex ante*, haurà de basarse en la diferència d'increments patrimonials que es fonamenta en el treball per a la casa d'un cònjuge substancialment més que l'altre o bé en el treball per l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient, tal com disposa l'art. 232-5 CCCat.<sup>85</sup> Si els cònjuges pacten només un increment o la disminució d'una participació diferent del 25% de l'art. 232-5.4 CCCat, sobre la diferència d'increments dels patrimonis dels cònjuges, el que s'estarà produint és el pacte d'un règim de participació sota la forma d'una compensació anticipada i fixa dins el de separació de béns, però al marge de les regles d'aquests.<sup>86</sup> La possibilitat certament hi és, i fins i tot podria ser raonable pactar-la en cas d'asimetria econòmica important, i de dedicació professional també molt diferenciada. Els cònjuges, o futurs cònjuges, poden arribar a la convicció que concorreran els requisits *per se*, i que cal ja fixar la compensació futura, fins i tot amb un inventari dels respectius patrimonis.

La qüestió més rellevant, en el cas que ens ocupa, és la de l'exclusió de la compensació, és a dir, la possibilitat de pacte de la separació de béns absoluta.<sup>87</sup> Com s'ha esmentat, els pactes sobre la compensació ho són sobre el règim econòmic matrimonial, que no està sotmès, en principi, a cap limitació tal com estableixen els arts. 231-10 i 231-19 CCCat, i més si tenim en compte l'existència de règims de separació de béns absoluta en d'altres ordenaments, per bé que l'art. 1.438 CC espanyol contempla també una compensació per raó

84 Amb la nova regulació de la compensació s'ha pogut assenyalar l'acostament del règim de separació al de participació, cfr. MIRALLES GONZÁLEZ, *La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña*, cit., p. 8; SOLÉ RESINA, *La cuarta doméstica o crèdit de participació reduït*, cit., p. 17; vegeu també l'anàlisi crítica de Encarna ROCA TRIAS, «Els canvis en el règim de béns: de la separació a la comunitat diferida», a Carles E. FLORENSA I TOMÀS (dir.), and Josep M. FONTANELLAS MORELL (coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 91 i ss.

85 SERRANO DE NICOLÁS, *Els pactes en previsió de la ruptura matrimonial*, cit., p. 238

86 NASARRE AZNAR, *La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 268 compara la compensació per raó de treball i el règim de participació.

87 En la SAP Barcelona (Secció 18a) de 23.3.2010 (JUR 175675) es reconeix, sota la vigència del CF, la possibilitat de pactar sobre la compensació: «Se plantea por tanto, en este caso la existencia de un pacto previo entre las partes en previsión de una futura ruptura matrimonial. No existe dificultad en la admisión y validez de los pactos previos sobre aspectos patrimoniales de libre disposición de las partes vinculados a una posterior ruptura matrimonial, debiéndose considerar válidos y eficaces por tratarse precisamente, de materia de libre disposición de las partes, cuando, como ocurre en el caso de autos, se trata de regular la compensación económica prevista en el art. 41 del Código de Familia».

de treball per a la casa.<sup>88</sup> L'art. 232-7 CCCat permet en principi l'exclusió de la compensació, i per tant, malgrat la concurrència dels requisits de treball per a la casa o per l'altre sense retribució o amb retribució insuficient, el guany que això hagi generat en favor d'un cònjuge quedarà sense comunicació per a l'altre. La decisió és molt complexa en termes de teoria del matrimoni, però la validesa queda salvada per la llei. Amb tot, la previsió de l'art. 231-20.5 CCCat d'un greu perjudici per a un cònjuge, a causa de l'exclusió de la compensació, permetria superar en casos extrems els efectes de l'exclusió, és a dir, si hi ha treball exclusiu per la casa, criança dels fills, o treball no remunerat per l'altre, com en ocasions es reflecteix a la jurisprudència.<sup>89</sup>

L'abast de l'autonomia privada pel que fa a la compensació econòmica per raó de treball no només s'ha de referir a la seva quantia, en termes d'increment, reducció o exclusió. Penso que també s'haurien de poder concretar les bases per a calcular la compensació, és a dir, ponderar anticipadament els elements a què fa referència l'art. 232-5.3 CCCat per a determinar la quantia de la compensació: la intensitat de la dedicació a les tasques domèstiques, l'abast de la criança dels fills, és a dir, el seu número, per exemple, l'existència de servei domèstic, o bé la participació o suport en l'activitat professional de l'altre cònjuge.<sup>90</sup> La determinació d'aquests elements, quantificant-ne la seva importància, als efectes de determinar una certa anticipació de la compensació, podrien ser elements altament rellevants.<sup>91</sup> És a dir, no només es tractaria d'excloure o de limitar la compensació, per tal d'evitar-la en la mesura del que sigui possible, sinó d'anticipar els supòsits en què les parts poden arribar a considerar que serà raonable compensar un cònjuge a l'altre per la seva contribució que no ha tingut reflex en un increment patrimonial.<sup>92</sup>

També s'ha de contemplar com a possible pactar sobre les formes de pagament, els terminis, les garanties, o àdhuc l'exclusió de determinats béns del pagament de la compensació. Cal tenir en compte que el nou art. 232-

88 Cfr. ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, cit., p. 2106.

89 Cfr. BOSCH CAPDEVILA, *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*, cit., p. 133 i ss.

90 Cfr. LÓPEZ BURNIOL, *Comentari a l'art. 15*, cit., p. 158, tot i que negava l'admissibilitat de la renúncia prèvia a la compensació atès que «seria atemptatòria contra l'ordre públic».

91 Així resulta del pacte en capítols que es reproduceix a la SAP Barcelona (Secció 18a) de 23.3.2010 (JUR 175675), i que el tribunal considera vàlid, i en què es pactava que «en caso de separación judicial y/o divorcio a los efectos de la posible compensación económica por razón del trabajo prevista en el art. 41 en ningún caso se tendrán en cuenta para valorar la desigualdad entre el patrimonio de ambos cónyuges los siguientes bienes: a) los bienes muebles e inmuebles de cualquier tipo, incluidas acciones y participaciones sociales, que hayan sido adquiridos a título gratuito por cualquiera de ellos y cuya titularidad sea exclusiva de uno de los cónyuges. b) los bienes muebles e inmuebles de cualquier tipo, incluidas acciones y participaciones sociales, y excepto el dinero efectivo, que hayan sido adquiridos a título oneroso por cualquiera de ellos y cuya titularidad sea exclusiva de uno de los cónyuges. En ningún caso la compensación económica a que pudiera tener derecho cualquiera de los cónyuges, dará derecho a reclamar su pago mediante la entrega bienes concretos cuya titularidad sea exclusiva del otro cónyuge».

92 Cfr., de forma crítica, GINÉS CASTELLET, *Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*, cit., p. 76.

8 preveu que el jutge pot ordenar-ne el pagament en béns del deutor, per descomptat si ho demana el creditor i si hi ha causa justificada. Aquesta justificació hi serà si hi ha una vinculació del creditor amb un bé concret o si hi ha dubte sobre la solvència del deutor o si no es veu raonable fer esperar al creditor que el deutor aconseguirà els diners per a fer el pagament, ni tan sols el termini de tres anys. Però en determinats casos l'exclusió d'un bé pot ser de molta utilitat per al cònjuge deutor, a reserva sempre de l'obligació de satisfer la compensació.

En tot cas, cal tenir en compte que l'exclusió o els pactes sobre compensació, poden tenir el seu contrapunt pel que fa als altres efectes de la crisi, en termes d'atribució de l'habitatge i prestació compensatòria, sobre els quals és possible també arribar a pactes, però amb límits més intensos que no en els pactes sobre compensació. Així és a l'art. 233-16.2 CCCat pel que fa a la prestació compensatòria, i a l'art. 233-21.3 CCCat sobre habitatge. Per tant, allò que hagi estat renunciat per a la compensació pot veure's retornat en forma d'increment en l'atribució de l'habitatge o bé de prestació compensatòria.<sup>93</sup>

La possibilitat de pactes sobre la compensació econòmica per raó de treball contrasta amb la impossibilitat de pactes sobre la quarta vidual, tot i l'admissibilitat dels pactes successoris al Llibre quart CCCat (arts. 431-1 i ss.). I cal entendre que els pactes sobre compensació la inclouen en cas d'extinció del règim de separació per mort (art. 232-5.5 CCCat).<sup>94</sup>

## 2. ALIMENTS, GUARDA I RELACIONS PERSONALS AMB ELS FILLS MENORS

L'art. 231-20 CCCat en no fer referència concreta a cap de les matèries que poden ser objecte de pacte, que són les que resulten d'una ruptura matrimonial en previsió de la qual s'atorga, omet també a les relatives als aliments i guarda i relacions personals amb els fills menors. Ara bé, és clar que aquestes són matèries objecte de les mesures definitives d'una separació o divorci. L'interès del menor regeix sobre qualsevol decisió que s'hagi de prendre i l'autoritat judicial no queda vinculada pels pactes a què els cònjuges puguin arribar en aquest àmbit. L'art. 233-3.1 CCCat és clar en seu de conveni regulador, i també l'art. 233-5.3 CCCat pel que fa als pactes fora de conveni un cop sorgida la crisi i també els pactes en previsió d'aquesta. L'eficàcia dels pactes quant als fills està en funció de si són conformes al seu interès.<sup>95</sup>

Per tant, l'àmbit d'autonomia a disposició dels progenitors per pactar sobre aliments als fills menors i la guarda i relacions personals és limitat o, més aviat, sembla estar exclòs d'entrada. Amb tot, es pot entendre que la llei

93 NASARRE AZNAR, *La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 235.

94 SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, «Comentari als arts. 452-1 a 452-6», a JOAN EGEA I FERNÁNDEZ / JOSEP FERRER I RIBA (dir.) LAURA ALASCIO CARRASCO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Vol. II*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1445 i ss., p. 1468.

95 Cf. SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, cit., p. 374; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Capítulo 21. Las capitulaciones matrimoniales*, cit., p. 493; REBOLLEDO VARELA, *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, cit., p. 745; ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, cit., p. 2101.



no els està excloent, sinó que els sotmet a l'escrutini del jutge quant a complir amb l'interès dels menors. De manera que els pactes raonables i que, adoptats en previsió d'una crisi futura, coincideixin amb l'interès present dels menors s'haurien de poder fer complir.<sup>96</sup> De forma literal, la llei no diu que els pactes siguin ineficaços i que cap dels cònjuges hi quedi vinculat. Tot el contrari, sembla dir que els progenitors queden vinculats pel pacte i que qui no hi queda vinculada és l'autoritat judicial, que els podrà variar per acomplir l'interès del menor. La distinció és subtil, però així vista donaria marge també per a pactar sobre aquests aspectes, i així resulta de l'art. 233-1.1.f CCCat en incloure entre els criteris i circumstàncies que han de ser ponderats conjuntament per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, «els acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciar-se el procediment».

### 3. ATRIBUCIÓ DE L'HABITATGE FAMILIAR

Pel que fa a l'habitatge familiar, l'art. 233-21 preveu la possibilitat dels pactes sobre la seva atribució o distribució de l'ús i sobre les modalitats d'aquest ús.<sup>97</sup> Ara bé, la llei estableix que no són eficaços els pactes que perjudiquin l'interès dels fills ni tampoc els que comprometin les possibilitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús. És a dir, per bé que la llei permet els pactes sobre habitatge, aquests pactes sempre tenen la limitació de l'interès dels fills menors i la limitació de ser inequitatius o greument perjudicials per a un cònjuge.<sup>98</sup> El precepte no posa en relació aquí la modificació substancial de les circumstàncies que preveu l'art. 231-20.5 CCCat i simplement fa referència a la limitació de les possibilitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari.

La principal innovació del Llibre segon en matèria d'habitatge està en la possibilitat d'establir alternatives a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a un cònjuge amb la cessió de l'ús d'un altre habitatge d'un cònjuge o bé el pagament d'una pensió per a atendre necessitats d'habitatge. Totes dues possibilitats cal entendre que s'han de justificar suficientment per a que l'autoritat judicial les adopti amb oposició de l'altre cònjuge. Però la seva existència suposa un gran pas per resoldre situacions en què el compliment en natura de la necessitat d'habitatge per als fills menors pot presentar greus perjudicis. És precisament sobre aquestes alternatives que sembla que els pactes entre cònjuges s'haurien de produir, sempre que no portin a comprometre les necessitats d'habitatge del beneficiari.

96 GINÉS CASTELLET, *Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*, cit., 85.

97 Cfr. Juan María DÍAZ FRAILE, «El uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial», a BARRADA ORELLANA / GARRIDO MELERO / NASARRE AZNAR (COORDS.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 429 i ss.

98 SERRANO DE NICOLÁS, *Els pactes en previsió de la ruptura matrimonial*, cit., p. 240.

#### 4. PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA

Pel que fa a la prestació compensatòria, l'art. 233-16 CCCat regula expressament la qüestió dels pactes a què poden arribar els cònjuges en termes de «la modalitat, la quantia, la durada i l'extinció» de la prestació compensatòria. Es tracta, doncs, de l'extensió de la possibilitat de pacte a un dels àmbits en què la discreció judicial és més rellevant atès que la prestació s'ha de determinar sempre en atenció a les circumstàncies que es donen en el moment de resoldre sobre la separació o el divorci.<sup>99</sup> Cal tenir en compte, a més, les importants novetats establertes a l'art. 233-17 CCCat pel que fa a les formes de pagament de la prestació compensatòria, que permeten al jutge decidir sobre el pagament en forma de capital, sia en béns o en diners, sense conformitat del cònjuge deutor.<sup>100</sup>

L'apartat segon de l'art. 233-16 CCCat fa referència expressament a la renúncia a la prestació, és a dir, a l'acord pel qual s'exclou la prestació en favor dels cònjuges com a conseqüència de la ruptura matrimonial.<sup>101</sup> En aquest punt l'art. 233-16.2 CCCat reitera la doctrina de la limitació a comprometre «la possibilitat d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge creditor».<sup>102</sup> Aquí trobem de nou la dualitat de regulació pel que fa als pactes. L'art. 231-20 CCCat preveu una clàusula general de greu perjudici en atenció al canvi sobrevingut de les circumstàncies, mentre que l'art. 233-16.2 CCCat es refereix només a l'exclusió d'un dret que resulta en la impossibilitat d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge creditor. Hi ha una certa incoherència en aquests dos preceptes, ja que aquesta impossibilitat d'atendre les pròpies necessitats bàsiques podia donar-se perfectament en el moment d'adoptar l'acord. Del precepte hom podria pensar que s'està distingint entre pactes en previsió de la crisi i pactes un cop sorgida la crisi. El primer apartat es refereix a l'art. 231-20 CCCat mentre que el segon ho faria als pactes no incorporats a una proposta de conveni, per bé que en el primer apartat no es parla d'exclusió de la pensió. L'exègesi del precepte és dubtosa.

Ara bé, el que resulta d'aquest precepte en seu de pensió és que malgrat els requisits de l'art. 231-20 CCCat i el reconeixement de la validesa i eficàcia dels pactes a l'art. 233-5 CCCat, els preceptes sobre habitatge i prestació compensatòria estableixen un límit addicional que no té tant a veure amb la

99 Cfr. Ana Laura CABEZUELO ARENAS, «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», a *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 18/2004, p. 2375 i ss.; Francisco Javier PASTOR VITA, «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», a *Revista de Derecho de Familia*, abril, 2003, p. 25 i ss.

100 Cfr. SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, cit., p. 383.

101 Però entesa sempre de forma anticipada, pel que fa a la renúncia en conveni regulador, la qüestió ja és admesa clarament a la llei, i així ho ha reconegut la jurisprudència, cfr. GASPÀ LERA, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad*, cit., p. 1060; ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, cit., p. 2108; REBOLLEDO VARELA, *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, cit., p. 738.

102 Cfr., amb anterioritat a l'aprovació del CCCat, EGEA FERNÁNDEZ, *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, cit., p. 4567.

previsibilitat dels efectes de la crisi com als deures postconjugals entre els cònjuges i el resultat econòmic concret en què es tradueix el pacte. Així com l'art. 231-20 CCCat estableix allò que és raonable per admetre *ex ante* uns pactes en previsió del divorci, els arts. 233-16.2 i 233-21 CCCat fixen amb claredat que els pactes no poden impedir a l'autoritat judicial el reconeixement *ex post* d'un dret en favor del cònjuge més necessitat com a conseqüència del divorci.<sup>103</sup> I aquesta és una important correcció al règim dels pactes en previsió de divorci de l'art. 231-20 CCCat.

## VII. ELS PACTES DE SEPARACIÓ FORA DE CONVENI

En seu dels efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial, l'art. 233-5 CCCat regula els pactes fora de conveni regulador un cop sorgida la crisi conjugal, tot fent referència als pactes de l'art. 231-20 CCCat. Atès que els pactes que es presenten de mutu acord davant el jutge en forma de conveni vinculen els cònjuges,<sup>104</sup> cal determinar l'eficàcia dels pactes assolits fora de conveni, però un cop la crisi ja s'ha produït.<sup>105</sup> Es tracta dels coneguts en dret comparat com a *separation agreements* i entre nosaltres també com a pactes de separació amistosa. Tots tres, pactes en previsió de divorci, conveni regulador i pactes fora de conveni, constitueixen el conjunt d'acords a què els cònjuges poden arribar pel que fa als efectes de la crisi matrimonial, sigui en previsió que aquesta es doni o bé un cop ja ha sorgit<sup>106</sup>

La qüestió de l'eficàcia dels pactes a què els cònjuges poden arribar un cop sorgida la crisi i abans de la seva formalització en un procediment judicial ja s'havia plantejat amb intensitat a la pràctica<sup>107</sup> i, tal com ha fet amb la majoria de reptes actuals del dret de família, el Llibre segon del CCCat l'ha abordat directament, si bé d'una manera que no sembla prou satisfactòria per a tots els casos. Aquí es tracta d'uns acords a què els cònjuges arriben un cop la crisi matrimonial ha sorgit, per tant, amb coneixement de les circumstàncies que poden arribar a fonamentar els efectes econòmics a determinar en seu judicial.<sup>108</sup> La situació personal complexa i el desconeixement exacte d'aquestes

103 El que implicaria una ineficàcia parcial del pacte, GINÉS CASTELLET, *Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*, cit., 81.

104 Cfr. SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, cit., p. 353.

105 Pel que fa a aquests, l'admissibilitat de la renúncia als drets que resulten de la crisi és clara, no serà tal renúncia sinó una regulació pactada dels efectes un cop sorgits, en seu judicial, així la STSJC de 19 de juliol de 2004 (RJ 5534) per a la compensació econòmica per raó de treball.

106 Cfr. FRANCESC VEGA SALA, «Comentari a l'art. 233-5», a ROCA TRÍAS / ORTUÑO MUÑOZ (coords.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 833 i ss.

107 Cfr. GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*, cit., p. 96, amb cita de jurisprudència rellevant.

108 En la STSJC de 12.7.2012 (RJ 10025) es distingeix entre els pactes un cop sorgida la crisi i els anteriors, assumint que la renúncia a alguns efectes del divorci és inobjectable un cop s'ha produït la crisi, mentre que es pot discutir amb anterioritat: «Ahora bien, en la situación normativa precedente al Llibre Segon del CCCat, sí tuvimos ocasión, al menos, de remarcar

circumstàncies, així com de la normativa reguladora del divorci, aconsellen també preveure unes cauteles singulars i no remetre aquests acords als criteris generals de validesa dels contractes.<sup>109</sup>

D'entrada, pel que fa als pactes que compleixin amb els requisits de l'art. 231-20 CCCat —cal entendre tant si són en previsió de la crisi com un cop sorgida aquesta— l'art. 233-5.1 CCCat preveu que s'acompanyin a la demanda i se'n demani la incorporació a la sentència, de manera que vinculen els cònjuges amb els mateixos efectes que un conveni regulador.<sup>110</sup>

El segon apartat de l'art. 233-5 CCCat estableix, però, una doble excepció a la regla del primer apartat. Així, es refereix a supòsits d'ineficàcia dels pactes adoptats després de la convivència i cal entendre-hi els que s'han adoptat conforme amb allò previst a l'art. 231-20 CCCat, com els que s'han adoptat en document privat. En tots dos casos el precepte afirma que si han estat adoptats sense assistència lletrada, independentment per a cadascun dels cònjuges, es poden deixar sense efecte, a instància de qualsevol d'ells, durant els tres mesos següents a la data en què són adoptats i, com a màxim, fins al moment de la contestació de la demanda o, de la reconvençió en el procés matrimonial en què es poden fer valer.

D'acord amb aquest precepte, els pactes adoptats sense assistència lletrada pròpia no vinculen els cònjuges en la mesura en què un d'ells els aporti per a la seva incorporació a una sentència de divorci o separació o nul·litat, com a efectes dels mateixos. Ara bé, la llei estableix que aquesta ineficàcia que clarament s'al·legarà en la contestació a la demanda o en la reconvençió, està sotmesa a un termini de tres mesos a partir de la signatura. És a dir, que malgrat que per a l'atorgament del pacte un cònjuge hi hagi donat la conformitat sense cap mena d'assistència lletrada ni orientació sobre els seus efectes, ni clarament sobre el termini de tres mesos, hi quedarà vinculat si no l'impugna dins d'aquest termini.

Pot passar perfectament que un cònjuge hagi signat els acords per aconseguir posar fi a una situació personal molt complicada, i que s'esdevingui la inactivitat de l'altra part durant un període de temps per tal d'asserenar aquesta situació. Del precepte, sembla que per al cas que hagin transcorregut tres mesos des de la signatura d'aquests pactes, en document privat i sense assistència lletrada independent, seran vinculants entre els cònjuges com a

---

que unos y otros supuestos —los pactos otorgados antes de surgida la crisis y en previsión de la misma y los alcanzados tras ella— no eran equiparables, como puede verse en nuestra STSJ/C 25/2011, de 3 de junio (RJ 2011, 5954) (FD4), en la que, en relación con un supuesto de modificación del derecho previsto en el art. 41 CF (LCAT 1998, 422, 521) —que declaramos 'disponible' por voluntad de los cónyuges— acordada después de declarada judicialmente la separación y con vistas a la adopción de las medidas provisionales del divorcio, por lo que se refiere a las diferencias frente a la renuncia anticipada, declaramos que: 'En l'únic aspecte que autoritzada doctrina sembla incidir en algunes divergències es pel que fa a la renuncia anticipada, i a la forma que ha de revestir l'expressió de voluntat que la contingui. Però, en canvi l'opinió doctrinal majoritària considera que el dret és indiscutiblement renunciablen quan ha sorgit i pot ésser exercitat, com a conseqüència de la separació, el divorci o la nul·litat del matrimoni».

109 Cfr. FERRER RIBA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, cit., p. 366.

110 SERRANO DE NICOLÁS, *Els pactes en previsió de la ruptura matrimonial*, cit., p. 242 fa referència a la «mutació» dels pactes en previsió de divorci en conveni regulador, i els distingeix.

efectes del divorci, separació o nul·litat. En tot cas, les prevencions ja vistes en matèria d'habitatge i prestació compensatòria seran aplicables. Més difícil seria aplicar la clàusula de greu perjudici de l'art. 231-20.5 CCCat, per bé que també es podrien aplicar aquí regles generals en matèria de vicis de la voluntat. El requisit de l'assistència lletrada és una cautela en termes de formació de la voluntat i el termini de tres mesos operaria com de convalidació del negoci anul·lable, però això no exclou d'altres regles per a deixar sense efecte el pacte derivat de la falta de consentiment o de consentiment viciat. Genera una certa perplexitat que en una regulació que preveu tantes cauteles, i regula les diferents situacions amb tant de detall, hagi admès sense gaire excepcions, més que les generals, l'eficàcia d'un acord sense pràcticament més garanties que la temporal del transcurs de tres mesos sense actuació en contra. L'argument que s'intenta evitar comportaments oportunistes i que s'assumeix l'autoresponsabilitat dels cònjuges contrasta amb el que succeeix amb la resta de pactes, de formació clarament reforçada, i més en un supòsit en què, amb encert o sense, no s'ha comptat amb l'assessorament d'un professional del dret, i tot això en un termini de temps que, en ocasions, pot no ser excessivament llarg ni suficient.

## VIII. PARELLA ESTABLE I PACTES EN PREVISIÓ DEL CESSAMENT DE LA CONVIVÈNCIA

El dret català ha portat a terme un important procés d'equiparació de les parelles estables al matrimoni en la codificació recent als Llibres segon i quart del CCCat. Cal reconèixer que aquesta equiparació és menys complexa en un ordenament com el català que té el règim de separació de béns com a legal o supletori, i amb absència de llegítima per al cònjuge supervivent.<sup>111</sup> Igual que

---

111 Aquesta equiparació, però, ha quedat en entredit amb la STC 93/2013 de 23 d'abril, sobre la llei 6/2000, de 3 de juliol, *para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra*, atès que el TC afirma que una legislació que atribueixi efectes automàtics i imperatius a la convivència en parella sense constitució expressa, només pel mer fet de la convivència, seria inconstitucional per vulnerar el dret al lliure desenvolupament de la personalitat de l'art. 10.1 CE i el dret a la intimitat personal i familiar de l'art. 18.1 CE. Els efectes d'aquesta resolució poden ser devastadors per a la pràctica catalana, atès que la legislació de parelles seria inconstitucional quant a la consideració d'existent la parella per mera convivència, això portaria a l'obligació d'interposar una qüestió d'inconstitucionalitat per part dels jutges catalans i impediria als notaris l'atribució de drets successoris abintestat en favor del convivent supervivent, a més de la possible ineficàcia de les atribucions anteriors notariales, atès que el TC afirma en la sentència que té efectes *ex tunc* llevat per als casos que han estat objecte de sentència ferma o resolució administrativa, per bé que afirma que el principi constitucional de seguretat jurídica exigeix que «esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme». Vegeu també la STC 81/2013, d'11 d'abril, sobre la llei 11/2001, de 19 de desembre, *de uniones de hecho de Madrid*.

La negació d'aquest model factual, o basat en la convivència, no sembla realista, atès que de l'estadística notarial resulta que la constitució de parelles en escriptura pública és testimonial. L'any 2010 consten a Catalunya 1.576 escriptures «d'acords relatius a unions de fet», mentre que hi va haver 28.007 matrimonis, i aquestes constitucions en escriptura van

es pot predicar per als pactes en previsió de divorci, la regulació de les parelles de fet, en relació amb el matrimoni, és més senzilla en un ordenament que propugna l'autonomia privada entre els cònjuges i reconeix a la llibertat civil com a principi prevalent en les seves relacions, amb una mínima intervenció legal en l'ordre patrimonial. Les diferències entre parelles de fet i cònjuges existeixen, i poden ser importants en relació amb d'altres ordenaments que no han portat a terme aquesta regulació i equiparació. Però tal i com és a dia d'avui la legislació catalana sobre el règim patrimonial del matrimoni, no sembla que hi hagi grans diferències que suposin importants avantatges comparatius per a decidir a una parella excloure les núpcies i acollir-se al règim de les parelles estables. Amb tot, l'afirmació anterior és ambivalent. Si la separació de béns, per absència de participació i fins i tot de règim econòmic, pot posar a un nivell similar matrimoni i parelles de fet en aquest àmbit, les parelles estables a Catalunya no són el regne de l'absència de regulació. Els efectes del trencament de la parella estan previstos als arts. 234-7 i ss. CCCat, i per bé que no són de la mateixa intensitat que els del matrimoni, hi presenten importants similituds. Això darrer no succeeix en tots els ordenaments del nostre entorn, per descomptat en els que no hi ha regulació de la convivència no matrimonial.

Les reflexions anteriors serveixen per plantejar que a Catalunya la convivència en parella estable no constitueix una alternativa concloent per a evitar els efectes econòmics del matrimoni, malgrat les incerteses sobre l'admissibilitat d'un pacte de manca de participació en les economies respectives dels cònjuges, en forma d'acords en previsió de divorci, tot i la detallada normativa legal. També cal posar de relleu, però, que no sembla admissible el pacte pel qual les parelles de fet exclouen l'aplicació de la normativa catalana sobre parelles estables. És a dir, del dret vigent hi ha la possibilitat de modular els efectes de la convivència en parella, reduint-ne al mínim possible la regulació defectiva. Però el que no es possible, en un model de reconeixement de les parelles estables per la mera convivència, és pactar l'exclusió del règim legal, igual com tampoc no es pot fer per al matrimoni. La conseqüència sembla raonable atès el règim legal català. Si per a l'existència de les parelles no s'exigeix la constitució formal, tampoc no és possible un acte formal d'exclusió del règim legal que es basa en el fet de la convivència.<sup>112</sup>

---

ser de 1.562 l'any 2009 i 1.257 per al 2008. Aquestes xifres contrasten amb la del 35% de nens nascuts fora del matrimoni, o de mares no casades, per l'any 2010 a Catalunya, en què hi va haver un total de 84.015 naixements.

112 Tot i que aquesta ha estat una realitat prou qüestionada, cfr. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña», a BARRADA ORELLANA / GARRIDO MELERO / NASARRE AZNAR (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 36 i ss., p. 56; EMILIO GONZÁLEZ BOU, «La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión», a BARRADA ORELLANA / GARRIDO MELERO / NASARRE AZNAR (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 505 i ss., p. 531; MIQUEL MARTÍN CASALS, «La regulació de la parella de fet: lleis i models», a *Nous reptes del Dret de Família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, cit., p. 335 i ss., p. 355; ID., «Mixing-up models of living together. 'Opting-in', 'opting-out' and self-determination of opposite-sex couples in the catalan and other spanish partnership acts», a MARTÍN-CASALS / RIBOT (eds.), *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, cit., p. 287 i ss.; ID., «Comentari

Pel que fa a l'autonomia privada en el sí de les parelles estables, el nou Llibre segon del CCCat ha remès la regulació dels efectes de la convivència als pactes entre els convivents (art. 234-3.1 CCCat), per bé que els efectes a la dissolució s'equiparen als del divorci als arts. 234-7 i ss. CCCat, amb algunes diferències remarcables, especialment en matèria de prestació compensatòria.

Sobre els pactes en previsió del cessament de la convivència, l'art. 234-5 CCCat remet a un acord en escriptura pública, d'acord amb els requisits de l'art. 231-20 CCCat.<sup>113</sup> Aquests pactes poden incloure's ja en l'escriptura de constitució o bé en una escriptura posterior, no es tracta necessàriament d'actes equiparats.<sup>114</sup> La principal diferència i distorsió que hi pot haver entre ells seria el termini d'atorgament anterior en trenta dies a la celebració del matrimoni, atès que en les parelles la data inicial de la relació no resulta d'un moment concret com aquest. No seria raonable equiparar-hi l'acte de constitució de la parella en escriptura pública, que pot incloure els pactes en previsió del cessament de la convivència, ja que altrament tots dos serien incompatibles.

L'art. 234-6 CCCat també remet als acords entre els convivents els efectes del cessament de la convivència un cop s'ha produït aquesta, amb el doble model del conveni regulador i els pactes fora de conveni. Per als primers no hi ha dubte que vinculen els convivents en la mesura en què els presenten al jutge conjuntament per a la seva aprovació. Ara bé, pel que fa als acords fora de conveni, el precepte remet a l'art. 233-5 CCCat ja analitzat, amb les problemàtiques que s'han tractat. Quant a les matèries objecte de regulació en aquests acords, hi ha remissió als preceptes concordants en seu matrimonial, tant pel que fa a pactes sobre compensació econòmica (art. 234-9.2 CCCat), com sobre atribució o distribució de l'habitatge (art. 234-8 CCCat), mentre que per a la prestació alimentària l'art. 234-10.2 CCCat inclou una norma privativa similar a la de l'art. 231-16.2 CCCat.

---

als arts. 1 a 3 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, *d'unions estables de parella*, a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (dirs.) i Albert LAMARCA i MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI (coords.), *Comentari al Codi de família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 1141 i ss.

113 Cfr. GONZÁLEZ BOU, *La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión*, cit., p. 515, tracta de les diferències entre escriptura pública de constitució i els altres supòsits que tècnicament es poden plantejar; també Sergio LLEBARÍA SAMPER, «Comentari a l'art. 234-5», a ROCA TRÍAS / ORTUÑO MUÑOZ (coords.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 956 i ss.

114 Cfr. SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, cit., p. 334.





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

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Notario de Barcelona

Profesor asociado de la UAB

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

## I. PRELIMINAR

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ello, y desde el *Civil Law*, se trata de tomar las cuestiones que allí ya se han suscitado pero viendo la posibilidad de aplicarlas en el marco del Derecho catalán, yendo por las vías adecuadas para conseguir los efectos más cercanos o equivalentes, pues resulta prácticamente imposible un traslado automático. No puede olvidarse que una cosa es que estos pactos no sean sino un contrato y otra que sea imperativos<sup>9</sup> en su eficacia y ejecución, ni siquiera entre los propios cónyuges. No puede desconocerse que lo esencial en la ruptura, en el CCCat, sigue vinculado al convenio regulador y este debe ser homologado judicialmente. Se trataría de lograr con estos pactos en previsión de la ruptura, dado que el divorcio o ruptura matrimonial, sin ser la regla general, tampoco es ya un accidente excepcional, de decidir «en frío», cuando la animosidad todavía no existe, lo que sería una mejor solución de futuro si la situación llega a producirse.<sup>10</sup>

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

15 A la *Uniform Premarital Agreement Act* [UPAA], de 1983, puede accederse a través del siguiente link: [http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital Agreement Act](http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital%20Agreement%20Act) y a su texto en: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20agreement/upaa\\_final\\_83.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20agreement/upaa_final_83.pdf)

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

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

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

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

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

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

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

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

No cabe tampoco para estos pactos si previamente se redactan y firman en documento privado<sup>20</sup> (lo que puede suceder en no pocos casos por su previo asesoramiento fiscal, mercantil, etc.), pretender por una de las partes su elevación a público *judicial*, *ex art.* 1279 CC. Cuestión distinta, y sí admisible, es que ambos otorgantes, previo e individualizado nuevo asesoramiento notarial, conforme al art. 231-20.2, eleven a público lo que previamente habían firmado, con sus abogados y otros posibles asesores fiscales.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dentro estos pactos prematrimoniales, que no pueden pretender configurar un *status* post-matrimonial, ni poner precio a la libre voluntad (sea la fidelidad o lealtad, el tener o no hijos, etc.), hay que distinguir *unos límites genéricos*, que son los propios de todo contrato, y, además, los genéricos o propios de los negocios de Derecho de familia, aunque en estos cada vez aparezcan más desdibujados los límites, o, quizás mejor, adaptados a la nueva realidad familiar, singularmente la de las familias recompuestas, la de la desconexión entre las causas del divorcio y sus efectos, así como la superación de la sacralización del Juez en los procesos de divorcio, para ir hacia su contractualización<sup>22</sup> Dentro de estas nuevas coordenadas del Derecho de familia, que son las que los posibilitan, e inicialmente, fuera del ámbito del *Civil Law*, aparecen los pactos prematrimoniales, como una forma de ruptura limpia y, en la medida de lo posible no traumática, sin que tengan que circunscribirse, aunque sean en ellos más frecuentes, a los segundos o ulteriores matrimonios, singularmente cuando alguno de ellos tiene una considerable fortuna.

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

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

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

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

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

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

Como aplicaciones prácticas cabe destacar las siguientes cuestiones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y, además, puede pactarse sobre las materias siguientes:

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

---

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VII. CONCLUSIONES

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

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

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



## PONÈNCIA DE CLOENDA



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

ENCARNA ROCA I TRIAS  
Magistrada del TC i del TS  
Catedràtica de Dret civil UB

I. INTRODUCCIÓ: CANVIS SOCIALS I CANVIS LEGISLATIUS. 1. Plantejament. 2. Els canvis. 3. La protecció dels drets fonamentals dels individus i la declaració constitucional de protecció de la família. II. FAMÍLIA I FORMES FAMILIARS. III. FAMÍLIA I RUPTURA DE LES RELACIONS FAMILIARS: AUTONOMIA I PRINCIPIS IMPERATIUS. 1. L'organització de les relacions entre ex cònjuges: els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial. 2. El *clean breakdown*. 3. L'organització de les relacions parentals: el pla de parentalitat. IV. A TALL DE CONCLUSIÓ: AUTONOMIA DE LA VOLUNTAT EN EL NOU DRET DE FAMÍLIA. INDICACIÓ BIBLIOGRÀFICA.

## I. INTRODUCCIÓ: CANVIS SOCIALS I CANVIS LEGISLATIUS

### 1. PLANTEJAMENT

El Codi civil de Catalunya és, ara per ara, l'últim exemple europeu de regulació codificada de tot el dret de família. La tendència iniciada pel Codi civil francès en 1804, per bé que amb exemples anteriors remarcables, d'establir unes regles que regissin per a tots els ciutadans, deixant poc espai a l'autonomia de la voluntat, va ser el mètode seguit per les codificacions europees del XVIII i del XIX. Les codificacions, per tant, incorporaren els principis socials en el dret de família, oferint una regulació que va intentar ser neutre i purament tècnica, però que es va veure molt mediatitzada per influències religioses. La necessitat d'optar per solucions que tenint com a base l'autonomia de la voluntat dels individus que formen el grup familiar tingués en compte a més, la protecció de determinats individus del grup familiar que per la seva edat (menors), o per les seves condicions de maduresa (discapacitats), eren i són creditors de tractaments legals imposats sobre la base de la imperativitat és encara un dels punts de conflicte en les normes de dret de família codificades. Aquestes tensions fan que en qualsevol proposta d'ordenament jurídic de la família s'hagin d'equilibrar els plantejaments d'aquells sectors ideològics que pretenen que la família quedi fora de qualsevol ingerència pública, de manera que l'esfera privada es preservi, encara que sigui a costa de no recollir el principi d'igualtat, i aquells altres sectors, que partint de les funcions tuïtives i protectores dels poders públics, el que pretenen és regular minuciosament les relacions entre els membres de la família. Entre aquestes dues opcions n'hi ha d'altres que són les que han estat implementades

pels legisladors europeus, establint sistemes mixtes, que tenen en compte els diferents interessos que s'han de protegir en l'àmbit familiar.

En el panorama jurídic modern en general, la part que ha estat objecte de més reformes és la relativa al dret de família. Els Codis que deriven del francès acceptaren uns esquemes molt clars: i) la família es constituïa a partir del matrimoni; ii) s'establien sistemes de seguretat per evitar la ruptura *ad libitum* del matrimoni; iii) van construir un sistema fundat en l'autoritat d'un dels membres del grup, el pare, que decidia tant en l'aspecte familiar (potestat sobre els fills), com en el matrimonial (relacions entre cònjuges), i iv) el que en els anys 30 del segle XX el que es va qualificar com *família nuclear* per part dels sociòlegs, va ser el model consagrat a Europa durant el XIX.

Juntament amb aquest arquetip, subsistien a diversos llocs famílies extenses «a l'antiga», és a dir, aquelles en les que els membres del nucli, els cònjuges, conviuen amb fills i ascendents, així com amb altres parents col·laterals, que contribuïen a l'economia familiar i que al mateix temps, eren mantinguts amb càrrec a dita economia. A Catalunya aquest model era el que regia en una part del país quan arran de la Codificació, en 1888, es plantejaren els problemes de la subsistència del dret civil català: la societat a la que es referien els partidaris de la solució codificadora final, era una societat pairal, ben allunyada, per altra banda, de la societat urbana industrial que tenia més punts en comú amb la que regulava el Codi civil que amb la que reivindicaven els partidaris de l'autonomia del Dret civil català i que van usar com a pretext per obtenir unes finalitats, per altra banda, perfectament lícites.

Però els canvis socials produïts a Europa a partir de la fi de la segona Guerra Mundial han portat a profundes transformacions en els Codis civils. Penso que per a una explicació del que es diu a l'art. 231-1 CCC sobre l'heterogeneïtat del fet familiar, és necessari repassar en aquesta introducció les diferents etapes de reformes esdevingudes en els Codis europeus arran dels canvis socials i econòmics. El pas d'una família d'estructura patriarcal a una d'estructura nuclear, mancada de capacitat per produir els béns necessaris per a la subsistència dels seus membres; el control de la natalitat i l'ús de les tècniques de reproducció assistida; la pèrdua de la importància de la família en l'educació dels fills menors, que requereix ara la contractació de serveis externs; l'augment de l'esperança de vida i la baixada de la taxa de natalitat, i, en fi, la nova cultura jurídica basada en el reconeixement dels drets humans dels membres de la família, amb la corresponent necessitat d'aplicar els drets fonamentals en el fins ara reservat àmbit familiar, tot això obliga a afrontar la legislació relativa al dret de família amb uns nous criteris.

## 2. ELS CANVIS

En algun altre treball he parlat del que considero es pot identificar com a successives generacions de canvis socials, que han produït els canvis familiars que han acabat reflectint-se en els Codis civils europeus. Es poden identificar els següents:

- La generalització del divorci i la superació del criteri de la culpa en la atribució dels efectes de la ruptura matrimonial. A partir dels anys

60, però amb precedents que s'inicien en els 50 i que es consoliden en els anys 70, es produeix la reforma del divorci. Es tracta de superar el criteri de la culpa en la causa de la crisi, per tal reconèixer el divorci com a forma «normal» de dissolució del matrimoni. Per obtenir aquests resultats i evitar els traumes que tot divorci produeix, en primer lloc es reconsiderarà la llibertat dels cònjuges, que fins aquell moment se centrava en la culpa, de manera que solament l'innocent podia demanar-lo i aquest esquema portava a l'atribució d'efectes favorables peral no culpable, amb la qual cosa es fomentaven els conflictes. Però a partir dels anys 1969, amb la introducció a Califòrnia del *non fault divorce*, els diferents sistemes familiars estableixen un règim mixt en el que, al costat de divorcis causals (*divorces based on fault grounds*), s'admeten divorcis consensuals (*non fault divorce*), per ruptura definitiva del matrimoni (*irretrievable breakdown*).

L'admissió del divorci com a forma generalitzada d'acabament del matrimoni té un important efecte en la regulació de les relacions econòmiques entre els cònjuges. És cert que la narrativa del divorci escapa a les competències del Dret civil català, però no allò relatiu als efectes, perquè l'admissió d'un o un altre tipus de causals del divorci és fonamental per a tota la regulació relativa al règim de béns i al règim successori, que en aquest treball no es tractarà. La majoria de sistemes que admeten el divorci com a forma habitual de dissolució del matrimoni, han adoptat una ordenació més o menys directe de comunitat de béns, actual, com els guanys del Codi civil, o diferida, com a Suècia o Alemanya, o bé separacions de béns amb prestacions compensatòries a la dissolució. Una de les solucions a determinats problemes de repartiment i de manteniment de les càrregues familiars consisteix en fixar un règim de béns que permeti la comunicació dels beneficis obtinguts constant matrimoni, amb la finalitat d'evitar desequilibris i facilitar la dissolució. Catalunya constitueix un bon exemple del que vinc dient quan en 1995 canvia el règim de separació absoluta, per un de separació amb compensació, que el Llibre II, en la redacció de 2010, ha acabat per consolidar com un règim de separació amb compensació econòmica, diferida i limitada quantitativament (art. 232-5 CCC). El preàmbul de la llei de 1995 és clar en aquest sentit, quan explica que la compensació econòmica per raó de treball constitueix «un correctiu dels efectes no gens desitjables que en ocasions produeix aquest règim».

- La protecció dels menors i dels discapacitats. La segona generació de reformes es produeix entorn als anys 90 i té com a objecte fonamental la protecció de la persona, amb tres finalitats clares: i) la solució als problemes de determinació de la filiació que produeix l'ús de les tècniques de reproducció assistida i molt especialment, la possibilitat d'usar material genètic de donant per tenir un fill. La regla consolidada en els anys 60, d'acord amb la qual la biologia havia de ser la dada determinant de la relació parental, deixa de ser operativa quan es generalitzen les tècniques de reproducció assistida i cal, doncs, buscar noves regles per a la determinació de la filiació i per saber qui és pare i qui és mare; ii) la protecció dels menors i el reconeixement de la

condició de titulars de drets fonamentals, efecte de l'aprovació, en 1989, de la Convenció de Nacions Unides sobre els Drets del Nen, el que dóna lloc a la introducció del criteri de l'interès del menor com a determinant per a la presa de decisions relatives a la protecció dels nens i que originen, a continuació, les tècniques de desemparament; iii) els problemes de l'adopció i la necessitat de regular un mercat que cada cop més, importa nens de països pobres, cap a països rics, amb la finalitat de solucionar problemes d'infertilitat de persones que viuen en el primer món, i iv) l'aprovació per les Nacions Unides, de la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, de 13 desembre 2006, que suposa el que s'anomena «canvi de paradigma» de les polítiques sobre discapacitat, en tant que supera definitivament la perspectiva assistencial, per abordar una política basada en l'efectivitat dels drets humans.

Tots aquests canvis s'han reflectit al Llibre segon. La regulació de l'atribució de la maternitat a partir del naixement (art. 235-3 CCC); la fecundació assistida (arts. 235-8 i 235-13 CCC); la protecció dels menors desemparats (arts 228-1 a 228-9 CCC); les novetats en l'adopció i les noves formes de protecció de discapacitats. Tot això presidit per la clàusula de l'interès del menor continguda a l'art 211-6 CCC. Per això el Preàmbul de la llei 25/2010 emfasitza que, en relació als col·lectius especialment vulnerables, «l'ordenament civil ha de fer possible, no obstant les especials necessitats de protecció per raó de l'edat o de disminució física o psíquica, que tothom pugui desenvolupar el seu projecte de vida i prendre part, en igualtat de drets i deures, en la vida social». Per això es creen dues institucions que van dirigides a proporcionar mecanismes de control adequats per «protegir i afavorir l'autonomia de persones que, per diferents raons, poden necessitar protecció»: l'assistència i els patrimonis protegits.

- Les noves formes familiars. La tercera generació de reformes s'inicia en els anys 80 del segle passat i té molt a veure amb les noves formes de convivència que sorgeixen a la realitat social: la cohabitació de persones de sexe diferent que exclouen el matrimoni per a la regulació de les seves relacions, el que s'ha nomenat per part dels sociòlegs, la *desregulació del matrimoni*. I a més, la reclamació pels col·lectius de persones gais i lesbianes, del dret a contraure matrimoni, el que dona lloc al que es qualifica com a *gender neutral marriage*.

A Espanya l'aprovació de la llei 13/2005, d'1 de juliol, que va modificar el Codi civil en matèria de dret a casar-se, introduí un segon paràgraf en l'art. 44 CC, d'acord amb el qual «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». A aquesta solució s'arriba després d'un recorregut europeu que passa pel reconeixement, en 1989 a Dinamarca, de les unions registrades de parelles del mateix sexe, fins a l'admissió del mateix matrimoni. La STC 198/2012, de 6 novembre, va consolidar aquesta tendència.

### 3. LA PROTECCIÓ DELS DRETS FONAMENTALS DELS INDIVIDUS I LA DECLARACIÓ CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓ DE LA FAMÍLIA

La base sociològica a la que m'he referit en els anteriors apartats es consolida quan s'examinen els diferents textos constitucionals que, sobretot a partir de la Constitució de Weimar, de 1919, inclouran la protecció constitucional a la família. L'art. 119.2 d'aquesta Constitució, estableix que «es misión del estado y de los Municipios velar por la conservación de la pureza, sanidad y fomento social de la familia». La Llei Fonamental de Bonn, de 1949, continuarà aquesta línia protectora iniciada ja en 1919, declarant que el matrimoni i la família es troben sota la protecció de l'ordre estatal. Deixant de banda les raons per les quals s'introdueixen aquests textos en les Constitucions de post-guerra, el cert és que, un cop en vigor, entren a funcionar els drets fonamentals dels membres del grup familiar, molt especialment, la consideració del matrimoni com a dret fonamental, el reconeixement de la igualtat dels cònjuges i el respecte per la seva autonomia.

L'art. 41 de la Constitució de 1931 de la República espanyola establí que

«La familia está bajo la salvaguarda del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso, de justa causa.

Los padres están obligados, respecto a sus hijos, a alimentarlos, asistirlos, educarlos e instruirlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes.

Los hijos habidos fuera del matrimonio tendrán los mismos derechos que los habidos dentro de él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

El Estado se obliga a proteger y a asistir a la infancia y a la maternidad».

I una norma molt semblant, el vigent art. 39 CE conté principis equivalents en tant que: i) assegura la protecció de la família; ii) assegura la protecció integral dels fills; iii) possibilita la investigació de la maternitat; iv) imposa als pares l'obligació d'assistència als fills «tinguts dins o fora del matrimoni», tant si són menors com en altres casos en què la llei obligui, i v) estableix la protecció dels nens segons «els tractats internacionals que vetllen pels seus drets». L'art. 40.2 EAC diu que «Els poders públics han de garantir la protecció jurídica, econòmica i social de les diverses modalitats de família que regulen les lleis, com a estructura bàsica i factor de cohesió social i com a primer nucli de convivència de les persones. Així mateix, han de promoure les mesures econòmiques i normatives de suport a les famílies dirigides a garantir la conciliació de la vida laboral i familiar i a tenir descendència, amb una atenció especial a les famílies nombroses».

La Constitució espanyola pertany a la darrera generació de Constitucions europees, però el marc constitucional és comú a aquesta cultura, per tal com la pertinença dels Estats europeus al Consell d'Europa imposa les obligacions de respectar els arts. 8 i 12 del Conveni, on es reconeixen el dret al respecte a

la vida privada i familiar (art. 8) i el dret a contraure matrimoni i fundar una família (art. 12.1).

Però deixem ja aquestes cabòries constitucionals i passem a examinar en quina mesura els principis exposats tenen un reflex en el text del Llibre segon del Codi civil de Catalunya.

## II. FAMÍLIA I FORMES FAMILIARS

L'autonomia de les persones derivada del seu dret a la llibertat ha posat sempre el dilema referit a quin tipus de forma adoptada pel grup ha de ser objecte de la protecció acordada constitucionalment. En definitiva, si resulta necessari a aquests efectes que les relacions de parella, un dels tipus de família, es constitueixin d'acord amb una determinada forma exigida per l'ordenament jurídic. Certament, el dret a contraure matrimoni té la consideració constitucional de dret fonamental (STC 198/2012), però no coincideixen en l'actualitat matrimoni i família, de manera que és solament una de les vies utilitzades per a la constitució d'una família, segurament la més habitual, però no l'única. I si això és així, es pot posar algun límit a les formes? No cal dir que la discussió sobre les formes a través de les que es pot constituir i que pot adoptar el grup familiar es troba influïda per criteris religiosos, filosòfics i socials, però això no impedeix que sigui possible una reflexió neutral. I en aquesta línia es troba l'art. 231-1 CCC.

L'art. 231-1 CCC porta un títol molt atractiu: l'heterogeneïtat del fet familiar. Reconeix que la família gaudeix de la protecció de la llei, en una reproducció de l'art. 40.2 EAC, ja transcrit. I a continuació, es concreten les formes familiars a través de les que es manifesta el fet familiar, tal com estableix el mateix art. 40.2 EAC, que remet a una llei positiva per determinar «les diverses modalitats de famílies», que «regulen les lleis». En el primer text on es descriuen aquestes diferents formes, se citen el matrimoni, la convivència estable en parella i les famílies monoparentals, és a dir «les famílies formades per un progenitor sol amb els seus descendents». Però en el segon apartat es recull la forma de famílies reconstituïdes, quan «els fills de cadascun dels progenitors [...] convisquin en el mateix nucli familiar, com a conseqüència de la formació de famílies reconstituïdes».

L'anàlisi d'aquest text porta a unes primeres conclusions: i) El Codi civil de Catalunya reconeix que la família es pot manifestar a través d'una sèrie de formes, és a dir, que existeix un pluralisme del fet familiar; ii) aquestes formes tenen el mateix valor als efectes del reconeixement de drets i deures, de manera que el Codi català declara que no es discrimina el reconeixement de la protecció jurídica, per bé que no és exigible que totes les formes adoptades socialment produeixin els mateixos efectes, i iii) malgrat tot, no es defineix el que es considera família. El Preàmbul de la llei 25/2010 conté una aproximació més sociològica que jurídica, del que el Codi català considera com a família, quan diu que «les transformacions socials han fet que avui la família s'entengui més aviat com un àmbit en què la comunicació i el respecte als desitjos i les aspiracions individuals dels membres que la componen ocupen



un lloc important en la definició del projecte de vida en comú», en la qual «[...] es posa èmfasi en el desenvolupament individual, en la llibertat i autonomia de l'individu, però també en la seva responsabilitat». Com he posat de relleu en un altre lloc, aquest Preàmbul, així com l'art. 40.2 EAC deuen molt a l'art. 1.1 de la llei 18/2003, de 4 juliol, de Recolzament a les famílies, que l'entenia com a eix vertebrador de les relacions humanes i jurídiques entre els seus membres i com a àmbit de transferències compensatòries intergeneracionals i intrageneracionals.

Els plantejaments de l'art 231-1 CCC porten a la formulació d'alguns interrogants, que voldria discutir aquí: la primera pregunta és la relativa a l'existència d'algun límit constitucional a l'admissió de formes familiars, i la segona, donat que la família no és solament receptora neta d'ajuts, sinó també prestadora de serveis, s'ha de distingir molt clarament que en realitat no és la família mateixa la creditora dels ajuts públics, sinó que ho són els diferents individus que en formen part, que són els veritables creditors, moltes vegades recíprocs, dels serveis públics i privats que formen el nucli de la protecció a la família contingut en l'art. 39 CE i l'art. 40.2 EAC. Anem a veure en conjunt el grup de qüestions que es dedueixen d'aquests problemes.

Quan es parla de formes familiars, el primer que cal assenyalar és que per bé que l'art 231-1 CCC obri les portes de la protecció legislativa de diferents situacions, totes estan identificades en relació al matrimoni. Efectivament, o les persones estan casades, o no ho estan, però han format una unió estable de parella, o no conviuen amb ningú, però tenen fills a càrrec (cas de la família monoparental), o bé han constituït una nova família, matrimonial o no, però es conviu amb fills d'anteriors aparellaments, matrimonials o no. El matrimoni hi és sempre present, com una ombra poderosa que no deixa de projectar-se sobre les vides dels humans. És cert que el dret civil català no inclou la determinació de les seves formes, perquè d'acord amb l'art 149.1.8 CE, aquesta és una competència reservada a l'Estat. Però no resulta superflu donar un cop d'ull al que està passant realment, perquè, en definitiva, la realitat és el substrat al qual va dirigida la norma civil catalana, com les altres, per suposat.

Des de la Revolució francesa i com a fruit d'una llarga reflexió jurídica produïda al llarg del segle XVIII, el matrimoni esdevé un contracte i es secularitza. En el Codi de Napoleó, en 1804, el matrimoni es converteix en una qüestió d'estat. I aquesta afirmació no resulta contradictòria amb les lluites per la secularització del matrimoni. El que vull dir és que serà l'estat qui determinarà quina serà la forma acceptada en aquell concret sistema jurídic, encara que, com passà a Espanya, seguís en vigor la forma religiosa catòlica. Per tant, el primer aspecte que cal tenir en compte és que hi ha un interès públic en fixar allò que es coneix amb el nom de «sistema matrimonial» i que cada ordenament jurídic organitzarà en la forma que cregui més convenient. Deixant de banda les diferents èpoques, a l'actualitat, segons l'acord entre l'Estat espanyol i la Sta. Seu, de 3 gener 1979 i els acords de cooperació de l'Estat amb la Federació d'entitats evangèliques de Espanya (lleï 24/1992, de 10 novembre), l'Acord de cooperació de l'estat amb la Federació de Comunitats israelites d'Espanya (lleï 25/1992, de 10 novembre) i l'Acord de cooperació de l'estat amb la Comissió Islàmica d'Espanya (lleï 26/1992, de 10 novembre), l'estat reconeix els matrimonis celebrats davant de ministres d'aquestes

religions, en les condicions que s'hi especifiquen, que no penso hagin de ser estudiades en aquest moment. La religió, per tant, queda subordinada a l'interès de l'estat que és l'únic que pot determinar els efectes civils d'una declaració de voluntat formal i solemne dirigida a constituir una relació de parella.

Les qüestions religioses no són les úniques que influeixen en la determinació de les formes del matrimoni i, en conseqüència, de la creació d'una família, segons he dit. La cultura hi té també molt a veure. El pluralisme d'una societat es manifesta quan s'ha d'ocupar d'incloure o no en l'esquema constitucional, estructures familiars fundades en models que posen a prova les ideologies socials. M'estic referint a dos casos concrets: l'acceptació del ritus del matrimoni celebrat per persones de raça gitana o romaní, i el matrimoni de persones del mateix sexe o, utilitzant els termes anglosaxons, el *gender-neutral marriage*. En ambdós casos hi ha hagut pronunciaments dels Tribunals, per la qual cosa sembla aconsellable fer un petit resum, en tant que afecten el Dret civil català.

En primer lloc, cal referir-se al matrimoni gitano o romaní. Una parella havia contractat matrimoni d'acord amb aquest ritus consuetudinari, no reconegut en la legislació positiva de l'Estat; mort el marit, l'esposa va demanar la pensió de viduïtat, que va ser negada per l'INSS, perquè no havia contractat matrimoni civil vàlid i la forma gitana no estava reconeguda com a productora d'efectes jurídics en l'ordenament estatal. Cal afegir que malgrat això, el marit mort havia cotitzat a la seguretat social per aquestes pensions que ara es negaven a la vídua. La STC 69/2007, de 16 abril, va denegar la pensió, perquè en la resolució administrativa espanyola que la negava no s'havia discriminat aquest tipus de matrimoni. En l'afer *Muñoz Diaz v España*, el TEDH, en sentència de 8 desembre 2009 (TEDH 2009/140), va revocar la STC 69/2007, però no per l'argument de la manca de reconeixement del ritus matrimonial gitano, perquè el TEDH reconeix que no es produeix cap discriminació respecte al reconeixement dels efectes civils d'aquest ritus consuetudinari, perquè Espanya reconeix diverses formes matrimonials i la civil, que és culturalment i ideològicament neutra hauria estat aplicable a aquestes persones. D'aquesta manera conclou el TEDH que no té efectes a Espanya ni encara que s'hagi contractat de bona fe. Pot sorprendre aquesta anàlisi perquè el Tribunal europeu va acabar condemnant a Espanya, però en realitat el que va fer va ser utilitzar la doctrina dels propis actes, donat que l'estat havia reconegut administrativament una sèrie d'efectes de la unió, com l'entrega del llibre de família i les cotitzacions de la seguretat social.

La segona i molt més complicada qüestió es refereix al reconeixement dels matrimonis *gender-neutral*, és a dir contractats per persones del mateix sexe, als quals ja m'he referit abans. La STC 198/2012, de 6 desembre, va reconèixer que aquest tipus de matrimoni no era contrari al nucli essencial del dret fonamental reconegut en l'art. 32 CE. D'acord amb els criteris exposats, el TC (FJ 5) diu el que es resumeix a continuació: i) que matrimoni i família «son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentan cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente»; ii) el TC no ha definit el que s'ha de considerar família des del punt de vista constitucional; iii) el matrimoni és una garantia institucional i simultàniament, un dret

constitucional com a dret a contraure matrimoni; iv) el fet que es permeti el matrimoni entre dues persones del mateix sexe no violenta el concepte del matrimoni, perquè

«[...] desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada» (FJ9).

Des d'aquest punt de vista, doncs, cal assenyalar que el Tribunal Constitucional no ha trobat fins ara més límits a la constitucionalitat de les formes familiars que aquelles que puguin desnaturalitzar la mateixa naturalesa de la institució regulada. La STC 198/2012 palesa la doctrina continguda en anteriors sentències, d'acord amb les quals són dignes de protecció constitucional els matrimonis sense descendència, les famílies extramatrimonials o monoparentalsw (STC 222/1992, d'11 desembre), la qual cosa no significa que s'hagi definit la família des del punt de vista constitucional. Aquestes declaracions van paral·leles al que diu l'art. 231-1 CCC, de manera que una cosa és que d'acord amb el que disposa l'art. 39 CE, les famílies es trobin sota la protecció dels poders públics, i una altra de diferent és que per merèixer aquesta protecció a la que em vinc referint, calgui haver contret matrimoni. El límit constitucional, per tant, es trobarà en la impossibilitat de discriminar a les famílies en les que no hi ha el vincle matrimonial, però en les que sí, hi ha família. I aquestes són les línies bàsiques a les que s'ha d'adaptar el Llibre segon, perquè, com diu el preàmbul, «en una societat oberta, la configuració dels projectes de vida de les persones i de les mateixes biografies vitals no pot venir condicionada per la prevalença d'un model de vida sobre un altre, sempre que l'opció escollida no comporti danys a tercers», és a dir, llevat el principi de responsabilitat. A partir d'aquí faré referència exclusiva al Codi civil català, partint de les declaracions transcrites, que constitueixen un autèntic programa legislatiu.

### III. FAMÍLIA I RUPTURA DE LES RELACIONS FAMILIARS: AUTONOMIA I PRINCIPIS IMPERATIUS

Un dels efectes més importants la transformació produïda en la transformació del dret de família, tal com he descrit en la introducció, és la generalització del divorci com a forma de dissolució del matrimoni. La configuració del matrimoni com a dissoluble, que constitueix un dels efectes del dret a la llibertat, obliga el legislador a repensar els efectes de la nova forma de dissolució, molt diferents de l'habitual produïda per la mort d'un dels consorts. Es plantegen llavors temes paral·lels i diferents dels que fins aquell moment s'havien produït: la discussió sobre la necessitat o no de mantenir

l'anterior cònjuge; la protecció dels fills menors d'edat; la participació en la riquesa creada al llarg dels anys de convivència i una llarga llista de temes, que els ordenaments jurídics no deixen de resoldre tenint en compte les característiques socials i econòmiques de la societat. El Preàmbul de la llei 25/2010, al qual m'estic referint per assenyalar les línies de política jurídica familiar del Parlament de Catalunya en la presa de postures de política jurídica, diu que «com en altres països de l'entorn de Catalunya, el divorci s'ha normalitzat i ha augmentat considerablement. Si a mitjan anys 80 les taxes de divorci eren baixes, entorn del 0,1 per 1.000 habitants, en l'actualitat [2010] ha arribat a prop del 2,1 per 1.000 habitants». Cal recordar que la llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, ja va introduir la discutida compensació en el règim de separació de béns, en aquells casos en què el cònjuge sense retribució o amb una retribució insuficient, s'hagués dedicat a la casa o hagués treballat per a l'altre cònjuge»; «tindrà dret a rebre d'aquest, quan s'extingeixi el règim per separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni, una compensació econòmica, si per raó de dit defecte retributiu s'ha generat una situació de desigualtat entre el seu patrimoni i el del altre cònjuge». La cita de la llei de 1993, que va canviar radicalment el sistema de separació de béns a Catalunya, demostra que el Parlament català va prendre una decisió important, a la vista dels efectes que el règim de separació provocava en el pagament de pensions compensatòries, de tal manera que no semblava convenient seguir mantenint la radicalitat dels efectes del règim de separació, d'acord amb les regles de política legislativa.

D'acord amb això anterior, cal dir que actualment les regles que regulen la dissolució del matrimoni es fonamenten en el principi de dissolubilitat, no el contrari i que aquesta regla s'aplica als matrimonis i a les parelles estables. Per tant, tot el que diré a continuació, afecta tant els matrimonis, com a aquestes unions, sense que calgui cap altre advertiment a partir d'aquí.

Aquest, però, no és l'únic principi que regula aquestes situacions, sinó que partint de la regla de la dissolubilitat, cal examinar quines seran les conseqüències de la ruptura en la vida de les persones implicades de manera directa o també de manera indirecta, en un divorci. Directament ho estan els cònjuges i indirectament els fills menors d'edat que segueixen sota la responsabilitat dels pares i també, en alguns casos, indirectament els altres parents, avis sobretot, pel que fa a les relacions amb els menors. D'aquesta manera haurem de distingir els efectes de l'extinció de les relacions entre cònjuges de l'extinció pel que fa als fills menors.

Cal tenir en compte que les relacions entre cònjuges i també les que tenen lloc entre persones no casades, poden generar un nou tipus de relacions parentals. Tothom reconeix que *el divorci o l'extinció de la parella estable no extingeixen la família*. Aquesta afirmació que tothom té en ment, però que ningú no ha materialitzat a nivell jurídic, constitueix un efecte de dos principis importantíssims en aquest camp: i) el principi de que la família no coincideix amb el matrimoni, encara que aquesta sigui una veritat constatable, i ii) el segon principi relatiu a la dissolubilitat del matrimoni. Ara bé, essent formulacions en les què tot jurista hi està d'acord, es planteja la idea de la mort de la família, com si el divorci produís un trencament total amb tots els

familiars, quan, d'acord amb els estudis més moderns, el que cal plantejar és que el que passa en realitat es que canvia el sistema de relacions entre els membres d'aquesta família. És diferent i per això s'han de reorganitzar els contactes familiars. D'aquesta manera es planteja l'autèntic nucli de la qüestió: com i de quina manera mantenir les relacions existents que no poden deixar de subsistir.

Els dos tipus de relacions que sobreviuen es concentren en les econòmiques entre ex cònjuges i les personals i econòmiques entre els progenitors i els menors d'edat; un lloc preminent l'ocupen les compensacions econòmiques en la liquidació del règim de separació i la debatuda problemàtica de la guarda i custòdia compartida, amb la novetat del pla de parentalitat. Sense ocupar-me àmpliament d'aquestes institucions que es tracten en altres ponències, intentaré posar de relleu les finalitats i els principis als que responen. Haig d'advertir que les institucions noves produeixen desconcert, perquè els col·lectius implicats només demanen que s'atenguin les seves reclamacions, però tenen una visió unidimensional i no poden calibrar altres implicacions. Per això, una legislació innovadora com la que planteja el Codi de família, per molt que tingui fonaments en altres ordenaments jurídics on les institucions que ara s'introdueixen a Catalunya ja s'han experimentat, s'arrisca a decebre i a produir alts nivells de conflictivitat, com va succeir amb la norma de la compensació en el règim de separació de béns, la història de la qual és ben coneguda i que no repetiré.

## 1. L'ORGANITZACIÓ DE LES RELACIONS ENTRE EX CÒNJUGES: ELS PACTES EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA MATRIMONIAL

L'autonomia de la voluntat dels cònjuges, ha permès des de sempre el pacte sobre l'organització econòmica de la família. Per a obtenir aquesta finalitat ha tingut a l'abast l'instrument dels capítols matrimonials. El Llibre II, però, opta per unes solucions més realistes i afronta directament la via de la utilització dels capítols per incloure pactes que prevegin els efectes de la dissolució del matrimoni per ruptura matrimonial, no únicament per organitzar l'economia matrimonial.

D'aquesta manera els cònjuges tenen al seu abast tres tipus de negocis jurídics que els permetran reorganitzar les relacions creades pel matrimoni.

La primera via oferta en el Codi civil català és, no podria ser d'altra manera, la consistent en els capítols matrimonials. A més de la seva tradicional funció organitzativa, els juristes estan d'acord en atribuir-los també capacitat per contenir pactes que prevegin la hipotètica futura ruptura matrimonial. El Codi de Família ja va admetre aquesta possibilitat en l'art. 15.1 CF, de la mateixa manera que s'inclou en l'art. 231-19.1 CCC. Els límits de la llibertat de pacte es troben en la protecció dels drets fonamentals dels subjectes implicats. Especials problemes sorgeixen quan en ús de l'autonomia de la voluntat dels cònjuges, s'inclouen en els capítols pactes de renúncia; aquests seran tractats més endavant.

El Codi civil català preveu també una subespècie de capítols, en l'art. 231-20 CCC, als quals denomina «pactes en previsió d'una ruptura matrimonial».

Aquests acords específics sobre els efectes de la futura ruptura poden formar part o no d'un capítol matrimonial; poden ser anteriors al matrimoni o atorgar-se constant matrimonialment; poden contenir exclusions de drets que sorgiran quan es produeixi la ruptura (art. 231-20.3, 232-7 i 233-16 CCC), que són objecte d'un especial tractament legal pel que fa a la informació prèvia que ha de ser facilitada pel notari atorgant i que, en qualsevol cas, podran ser declarats ineficaces si sobrevenen circumstàncies rellevants que «no es van preveure ni podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar» (art. 231-20.6).

Però com es ben sabut, la reforma del Codi civil de 1981, introduint el divorci com a forma de dissolució del matrimoni, va preveure la possibilitat de la concurrència d'acord i per això es va imposar que, en aquest cas, s'havia d'atorgar un conveni regulador (art. 90 CC). Els articles 233-1 y 233-2 CCC no regulen el conveni, però sí estableixen el seu contingut. Els autors que van analitzar en el seu moment la legislació de 1981 i els que ho fan respecte del Codi civil català posen de relleu la importància que s'atorga legalment a l'autonomia de la voluntat, en permetre que els cònjuges en crisi regulin els efectes de la ruptura. Ara bé, sempre he considerat que aquesta lloança a l'autonomia en la situació de crisi és més un desideràtum que una realitat, perquè han de ser els jutges els que homologaran el conveni regulador, d'acord amb els arts. 90 CC i 233-3 CCC i seguint el procediment de l'art. 777 LEC. I el mateix passarà quan s'hagin de fer efectius els pactes continguts en capítols matrimonials o en documents atorgats en ocasió de la ruptura, fonamentalment, per evitar el perjudici als fills menors que no són part d'aquests convenis, per bé que els afecten directament. És cert que en el conveni regulador, el particulars exerceixen la seva autonomia, però el pacte està condicionat pels principis d'igualtat i no perjudici i per aquesta raó és obligatòria la intervenció del jutge. En realitat, els cònjuges poden regular com creguin més convenient allò que sigui contingut necessari de conveni regulador (art. 233-2 CCC), però no poden deixar de pactar sobre aquells aspectes considerats necessaris des del punt de vista legal, si concorren les circumstàncies previstes, com tenir fills menors, fixar les regles per a l'ús de l'habitatge familiar, etc.

El panorama dels pactes matrimonials no ha acabat aquí, perquè els cònjuges poden haver acordat determinades conseqüències de la seva ruptura en documents privats. Aquesta problemàtica va posar-se de relleu quan, en una sentència de 26 gener 1993, el Tribunal Suprem va acceptar la validesa d'aquest tipus de pactes, dient que «la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes». La sentència on de forma més directa s'admet la validesa dels pactes entre consorts és la 235/1997, de 22 de abril. Es tractava d'uns cònjuges catalans, casats en règim de separació de béns, que van celebrar un conveni de separació matrimonial. El TS va declarar que el conveni en qüestió era diferent del regulador de l'art. 90 CC, llavors vigent a Catalunya, però que es tractava d'un negoció jurídic de derecho de familia» que «es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes». «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».

Altres sentències han aplicat la doctrina anterior que està perfectament consolidada.

Possiblement sigui aquesta la raó de l'art 233-5 CCC, que regula els que nomena «Pactes fora de conveni regulador». Declara vinculants aquests acords per a les parts atorgants, i permet acumular a l'acció de divorci, separació o nul·litat la demanda de la seva efectivitat i demanar que s'incorporin a la sentència. Aquests contractes que continuen essent absolutament atípics en el sistema general de la regulació de les conseqüències de la ruptura matrimonial en el Codi civil, s'han convertit en típics en el Dret català en virtut de la regulació continguda en l'art. 233-5 CCC. Poden incloure, evidentment, pactes obtinguts per mitjà de la mediació familiar, d'acord amb el que disposa l'art. 233-6.5 CCC.

Aquest panorama dóna a entendre que la llei respecta l'autonomia de la voluntat dels cònjuges oferint-los diverses vies per a l'enteniment.

## 2. EL CLEAN BREAKDOWN

El nou sistema familiar introduït en el llibre segon fomenta l'exercici de l'autonomia de la voluntat. Molt probablement, on aquesta tendència es manifesti d'una manera més clara sigui en la liquidació del règim econòmic matrimonial. El lector em pot acusar en aquest moment d'utòpica: com es pot dir que existeix autonomia si el Dret català ha modificat el règim per introduir una compensació en el de separació de béns, que, a més, acull regles semblants a les del règim de participació per procedir a la liquidació? Aquesta objecció no és certa del tot i cal, per tant, examinar els arguments que em porten a mantenir el que he dit fins ara respecte a l'autonomia de la voluntat.

- El primer argument és conegut: l'art. 231-10.1 CCC estableix que «el règim econòmic matrimonial és el convingut en capítols matrimonials», afegint el segon paràgraf que si no hi ha pacte o és ineficaç, «el règim econòmic és el de separació de béns», que d'acord amb el que disposarà a continuació l'art. 232-5.1 CCC, inclou una compensació econòmica en aquells casos en què un cònjuge hagi treballat per a la casa substancialment més que l'altre i quan un cònjuge s'hagi dedicat a treballar per l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient (art. 232-5.2 CCC).

Per bé que partint de la inexistència de règim econòmic, també les parelles que estableixen una convivència estable poden regular com els convingui les seves relacions, s'entén econòmiques, durant la convivència (art. 234-3.1 CCC).

- El segon argument ha estat ja posat de relleu en l'anterior apartat: produïda la crisi, tant els cònjuges (art. 231-19.1 i 231-20.1 CCC), com els convivents estables (arts. 234-5 i 234-6 CCC) poden pactar el que creguin més convenient per liquidar les seves relacions econòmiques.
- El tercer argument es refereix als pactes de renúncia prèvia a drets que solament apareixen quan es produeix la situació de crisi: la reclamació de la compensació per raó de treball i les prestacions compensatòries.

La renúncia prèvia a la prestació compensatòria està prevista a l'art. 233-16.1 CCC, que estableix que «en previsió de ruptura matrimonial, hom pot pactar sobre la modalitat, la quantia, la durada i l'extinció de la prestació compensatòria», d'acord amb el que s'estableix a l'art. 231-20 CCC respecte als pactes en previsió d'una ruptura matrimonial. El segon paràgraf diu que els pactes no incorporats a un conveni no seran eficaços «en allò que comprometin la possibilitat d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge creditor», en un acostament de la prestació compensatòria al dret d'aliments. Deixant de banda aquesta qüestió, cal dir que d'acord amb el principi dispositiu, la renúncia prèvia és vàlida si: i) es realitza d'acord amb el que disposa l'art. 231-20 CCC en relació als pactes en previsió d'una ruptura; ii) per a la seva validesa no cal que s'efectuï en conveni regulador, i iii) quan s'ha produït un canvi de les circumstàncies concurrents en el moment de la renúncia que impedeixin al renunciant atendre les seves necessitats bàsiques, es produirà una ineficàcia crec que parcial, de la dita renúncia.

- En virtut d'aquesta autonomia, i resolent un problema plantejat per la doctrina relatiu a la regulació de la compensació econòmica per raó de treball, l'art. 232-7 CCC permet que «en previsió d'una ruptura matrimonial o de dissolució del matrimoni per mort, hom pot pactar l'increment, la reducció o l'exclusió» de dita compensació. Sempre he mantingut la validesa d'aquesta exclusió, que, en definitiva, suposa un pacte sobre el règim econòmic, que passa a ser de separació absoluta de béns quan s'ha produït la renúncia. L'acceptació per la llei d'aquest pacte es sotmet a allò establert a l'art. 231-20 CCC, relatiu als pactes en previsió d'una ruptura, que en l'art. 232-7 CCC s'amplia per tal d'incloure la resolució per causa de mort.

Les mateixes regles s'apliquen a l'extinció de les relacions econòmiques com a conseqüència de la dissolució de la parella estable, segons disposen els arts. 234-9.2 i 234-10.2 CCC. En aquest darrer supòsit, l'art. 234-10.2 CCC diu que els pactes de renúncia a la prestació alimentària «no són eficaços en allò que comprometin la possibilitat d'atendre les necessitats bàsiques del convivent que té dret a demanar». El Codi català caracteritza aquesta pensió com clarament alimentària, a diferència de la prestació compensatòria, que és clarament compensadora.

- Finalment, una manifestació de la protecció de l'autonomia de la voluntat dels cònjuges en les situacions de crisi, es troba en l'admissió de la validesa dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial atorgats fora del conveni regulador, d'acord amb el que s'estableix a l'art. 233-5 CCC, als quals ja he al·ludit abans.



### 3. L'ORGANITZACIÓ DE LES RELACIONS PARENTALS: EL PLA DE PARENTALITAT

No és per casualitat que la secció segona del capítol tercer del títol III del llibre segon del Codi civil de Catalunya, que ara és objecte del nostre estudi, porti com a títol «Cura dels fills», partint d'una regla habitual en els ordenaments veïns, però absolutament innovadora i avançada en l'ordenament jurídic espanyol: el tractament de la relació dels pares amb els fills sobre la base de la «responsabilitat», no en el sentit de «facultat», com és habitual entendre la pàtria potestat en el Codi civil. Aquest és el plantejament del Llibre II, tal com s'exposa a continuació.

El més important de la regulació catalana és la introducció del que la llei nomena «pla de parentalitat». Aquest ha de constar en el conveni regulador (art. 233-2.2 a) CCC). El tants cops citat preàmbul de la llei 15/2010 expressa els objectius de la figura que determina una nova forma d'afrontar la regulació de les relacions parentals. Assenyalava el citat text: i) que s'abandona el principi d'acord amb el qual la ruptura de la convivència entre els progenitors hagi de significar que, de manera automàtica, el fill hagi de ser apartat d'un dels progenitors per encomanar-lo a l'altre; el preàmbul parla de «coparentalitat» com a forma de protegir millor l'interès del fill que té dret a continuar mantenint la relació amb els dos progenitors, i ii) que qualsevol proposta dels progenitors sobre la solució que creguin més convenient adoptar en relació als seus fills com a conseqüència de la ruptura matrimonial o de la relació de parella, s'ha d'incorporar al «pla de parentalitat», que es descriu en el mateix preàmbul com «un instrument per concretar la forma en què ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, on es detallen els compromisos que s'assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills». El pla de parentalitat no és una nova forma de guarda i custòdia dels menors, sinó únicament l'acord sobre el seu exercici. La doctrina catalana considera que el pla de parentalitat és un efecte del canvi de concepte referit a la guarda i custòdia, que es transforma per passar a la responsabilitat parental, com ja he dit abans. Es diu que el sistema instaurat en el Codi civil català s'assembla a les nines russes, perquè la responsabilitat parental (titularitat)/la potestat (exercici)/la guarda, van encapsulades unes dins les altres, de tal manera que cada un d'aquests conceptes engloba el següent.

Al meu parer, el més important de la nova legislació catalana respecte a la guarda i custòdia dels fills no és el pla de parentalitat, per bé que és el que ha estat objecte de més discussions. Ja he dit abans que les noves institucions pertorben el panorama jurídic, perquè obliguen a reconstruir determinats conceptes i formes d'actuar. El pla de parentalitat és solament un instrument sobre la forma com s'haurà de posar en pràctica la responsabilitat parental, que segueix existint malgrat la ruptura. El que resulta més destacable és el concepte que s'introdueix legalment i relatiu a la naturalesa de la relació entre pares i fills menors. Coincideix amb les propostes d'autors anglosaxons referents a la continuïtat de la família intacta, encara que el matrimoni originari o la relació de parella entre els progenitors hagi desaparegut.

En definitiva, el sistema català de distribució de l'exercici de les responsabilitats parentals permet tres opcions: i) l'acord dels progenitors, que

el jutge pot o no aprovar; ii) l'atribució conjunta de la guarda i custòdia pel jutge encara que no hi hagi acord o no s'hagi aprovat, i iii) exercici individual, quan així convingui a l'interès del fill (art. 233-10 CCC). S'ha criticat que, a diferència del que s'ha decidit en altres legislacions autonòmiques, el Codi català no hagi prioritzat expressament la guarda i custòdia compartida. Però aquesta crítica significa un desconeixement important del que estableix la llei, perquè a la meua manera d'entendre, la regla específica que el pla de parentalitat ha de ser complert per ambdós progenitors i no solament per aquell que conviu amb els fills menors i inclou la guarda compartida, que s'ha d'entendre de forma molt diferent a com fins ara ha estat considerada, superant l'estricta problema de la convivència dels fills amb un dels progenitors, lligat això a l'atribució de l'habitatge conjugal. El pla de parentalitat és una nova forma d'estructurar aquestes relacions, que minimitza el problema de l'exclusivitat o no de la guarda. En interès del menor, no es tracta de discutir qui té o no la relació més habitual amb els fills, sinó com es distribueixen les tasques de guarda i cura i el pla permet un control més acurat del compliment de les respectives obligacions.

#### IV. A TALL DE CONCLUSIÓ: AUTONOMIA DE LA VOLUNTAT EN EL NOU DRET DE FAMÍLIA

Una de les característiques principals del dret de família en la seva aplicació a la situació d'heterogeneïtat del fet familiar és el reconeixement de l'autonomia de la voluntat dels implicats. L'autonomia és un efecte d'un sistema jurídic els principis del qual es troben fonamentats en el reconeixement dels drets dels ciutadans. Certament, les diferents explicacions filosòfiques explicatives dels fonaments del Dret de família reconeixen la validesa dels negocis jurídics entre cònjuges, però estem parlant precisament d'una autonomia limitada per la necessitat de concurrència de la forma, és a dir, que no hi ha, segons els autors tradicionals, llibertat en la fixació de la forma a partir de la qual l'ordenament jurídic determinarà què és una família. Contret el matrimoni, es poden produir determinats negocis jurídics, però la concurrència de forma, serà un pas previ indispensable.

El dret modern, però, parteix d'un principi diferent pel que fa al requeriment de concurrència de la forma per reconèixer que un determinat grup constitueix una família, com demostra de forma palpable el Llibre II, que, en proclamar l'heterogeneïtat del fet familiar, admet que determinades situacions al marge del matrimoni, tenen la consideració legal de *família*. I a partir d'aquí, tenen lloc dues conseqüències: i) la reducció de la importància de la forma a nivell de constitució del grup familiar; d'aquesta manera, hi haurà família en aquells supòsits en què no s'hagi utilitzat la matrimonial per voluntat dels components inicials del grup i això, amb independència dels efectes que l'ordenament jurídic atribueixi a aquests grups, perquè també cal dir que el legislador no està obligat a reconèixer-los els mateixos efectes jurídics; ii) admesa la concurrència de l'autonomia de la voluntat a l'inici de la formació del grup familiar, s'ha de donar un pas més: els seus membres

poden regular les seves relacions en la forma que pensin és més adequada pels seus interessos i per això, s'admeten els capítols matrimonials, els pactes de qualsevol tipus entre cònjuges i els pactes entre convivents (art. 234-3.1 CCC) tot això, es clar, amb els límits fixats legalment; iii) en les situacions de crisis matrimonials i de crisis de la convivència estable, s'admeten també les convencions entre els cònjuges o convivents, tal com ja s'ha vist.

I això succeeix en el dret català perquè el Llibre II ha admès què el dret que ha de regular les noves situacions familiars es fonamenta en dos pilars: El primer, que la regulació de les relacions familiars s'ha de fer sobre la base del reconeixement dels drets, sense partir de les situacions de poder. I això, perquè es tracta de relacions entre iguals i s'aplica el principi d'igualtat. En aplicació, per tant, d'aquest principi, es facilita el pacte. El segon, que l'ordenament jurídic ha de establir mecanismes per protegir els membres de les famílies que es puguin trobar en situacions que requereixen una especial consideració, tal com estableixen els arts. 39 CE i 40 EAC. En aquest aspecte, l'autonomia de la voluntat és menys remarcable, perquè el principi del qual es parteix és el de protecció i en aquest sentit es troben les institucions protectores de la persona, a partir de la Convenció de NU sobre drets de l'infant, de 1989 i la Convenció Internacional del Dret de les Persones amb discapacitat, de 2006. L'ordenament jurídic català presenta una especial preocupació per la protecció d'aquests col·lectius quan es produeix una crisi de la convivència; no vull parlar aquí, però, de les regles generals sobre aquesta qüestió, que no escauen en aquest treball. Em centraré en dos aspectes que tenen lloc, es vulgui o no, quan la convivència desapareix; em refereixo, per una banda, a la liquidació de les relacions econòmiques entre els antics cònjuges o convivents, i, per altra, a la necessitat de continuar les relacions parentals. Aquestes qüestions han estat ja objecte de comentari en les pàgines precedents, a les que em remeto.

El Codi civil de Catalunya es col·loca entre els Codis de nova generació que parteixen de la consideració dels individus com a subjectes de drets que s'han de fer efectius també en les relacions familiars. D'acord amb aquests principis, la família no és una finalitat en ella mateixa, sinó un instrument per obtenir els objectius que l'ordenament jurídic es proposa, que en el nostre cas, estan clarament continguts a l'art. 40 EAC. Segons diu el preàmbul de la llei 25/2010, que promulga el llibre segon del Codi civil català, «la família és, en efecte, el referent essencial dels ciutadans i un dels pocs que suscita l'adhesió de tothom». Les tècniques emprades per a la seva regulació en el Dret civil català indiquen que es pretén assolir un nivell de llibertat compatible amb la protecció dels drets. És a dir, un programa jurídic-polític clar i contundent.

## INDICACIÓ BIBLIOGRÀFICA

No he volgut en aquest treball, transcripció en realitat de la conferència de clausura de les Jornades de Tossa 2012, introduir cites dels autors que he utilitzat per a la seva redacció. Ara bé, qualsevol escriptor honest ha de donar notícia de les fonts en què ha basat les seves argumentacions. He utilitzat les obres generals ja clàssiques de Diez Picazo, *Família y Derecho*, Civitas, Madrid,

1984 i Rivero Hernández. *El interés del menor*. 2<sup>a</sup> ed. Dykinson, Madrid, 2007. A més de les meves pròpies obres, *Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 1999 i *Libertad y Familia. La autonomía de la voluntad de cónyuges y progenitores en las situaciones de crisis matrimonial*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Madrid, 2012.

M'han interessat també i estan reflectides en aquesta obra, els treballs de Lauroba Lacasa, «Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código civil catalán». *Revista Jurídica de Catalunya*, n<sup>o</sup> 22, pp. 314-344; els comentaris al Codi civil de Catalunya coordinats per Pascual Ortuño, *Persona y Familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*. Editorial Sepin, Madrid, 2011 i l'obra col·lectiva coordinada per Barrada Orellana, Garrido Melero y Nasarre Aznar, *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*. Universitat Rovira i Virgili; Congrés de Dret civil català, Tarragona i Col·legi de Notaris de Catalunya. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2011, especialment, els articles de Rivero Hernández (pp. 35-74) i Navas Navarro (pp. 617-686).

De totes les maneres, els plantejaments i moltes de les conclusions a què s'arriba en aquest treball són tributaris de les idees de Eekelaar, *Family Life and Personal Life*. Oxford University Press, Oxford 2006 i Parkinson. *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*. Cambridge University Press. New York, 2011.

## COMUNICACIONES



# La guarda compartida en la jurisprudencia catalana: concepto y terminología

REYES BARRADA ORELLANA  
 Professora de la Facultat de Ciències Jurídiques  
 Universitat Rovira i Virgili

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. 1. La guarda en las situaciones de falta de convivència. 2. La naturaleza preferente del modelo de guarda compartida. II. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA. 1. En la jurisprudencia. 2. En el CCC. 3. A la búsqueda de la terminología ajustada

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

### 1. LA GUARDA EN LAS SITUACIONES DE FALTA DE CONVIVÈNCIA

La guarda es una de las funciones que se integran en el contenido de la potestad parental (art. 236-17.1 CCC), como efecto de la filiación (235-2.2 CCC).

Guardar significa tener a cargo y, referido a los hijos, significa cuidarlos, vigilarlos y custodiarlos directamente. Habitualmente, cuando los progenitores mantienen una convivencia, la guarda sobre sus hijos menores la ejercen ambos conjuntamente, de forma inmediata. Así, según el artículo 236-8. 1 CCC, los progenitores ejercen la potestad sobre sus hijos de forma conjunta, excepto que acuerden otra modalidad de ejercicio (cfr. art. 236-9 CCC) o que las leyes o la autoridad judicial la dispongan de otra forma (cfr. arts. 236-10, 236-13 y 236-20 CCC).

Pero cuando la convivencia entre los progenitores no existe, porque nunca han convivido, se separan, divorcian, o disuelven su pareja estable, la guarda de sus hijos menores necesariamente se ha de modalizar, ya que en esa circunstancia no es posible que ambos la ejerzan de forma inmediata, dado que no podrán tener a sus hijos en su compañía de forma continuada. En esos supuestos de falta de convivencia entre los progenitores resulta necesario fijar el modelo de guarda que en cada caso resulte apropiado y su régimen o, lo que es lo mismo, cómo va a ejercerse la función de guarda por los progenitores a través de la fijación de sus respectivas responsabilidades y los periodos temporales en que cada uno va a tener consigo a sus hijos menores.<sup>1</sup>

1 SAPG 19-octubre-2011 (JUR 2011, 412121), FD 3º: «es indudable que esa nueva situación precisa de una adaptación de tal función, pues al vivir los padres separados, ya no podrán tener a sus hijos de forma continuada, ni establecer de una forma diaria las pautas educativas, por ello debe buscarse un sistema adecuado, en atención a las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta lo más beneficioso para el hijo, el sistema más adecuado de estancias».

## 2. LA NATURALEZA PREFERENTE DEL MODELO DE GUARDA COMPARTIDA

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia,<sup>2</sup> en aplicación del principio constitucional de igualdad jurídica entre los cónyuges (art. 32.1 CE), del principio de no discriminación por razón de filiación (art. 39.2 CE) y del principio del interés superior del menor, que recoge y refuerza, introduce una serie de criterios para perfilar lo más ajustadamente posible ese interés en cualquiera de las situaciones que puedan afectar a una persona durante su minoría de edad.

De forma específica, el CCC atiende al interés del menor en el desarrollo de la potestad parental y, dentro de ésta, fija especialmente la atención en el ejercicio de las responsabilidades parentales sobre los hijos menores en los supuestos de falta de convivencia de sus progenitores. En estos supuestos de falta de convivencia, en los que, como se ha dicho, la guarda de los hijos menores no puede ser ejercida de forma inmediata por ambos progenitores a la vez, el beneficio de los menores se procura a través del establecimiento de una serie de criterios cuya finalidad se encuentra en propiciar la determinación de las medidas necesarias y suficientes que permitan adaptar el ejercicio de las responsabilidades parentales a las particulares circunstancias del caso concreto, a las particulares necesidades del hijo menor, especialmente a través del establecimiento del modelo de guarda que se considere más adecuado.

El CCC estima como modelo preferente el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales, en particular de la función de guarda. Se parte del régimen de igualdad de derechos y deberes entre los progenitores, cuyas responsabilidades respecto de sus hijos menores no se alteran cualquiera que sea la relación que exista entre ellos (art. 333-8. 1, 234-7 y 235-2. 2 CCC), y se reconoce que el beneficio de los hijos menores se encuentra en el mantenimiento en todo caso de las relaciones con sus progenitores, en condiciones de estabilidad e igualdad (Preámbulo III, c) Ley 25/2010). En otras palabras, se entiende, acertadamente a mi juicio, que la ausencia de convivencia entre los progenitores no ha de suponer necesariamente un reparto desequilibrado de las responsabilidades parentales, que redunde en una relación más intensa de hijo con uno de sus progenitores en detrimento de la relación con el otro que, de esta manera, puede perder importancia como figura de esencial referente para su hijo. No obstante, la clara preferencia por el modelo de guarda compartida que el CCC establece no significa que, en la práctica, éste sea el modelo que siempre deba prevalecer, sino que su adecuado establecimiento vendrá dado en función de las circunstancias de cada caso y del concreto interés del menor.

Precisamente para dilucidar el modelo de guarda, el régimen y la forma de ejercicio que en cada caso resulte conveniente establecer, el artículo 233-11 CCC proporciona una serie de criterios a tener en cuenta de forma conjunta, además de las propuestas decididas por los progenitores presentadas en el plan de parentalidad (art. 233-9 CCC) siempre que las mismas no resulten perjudiciales para los hijos menores.

---

2 DOGC núm. 5686, de 5 de agosto.



Los criterios actualmente contenidos en el artículo 233-11 CCC no han sido producto de una «elaboración espontánea» por parte de nuestro legislador, acuñados como fruto de una simple aproximación o de una previsión intuitiva, sino que son resultado del análisis de la realidad que en los últimos años ha ido resolviéndose por la vía jurisprudencial, a partir de los diferentes fundamentos de hecho que se han ido planteando y de la aplicación a los mismos de los diferentes principios y mandatos al respecto contenidos en textos tanto autonómicos<sup>3</sup> o nacionales<sup>4</sup> como internacionales,<sup>5</sup> todo ello teniendo presente la importante evolución que las relaciones familiares y sus dinámicas han experimentado en estos últimos años y la necesaria adaptación de las reglas a los cambios de circunstancias.

## II. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

### 1 EN LA JURISPRUDENCIA

Los jueces y tribunales no suelen dar un concepto de lo que deba entenderse por guarda compartida o por guarda individual o exclusiva. En la mayoría de ocasiones se limitan a establecer el régimen de guarda que consideran apropiado para un caso determinado, según sus particulares circunstancias, sin detenerse en el análisis de sus elementos esenciales, características y efectos en general.

Por otra parte, la situación en que la guarda es atribuida a ambos progenitores no siempre se identifica con el mismo término, sino que suelen utilizarse diferentes expresiones, aunque todas pretendan referirse a un

---

3 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (de Cataluña); Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que deroga las Leyes 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores y desamparados y de la adopción, 8/1995, de 27 de julio de atención y protección de los niños y de los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, i de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social.

4 Constitución Española de 1978, Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, especialmente por su nueva reacción del artículo 92.

5 Destacando como relevantes a estos efectos la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959; la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio), documentos internacionales que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE. También el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, de aplicación en España desde el 1 de marzo del 2005; y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2011.

mismo concepto. En este sentido se puede apreciar la utilización indistinta de expresiones como «guarda y custodia compartida»,<sup>6</sup> «guarda compartida»<sup>7</sup> o «custodia compartida»,<sup>8</sup> De otra parte, en ocasiones y en un mismo documento, para referirse a una misma situación de guarda compartida se emplean términos diferentes, unos de contenido idéntico<sup>9</sup> pero otros con significados diferentes que muy bien pueden aplicarse a modelos o situaciones también diferentes. En este último sentido, la asimilación más frecuente se hace entre los adjetivos «compartida» y «conjunta»<sup>10</sup> referidos a la guarda, probablemente por la influencia del artículo 92 CC que emplea de forma indistinta las

- 
- 6 SSTSJC 26-junio-2011 (RJ 2011, 6106); 8-marzo-2010 (RJ 2010,4018); AATSJC 11-abril-2011 (RJ 2011, 3064), FJ 3º, II); 28-octubre-2010 (RJ 2011, 2600), FD 3º; 5-julio-2010 (RJ 2010, 5261), FD 4º C); 26-febrero-2007 (RJ 2007, 5294), FD 2º del Motivo de casación; SSAPB 24-noviembre- 2010 (JUR 2011, 79470); 28-septiembre-2010 (JUR 2010, 374498); 24-noviembre-2009 (JUR 2010, 43746); 16-julio-2009 (JUR 2010, 493133); 25-junio-2009 (JUR 2009, 493509); 19-febrero-2009 (JUR 2009, 387468); 22-octubre-2008 (JUR 2009, 35824); 24-julio-2008 (JUR 2008, 314120), FD 2; 9-octubre-2006 (JUR 2007, 140591), FD 3º; 27-julio-2006 (JUR 2007, 124388), FD 2º; 9-junio-2006 (JUR 2007, 11078), FD 1º y 2º; 10-marzo-2005 (JUR 2005, 116227), FD 1 y 2º; 10-febrero-2005 (JUR 2005, 80554), FD 2º; 8-junio-2000 (JUR 2000, 293070), FD 1º; SSAPG 10-diciembre-2009 (JUR 2010, 85510); 29-ener-2007 (JUR 2007, 250697), FD 3º; 9-febrero-2000 (JUR 2000, 184), FD 2º; SAPLL 2-julio-2007 (JUR 2007, 292596), FD 1º, 1; 10-octubre-2006 (JUR 2008, 710441), FD 3º; 14-enero-2002 (JUR 2002, 75977), FD 1º; 21-diciembre-2001 (JUR 2002, 47621), FD 1º; 26-junio-2001 (JUR 2001, 119905), FD 2º; AAPLL 30-junio-2004 (JUR 2004,219740), FD 2º; SSAPT 8-abril-2010 (JUR 2010, 243241); 22-junio-2000 (JUR 2000, 283953), FD 1º.
- 7 SAPB 22-diciembre-2012 (JUR 2012, 21748), FD 2º
- 8 STSJC 16-diciembre-2011(RJ 2012, 2766), FD 3º, 4; ATJSJC 21-noviembre-2011 (RJ 2012, 2251), FD 1º; 31-julio-2009 (RJ 2009, 454684) FD 2º; SSAPB 10-noviembre- 2010 (JUR 2011, 80978); 28-julio-2009 (JUR 2009, 492865); 12-enero-2007 (JUR 2007, 178637), FD 1º y 2º; 11-octubre-2007 (JUR 2007, 134236), FD 2º; SAPLL 11-marzo-2011 (JUR 2012, 179965), FD 3º; 29-noviembre-2010 (JUR 2011, 89687), FD 2º; 26-julio-2007 (JUR 2007, 292337), FD 1º; 18-abril-2002 (JUR 2002, 157788), FD 1º; SAPT 16-diciembre-2011 (JUR 2012, 25107), FD 4º.
- 9 «Guarda y custodia compartida» y «custodia compartida»: SSTSJC 20-diciembre-2010 (RJ 2011, 1320), FD 1º y 3º, 2, b); 25-junio-2009 (RJ 2010, 2369) FD 2º, 3 y 4; SSAPB 21-diciembre 2009 (JUR 2010, 84447); 2-octubre-2008 (JUR 2008, 39061), FD 3º; 25-abril-2008 (JUR 2008, 178328), FD 2; 13-febrero-2007 (JUR 2007, 204890), FD 4º; 7-noviembre-2006 (JUR 2007, 113747), FD 3º; SSAPG 3-noviembre-2006 (JUR 2007, 105329); 20-octubre-2004 (JUR 2004, 309987), FD 1º; SSAPLL 21-diciembre-2011 (JUR 2012, 115685); 30-noviembre-2011 (JUR 2012, 26708), FD 1º; 11-noviembre-2009 (JUR 2010, 51066), FD 4º; 24-abril-2009 (JUR 2009, 393391), FD 2º; 23-enero-2006 (JUR 2006, 90003), FD 2º. «Guarda compartida» y «custodia compartida»: SAPB 18-marzo-2011 (JUR 2011, 201836), FD 1º y 2º; SSAPLL 5-enero-2012 (JUR 2012, 103579); 19-mayo-2011 (JUR 2011, 258332), FD 1º; 13-abril-2011 (JUR 2011, 198802), FD 2º; 20-octubre-2010 (JUR 2010, 383130), FD 1º; 13-mayo-2009 (JUR 2009, 392821), FD 1º y 2º; «Guarda y custodia compartida» y «guarda compartida»: SAPLL 22-abril-2008 (JUR 2008, 178727), FD 2º. «Custodia compartida», «guarda compartida» y «guarda y custodia compartida»: SAPB 20-febrero-2007 (JUR 2007, 101427), FD 3º; SAPG 13-octubre-2009 (JUR 2010, 205); SSAPLL 25-julio-2005 (JUR 2006, 213802); 12-noviembre-2008 (JUR 2009, 75295), FD 1 y 2º; 6-noviembre-2007 (JUR 2008, 40243), FD 4º; SAPT 2-marzo-2007 (JUR 2007, 32331), FD 2º, II.
- 10 SSTSJC 16-junio-2011 (RJ 2011, 6106), FD 8º; 8-marzo-2010 (RJ 2010, 4018), FD 2º, 4.- c); 31/2008, de 5 de septiembre (RJ 2009, 1449) FD 3º, 4); 31-julio-2008 (RJ 2009,643); AATSJC 27-septiembre-2010 (RJ 2011,119), FD 2º, 1; SSAPB 13-diciembre-2012 (JUR 2012, 22816); 10-noviembre-2011 (JUR 2012, 26267), FD 2º y 3º; 12-diciembre-2011 (JUR 2012, 23659), FD 1º y 2º; 24-mayo-2011 (JUR 2011, 293241), FD 1º y 2º; 22-octubre-2008 (JUR 2009, 35824), FD 2º; SSAPG 19-octubre-2011 (JUR 2011, 412121), FD 4º y 5º; 11-mayo-2011 (JUR 2011, 294161); SAPLL 10-marzo-2011 (JUR 2011, 180158).

expresiones «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (art. 92.5), «guarda y custodia compartida» (art. 82.8) y «guarda conjunta» (art. 92. 5 y 7),<sup>11</sup> pero también se encuentran otras expresiones menos utilizadas para referirse a la guarda compartida, como es la de «tenencia compartida»,<sup>12</sup> o utilizadas de manera confusa en su contexto, como las de «corresponsabilidad parental»,<sup>13</sup> la de «coparentalidad»<sup>14</sup> o la de «ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales».<sup>15</sup> Estas últimas expresiones resultan confusas porque se identifican con la globalidad de las responsabilidades parentales, que siempre se comparten, mientras que es la guarda la que, aún siendo siempre compartida como se justifica más adelante, puede configurarse como individual o compartida en sus modalidades más generales.

Además, en ocasiones, los jueces y tribunales aluden a la existencia de diferentes modelos de guarda compartida, simplemente nombrándolos pero sin establecer las diferencias existentes entre los mismos que permitan identificarlos. Así, se ha indicado que «bajo la denominación equívoca de custodia «compartida», pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores.»<sup>16</sup> Aunque del sentido de los distintos adjetivos sea posible establecer sus respectivas diferencias, algunas excesivamente sutiles, convendría señalarlas en favor del principio de seguridad jurídica.

En otros casos, simplemente se emplean diferentes expresiones, sin indicar si se refieren a una misma situación o modelo, o a situaciones o modelos diferentes, como cuando se alude al «sistema de custodia compartida, conjunta o rotatoria»,<sup>17</sup> sin más especificación.

También se ha empleado una serie de adjetivos que, si bien pueden tener un sentido en el contexto en el que se integran, crean confusión si comparamos la utilización que se hace de los mismos —o de alguno de ellos— en otros documentos. Así, en una misma sentencia se habla de guarda y custodia compartida, de ejercicio conjunto o cumulativo, y de ejercicio alterno: «la

---

11 El CCC también utiliza distinta terminología: el Preámbulo de la Ley 25/2010 se refiere indistintamente al «carácter compartido» y al «carácter conjunto» de las responsabilidades parentales; el artículo 233-8.1 dispone que las responsabilidades parentales «mantienen el carácter compartido y, en la medida que sea posible, se han de ejercer conjuntamente»; el artículo 233-10. 2 alude al «carácter conjunto de las responsabilidades parentales»; los artículos 233-20. 3. a), y 234-8. 2. b) se refieren a la guarda «compartida o distribuida»; el artículo 236-8 lleva como título «Ejercicio conjunto de la potestad parental»; el artículo 236-12. 1 se refiere al «ejercicio de la potestad parental» «distribuido», y la Disposición Adicional Sexta. 3 alude a la guarda «compartida».

12 SAPG 25-febrero-2001 (JUR 2001, 1827).

13 STSJC 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 1º, 4.

14 SAPB 14-diciembre-2012 (JUR 2012, 21752), FD 1º.

15 SAPB 13-diciembre-2012 (JUR 2012, 22816), FD 2º.

16 SSTSJC 16-diciembre-2011 (RJ 2012, 2766), FD 3º, 4; 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 3º; 5-septiembre-2008 (RJ 2009, 1449), FD 3º, 4; 31-julio-2008 (RJ 2009,643), FD 4; SAPB 10-noviembre-2011 (JUR 2012, 26267), FD 3º.

17 STSJC 31-julio-2008 (RJ 2009, 643), FD 6º.

guarda y custodia compartida es el instrumento más adecuado y eficaz para satisfacer el interés de los dos menores (...) ambos padres son igualmente capaces de asumir su cuidado (...), que cada uno de ellos está en condiciones de ejercer —ya que no conjuntamente, al menos cumulativamente, cada uno por su cuenta— sobre ellos una influencia beneficiosa (...) —si bien de forma alterna—<sup>18</sup>

En otras ocasiones, no solo se relacionan lo que se considera modelos diferentes de guarda compartida, sino que también se establecen sus diferencias, de manera más o menos acertada. Así, se afirma que «no tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, con la custodia por periodos repartidos, caso al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4/2001 de 15 de enero, puesto que el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir»;<sup>19</sup> o que «En realidad, lo que se propone por el padre al postular que cada semana permanezcan los menores bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, no constituye, propiamente hablando, una guarda y custodia compartida, sino una guarda y custodia alternativa».<sup>20</sup>

## 2. EN EL CCC

Por su parte, el CCC, en su Preámbulo III, c) sí establece una clara diferencia entre las responsabilidades parentales, o contenido de la potestad parental, y la guarda del menor. La coparentalidad o titularidad de la potestad parental la mantienen siempre ambos progenitores, excepto que exista privación (arts. 236-1, 236-6 CCC). Las responsabilidades parentales son los derechos/deberes que integran la potestad parental, que ambos progenitores titulares comparten siempre (art. 236-2 CCC), excepto que exista suspensión (arts. 236-5.2, 236-10 CCC), delegación de funciones (arts. 236-9, 236-11 CCC), imposibilidad ausencia o incapacidad para ejercerlas, o decisión judicial en este sentido (arts. 236-10, 236-13 CCC).

Según el Preámbulo de la Ley 25/2010 la coparentalidad en interés del hijo demanda el ejercicio de las responsabilidades compartidas. Pero, a mi juicio y en cierto sentido, en el mismo Preámbulo se identifica el conjunto de las responsabilidades parentales con la guarda, como vía directa de ejercicio de las mismas, al argumentar en que «Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo en continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores (...) Esto no impide, sin embargo, que la autoridad judicial haya de decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Es por esto que el libro segundo proporciona una serie de criterios que se han de ponderar conjuntamente para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda».

18 STSJC 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 2º, 3.

19 APB 13-febrero-2007 (JUR 2007, 204890), FD 4º.

20 SAPG 10-diciembre-2009 (JUR 2010, 85510), FD 2º.

Por otra parte, y tanto respecto a las responsabilidades parentales como a la guarda, el CCC se refiere indistintamente con los adjetivos «compartida», «distribuida» o «conjunta», cuando entre estos modelos pueden encontrarse algunas diferencias. Lo anterior se concreta en el Preámbulo de la Ley 25/2010, que se refiere indistintamente al «carácter compartido» y al «carácter conjunto» de las responsabilidades parentales; en el artículo 233-8.1, que dispone que las responsabilidades parentales «mantienen el carácter compartido y, en la medida que sea posible, se han de ejercer conjuntamente»; en el artículo 233-10. 2, que alude al «carácter conjunto de las responsabilidades parentales»; en los artículos 233-20. 3. a), y 234-8. 2. b), que se refieren a la guarda «compartida o distribuida»; en el artículo 236-8, que lleva como título «Ejercicio conjunto de la potestad parental»; en el artículo 236-12. 1, que se refiere al «ejercicio de la potestad parental» «distribuido», y en la Disposición Adicional Sexta. 3 de la Ley 25/2010, que alude a la guarda «compartida».

En cambio, el art. 233-1.1, a) CCC, sobre medidas provisionales, no se refiere a la guarda sino a «La determinación de la manera en que los hijos han de convivir con los padres y han de relacionarse con aquel de ellos con el que no esté conviviendo». La no utilización del término guarda para referirse a la situación contemplada no está justificada, aunque en ese momento procesal no se haya decidido todavía sobre cómo va a ejercerse en el futuro, dado que también en ese momento la función de guarda sigue siendo una responsabilidad que compete a ambos progenitores.

No obstante, el CCC no limita los posibles modelos de ejercicio de la guarda a la forma compartida, conjunta o distribuida, al margen de cuales sean sus respectivos contenidos y diferencias, sino que, por el contrario, admite cualquier modalidad, según el caso, siempre atendiendo al prevalente interés del menor. Así, el Preámbulo de la Ley 25/2010 declara que «Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismo y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura»; aspecto en el que se incide en el artículo 233-9. 2, a) del CCC, que obliga a los progenitores a concretar en las propuestas de plan de parentalidad las «reglas que permitan determinar a cuál de los progenitores corresponde la guarda en todo momento»; y en el artículo 233-11, cuyo título «Criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda» ya indica que pueden existir tantos modelos como situaciones.

En consecuencia, podría decirse que la expresión «guarda compartida», como opuesta a la de «guarda individual», es genérica y susceptible de integrar tantos modelos como formas diferentes de organización se crean convenientes. Esto es, la guarda compartida admite múltiples variaciones en su forma de ejercicio, casi tantas como supuestos, dado que es una función que necesariamente ha de adaptarse a la situación de hecho a la que en concreto se refiera, atendiendo al preferente interés de los hijos afectados por la misma. Ello no impide, sin embargo, que ante la similitud de ciertas situaciones puedan extraerse elementos comunes, que permitan agrupar o diferenciar con terminología propia algunas de las formas más habituales, algunos de los modelos de ejercicio de la guarda compartida.

### 3. A LA BÚSQUEDA DE LA TERMINOLOGÍA AJUSTADA

Como antes se ha indicado, los jueces y tribunales no suelen dar un concepto de lo que deba entenderse por guarda individual o por guarda compartida. Incluso, en muchas ocasiones, la guarda individual se ha identificado con el ejercicio casi absoluto del contenido de la potestad parental por parte de aquél en quien se estima. Tampoco el CCC nos da un concepto expreso de guarda compartida o conjunta, o distribuida, aunque su sentido y finalidad pueda fácilmente extraerse del conjunto de su regulación.

Son muy pocas las sentencias catalanas que aportan una definición de guarda compartida. Un concepto, quizás excesivamente amplio y no en todo exacto, es el que encontramos repetido en algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona: «La custodia compartida no es otra cosa que aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que, ambos progenitores están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos».<sup>21</sup> Esta definición no resulta del todo exacta, a mi juicio, en el sentido que la custodia de los progenitores es siempre compartida en tanto se mantenga en ambos la titularidad y el ejercicio de la potestad parental. Es decir, la guarda no sólo puede ser compartida por los progenitores cuando estos no conviven, o «tras la crisis de la relación de pareja», sino que también lo es durante la convivencia. Por otra parte, como ha sido reiteradamente establecido por la jurisprudencia,<sup>22</sup> el establecimiento de un régimen de guarda compartida no precisa la existencia de una «buena relación entre los progenitores»; lo que requiere es que, al margen de su relación personal, ambos sean capaces de compartir, en la forma que prefieran pero siempre en interés de menor, el ejercicio de las responsabilidades parentales, colaborando en todo aquello que resulte necesario para mantener la estabilidad del menor y su correcto desarrollo. Es decir, la «relación viable» a la que se refiere la sentencia que ahora se comenta ha de ser la que permita compartir de forma idónea la guarda, en beneficio del hijo, sea cual sea la relación que los progenitores mantengan entre sí al margen de esta finalidad.

Una aproximación, quizás algo escueta, es la que considera que «cuando se alude a la custodia compartida, nos estamos refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres, o sea, cuando se resuelve sobre la custodia, lo que se está decidiendo

21 SAPB 13-diciembre-2011 (JUR 2012, 22816), FD 3º; Igualmente, SSAPB 16-julio-2009 (JUR 2009, 493133), FD 2º; 13-febrero-2007 (JUR 2007, 204890), DF 4º; 12-enero-2007 (JUR 2007, 178637), DF 2º.

22 Entre otras muchas, SSTSJC 8-marzo-2010 (RJ 2010, 4018), FD 2º; 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 1º, 1; 25-junio-2009 (JUR 2010, 2369), FD. 2º. AATSJC 19-abril-2012 (RJ 2012,6135), FD 3º; 16-abril-2012 (JUR 2012, 256334), FD 3º; 27-septiembre-2012 (RJ 2011, 119), FD 2º; 11-abril-2011 (RJ 2011, 3964), FD 3º; SSAPB 14-febrero-2012 (JUR 2012, 118391), FD 3º; 14-diciembre-2011 (JUR 2012,21752) FD. 2º; SAPG 11-mayo-2011 (JUR2011, 294161), FD 5º; SAPLL 15-marzo-2012 (JUR 2012, 158304), FD. 22º; SAPT 3-mayo-2011 (JUR 2011, 177), FD. 4º.

es con que progenitor vivirá el niño en cada momento».<sup>23</sup> Es cierto que el establecimiento de la guarda compartida requiere la fijación de «los tiempos y estancias», los periodos o momentos en que cada progenitor va a tener consigo a sus hijos. Pero el establecimiento de la guarda compartida demanda, además, que se determine sus consecuencias, esto es, cómo han de ejercitarse la función de guarda así como el resto de las facultades contenidas en la potestad parental, por lo que no debe limitarse a decidir «con que progenitor vivirá el niño en cada momento».

En torno al concepto y la terminología de la guarda compartida resulta de sumo interés el razonamiento de la Audiencia Provincial de Girona.<sup>24</sup> La Audiencia destaca que «cuando el legislador y los tribunales se refieren a la guarda y custodia o a la guarda y custodia compartida, no indican las consecuencias que conlleva ello, y en toda la regulación de la patria potestad, la guarda y custodia no es más que un aspecto de aquella». Pone de relieve, también, que habitualmente, cuando a uno de los progenitores se le atribuye la guarda de su hijo se da a entender que en la práctica será ese progenitor quien ejercerá todas las funciones inherentes a la potestad, mientras que el otro progenitor quedará prácticamente «relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para su hijo». Se estima que lo anterior es completamente erróneo, dado que cuando ese progenitor «tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativas, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad». Con ello, lo que la Audiencia indica es que la guarda es siempre compartida, y lo es incluso en aquellos casos en los que se atribuya una llamada «guarda individual» a uno de los progenitores y se establezca un régimen de visitas respecto del otro.

Por lo anterior, la Audiencia de Girona considera que procede «la superación de tales conceptos y su sustitución por el término de guarda y custodia compartida, o incluso podría sin más suprimirse toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de periodos de permanencia o de guarda que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro». Añade que el cambio es conveniente y necesario, y que la terminología propuesta debe utilizarse de manera generalizada, en cualquier supuesto, dado que en realidad nunca existe una «guarda individual» en favor de uno de los progenitores y un simple «derecho de visitas» en favor del otro, aunque el tiempo de estancia con cada uno de los progenitores no sea igualitario, salvo en situaciones marginales de estancias muy restringidas con uno de los progenitores. Se entiende que «con ello también se evitarían las disputas durante el proceso sobre la atribución de la guarda y custodia». No obstante, la Audiencia reconoce que «siempre podrá

23 SAPB 20-febrero-2007 (JUR 2007, 101427), FD 3°.

24 SAPG 19-octubre-2011 (JUR 2011, 412121), FD 3°. Igualmente, SSAPG 16-febrero-2001 (JUR 2011, 145280), FD 3°; 26-mayo-2011 (JUR 2011, 292973); 12-junio-2012 (JUR2012, 261966), FD 2°; 20-junio-2012 (JUR 2012, 260836), FD 2°; 29-junio-2012 (AC 2012, 1356), FD 2°; 26-julio-2012 (JUR 2012, 290898); 20-marzo-2012 (JUR 2012, 151311) FD 2°; 6-noviembre-2012 (JUR 2013, 12645), FD 2°; 8-noviembre-2012 (JUR 2013, 12391), FD 2°; 26-noviembre-2012 (JUR 2013, 29549), FD 2°; 17-diciembre-2012 (JUR 2013, 34867), FD 3°.

hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente al otro en las decisiones que afectan a los hijos. En resumen, lo que la Audiencia entiende es que «la guarda debe ser compartida, pero, en el sentido de que esa guarda lo que significa es que ambos progenitores tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos, lo cual no significa o supone que los periodos de estancias que los padres deban tener con sus hijos sean igualitarias, sino que habrá de estarse a cada caso concreto y en atención a los criterios que el legislador establece y, lógicamente, a cualquier otro relevantes para el mejor bienestar del hijo».

De lo considerado hasta el momento se desprende, a mi juicio, que la utilización de las expresiones «guarda compartida» y «guarda individual» —o asimiladas en ambos casos— no se corresponde con el sentido que habitualmente se les ha dado, ni por parte de la jurisprudencia ni por parte del legislador.<sup>25</sup> Es decir, en la gran mayoría de supuestos no puede hablarse, en puridad, de guarda individual. Excepto en casos muy extremos o marginales, la guarda es siempre compartida por ambos progenitores, con independencia de que los periodos de permanencia de cada uno de ellos con sus hijos sean o no más o menos igualitarios, porque a ambos les corresponde el ejercicio de la potestad parental, en todo su contenido, y ambos son igualmente responsables.

Como consecuencia, si se considera conveniente mantener las expresiones «guarda compartida» o «guarda y custodia compartida» ha de hacerse con el conocimiento y el convencimiento de que se refieren al modelo de guarda que mejor preserva y garantiza la igualdad entre los progenitores respecto al ejercicio de las responsabilidades parentales en su conjunto, especialmente por lo que se refiere a la convivencia con sus hijos, pero teniendo en cuenta que la función de guarda es siempre compartida.

En definitiva, en la gran mayoría de supuestos, los progenitores no solo comparten la guarda de sus hijos menores mientras conviven, sino también cuando no conviven tras la nulidad del matrimonio, la separación judicial, el divorcio o la disolución de la pareja estable. Esta guarda compartida ha de adaptarse necesariamente a la concreta realidad familiar, por lo que, ante la falta de convivencia de los progenitores, deberá establecerse el régimen de ejercicio que en cada caso se considere más conveniente para el interés del menor, especialmente a través de la determinación de los periodos en los que a cada uno de los progenitores les corresponda tenerlos en su compañía. Y dado que en realidad la cuestión no estriba en determinar el carácter individual o compartido de la función de guarda, sino el régimen de permanencia de los hijos con cada uno de sus progenitores o, simplemente, el régimen de guarda, sería conveniente acuñar alguna de estas expresiones o cualquier otro término que se considere ajustado.

---

25 Como ejemplo, se cita el párrafo contenido en la letra a) del artículo 233-9.1 CCC, relativo al plan de parentalidad, que se refiere a la concreción de «las reglas que permitan determinar a qué progenitor corresponde la guarda en cada momento».



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

JOSÉ ANTONIO GARCÍA GONZÁLEZ  
Advocat

I. INTRODUCCIÓ. II. EL RÈGIM DE COMUNICACIONS I ESTADES AMB ELS PROGENITORS. 1. Motius de discrepància. 2. Naturalesa jurídica del dret i especialitats en la LEC en relació a la seva execució. 3. Procediment judicial d'execució de lliurament dels fills menors. 4. Lliurament de roba i estris personals del fill com a conseqüència del règim d'estades i comunicacions. 5. Resolució dels conflictes parentals mitjançant la mediació, la intervenció dels serveis tècnics i el punt de trobada. III. RELACIONS PERSONALS AMB D'ALTRES FAMILIARS: AVIS, GERMANS I PERSONES PRÒXIMES. IV. LEGE FERENDA. BIBLIOGRAFIA.

## I. INTRODUCCIÓ

D'acord al que estableixen els articles 117-3 i 118 de la C.E. i 2-1, 17 i 18 de la L.O.P.J., l'enjudiciament en justícia a través de la resolució judicial no s'esgota amb la declaració jurisdiccional del dret, sinó que a més pot comprendre també la condemna quan es desatén el seu compliment, en aquests casos la demanda de tutela judicial efectiva comporta l'exercici funcional de la jurisdicció per l'òrgan judicial d'instància en ordre a executar la resolució en els seus propis termes.

En seu de dret de família l'especialitat de l'execució de mesures de tipus personal es troba condicionada, per una part, per la seva vessant subjectiva, en la mesura que es tracta d'assumptes on l'incompliment esdevé d'un subjecte familiar, i per un altre part per l'existència, en determinats supòsits, d'aspectes d'ordre públic on la declaració efectuada en la sentència pot decaure, de forma que en base a aquesta situació podem classificar les mesures executives de tipus personal a dos nivells, el primer, en atenció a que es tingui que aplicar o no l'ordre públic en executar mesures que afecten als menors d'edat o fills que hagin estat incapacitats i, el segon, prenen com a base la sistemàtica de la lei d'Enjudiciament Civil, on es poden distingir les execucions tot depenen del dret que es tingui que executar.

Abans de començar l'anàlisi s'ha de prendre en consideració una sèrie de qüestions generals que s'han posat de manifest a la doctrina judicial en relació a l'execució de resolucions judicials recaigudes en el plet de família:

- a) No és adient acumular l'execució dels diferents pronunciaments de distinta naturalesa esdevinguts en una resolució recaiguda en un procediment de família, de forma que aquests s'han de reclamar en atenció als diferents tràmits i naturalesa dels diferents incompliments,

tenint d'instar-se i dur a terme una execució individualitzada de cadascun.<sup>1</sup>

- b) Totes les decisions que hagin estat declarades en la interlocutòria de mesures provisionals seran immediatament executables a través del procediment ordinari d'execució i no mitjançant el procediment d'execució provisional, en no ser susceptibles de recurs d'apel·lació<sup>2</sup> i no caldrà esperar 20 dies establerts a l'article 548 de la LEC per a la seva execució, inclús en el supòsit de que no s'hagi notificat personalment si aquest constava personat al plet principal,<sup>3</sup> el que també és d'aplicació a la sentència dictada al procediment principal de mesures definitives.<sup>4</sup>
- c) En cas de recurs contra la sentència dictada al plet principal, les mesures relatives als fills com poden ser els aliments,<sup>5</sup> règim de visites,<sup>6</sup>

1 IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y VI Jornadas de Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales. Conclusiones (Valencia, 26, 27 y 28 de octubre de 2009).

2 AAP de Barcelona nº 245/2010, de la Sec. 13ª, de 23/07/2010, Recurs 596/2009, Ponent Joan Bautista Cremades Morant.

3 AAP de Barcelona de la Sec. 18ª, 24/2008, de 18/01/2008, Recurs 599/2007, Ponent: Dolors Viñas Maestre; AAP de Barcelona de la Sec. 18ª, 254/2009, de 17/11/2009, Recurs 8/2009, Ponent: Mª José Pérez Tormo i AAP de Barcelona de la Sec. 12ª, 215/2009, de 15/07/2009, Recurs 215/2009, Ponent: Paulino Rico Rajo.

4 AAP de Barcelona nº 68/2012, de la Sec. 18ª, de 20/03/2012, Recurs 322/2011, Ponent: Mª José Pérez Tormo, AAP de Barcelona nº 85/2011, de la Sec. 18ª, de 1/04/2011, Recurs 436/2010, Ponent: Mª Dolors Viñas Maestre, AAP de Barcelona nº 8/2011, de la Sec. 12ª, 8/01/2011, Recurs 510/2010, Ponent. Myriam Sambola Cabrer; i AAP de Barcelona nº 197/2005, de la Sec. 12ª, 28/10/2003, Recurs 608/05, Ponent. Ana Jesús Fernández San Miguel. En relació a la interlocutòria de mesures AAP. de Barcelona nº 52/2006, de la Sec. 18ª, de 22/06/2006, Recurs 443/2005, Ponent. Enric Alavedra Farrando.

5 A.A.P. Barcelona Sec. 18ª, 317/2010, de 22/12/2010, Recurs 115/2010, Ponent: Mª José Pérez Tormo.

6 AAP de Girona, de la Sec. 2ª, 1/2004, de 05/01/2004, Recurs 452/2003, Ponent Xavier Cecchini Rosell en la que diu: «Cal considerar que entre els articles 525 i 774.5 de la LEC hi ha una clara contradicció. En el primer precepte citat s'afirma que no seran executables provisionalment les sentències dictades en processos sobre paternitat, maternitat, filiació, nul·litat de matrimoni, separació i divorci, capacitat i estat civil, excepte pel que fa referència als pronunciaments de contingut patrimonials d'aquestes resolucions. Per la seva banda, l'art. 774.5 LEC estableix que la interposició d'un recurs contra la sentència que estableixi les mesures definitives en els procediments de nul·litat, separació i divorci no suspendran l'execució de les mateixes, les quals, per tant, s'hauran d'executar.

Davant d'aquesta contradicció, s'han pronunciat algunes Audiències Provincials a favor de la preferència en l'aplicació de l'art. 774.5 LEC, donat que és un precepte més específic, al estar regulant aspectes directament relacionats amb les resolucions sobre separació, nul·litat matrimonial i divorci. En concret, la interlocutòria de l'Audiència Provincial de Huelva (sección 2ª) de 2 d'abril de 2002, afirma que «este Tribunal se inclina por el criterio establecido en el art. 774 de la LEC al que considera más ajustado sobre todo en atención a la finalidad última a que ha de obedecer todo régimen de visitas a menores, que no es otro que el beneficio o interés de éstos, el cual no puede depender de que por una de las partes se haya interpuesto recurso que impida momentáneamente el preferente derecho del hijo a relaciones con ambos progenitores.» A favor també de l'aplicació de l'art. 774.5 LEC en front de l'art. 525.2 LEC hi ha la interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid (sección 22ª) de 12 de març de 2002.

Si bé en el present procediment els progenitors de la menor sobre la qual s'ha decidit la guarda i custòdia no estaven casats, això no ha d'ésser obstacle que impedeixi l'aplicació de dites mesures de guarda i custòdia com si es tractés de mesures definitives adoptades en

habitatge,<sup>7</sup> càrregues i dissolució del matrimoni són executables directament en tractar-se de mesures d'eficàcia immediata (art. 738 de la LEC), en canvi les mesures relatives a la prestació compensatòria, divisió de la comunitat, indemnització per nul·litat del matrimoni o compensació per desequilibri patrimonial són susceptibles d'execució provisional.<sup>8</sup>

- d) Les decisions de les sentències recaigudes en els processos consensuals no són merament declaratives, de manera que el que s'ha acordat en una resolució judicial consensual es pot obligar que sigui du a terme conforme als tràmits del procés d'execució.<sup>9</sup>
- e) Per oposar a l'execució la transacció de les parts, aquesta deu constar necessàriament en document públic i no és suficient afirmar l'existència d'un acord verbal,<sup>10</sup> sens perjudici que en algunes ocasions s'han acceptat com a causa d'oposició aquests pactes no escrits o els acordats en un document privat, sobre tot en la mesura que han estat reconeguts per ambdues parts.<sup>11</sup>
- f) Durant la tramitació de la sol·licitud d'aclariment de les resolucions judicials es poden executar paral·lelament aquells punts no subjectes a aclariment.<sup>12</sup>

---

el procediment de nul·litat, separació o divorci. Com a argument de dita aplicació cal citar l'art. 748.4º LEC que estableix que el títol primer del llibre IV, referent als procediments sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors, s'aplicaran en matèria de guarda i custòdia de menors, amb independència, per tant, del fet de si els progenitors han contractat matrimoni o no. Argument a afegir a l'anterior es pot trobar en la lletra de l'art. 770.6º LEC a l'establir que en els procediments que es refereixin exclusivament sobre la guarda i custòdia de fills menors o sobre aliments reclamats en nom dels fills menors, per a l'adopció de les mesures cautelars que siguin adequades a dits procediments es seguiran els tràmits establerts en la Llei per a l'adopció de mesures prèvies, simultànies o definitives en els processos de nul·litat, separació i divorci.

Tanmateix, als precedents raonaments s'hi ha d'afegir el fet que les mesures de guarda i custòdia que es pretenen executar han estat establertes per l'autoritat judicial en un procediment seguit amb totes les garanties, pel que cal considerar que fins que no sigui revocada dita resolució, s'ha d'entendre com a definitiva.

Per tant, donat que la mare de la menor no fa compliment d'una resolució judicial que l'obliga a ferliurament de la menor al pare Don XX, s'ha d'accedir a la petició d'execució provisional sobre aquest aspecte, essent l'autoritat judicial que ha vist el procediment en primera instància l'encarregat d'establir i determinar el mode i forma d'execució de dita mesura.»

- 7 AAP de Barcelona nº 74/2011, de la Sec. 12ª, 06/04/2011, Recurs 715/2010, Ponent Pascual Martín Villa.
- 8 AAP de Barcelona de la Sec. 12ª, 197/2005, de 28/10/2005, Recurs 608/2005, Ponent: Ana Jesús Fernández San Miguel; AAP de Barcelona 145/2012, de la Sec. 12ª, 17/05/2012, Recurs 721/2011, Ponent Myriam Sambola Cabrer; AAP Barcelona Sec. 18ª, 85/2011, de 01/04/2011, Recurs 436/2010, Ponent: Mª Dolors Viñas Maestre; AAP Barcelona Sec. 18ª, 301/2010, de 30/11/2010, Recurs 8/2010, Ponent: Margarita Noblejas Negrillo; i la SAP de Barcelona 338/2008, de la Sec. 18ª, de 20/05/2008, Recurs 94/2007, Ponent: Margarita Noblejas Negrillo.
- 9 AAP de Lleida nº 4/2005, de la Sec. 1ª, 18/01/2005, Recurs 98/2005, Ponent Francisco Segura Sancho.
- 10 AAP de Barcelona de la Sec. 18ª, de 7/04/2005, Recurs 515/2004, Ponent: Margarita Noblejas Negrillo i AAP de Barcelona nº 234/2008, de la Sec. 12ª, 22/07/2008, Recurs 183/2008, Ponent Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.
- 11 AAAP Barcelona Sec. 18ª, 267/2005, de 27/10/2005, Recurs nº 264/2005 i Sec. 18ª, 90/2007, de 4/5/2007, Recurs nº 783/2007.
- 12 AAP de Barcelona nº 34/2012, de la Sec. 12ª, 9/02/2012, Recurs 595/2011, Ponent Agustín Vigo Morancho.

A diferència de les execucions de tipus patrimonial, les execucions judicials que afecten als fills menors es troben subjectes a principis d'ordre públic, tenint que vetllar-se i respectar-se, en tot cas, per la integritat personal del menor en el sentit més ampli,<sup>13</sup> i com a conseqüència d'aquest fet s'ha de prendre en consideració el que es preceptua a l'article 211-6-1 del CCCat. on s'estableix que «L'interès superior del menor és el principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti», i el que disposa l'article 236-3-1 del CCCat.<sup>14</sup> on es disposa que «L'autoritat judicial, en qualsevol procediment, pot adoptar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial als fills en potestat. A aquest efecte, pot limitar les facultats dels progenitors, exigir-los la prestació de garanties i, fins i tot, nomenar un administrador judicial», el que possibilita, amb certs límits, que el Tribunal que enjudicia l'execució pugui deixar de banda el que s'ha declarat a la sentència o a la interlocutòria de mesures i adoptar quelcom que sigui més adient pel menor.

La necessitat d'execució esdevé necessària com a conseqüència de l'incompliment dels drets regulats a l'article 233-1-1 a), b) i c) del CCCat. que fa esment a la forma de conviure dels fills, l'exercici de la potestat i l'establiment d'un règim de relacions personals amb avis i germans; als articles 233-2-2 a) i c) i 233-4 del CCCat. en referència a les mesures pactades en conveni regulador i a les mesures definitives determinades de forma contenciosa, en relació als articles 233-9 i 233-1 de la mateixa norma, que fan esment al pla de parentalitat i l'exercici de la guarda; i per últim com a conseqüència de la possibilitat d'establir un règim de relacions amb els avis i germans, que s'estableix a l'article 233-12 del CCCat.

En aquests supòsits ens trobem que les obligacions a executar són sempre de «fer personalíssim» (art. 1161 del CC), ja que es tracta d'uns drets i unes obligacions que s'han reconegut en atenció a la qualitat i circumstàncies familiars de les persones, sense que sigui possible la seva substitució ni en la vessant subjectiva, ni en la vessant del contingut del dret, de forma que la finalitat de l'execució es el compliment del títol salvat que resulti perjudicial per l'interès del menor.

13 En relació a l'ordre públic s'ha de partir-se del principi reconegut a l'article 39 de la Declaració dels drets del nen, proclamat per l'Assemblea General de la ONU de 20-11-1989, ratificada per Espanya el 30-11-1990, i en la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció jurídica del menor, que estableixen en relació a que les decisions que adoptin els tribunals s'haurà de fer esment a la necessària protecció del dret dels menors atenent primordialment al benefici i l'interès d'aquests.

En quant a la participació del Ministeri Fiscal és d'aplicació l'article 749-2 de la LEC.

14 El seu equivalent a la legislació estatal és l'article 158 del CC.

## II. EL RÈGIM DE COMUNICACIONS I ESTADES AMB ELS PROGENITORS

### 1. MOTIUS DE DISCREPÀNCIA

Normalment aquesta mena d'incompliments són una manifestació d'un conflicte familiar subjacent que no s'ha resolt de forma adequada després del procediment judicial, de forma que la seva resolució en supòsits d'execució no es adient resoldre-la de forma aïllada (només judicial) i sense tenir en compte la resta de circumstàncies d'índole familiar o psicosocials del cas. De fet en aquesta mena d'execucions s'ha de tenir molt con en consideració l'element anímic dels intervinents, de forma que no es pot considerar que el progenitor no guardador tingui voluntat d'incomplir el règim d'estades i comunicacions si el fill es nega a la relació, ja que el que hi ha, en realitat, és un impediment objectiu en la execució.<sup>15</sup>

Les causes més freqüents d'incompliments en aquesta mena de supòsits són les següents:

- 1) En el cas del progenitor guardador són la malaltia del fill, els maltractaments o els abusos sexuals per part de l'altre progenitor o per algú del seu entorn, la manca de cura del fill (brutícia, delegació en un tercer de la cura del menor, no portar la cadireta al cotxe, portar-ho en motocicleta sense casc o sense tenir l'edat..), l'impagament de la pensió, la discrepància en el calendari de recollida, la celebració d'un esdeveniment important pel guardador o el fill, que el progenitor no guardador no va venir a recollir-ho, fer-li partícip d'activitats inadequades, etc.
- 2) Per part del progenitor no guardador són les raons laborals, els problemes de tràfic, una malaltia pròpia, l'actitud bel·ligerant del guardador o del seu entorn vers el progenitor no guardador, en no acceptar el canvi de dia i hora que es va fixar a la resolució, el que no li vagi bé el compliment, etc.
- 3) La voluntat del menor apareix també com una altra de les circumstàncies que s'esgrimeixen per al no compliment voluntari del règim d'estades i comunicacions, adduint-ne la mala relació amb el progenitor no guardador o amb el company de aquest, l'avorriment o el posicionament del menor en el conflicte dels progenitors.

I el problema d'enjudiciament esdevé normalment perquè les parts addueixen versions dels fets creuades, el que implica un greu problema de prova sobre el compliment, on s'ha d'esbrinar qui incompleix (qui és el culpable), com s'incompleix (la intensitat, reiteració i justificació de l'incompliment) i la raó última de l'incompliment (manca d'interès del progenitor, interferències en la relació, trasllat del menor..), el que permetrà cercar la millor solució en cada cas.

---

<sup>15</sup> AAP de Barcelona Sec. 18ª, 237/2010, de 07/10/2010, Recurs 781/2009, Ponent: Luis Francisco Carrillo Pozo.

## 2. NATURALSA JURÍDICA DEL DRET I ESPECIALITATS EN LA LEC EN RELACIÓ A LA SEVA EXECUCIÓ

El règim d'estades i comunicacions es un dret personalíssim del fill menor orientat a fomentar la seva relació personal i està, si escau, destinat a relacionar al menor amb el progenitor no guardador, on els creditors o beneficiaris de les prestacions són bàsicament els menors i la seva execució judicial haurà de seguir sempre com execució definitiva i no provisional<sup>16</sup> seguint els tràmits establerts per a l'execució de fer personalíssima,<sup>17</sup> regulada a l'article 709 de la LEC, amb les especialitats que dels apartats 2 i 3 de l'article 776 de la LEC, on es disposa que:

- 1) En cas d'incompliment d'obligacions no pecuniàries de caràcter personalíssim no procedirà la substitució automàtica per l'equivalent pecuniari prevista en l'apartat tercer de l'article 709 i podran, si així ho considera convenient l'òrgan judicial, mantenir-se les multes coercitives mensuals tot el temps que sigui necessari més enllà del termini d'un any establert en aquest precepte, tenint que destacar-se que la doctrina judicial ha posat de manifest que la fixació del *quantum* de les multes pecuniàries en cas d'incompliment s'ha de fer una vegada s'ha produït la desobediència a la interlocutòria despatxant execució i no en aquesta resolució, ja que per a determinar la quantia s'ha de prendre en consideració l'abast i l'entitat de l'incompliment,<sup>18</sup> i que no es considera que tingui que imposar-se una multa, ni que sigui incompliment greu, que el progenitor no guardador no torni al menor en haver un pont festiu si aquesta situació no es reitera, de forma que en aquest casos és aconsellable resoldre aquestes situacions en seu de mediació.<sup>19</sup>

No obstant això i pel que fa referència als danys causats en no recollir a un fill durant les vacances d'estiu sense justificació, s'ha admès per la doctrina judicial l'execució en reclamació de danys i perjudicis causats per aquesta mena d'incompliment, tramitant-se pel procediment de l'article 712 de la LEC (per tant no es reclamava el compliment del règim sinó els danys causats per l'incompliment), en la que es condemnà al progenitor no complidor al pagament de les despeses de cangur més la quantitat de sis euros diaris com a conseqüència de les despeses de manutenció estimades, declarant expressament que el fet de que encara que es pagués la pensió alimentària durant el mes de vacances o que els avis estiguessin molts dies amb el menor, no obstava la declaració d'aquesta indemnització.<sup>20</sup>

- 2) L'incompliment reiterat de les obligacions derivades del règim de visites, tant per part del progenitor guardador com del no guardador, podrà donar lloc a la modificació pel Tribunal del règim de la guarda del

16 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 156/2007, de 19/07/2007, Recurs 320/2006, Enric Anglada Fors.

17 AAP de Lleida Sec. 1ª, 2/2005, de 14/01/2005, Recurs 90/2004, José Mª Pocino Moga.

18 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 128/2011, de 22/06/2011, Recurs 928/2010, Myriam Sambola Cabrer.

19 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 298/2007, de 03/12/2007, Recurs 594/2007, Mª José Pérez Tormo.

20 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 122/2005, de 14/06/2005, Recurs 328/2005, Juan Miguel Jiménez de Parga.

menor, tenint que ressenyar que la doctrina judicial ha manifestat sobre aquest extrem que:

- a) Es podrà declarar la modificació de la guarda<sup>21</sup> o del règim d'estades i comunicacions en el propi procediment d'execució<sup>22</sup> sempre i quan l'incompliment sigui reiterat i no puntual,<sup>23</sup> sens perjudici de que si el que en realitat ha passat ha sigut un canvi substancial de circumstàncies –com per exemple el canvi de domicili del menor a un altre població<sup>24</sup> o un canvi de l'horari laboral del progenitor que impedeix el seu exercici-,<sup>25</sup> els progenitors tindran que tramitar un procediment de modificació de mesures definitives,<sup>26</sup> regulat als articles 233-7 del CCCat. i 775 de la LEC, on es podran sol·licitar durant la seva tramitació que es dictin mesures provisionals, de conformitat a l'article 233-1 del CCCat.<sup>27</sup>
- b) També es podrà oposar una malaltia com causa per al no lliurament reiterat del menor, en cas de que es produeixi un ingrés hospitalari.<sup>28</sup>

21 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 2/2012, de 10/01/2012, Recurs 1126/2010, Ponent: Mª José Pérez Tormo.

22 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 128/2011, de 22/06/2011, Recurs 928/2010, Ponent: Myriam Sambola Cabrer.

Sobre la possible decisió de reformar la guarda del menor durant el procediment d'execució, l'AAP de Tarragona Sec. 1ª, 132/2004, de 9/12/2004, Recurs 383/2004, Ponent: José Luis Portugal Sainz, on es diu que: «II.-...la posibilidad que el precepto establece de modificar el régimen de guarda y visitas, en sede del tratamiento especial de la ejecución en materia de familia debe ser utilizada con prudencia por los Tribunales, pues tal facultad discrecional debe ser sopesada y razonada y sólo cuando represente un riesgo real para los menores procederá la modificación, sobre la base del principio del interés del menor, es por ello que la ejecución forzosa de la sentencia debe ejecutarse sin perjuicio de las medidas que se adopten al ejecutarla conforme a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas que establece la ley y a través de los procedimientos atinentes a las circunstancias que concurren».

23 AAP de Tarragona Sec. 3ª, 136/2005, de 19/07/2005, Recurs 165/2005, Ponent: Mª Angeles García Medina.

24 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 28/2008, de 28/01/2008, Recurs 489/2007, Ponent: Mª Dolors Viñas Maestre.

25 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 54/2007, de 15/02/2007, Recurs 908/2006, Ponent: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón..

26 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 130/2012, de 04/05/2012, Recurs 726/2011, Ponent: José Pascual Ortuño Muñoz.

En relació a la licitud del trasllat d'un menor a Alemanya declarat pels tribunals alemanys com a fet justificat sobrevingut i posterior a la sol·licitud d'execució pel pare que impedeix el reintegrament de la menor al seu lloc de residència a Barcelona veure l'AAP de Barcelona Sec. 12ª, 207/2011, de 2/11/2011, Recurs 1192/2010, Ponent: Myriam Sambola Cabrer.

27 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 130/2012, de 04/05/2012, Recurs 726/2011, Ponent: José Pascual Ortuño Muñoz.

En relació a la licitud del trasllat d'un menor a Alemanya declarat pels tribunals alemanys com a fet justificat sobrevingut i posterior a la sol·licitud d'execució pel pare que impedeix el reintegrament de la menor al seu lloc de residència a Barcelona veure l'AAP de Barcelona Sec. 12ª, 207/2011, de 2/11/2011, Recurs 1192/2010, Ponent: Myriam Sambola Cabrer.

28 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 14/2010, de 26/01/2010, Recurs 185/2009, Margarita Noblejas Negrillo.

- c) L'incompliment reiterat del règim de comunicacions afegit al fet de que no es dugui al menor a l'escola podria donar lloc a que s'incorri en aquesta causa de modificació de la guarda d'un progenitor a l'altre.<sup>29</sup>
- d) S'haurà de prendre en consideració en aquests supòsits que, com al règim general de modificació dels efectes de sentència, el canvi del règim de guarda només és possible si resulta necessari a l'interès del menor i que, a més, aquest canvi no pot ser declarat com una sanció contra l'actuació del progenitor que incompleix.<sup>30</sup>
- e) En cas de manca de col·laboració reiterada pel progenitor guardador en lliurar al fill<sup>31</sup> així com en supòsits d'incoació de diligències penals<sup>32</sup> contra el progenitor no guardador per un delictes que afecti al menor, es podrà decretar la intervenció dels Punt de Trobada, de forma que la comunicació es farà sota la supervisió del personal tècnic, que haurà de comunicar el desenvolupament de les relacions i les incidències que puguin haver.
- f) S'ha admès l'execució i modificat el règim d'estades en portar el progenitor no guardador al seu fill en un vehicle sense tenir permís de conduir.<sup>33</sup>

### 3. PROCEDIMENT JUDICIAL D'EXECUCIÓ DE LLIURAMENT DELS FILLS MENORS

Per a la reclamació executiva del lliurament dels menors o per instar el seu retorn s'haurà d'estar, en primer lloc, al que estableixen els arts. 699 i 705 LEC, que fan referència a la demanda executiva, termini d'espera, interlocutòria despatxant execució<sup>34</sup> i contingut. A aquesta mena de procediments no és possible la sol·licitud de diligències preliminars en no estar contemplada a la norma aquesta possibilitat.<sup>35</sup>

A la interlocutòria per la qual es despatxi execució es requerirà a l'executat perquè, dins del termini que el jutjat estimi adient, es lliuri al menor a l'altre progenitor en compliment de la resolució judicial. En el requeriment, el jutge podrà advertir al demandat amb l'utilització de constreyniments personals o multes pecuniàries en cas d'incompliment dins de termini (art.

29 AAP de Girona Sec. 2ª, 59/2009, de 11/03/2009, Recurs 607/2008, Jose Isidro Rey Huidobro.

30 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 268/2008, de 27/10/2008, Recurs 180/2008, Mª Dolors Viñas Maestre.

31 AAP de Barcelona Sec. 12ª, de 13/10/2003, Recurs 536/2003, Jose Luis Valdivieso.

32 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 6/2008, de 14/01/2008, Recurs 1258/2007, Juan Miguel Jiménez de Parga.

33 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 128/2009, de 30/04/2009, Recurs 871/2008, Pascual Martín Villa.

34 Sobre l'esquema procedimental de l'execució UTRERA GUTIÉRREZ destaca que el procediment és tècnicament inadequat, donat el fet de que es despatxa d'execució pel que diu una de les parts, sobre una prestació de fer on n'hi ha un menor, sense analitzar la seva procedència, motiu pel qual advoca per que es doni trasllat previ a l'executat per a que es manifesti abans de despatxar la execució.

35 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 42/2006, de 03/03/2006, Recurs 996/2005, Jose Pascual Ortuño.



699-2 de la LEC), i que en cas de reiterar-ne de nou la situació es podrà donar lloc a la modificació del règim de guarda, tanmateix a la interlocutòria es posarà de manifest que en el termini de deu dies l'executat podrà efectuar manifestacions, a manera de singular forma d'oposició, dels motius processals i de fons pels quals es nega a fer el que el títol judicial disposa.

Després del tràmit d'oposició hi haurà un trasllat de l'escrit del demandat per cinc dies a la part executant perquè impugni el que s'ha manifestat a l'oposició i el jutjat tindrà que resoldre si admet o denega l'execució, de forma que si es constata que no hi ha cap impediment per a complir el règim, el jutjat ordenarà al progenitor guardador (o no guardador si és el cas) que es compleixi, amb la possibilitat d'assistència especialitzada (per exemple si es diu que és el menor qui s'hi oposa), o en els casos més greus amb intervenció policial i, en el seu cas, la imposició de multes coercitives.

Si n'hi ha certa problemàtica o impediment pel canvi immediat de la guarda sense que existeixi cap causa que aconselli modificar el seu atorgament (en el cas de tractar-se de l'incompliment de no guardador mitjançant la suspensió del règim de relacions), la interlocutòria vetllarà per superar els obstacles tot determinant un règim de relacions amb intervenció de personal especialitzat del servei tècnic (progenitor amb dificultat pel desenvolupament de les seves funcions o control i seguiment per l'equip psicosocial); i per últim si s'observa un factor de risc pel menor (progenitor afecte a drogoaddicció, alcoholisme, malaltia contagiosa, infermetat psíquica,<sup>36</sup> ingrés en un centre penitenciari..) s'haurà de suspendre l'execució de l'atribució de la guarda o modificar-la temporalment (0 en el seu cas suspendre del règim de comunicacions si és el progenitor no guardador), o fent que les comunicacions es produeixin sota la supervisió del Punt de trobada.

En relació als motius d'oposició, la LEC no regula cap causa d'oposició específica a l'execució, de forma que tindrem que adreçar a les causes d'oposició generals recollides a l'article 556 de la LEC (compliment del que s'ha ordenat a la resolució, la caducitat de l'acció executiva i els pactes o transaccions aconseguits en document públic), a les que tindrem que afegir totes aquelles causes que en general esdevinguin en benefici i protecció del fill menor, ja que a l'article 236-2 del CCCat. estableix que l'òrgan judicial pot adoptar en qualsevol procediment les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal als fills en potestat, inclús tot limitant les facultats dels progenitors.

Els motius que, a grans trets es solen aduir com oposició a aquesta mena de procediments executius són:

- 1) En relació al compliment de l'obligació s'ha posat de manifest per la doctrina judicial que:
  - a) No serà causa d'oposició a l'execució que el menor sigui recollit puntualment del centre educatiu, de l'habitatge del guardador o del Punt de Trobada per familiars del progenitor (avis, germans..) no

---

36 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 129/2012, de 04/05/2012, Recurs 1157/2011, Myriam Sambola Cabrer.

- guardador, en ser una situació habitual en el desenvolupament del règim de comunicacions i estades.<sup>37</sup>
- b) S'admet l'execució en la que obliga al progenitor guardador a què compleixi l'obligació declarada en sentència de portar els fills menors a veure el seu pare que es troba ingressat a la presó, així com que li comuniqui totes les informacions relatives a l'escolarització i sanitat d'aquests.<sup>38</sup>
  - c) Pel que fa referència a la caducitat de l'acció executiva, s'ha de tenir en consideració de que es tracta d'un dret-deure de tracte successiu, de forma que es reprèn cada vegada que s'incompleix.<sup>39</sup>
  - d) No es pot condicionar el compliment del règim de comunicacions i estades al pagament dels aliments pel progenitor no guardador.<sup>40</sup>
  - e) No pot ser objecte d'execució l'obligació d'avisar el progenitor no guardador de que el menor està malalt a fi d'evitar que vagi a recollir-lo innecessàriament.<sup>41</sup>
  - f) En relació a l'oposició adduint un acord per a modificar les dates d'estada en període de vacances d'estiu, s'ha posat de manifest que aquesta mena d'acord ha de ser exprés i clar i no s'admet la seva oposició a l'execució adduint acord tàcit.<sup>42</sup>
  - g) En cas de guarda compartida no s'ha admès com causa d'oposició pel compliment, que un progenitor hagi canviat de domicili a un lloc més llunyà del centre educatiu, circumstància que es tindrà que enjudiciar a un procediment de modificació de mesures.<sup>43</sup>
- 2) L'existència d'un perill concret i real per a la salut física, psíquica o moral del fill en cas de que es compleixi la resolució judicial, el que fa que, en base al principi d'interès superior del menor no sigui adient executar la resolució,<sup>44</sup> com poden ser els supòsits les males relacions amb la nova parella del progenitor que causin problemes al menor,

37 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 154/2011, de 21/07/2011, Recurs 470/2010, Juan Miguel Jiménez de Parga, i de la mateixa Sala i AAP de Barcelona 154/2011, de 21/07/2011, Recurs 470/2010.

38 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 138/2012, de 10/05/2012, Recurs 662/2011, Agustín Vigo Morancho.

39 En relació a aquesta situació en relació al dret de comunicacions amb uns avis l'AAP de Barcelona Sec. 18ª, 100/2010, de 13/04/2010, Recurs 832/2009, Mª José Pérez Tormo.

40 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 28/2008, de 28/01/2008, Recurs 489/2007, Mª Dolors Viñas Maestre.

41 AAP de Barcelona Sec. 18ª, de 03/03/2005, Recurs 517/2004, Josep Mª Bachs i Estany.

42 AAP de Girona Sec. 1ª, 95/2012, de 24/05/2012, Recurs 589/2011, Ponent: Fernando Ferrero Hidalgo.

43 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 113/2012, de 22/05/2012, Recurs 657/2011, Ponent: Mª José Pérez Tormo.

44 STS 903/2005, de 21/11/2005, Recurs 5030/2000, Ponent Alfonso Villagomez Rodil: «El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993) y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.»

l'absència de relació perllongada amb el progenitor no guardador tot debilitant els lligams afectius, o els supòsits de violència familiar contra el progenitor presenciat pel menor o de violència directa contra el menor.<sup>45</sup> En relació a aquestes causes d'oposició s'ha dit a la doctrina judicial que:

- a) No admet l'execució en un supòsit en el que el progenitor no guardador es desinteressà del seu fill durant cinc anys i aquest té ja 16 anys i es troba a prop de la seva emancipació.<sup>46</sup>
  - b) Si com a conseqüència de l'incompliment del progenitor guardador s'ha tramitat un judici de faltes i aquest ha estat absolt, això no significa que es pugui considerar il·lícita la seva actuació en la jurisdicció civil.<sup>47</sup>
  - c) No s'ha admès despatxar execució contra el progenitor guardador si n'hi han obertes unes diligències penals prèvies per presumptes maltractaments al menor i la seva possible existència ha estat corroborada per la prova practicada al procediment executiu.<sup>48</sup>
- 3) Un canvi significatiu de les circumstàncies que es tingueren en consideració a l'adoptar la resolució que es té que executar i que són rellevants respecte als interessos del fill menor i que aconsellen la suspensió de l'execució.<sup>49</sup>

45 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 188/2008, de 10/07/2008, Recurs 985/2007, Ponent: Mª Dolores Viñas Maestre.

46 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 42/2006, de 03/03/2006 Recurs 996/2005, Jose Pascual Ortuño.

47 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 302/2010, de 15/12/2010, Recurs 548/2010, Juan Miguel Jiménez de Parga.

48 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 188/2008, de 10/07/2008, Recurs 985/2007, Mª Dolores Viñas Maestre.

49 En relació a la suspensió de l'execució d'un règim de guarda compartida pendent un recurs d'emparament, PATC 336/2007, Sala 2ª, de 18/07/2007, Recurs 10383/2006 manifesta: «El mismo art. 56.1 LOTC, después de establecer esta regla, remite a un juicio motivado de ponderación, en el cual hay que confrontar, de un lado, el perjuicio que se causaría al recurrente como consecuencia de la eficacia de la resolución recurrida, y, de otro, el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión de la ejecución de aquella. Por consiguiente, con relación a los casos en que puedan resultar afectados los intereses de un menor, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, «la ponderación de intereses en juego para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la suspensión instada debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados», resultando «que la protección de los derechos e intereses de los menores queda de momento mejor garantizada por el mantenimiento y la no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual durante la tramitación del recurso de amparo», ya que los sucesivos cambios de su entorno afectivo y de convivencia podrían causarles graves perjuicios en su personalidad en formación (AATC 21/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 148/2002, de 23 de julio, FJ 3; 273/2003, de 22 de julio, FJ 3, 198/2004, de 26 de mayo, FJ 1; 108/2005, de 14 de marzo, FJ 1).

2. Teniendo en cuenta lo dicho, y a los solos efectos del presente incidente de suspensión, hemos de observar en el caso que nos ocupa que la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, confirmada por la Audiencia Provincial, acordó la modificación del régimen de guarda y custodia de las menores por la madre establecido por la Sentencia de separación (27 de mayo de 1999) y por la posterior de divorcio (15 de

- 4) I per últim la negativa del fill de relacionar-se amb el progenitor, tenint que destacar-se alguns supòsits enjudiciats en els que s'ha manifestat que:
- a) La voluntat del menor de no veure al progenitor pot justificar l'incompliment del règim d'estades i comunicacions si a més n'hi ha una impossibilitat material de relacionar-se com a conseqüència de l'extraordinària llunyania dels domicilis, si bé aquesta situació dona lloc a que no s'imposi cap sanció al progenitor guardador, no pot significar l'arxiu de les actuacions, sinó a que continuï la tramitació del procediment executiu i es requereixi a l'Equip Tècnic d'Assessorament Familiar per a que intervingui i determini una teràpia de seguiment per recompondre la relació amb el fill.<sup>50</sup>  
També s'ha considerat justificat l'incompliment si el motiu era que el fill volia preparar la selectivitat.<sup>51</sup>
  - b) No serà causa d'oposició l'empipament del menor amb el progenitor no guardador, ni tampoc que no vulgui veure'l ni viure amb ell amb el seu domicili, ja que per a superar aquesta mena de situacions cal una actitud activa i col·laboradora del progenitor guardador i recolzar amb una actuació passiva l'incompliment del menor en aquests casos esdevé un incompliment de la resolució judicial.<sup>52</sup>
  - c) No es pot considerar aquesta mena d'oposicions si la voluntat del fill menor es troba mediatitzada pel progenitor guardador.<sup>53</sup>
  - d) La reclamació executiva es pot endegar encara que el fill tingui 17 anys, de fet la reiteració en l'incompliment del progenitor guardador durant un llarg període de temps, inclús en el cas

---

febrero de 2001), mediante su sustitución por un sistema de custodia compartida (rectius: alterna) de las menores a cargo de ambos progenitores, uno residente en Madrid (el padre) y el otro en Barcelona (la madre, ahora recurrente), ordenado por años o cursos escolares alternos, atribuyendo al padre el primer período de guarda y custodia alterna de las menores correspondiente al año escolar 2005-2006. De donde resulta que actualmente (curso 2006-2007) se hallan bajo la guarda y custodia de su madre, a quien correspondía con anterioridad al pronunciamiento de la resolución que acuerda la modificación de las medidas de divorcio que está en la base de la queja planteada en el presente recurso de amparo en relación con la denegación de exploración judicial de las menores. Dicha situación fáctica, existente en el momento en el que debemos pronunciarnos sobre la medida de suspensión interesada, conduce a la aplicación de la doctrina reseñada, que debe ser mantenida, dado que la salvaguarda de los derechos e intereses de las menores queda de momento mejor garantizada por el mantenimiento y la no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual durante la tramitación del recurso de amparo a la espera de lo que pueda decidirse sobre el fondo de la queja formulada y las consecuencias que de dicha decisión puedan derivarse para la situación de las menores.»

50 AAP de Barcelona Sec. 12<sup>a</sup>, 73/2007, de 01/03/2007, Recurs 782/2006, Juan Miguel Jiménez de Parga.

51 AAP de Barcelona Sec. 12<sup>a</sup>, 106/2012, de 12/04/2012, Recurs 622/2011, Joaquín Bayo Delgado.

52 AAP de Barcelona Sec. 18<sup>a</sup>, 146/2007, de 18/07/2008, Recurs 1017/2007, M<sup>a</sup> Dolors Viñas Mestre i AAP de Barcelona Sec. 12<sup>a</sup>, 130/2012, de 4/05/2012, Recurs 726/2011. Jose Pascual Ortuño.

53 AAP de Tarragona Sec. 1<sup>a</sup>, 36/2007, de 02/05/2007, Recurs 384/2006, Jose Luis Portugal Sainz.

de que al final no hagués estat possible la recuperació de la relació amb el fill en complir aquest els 18 anys justifica la imposició de les costes de l'execució, en la mesura en què la guardadora no acredità haver intentat assegurar l'efectivitat de la relació, una obligació en el compliment de la qual han de col·laborar necessàriament tots dos progenitors de forma rigorosa i responsable davant la importància que per a un adequat desenvolupament de la personalitat del fill.<sup>54</sup>

#### 4. LLIURAMENT DE ROBA I ESTRIS PERSONALS DEL FILL COM A CONSEQÜÈNCIA DEL RÈGIM D'ESTADES I COMUNICACIONS

Un dels problemes que es donen a vegades és el lliurament o el retorn del menor sense entregar la seva roba, equipament escolar o esportiu, medicina, material educatiu i els estris personals d'aquest. En aquest casos, per a plantejar-se l'execució resulta necessària que hagi una declaració expressa en la resolució judicial, de fet de no existir aquesta declaració, ni tan sols seria possible la tramitació d'un incident al respecte ja que la regulació de les qüestions incidentals no és aplicable a les discrepàncies entre les parts al marge del procés.<sup>55</sup>

De plantejar-se l'execució, la tramitació hauria de seguir el procediment relatiu a l'entrega de coses mobles genèriques o indeterminades que es regula a l'article 702 de la LEC. i, com al supòsit anterior, es requerirà al demandat per a la seva entrega en un termini de temps, amb l'advertiment de l'imposició de constrenyiments personals o multes pecuniàries en cas d'incompliment, de forma que si el demandat no s'ha oposat a l'execució i no ha lliurat els béns, o si ho ha fet i no s'ha acceptat la oposició, l'òrgan judicial podrà d'adoptar les següents mesures:

- a) El seu lliurament de la forma prevista pels supòsits d'entrega de béns mobles determinats (procediment que es troba regulat a l'article 701 de la LEC).
- b) Demanar al jutjat que li faculti per a adquirir les coses genèriques i indeterminades no lliurades a costa de l'executat, moment al qual l'òrgan judicial haurà d'acordar l'embargament de béns suficients per sufragar l'adquisició, de la qual l'executant haurà de donar compte justificat a l'òrgan judicial.
- c) Per la substitució directa per l'equivalent pecuniari, mes els danys i perjudicis derivats de l'incompliment del lliurament, que es liquidaran de conformitat al procediment previst als articles 712 i següents de la LEC.

54 AAP de Barcelona Sec. 18<sup>a</sup>, 277/2011, de 19/12/2011, Recurs 907/2010, Ana M<sup>a</sup> Garcia Esquiús.

55 AAP de Barcelona Sec. 12.<sup>a</sup>, 265/2006, de 16/11/2006, Recurs 375/2006. Jose Pascual Ortuño.

## 5. RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES PARENTALS MITJANÇANT LA MEDIACIÓ, LA INTERVENCIÓ DELS SERVEIS TÈCNICS I EL PUNT DE TROBADA

Com he assenyalat al principi d'aquest apartat, la resolució de conflictes d'execució en seu de relacions parentals no només té una vessant jurídica, sinó que a més té unes perspectives emocionals i afectives que a vegades no poden ser resoltes només amb l'aplicació estricta de la norma, i en tal sentit la imposició de multes o, si escau, la modificació del règim de guarda en ocasions no esdevé ni útil ni possible d'executar.

Com tampoc ho resol la intervenció de les forces de seguretat, que sol ser traumatitzant per als menors, entre altres coses perquè associen al seu subconscient a la policia amb l'obligació de realitzar per la força una cosa que no desitgen, provocant fins i tot moltes vegades la rebel·lia davant l'ordre judicial; ni tampoc el recurs de remetre testimoniatge de les actuacions al jutjat amb funcions de guàrdia amb la finalitat de procedir a obrir diligències per la comissió d'un delictes de desobediència al mandat judicial, ja que normalment això no fa altre cosa que traspasar el problema a una altre jurisdicció, però no impedirà ni la rebel·lia del nen que no desitja les visites, ni tampoc resoldrà res l'ingrés a la presó del progenitor que es resisteix a complir amb el mandat judicial, quan en realitat del que es tracta és de satisfer la necessitat del menor a tenir relació amb tots dos progenitors.

Per tot plegat cal pensar que en aquest terreny de la relacions entre progenitors i fills ha de moure's amb una gran cautela, vetllant per les necessitats dels menors i plantejar la resolució dels problemes derivats de l'execució de la resolució judicial tot depenen dels fets concrets, de la intensitat i de la gravetat derivada de l'execució.

La tutela judicial d'aquests supòsits, depenent de la seva naturalesa, moltes vegades es pot dur a terme no directament pel jutjat, sinó mitjançant la delegació als serveis auxiliars dependents d'aquest, com són el servei de mediació, la intervenció del servei social d'assistència (a Catalunya és el SATAF) o la del Punt de trobada familiar (STPT), i la seva intervenció podria venir imposada pel jutjat sota la prevenció de multa coercitiva de l'article 776-2<sup>a</sup>, en tractar-se d'una obligació personalíssima no pecuniària.

Una de les novetats més importants que ha introduït el text del CCCat. i que, a la vegada, hores d'ara es troba a faltar la seva no inclusió a la LEC, és la remissió expressa a la intervenció dels serveis socials i els punts de trobada familiar,<sup>56</sup> així l'article 233-13 del CCCat. i la Disposició Addicional Setena de

56 Pel que fa referència a la diferència de les tasques desenvolupades pel SATAF i pel Punt de Trobada familiar la SAP de Barcelona, Sec. 18<sup>a</sup>, de 09/03/2007, Recurs 849/2006, Ponent M<sup>a</sup> José Pérez Tormo, tot destacant que els òrgans judicials no deleguen les seves funcions a aquests organismes i que tan sols cerquen el seu assessorament i col·laboració, posant de manifest que: «...a este respecto debe tenerse en cuenta que de conformidad al art. 117,3 de la C.E. y 2 de la L.O.P.J., es a los Jueces y Tribunales a quienes corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de forma exclusiva, sin que puedan por tanto, delegar sus funciones jurisdiccionales a otras entidades como pueden ser los Puntos de Encuentro, o los Gabinetes psicosociales, cuya función es, entre otras, la de asesorar a los Jueces sobre las situaciones o relaciones familiares sobre las que aquéllos deben adoptar medidas referidas a la tutela judicial que se les ha requerido. Los Gabinetes psicosociales adscritos a los Juzgados tienen los medios

la Llei 25/2010, del 29 de juliol, estableix que l'autoritat judicial pot confiar i delegar la supervisió del règim de relacions personals a la xarxa de serveis socials, perquè es faci un seguiment de la situació familiar.

### 5.1. La mediació familiar<sup>57</sup>

L'article 233-6-1 i 3 del CCCat. i en les Disposicions addicionals cinquena (unió estable de parella) i setena (supervisió del règim de relacions personals) de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, així com també els articles 19-4 i 770-7 de la LEC, admeten que les parts puguin, en qualsevol fase del procediment i de forma voluntària, sotmetre les seves discrepàncies a mediació, facultat aquesta

---

adecuados para realizar informes sobre las relaciones materno y paterno-filiales, de forma más amplia en su visión que la que puede aportar el Punt de Trobada en el que se realicen las visitas concretas con el progenitor no custodio. Los informes de los Puntos de Trobada podrán circunscribir su visión, y por tanto sus informes, únicamente a tales visitas, la forma en que se han desarrollado, las ausencias en su caso, de alguno de los intervinientes, y la evolución de las mismas, su valoración por los profesionales, tanto si se efectúan las visitas en dicho Centro, como valorando las reacciones de los menores en los momentos de las entregas y recogidas por sus progenitores, si ese es el servicio que se les ha encomendado, formulando propuestas sobre la modificación de las visitas o en su caso, la terminación del servicio. Pero en ciertos casos será conveniente que sean los Gabinetes psicosociales quienes realicen la intervención e informen al Juzgado, pues pueden aportar una visión más amplia de la problemática familiar, y del seguimiento de los casos cuando así se acuerde, haciendo referencia en sus informes a la reorganización y adaptación de todos los miembros de la familia a la nueva dinámica tras la crisis, el cumplimiento de la sentencia y la forma en que cada uno de ellos la está cumpliendo o los acuerdos a los que son capaces de llegar, y la forma en que recuperan las responsabilidades parentales, pudiendo además favorecer y ayudar a recuperar las relaciones paterno-filiales conforme a las nuevas circunstancias que se presentan tras la crisis de la pareja. Pueden incluir además, en sus informes la intervención o influencia que realiza el progenitor custodio, otros miembros de la familia extensa, o sin ser familiares, otras personas que tengan relación directa con los menores, así como las vivencias de los menores muestren en la escuela, el seguimiento de tales vivencias por los psicólogos, si los menores llevan a cabo alguna terapia, etc. En definitiva los informes del Gabinete psicosocial darán una visión de la evolución de la familia, lo que sin duda tendrá influencia en las decisiones que se adopten respecto de los menores, cuyo interés es el que debe prevalecer en este tipo de procedimientos.»

57 Legislació a tenir en consideració en matèria de mediació és la següent:

1. Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat (DOGC núm. 5432 - 30/07/2009).
2. Reial Decret 5/2012, de 5 de març, de mediació en assumptes civils i mercantils. (BOE núm. 56 06/03/2012).
3. Directiva 2008/52/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig, sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils (Diari Oficial de la Unió Europea L 136/3, de 24/05/2008).
4. Ordre JUS/484/2006, de 17 d'octubre, per la qual es fixen les tarifes en els procediments de mediació familiar ((DOGC núm. 4746, de 24.10.2006).
5. Ordre JUS/237/2002, de 3 de juliol, per la qual es regulen el contingut i el procediment d'homologació dels cursos de formació específica en matèria de mediació familiar (DOGC núm. 3641, de 23.5.2002, i DOGC núm. 3867, de 17.4.2003).
6. Decret 139/2002, de 14 de maig, pel qual s'aprova el Reglament de mediació familiar de Catalunya, i correcció d'errors al Decret esmentat
7. Recomanació núm. R (98)1 del Comitè de Ministres als Estats membres, de 21 de gener de 1998, sobre la mediació familiar (Aprovada pel Consell de Ministres el 21 de gener de 1998, a partir de la 616 reunió dels delegats dels ministres).

que segons la legislació catalana també té l'òrgan judicial, tot remetent a les parts a una sessió informativa, si considera que la controvèrsia es pot resoldre amb un acord extrajudicial, possibilitat aquesta la inclusió de la qual també es preveu al pla de parentalitat per a resoldre diferències derivades de la seva aplicació (article 233-9-3 del CCCat.).

Al nostre País, el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya, creat per la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat, és una institució pública adscrita al Departament de Justícia, que organitza el servei públic de la mediació, i que té com a principals objectius fomentar i difondre la mediació i facilitar-hi l'accés a tots els ciutadans, estudiar les tècniques de mediació, gestionar el Registre general de persones mediadores en l'àmbit familiar i el Registre general de persones mediadores en els àmbits de dret privat, designar la persona mediadora, fer el seguiment del procediment, homologar els estudis, els cursos i la formació específica en matèria de mediació, i organitzar el servei públic.

Aquest servei es caracteritza per la voluntarietat, en la mesura que sense la voluntat de les parts la mediació no és possible; la confidencialitat, de forma que el contingut de les sessions i la informació que hagi pogut sorgir al decurs de la mediació queda reservada entre les parts i el mediador;<sup>58</sup> la imparcialitat de la persona mediadora; i la neutralitat, en referència a la no-ingerència del mediador respecte als acords finals.

## 5.2. El Servei de Punt de trobada familiar<sup>59</sup>

El Servei Tècnic de Punt de Trobada (STPT) és un servei temporal destinat a donar compliment dels drets de relació i comunicació dels infants amb els seus familiars, en cas de separació o divorci dels progenitors o d'exercici de la tutela per part de l'Administració, que s'hagi establert mitjançant resolució judicial o ordre administrativa.

El seu origen es troba als «Point-Rencontre» creats a França a finals dels anys 80 com una eina per restablir i mantenir les relacions familiars, a diferència del sistema nord-americà, on es crearen per al control d'aquestes comunicacions i com lloc segur on fer-les.

Els destinataris del servei en l'àmbit que estem estudiant són els progenitors implicats en processos judicials que presentin dificultats o limitacions en algun àrea de la capacitat parental, derivades de les circumstàncies familiars o d'alguna problemàtica personal i/o social, que fan recomanable que el compliment del règim de visites es realitzi en un entorn supervisat i neutral.

Les funcions del STPT són dur a terme el lliurament i retorn dels menors per part del progenitor, supervisar la visita entre fills i el progenitor no guardador, facilitar l'espai i el material, sota el control i tutela del personal tècnic, per a la trobada dels progenitors amb els seus fills, entrevistar els familiars implicats

58 No obstant tinguis en consideració que, tal i com afirma la STS. Sec. 1ª, 109/2011, de 2/03/2011, Recurs 109/2011. Antonio Salas Carceller, l'aportació de les actes de la mediació a un judici per una de les parts no és una prova il·lícita, ja que la confidencialitat del contingut de la mediació l'ha de sostenir el mediador i no les parts.

59 Les seves funcions es troben regulades al Decret 357/2011, de 21 de juny, dels serveis tècnics de punt de trobada.



en el règim d'estades i comunicacions, fer el seguiment de l'expedient on es farà constar el compliment o incompliment de la resolució judicial pels progenitors i les incidències que puguin produir-se durant el lliurament i recollida i, en cas de relacions supervisades, el control que es dugui a terme; la seva utilitat també esdevé en ocasions adient per ajudar a aclarir dubtes en relació a la resolució (vacances, ponts, etc.), gestionar dificultats en ajustos d'horaris, plantejar conjuntament alternatives en els casos més conflictius i mantenir una via de seguiment judicial tot informant-li dels incidents.

### **5.3. L'Equip d'Assessorament Tècnic en l'àmbit de família**

La seva finalitat és essencialment normalitzar les relacions en el grup familiar per a facilitar la relació del menor amb els dos progenitors i la seva intervenció està recomanada quan el nivell de conflicte entre els adults és elevat i està perjudicant als fills, normalment, mitjançant l'alteració del seu règim de comunicació amb un o tots dos progenitors.

Intervenien normalment quan la resta dels recursos externs del Jutjat, fonamentalment, el Punt de trobada familiar i els Serveis de Mediació, no són suficients medis per a resoldre els conflictes, no poden actuar o resulten ineficaços.

Per la seva importància s'han de destacar els informes d'avaluació i seguiment emesos per l'Equip d'Assessorament Tècnic en l'àmbit de família (SATAF), que es un òrgan de l'administració de la Direcció General de Recursos de l'Administració de Justícia depenent del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, que es troba format un equip de professionals format per treballadors socials i psicòlegs, i la seva funció és la d'auxiliar als òrgans judicials, tot emetent informes en relació a la situació dels menors, on s'estudien les relacions i els vincles familiars del menor, el seu estat psicològic, la seva percepció de la situació esdevinguda i la incidència del conflicte parental.

Pel que fa referència al seguiment del règim d'estades i comunicacions, és molt adient la seva incoació en procediments d'execució on s'afirma que el menor s'hi oposa a la relació,<sup>60</sup> i inclús a vegades els informes d'aquesta entitat atorgats durant la tramitació d'una execució, aconsellen una modificació del que s'ha establert a la resolució judicial en benefici del menor, doncs bé, que el jutjat assumeixi d'ofici aquest canvi en aquesta fase processal no es considera una vulneració del principi de seguretat jurídica ni de tutela judicial efectiva en base al que estableix l'article 236-3 del CCCat.<sup>61</sup>

60 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 126/2009, de 30/04/2009, Recurs 318/2008, Pascual Martin Villa i la SAP de Barcelona Sec 12ª, 416/2008, de 17/06/2008, Recurs 86/2008, Juan Miguel Jiménez de Parga.

61 En relació a un règim de comunicacions amb els avis l'AAP de Barcelona Sec. 18ª, 37/2012, de 28/02/2012, Recurs 181/2011, Judith Solé Resina.

### III. RELACIONES PERSONALS AMB D'ALTRES FAMILIARS: AVIS,<sup>62</sup> GERMANS I PERSONES PRÒXIMES

Aquesta possibilitat esdevé del que estableixen els articles 233-2-2 c) en conveni regulador, 233-4-1 i 233-12 com a mesures definitives en procediment contenciós de ruptura familiar i també tenen legitimació directa per a la seva reclamació en un procediment judicial en base a l'article 236-4-2 i 3 del CCCat.

La doctrina judicial que ha tractat d'aquesta mena d'execucions ha posat de manifest que:

---

62 LAAP de Barcelona Sec. 18<sup>a</sup>, 37/2012, de 15/11/2011, Recurs 1110/2010, Ponent: Margarita Noblejas Negrillo, ha descrit el contingut de la relació entre avis i nets de la següent manera: «... tal y como ya resolvió esta Sala en la sentencia dictada en el R.772-2006, que la doctrina ha reflexionado sobre la naturaleza del derecho o relación existente entre nietos y abuelos, planteándose si estamos ante un auténtico derecho de los abuelos, ante un derecho de los nietos, ante un deber-derecho de los abuelos -derecho en función del logro del interés del menor-, o incluso ante un conflicto de intereses que el legislador ha de resolver. A nuestro juicio, lo que regula la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, así como el art. 135.2 C, es más bien un límite a la patria potestad. Partiendo de una disputa entre padres y abuelos, el juez debe analizar en cada caso si protege el interés de los abuelos por mantener relaciones con el nieto, de modo que cuando interese al menor tal relación, concederá a los abuelos ese derecho, y lo denegará cuando no permita satisfacer el interés del menor o éste corra grave peligro de aceptarse la petición de aquéllos. El error de base está posiblemente en que son los abuelos los que, ante una negativa del hijo titular de la patria potestad, inician un procedimiento judicial demandando mantener una relación con el nieto, procedimiento que concluirá en su caso, con una resolución favorable, en las que se les otorgue un derecho de relación, esquema que ha llevado a la equivocación de suponer que los abuelos tienen un derecho de visitas, que el juez reconoce y concreta. Pero no es exactamente así: el juez lo que hace es analizar la conveniencia o no para los intereses del menor de mantener esa relación, y procede a declarar, cuando hay oposición paterna -y solo en este caso-, el derecho de aquéllos frente al de los padres a mantener esa relación, resultando así que estamos ante una resolución judicial que es constitutiva de ese derecho, y no declarativa de un derecho persistente y generalizable: no declara un derecho, sino que constituye un derecho cuando entienda que es conveniente para los intereses del menor, pues a diferencia de los supuestos del derecho de visita paterno, en cuanto la ley reconoce un derecho al padre no guardador basado en la propia naturaleza de las cosas, es decir, en la conveniencia recíproca para ambas partes, padres e hijos, de satisfacer su natural necesidad de conocimiento y relación con su descendiente o ascendiente más próximo, como modo primordial de realización personal, esta situación no se presenta del mismo modo en las relaciones padres-abuelos, por lo que no merece la misma tutela jurídica que la ley otorga a los padres, máxime cuando existe un conflicto agudo entre los padres y abuelos. En nuestro caso la sentencia sólo fijó visitas con los abuelos paternos y en unas determinadas condiciones, por lo que la introducción de terceros, por más que sean otros parientes, modificaría un resolución judicial firme, por más que fuera deseable, en los términos del informe del SATAV, que las visitas habrían de tender a naturalizarse paulatinamente, sin la presencia de la figura materna y hacerse progresivamente extensibles a otros miembros de familiares paternos, de cara a garantizar los vínculos del menor con la familia extensa paterna, lo cual, hoy por hoy no puede acordarse a la vista de la actitud rebelde del menor hacia las visitas con los abuelos, «fruto probablemente de que por su edad y nivel de madurez, ha evidenciado de manera más directa las emociones y el conflicto judicial entre los adultos, sobre todo al inicio de los encuentros. Asimismo, se valora que este comportamiento del menor podría responder también a los numerosos cambios sufridos en la estructura familiar (pérdida del referente paterno, cambios en la organización cotidiana y en la relación con los abuelos), las cuales requieren de un tiempo para que el menor se vaya adaptando y aceptando», por lo cual sería recomendable que pudiese seguir soporte terapéutico especializado (CSMIJ) para poder adquirir recursos personales para afrontar la realidad familiar.»

- 1) En aquests casos l'execució judicial també seguirà el tràmits establerts per a l'execució de fer personalíssim com en el cas dels progenitors, amb la diferència de que, a diferència del règim dels progenitors, en cas de estar pendent la fermesa de la sentència per haver interposat un recurs, l'execució de la resolució s'ha d'executar provisionalment, i no com al procediment de familiar, on la tramitació del lliurament es fa pel procediment d'execució de resolució ferma i, a més, no resulta d'aplicació l'apartat 3 de l'article 776 de la LEC, on es diu que l'incompliment reiterat de les obligacions derivades del règim de visites, tant per part del progenitor guardador com del no guardador, podrà donar lloc a la modificació pel Tribunal del règim d'estades.<sup>63</sup>
- 2) A l'igual que el règim establert pels progenitors es pot donar la circumstància de que en la seva execució tingui que intervenir el Punt de trobada familiar (art. 233-13 del CCCat).<sup>64</sup>
- 3) La mort del progenitor que era familiar dels avis no dona lloc a la suspensió del règim declarat judicialment a favor d'aquests, de forma que es pot executar contra l'altre progenitor,<sup>65</sup> i el fet de que un progenitor no guardador mori no dona lloc a que els avis substituïxin a aquest en la potestat parental i en el règim d'estades i comunicacions.<sup>66</sup>
- 4) Només es pot impedir l'execució si n'hi ha justa causa i aquesta no es produeix en el cas de que hi hagi discrepàncies religioses i que al país del que és origen els avis (Marroc) les relacions familiars siguin diferents que al nostre país.<sup>67</sup>

#### IV. LEGE FERENDA

Els esdeveniments conseqüència de l'aplicació de la LEC durant aquests anys, la evolució tècnica al tractament de les crisis familiars esdevinguda des de la promulgació de la norma processal (com són la mediació, els serveis d'assistència tècnica i el Punt de Trobada) i la impossibilitat de tenir un cos de jurisprudència unificadora adoptat pel TS o pels TSJ, fan necessària una evolució del redactat l'article 776 de la LEC, amb l'objectiu d'aclarir i millorar les pautes d'actuació en matèries que a vegades són especialment sensibles, com les relatives als fills menors.

Els aspectes que hauria d'afegir la norma a les especialitats en l'execució dels processos matrimonials i de menors són els següents:

---

63 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 144/2009, de 09/06/2009, Recurs 470/2010, Mª José Pérez Tormo.

64 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 111/2009, de 28/04/2009, Recurs 98/2008, Mª José Pérez Tormo.

65 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 257/2008, de 14/10/2008, Recurs 577/2008, Mª José Pérez Tormo.

66 AAP de Barcelona Sec. 18ª, 288/2006, de 19/12/2006, Recurs 640/2006, Enric Alavedra Farrando.

67 AAP de Barcelona Sec. 12ª, 193/2008, de 12/06/2008, Recurs 218/2008, Paulino Rico Rajo.

- a) Que les resolucions dictades als processos matrimonials i de menors són immediatament executables i no caldrà esperar 20 dies establerts a l'article 548 de la LEC per a la seva execució, salvat disposició en contrari per la resolució judicial.
- b) Que en cas d'interposar recurs contra la resolució definitiva dictada als processos matrimonials i de menors, les mesures relatives als fills, habitatge, càrregues i dissolució del matrimoni són executables directament i que les mesures relatives a la prestació compensatòria, indemnització per nul·litat del matrimoni o compensació per desequilibri patrimonial són susceptibles d'execució provisional i, que les decisions que hagin estat declarades en l'interlocutòria de mesures provisionals seran immediatament executables a través del procediment d'execució de resolució ferma.
- c) Que quan hagin de ser objecte d'execució forçosa als processos matrimonials i de menors obligacions no pecuniàries de caràcter personalíssim en relació al la guarda i el règim d'estades i comunicacions amb els menors:
  - 1) Es doni trasllat previ a l'executat de la demanda executiva per a que en un termini de 5 dies es manifesti i que, en cas d'oposició, el tribunal convoqui a les parts a una vista que es substanciï d'acord amb el que disposen els articles 440 i següents i que s'haurà de resoldre mitjançant una interlocutòria.

Tanmateix i depenen del cas, el jutjat podrà remetre a las parts abans de la vista a una sessió informativa sobre la resolució del conflicte en mediació.
  - 2) Que l'òrgan judicial podrà recavar abans de la celebració de la vista, d'ofici o a requeriment de les parts, un informe del servei d'assistència tècnica en l'àmbit de família adscrit al jutjat.
  - 3) Que l'òrgan judicial podrà recavar la supervisió del règim de relacions personals a la xarxa de serveis socials, perquè es faci un seguiment de la situació familiar al servei d'assistència tècnica en l'àmbit de família i al Punt de Trobada, que emetran els corresponents informes.
  - 4) Que l'òrgan judicial podrà adoptar en qualsevol moment del procediment les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal als fills en potestat, inclús tot limitant les facultats dels progenitors.

## BIBLIOGRAFIA

- LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, Miguel. *Ejecución de sentencias en materia matrimonial* (7ª ED.), Colex. Editorial Constitución y Leyes, S.A., 2008.
- MORENO VELASCO, Víctor. «Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos». En *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N° 7565, febrero 2011, p. 1-4.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de derecho de familia, volumen III. La Ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*. 2a ed. Lex Nova, 2009.
- REDONDO GARCÍA. Fernando. «La ejecución de las sentencias de familia» En *Derecho de familia. Procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*. Carlos Villagrasa Alcaide (coord.). Editorial Bosch 2011. ISBN: 978-84-9790-840-5.
- UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis. «Régimen de estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio». En: *II Jornada Científica ASEMIP. La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja*. Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010. Página 161 y siguientes.
- I Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: «Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los Procesos de Familia». Conclusiones (Madrid, 17, 18 y 19 de noviembre de 2003).
- III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia. Conclusiones (Madrid 28, 29 y 30 de octubre de 2008).
- IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y VI Jornadas de Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales. Conclusiones (Valencia, 26, 27 y 28 de octubre de 2009).
- Punto de encuentro familiar. Conclusiones de las VII Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas celebrado en Barcelona, del día 1 a 3 de marzo de 2011.



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

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT<sup>1</sup>

Professora titular de Dret civil  
Universitat de las Illes Balears

I. PUNT DE PARTIDA: LA MARE ÉS QUALITATIVAMENT MÉS NECESSÀRIA PER ALS MENORS QUE EL PARE EN LES DINÀMIQUES FAMILIARS CONSTRUÏDES SOBRE MODELS TRADICIONALS. II. FINALITAT DEL TREBALL. III. QÜESTIONS PRÈVIES A RESOLDRE. 1. El dret de la lactància materna. 2. La regulació del dret a la lactància materna. Conclusions sobre el dret a la lactància materna. IV. MOSTREIG DE RESOLUCIONS JUDICIALS EN EL TEMA DE L'ALLETAMENT MATERN. 1. Sobre el termini de duració de la lactància natural. 2. Sobre la consideració de l'alletament com a simple aliment. 3. Sobre la indeterminació del concepte de lactant. 4. Sobre la igualtat entre els progenitors entesa com unitat de sexes.

*Para amamantar a un bebé durante varios años, una mujer moderna debe de estar dotada de una capacidad poco común de resistencia a las presiones sociales, incluidas las intrafamiliares.*

Dr. Michel Odent

## I. PUNT DE PARTIDA: LA MARE ÉS QUALITATIVAMENT MÉS NECESSÀRIA PER ALS MENORS QUE EL PARE EN LES DINÀMIQUES FAMILIARS CONSTRUÏDES SOBRE MODELS TRADICIONALS

En la nostra opinió, era necessari, dins del panorama jurídic en matèria de Dret de família, recordar la idea manifestada en el Preàmbul de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, en relació amb que: «el paper de la mare és qualitativament més necessari per als menors que el del pare quan les dinàmiques familiars han estat construïdes sobre models tradicionals [tant en la idiosincràsia de Catalunya com en la realitat d'altres cultures que s'han incorporat a la societat catalana]».

Amb més detall, la Llei 25/2010, diu, a la Secció Segona (*Cura dels fills*, arts. 233-8, 9, 10 i 11) del Capítol III (*Els efectes de la nul·litat del matrimoni*,

<sup>1</sup> Treball realitzat dins del marc del projecte d'I+D+i DER 2010-19080.

*del divorci i de la separació judicial*) del Títol III (*La família*), pel que fa a la responsabilitat dels progenitors envers els fills, que una de les novetats que aporta la Llei és que:

«(...) s'abandona el principi general segons el qual el trencament de la convivència entre els progenitors significa automàticament que els fills s'han d'apartar d'un per a encomanar-los individualment a l'altre. Per contra, s'introdueix com a norma que la nul·litat, el divorci o la separació no alteren les responsabilitats dels progenitors envers els fills. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen, després de la ruptura, el caràcter compartit i correspon a l'autoritat judicial determinar, si no hi ha acord sobre el pla de parentalitat o si aquest no s'ha aprovat, com s'han d'exercir les responsabilitats parentals i, en particular, la guarda del menor, atenint-se al caràcter conjunt d'aquestes i a l'interès superior del menor» (veure: art. 233-8 CCcat).

Per tant, la regla general, en el cas de trencament de la convivència entre els progenitors, és mantenir el caràcter compartit de les responsabilitats dels progenitors envers els fills i, només en la mesura que sigui possible, mantenir un exercici conjunt de les responsabilitats parentals (la guarda). Per tant, quan no sigui possible l'exercici conjunt de la guarda (o no sigui consensuat), l'autoritat judicial ha de decidir d'acord amb les circumstàncies de cada cas i en funció de l'interès concret dels fills. És per això que el Llibre segon proporciona una sèrie de criteris que s'han de ponderar conjuntament per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda. I potser aquí podem entendre que l'interès superior de menor, quan la dinàmica familiar s'ha construït sobre el model tradicional, està en l'exercici de la guarda del menor per part de la mare, ja que el seu paper és qualitativament més necessari per aquell.

Ara bé, aquesta idea del Preàmbul no es reflexa, al manco directament, en l'articulat de la Llei. En concret, podem deduir del Preàmbul, que el paper qualitativament més necessari pels fills que té la mare, enfront a l'exercici compartit amb el pare de la guarda, en les dinàmiques familiars basades en models tradicionals, s'ha de manifestar mitjançant el predomini, sobre d'altres, dels criteris de la vinculació especial dels fills amb la mare i de la dedicació als fills que la mare ha tingut abans de la ruptura (diu el Preàmbul: «Per aquest motiu, es destaquen com a criteris per a determinar la guarda individual la vinculació especial dels fills amb un dels progenitors i la dedicació als fills que la mare o el pare hagin tingut abans de la ruptura»).

Essent així, podem entendre que aquesta idea del Preàmbul es reflexa en l'articulat de la Llei, indirectament (art. 233-11 CCcat), quan es diu que, per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, cal tenir en compte, en particular, i ponderats conjuntament, criteris i circumstàncies tals com: a) La vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors; b) L'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills; i el temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per procurar-los el benestar.

Aquestes referències (la mare com a progenitor qualitativament més necessari; la major vinculació afectiva i aptitud amb i de la mare; el benestar –



general, no només material— que proporciona la mare; el major temps dedicat per la mare a la cura dels fills; i el tipus de tasques efectivament exercides per la mare) ens semblen rellevants per conduir el nostre tema cap un objectiu clar: Valorar l'exercici de l'alletament matern com un criteri qualitativament destacable, com a prova de la major necessitat de la mare que del pare, que tenen els fills; i veure el tractament que de la circumstància de l'alletament matern fan els tribunals en els litigis sobre guarda dels menors i dret de visites.

## II. FINALITAT DEL TREBALL

En relació amb el que hem exposat abans, repetim que l'objectiu o finalitat d'aquesta comunicació és plantejar la necessitat de valorar l'exercici de l'alletament matern com un criteri qualitativament destacable per la prova de la major necessitat que té un infant de la mare que del pare a l'hora de l'atribució de la guarda individual i del règim de visites.<sup>2</sup> Considerem que la mare ha de ser afavorida amb l'atribució de la guarda individual dels seus fills quan així ho demani, en els casos en que hi ha hagut o hi hagi alletament matern com a circumstància qualificada de dedicació i vinculació amb els fill@s. En conseqüència, el treball pretén aproximar-se al tractament que de la circumstància de l'alletament matern fan, si escau, els tribunals en els litigis sobre guarda i custòdia dels menors en relació amb els següents punts:

- Imposició d'un règim de separació nocturna de la criatura i la mare per atorgar a l'altre progenitor la pernoctació amb l'infant per complir el dret a tenir els fill@s en la seva companyia.
- Manca de criteri clar per decidir l'edat en que un infant alletat ha de ser, traumàticament, separat de la mare perquè pugui pernoctar amb el pare (veurem com aquesta mesura varia en les distintes resolucions, a vegades 18 mesos, 2 anys, 3 anys —atenent a les circumstàncies personals del pare, per facilitar-li la creació, forçosa, de vincles afectius, i no a les del menor; o a les valoracions personals del jutge).
- Manca de claredat en la distinció entre lactant, des del punt de vista de la nutrició, perquè és una criatura que no ingereix encara sòlids; i

2 Sentència 10.06.2003 (AP Cuenca): «(...) Según reiterado criterio de las Audiencia Provinciales, el denominado derecho de visitas que contempla el artículo 94 del Código Civil no aparece estrictamente configurado como cualquier otra derecho, sino como un complejo derecho-deber cuya finalidad no es primordialmente la de satisfacer los deseos de los progenitores, en especial los de aquél que no ostenta la custodia diaria del hijo, sino fundamentalmente, la de proteger los derechos y el interés del menor, a los cuales deben subordinarse cualesquiera otros, aún perfectamente legítimos, subyacentes en el pleito, exigiendo, como norma general, tales intereses prioritarios del descendiente, unos contactos lo más racionalmente posibles con aquél de sus padres de cuya compañía cotidiana se les ha privado, sin culpa alguna del menor, debiéndose favorecer, con la adecuada flexibilidad, tales relaciones, lo que habrá de contribuir a un desarrollo armónico y equilibrado de quien ya ha sido bastante perjudicado por la ruptura convivencial de sus progenitores, quienes deberán, ética y legalmente, procurar paliar las nocivas consecuencias que por sí sola implica para el menor tal falta de presencia conjunta y armónica de los mismos».

lactant en sentit literal que és la criatura que lacta i ho fa i ho pot fer durant tot el temps que la mare i ella decideixin, tant si es tracta del període quan s'alimenta exclusiva o principalment (fins a 1 any i fins a 2 respectivament) de llet materna (a demanda) o quan pren llet materna de manera complementària al seu creixement físic i emocional (dels 2 anys en endavant).

Ara bé, en realitat, l'estudi, gestat des d'una determinada corrent de pensament feminista,<sup>3</sup> té una finalitat última: Apel·lar a un reconeixement de la funció social que el dret de la lactància materna compleix. Partint de l'aportació que una actuació individual<sup>4</sup> de la dona genera en la societat, l'Estat hauria de promoure el reconeixement de la lactància materna com a funció social i fomentar la protecció de la dona perquè l'exercici d'un dret individual no la discrimini en les seves relacions socials (públiques i professionals) ni familiars. Per això, es podrien justificar mesures en pro de l'interès social i la intervenció de l'Estat en el conjunt de relacions jurídiques que regula el Dret de família i en els casos de patologies en aquestes relacions.

### III. QÜESTIONS PRÈVIES A RESOLDRE

#### 1. EL DRET DE LA LACTÀNCIA MATERNA

##### 1.1. Dret de la dona a la lactància materna

Alletar forma part de la sexualitat de la dona, com també l'embaràs i el part normal. Són mostres d'exercici d'un dret humà (el dret a la llibertat sexual: a la reproducció i a la sexualitat).

El dret a alletar està implicat amb el dret al lliure desenvolupament de la personalitat. La *Declaració d'Innocenti* (Florència) *sobre la Protecció, Promoció i suport a l'alletament* de la OMS/UNICEF, de 1990,<sup>5</sup> reconeix que la lactància materna és un procés únic que proporciona a la majoria de les dones un sentiment de satisfacció quan es porta a terme amb èxit.

El dret a la lactància es relaciona també amb l'efectivitat del dret a la salut (des del punt de vista de la integritat física):

- La *Declaració sobre la protecció, promoció i suport a la lactància materna* de l'OMS / UNICEF de 1990 (d'Innocenti, Florència) reconeix que la

3 Seguint l'ètica de la cura (Carol Gilligan, *In a different voice: psychological theory and women's development*. Harvard University press, Cambridge, 1982) i el pensament maternal (Ruddick, Sara, *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace*. London, London the Woman's press, 1990).

4 Des de la construcció de la ciutadania ambiental (Macrory, Richard. «Environmental Citizenship and the Law: Repairing the European Road». *J. Envtl. L.* 1996, vol. 8. p. 219). <http://www.cep.unt.edu/citizen.htm>.

5 <http://www.unicef.org/programme/breastfeeding/innocenti.htm>.

lactància materna és un procés únic que promou la salut de la dona, en reduir el risc de càncer de mama i ovari.

- La 34 Assemblea Mundial de la Salut va adoptar, el 1981, el «Codi Internacional de Comercialització de Succedanis de la Llet Materna» preparat per l'OMS / UNICEF, partint de que la lactància natural constitueix una base biològica i emocional única tant per a la salut de la mare com per la del infant.

## 1.2. Dret de l'infant a la lactància materna

Dels fòrums internacionals, es pot extreure que és possible que el fet del deslletament precoç, especialment en els països occidentals, estigui privant als lactants de l'efecte protector que suposaria una lactància materna prolongada. Tota la societat o gran part d'ella es sensibilitza davant un infant maltractat o desprotegit, però molt poques persones identifiquen com abusiva la decisió de no alletar a la criatura, tenint en compte que és el millor aliment i més eficaç medicament, des del calostre dels primers dies fins a la llet madura, entre altres grans avantatges.<sup>6</sup>

Per tot això, observem que el temps òptim de durada de la lactància materna exclusiva és un punt important de salut pública.<sup>7</sup> En conclusió, la lactància materna és un dret de l'infant perquè contribueix a la salut infantil i repercuteix en la salut de la societat futura.<sup>8</sup>

- La «Convenció sobre els Drets de l'infant» de 20 novembre 1989 reconeix, en l'art. 24.1, que: «el dret de l'infant a gaudir del més alt nivell possible de salut i a serveis per al tractament de les malalties i la rehabilitació de la salut». I, en l'art. 24.2, diu que: els «Estats membres han d'assegurar la plena aplicació d'aquest dret i, en particular, adoptaran les mesures apropiades per: i) Assegurar que tots els sectors de la societat, i en particular els pares i els infants, coneguin (... ) els avantatges de la lactància materna».
- La *Declaració sobre la protecció, promoció i suport a la lactància materna* de l'OMS / UNICEF de 1990 (d'Innocenti, Florència) reconeix que la lactància materna és un procés únic que proporciona l'alimentació ideal al lactant i contribueix al seu creixement i desenvolupament saludables

6 Brückner, H., *Lactar es amar. Ciudad de la Habana*, Editorial Científico-Técnico, 2002.

7 Veure: Riaño Galán, Isolina, «Lactancia materna prolongada: ¿tiene inconvenientes?». [http://www.abamlactancia.org/pdf/Lact\\_prolon.pdf](http://www.abamlactancia.org/pdf/Lact_prolon.pdf)

8 «Imaginemos que el mundo hubiera inventado el «producto ideal» para alimentar e inmunizar a todos los bebés. Imaginemos también que ese producto estuviera al alcance de todos, que no requiriera almacenamiento ni distribución, y que ayudara a las madres a planificar sus familias y redujera al mismo tiempo el riesgo de cáncer. E imaginemos ahora que el mundo se negara a aprovecharlo. Hacia el fin de este siglo de descubrimientos e invenciones sin precedentes, en una época en que los científicos descubren los orígenes de la vida, la situación descrita no es ficticia. El «producto ideal» es la leche materna, a la que todos tenemos acceso al nacer, y la que, sin embargo, no estamos aprovechando»: «Iniciativa Hospital Amigo de la madre y el niño UNICEF». Ministerio de Salud de la Nación. República Argentina, 1994.

i redueix la incidència i la gravetat de les malalties infeccioses, disminuint la mortalitat infantils.

- *L'Estratègia Mundial per a l'alimentació del lactant i l'infant petit*, adoptada l'any 2002 per l'Assemblea Mundial de la Salut, reitera la lactància materna exclusiva fins als sis mesos i al costat d'una adequada alimentació fins als dos anys o més, com un objectiu universal de salut. El Pla Estratègic Europeu per a l'Acció «Protecció, promoció i suport a l'alletament a Europa», de 2004, impulsat per l'Organització Mundial de la Salut i la Comissió Europea, té el mateix objectiu.

### 1.3. El dret a la maternitat (a totes les seves dimensions)

La sociòloga Isabel Aler diu que algunes dones avui podem triar ser o no ser mares, quan volem ser-ho i fins i tot la forma d'aconseguir-ho (s'ha aconseguit separar sexualitat i reproducció gràcies al feminisme) però queden grans reptes plantejats al voltant de la maternitat ja que: «el reto de recuperar la maternidad hay afecta a su potencialidad transformadora: cómo puede contribuir la maternidad a la transformación social liberadora de las mujeres y de la sociedad. Ampliamos el espacio externo de libertad para elegir pues que la liberación de la maternidad debe incluir una liberación de potencialidades negadas culturalmente como mujeres y madres, y a través de nosotras a todas las criaturas que concebimos, gestamos, parimos, criamos y educamos hasta el momento».<sup>9</sup> Tot això perquè: «La decisión de transformarse de mujer en madre posibilita la recuperación de dimensiones humanas<sup>10</sup> que son reconocidas por muchas mujeres con otra motivación y una mayor apertura vital que da la conciencia y la experiencia de aventurarse al deseo de ser madre «con conciencia de la experiencia del proceso de transformación que se abre bio-psico-socio-culturalmente a través de la maternidad».<sup>11</sup>

A partir d'aquest contingut del dret a la maternitat biològica (a la reproducció de la vida humana mitjançant l'exercici de la llibertat sexual) aprofitem per exposar algunes teories científiques, cada dia més seguides, per tal que, posteriorment, el lector pugui concloure sobre el tractament que de l'alletament fan algunes resolucions judicials que reproduïrem.

9 Aler, «Sociología de la maternidad como proceso de transformación social en España: 1978-2008», en: María Jesús Blázquez García, dir., *Maternidad y ciclo vital de la mujer*. 2008, Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, p. 22.

10 «(...) muchas madres de hoy lo olvidan o no lo quieren reconocer, al igual que el feminismo más abanderado en nuestra sociedad se ha desentendido, en cierto modo, de otras dimensiones humanas de la maternidad (...) que continúan marginadas políticamente y obviadas científicamente» (Aler Gay, Isabel, «La transformación de la maternidad en la sociedad española 1975-2005: otra visión sociológica». A: Blázquez García, M. Jesús., *Maternidad entrañable y gozosa*. Cursos de verano 2006. Prensas Universitarias de Zaragoza, reimpresión 2009).

11 Aler, «Sociología de la maternidad ...», ob. cit., p. 21.

### A) *La maternitat amb consciència*

L'expressió «criar amb respecte» (traducció de l'anglès «attachment parenting»)<sup>12</sup> descriu una forma de reproduir i criar que s'estén cada dia més, i que es caracteritza per algunes de les següents característiques:

- No separació de l'infant de la mare en cap moment després de néixer ni en els primers mesos de vida.
- Lactància materna a demanda, exclusiva fins als 6 mesos, mantinguda fins als dos anys i a partir d'aquí fins que la mare i la criatura desitgin.

### B) *Teoria de la salut primal*

El doctor Michel Odent<sup>13</sup> exposa la següent teoria científica quasi universalment acceptada.

La paraula salut designa la manera de funcionar del sistema d'adaptació primal en conjunt. Aquest sistema d'adaptació primal és un tot i el formen el cervell primal, el sistema immunològic i el sistema endocrí.

Les diferents parts d'aquest sistema es desenvolupen, es regulen, s'ajusten durant la vida fetal, durant el període perinatal i durant el primera infància. En finalitzar la primera infància el sistema d'adaptació primal ha assolit la seva maduresa. Michel Odent anomena salut primal als nivells d'equilibri aconseguits per aquest sistema en acabar la primera infància.

Per tant, la salut primal es construeix durant tot el període d'estreta dependència de la mare, primer en l'úter, després durant el part i després durant el període de lactància. Tots els esdeveniments que tinguin lloc durant aquest període de dependència de la mare influeixen sobre aquest estat de salut de base que anomenem salut primal.

Al final del període primari estem en un estat bàsic de salut denominat salut primària, per tant, salut no és absència de malaltia sinó com de bé funciona el sistema adaptatiu primari. L'objectiu de les investigacions de salut primal és explorar les correlacions entre el període primal i el que passa a partir d'aleshores: Cal valorar, en relació amb la salut primal, el paper de les deficiències nutricionals, particularment la d'àcids grassos essencials omega 3. Encara que moltes llets artificials estan començant a incloure àcids grassos essencials en la seva fórmula, encara no hi ha dades de com i quant s'absorbeixen aquests àcids en la dieta quan no procedeixen de la llet materna. En conclusió, l'aliment ideal durant la primera infància (0-2-3 anys) és la llet materna.

### C) *Teoria del paradigma social*

El Dr. Nils Bergman (Hospital de Maternitat de Mowbray, de la Ciutat del Cap, Sudàfrica)<sup>14</sup> creu que restaurar el model original de cura pot aconseguir

<sup>12</sup> <http://www.skintoskincontact.com/>

<sup>13</sup> <http://www.primalhealthresearch.com/>

<sup>14</sup> <http://www.kangaroomothercare.com/1new-page.aspx>

criatures més felices i saludables, en lloc del model actual d'incubadora i alimentació amb fórmula.

El Dr. Bergman es refereix al lloc on està la criatura com el seu «hàbitat», sigui quin sigui i de com mostrarà comportaments específics respecte a aquest. Diu que només hi ha dos possibles hàbitats: «la mare i l'altre». Quan la criatura està en contacte pell amb pell amb la mare, es troba en una manera de creixement en què s'alimentarà i progressarà. Quan està lluny d'ella, mostrarà la reacció de «protesta i desesperació», plorant al principi per després donar-se per vençut, a la vegada que produeix grans quantitats d'hormones de l'estrès i el cos es comença a tancar (incloent el tracte digestiu) per intentar sobreviure.

Diu el Dr. Bergman que molt del contingut de la llet materna no té relació amb la nutrició, però és molt important per al benestar de la criatura, ja que li brinda entre altres coses, protecció contra les malalties. La composició de la llet materna canvia contínuament en resposta a les necessitats de creixement de l'infant en desenvolupament. Fins i tot a part dels aspectes del contacte afectiu, els infants alimentats amb una fórmula de llet de vaca, no reben tots els beneficis que necessiten. L'alimentació amb biberó provoca hipòxia perquè requereix d'un moviment de succió que interfereix amb la respiració, en lloc del moviment per mamar que passa en l'alletament natural i que li permet a la criatura alimentar-se i respirar alhora.

La llet de vaca és per a mamífers que neixen madurs, mentre que la llet humana està basada en un tipus de llet per a un mamífer, que necessita ser sostingut i tenir accés sense restriccions al pit durant molts mesos. Bergman diu que cap llet de fórmula podria aconseguir mai el que es necessita per al creixement òptim de la criatura en desenvolupament.<sup>15</sup>

#### 1.4. El dret ecològic a la lactància materna

El dret de la lactància materna contribueix en la protecció del medi ambient perquè és una pràctica sustentable:<sup>16</sup>

- La llet materna és un recurs natural i renovable generalment ignorat, protegeix l'ambient reduint el consum i eliminant el desaprofitament i la contaminació.
- La llet materna és completament lliure de deixalles, no cal preocupar-se sobre la disposició d'escombraries i no necessita preparació.
- La llet materna protegeix el medi ambient en disminuir el consum de llenya i productes plàstics, farmacèutics i lactis.

15 <http://www.youtube.com/watch?v=-Hs2jdalaVQ>

16 O'Reilly, Erin, «Breastfeeding and sustainability (Surviving Climate Change)», *Síntesis / Regeneration*, 2009, 22. Puleo, Alicia H., *Ecofeminismo para otro mundo posible*, Madrid: Cátedra, 2011. Rohde, J. E., «Mothermilk and the Indonesian economy: A major nacional resource», *Journal of Tropical Pediatrics*, 1982, 28(4), pp.166-74.

- La llet materna disminueix les despeses de les famílies en aliments i atenció sanitària. Comporta un estalvi econòmic a cada família que ascendeix, només en menjar, a 2.000 euros anuals per criatura.<sup>17</sup>

## 1.5. Conclusions sobre el dret a la lactància materna

Des del punt de vista del benefici que, per a la col·lectivitat (salut pública, desenvolupament sustentable), suposa la lactància materna, correspon a l'Estat la presa en consideració de les dificultats de l'exercici d'aquest dret.

La pressa en consideració s'hauria de fer des dels grans objectius de les polítiques públiques d'igualtat d'oportunitats entre ambdós gèneres ja que, en la mesura en que estan implicats amb els nous reptes que la transformació de la maternitat planteja i pot plantejar a la societat en el seu conjunt, aquests objectius «pueden ofrecernos la oportunidad de promover también otras visiones políticas y científicas (...) que nos permitan vislumbrar no solo hacia dónde van los cambios según el mercado capitalista de trabajo y consumo, sino hacia dónde podrían ir si localizáramos nuestra atención hacia la igualdad y también hacia la diferencia entre mujeres y hombres, es decir, desde la equidad de género, y la orientáramos hacia la resolución de los graves problemas que el tipo de expansión de nuestro modelo de civilización occidental provoca al género humano y al resto de las especies vivas del planeta».<sup>18</sup>

Podem emmarcar la temàtica dins les polítiques públiques d'igualtat ja que el dret de la lactància materna incideix en la igualtat dels cònjuges i la corresponsabilitat en la cura de la família i la criança dels fill@s. Per tant, si la dona lliurement alleta, exercint un dret individual, ha de també trobar protegida en les relacions de dret de família (en el seu àmbit personal i familiar).<sup>19</sup> La decisió d'alletar incrementarà la manca de corresponsabilitat home-dona i això ha de ser pres en consideració a l'hora de ponderar mesures de dret de família vinculades, normalment, a situacions patològiques del matrimoni (ex. separació i divorci).

## 2. LA REGULACIÓ DEL DRET A LA LACTÀNCIA MATERNA. CONCLUSIONS SOBRE EL DRET A LA LACTÀNCIA MATERNA

L'alletament s'observa en el nostre Ordenament jurídic des d'enfocaments temàtics diferents que acaben, no obstant, en el mateix tractament de la lactància materna: una opció de criança d'un infant, però no un dret de la dona a viure la seva pròpia sexualitat (essent el part l'acte sexual principal de la vida

17 Smith, Julie; Ingham, Lindy, «Breastfeeding and the Measurement of Economic Progress». *Journal of Australian Political Economy*, n.º 48, 2001.

18 Aler Gay, Isabel, «Sociología de la maternidad como proceso de transformación social en España: 1978-2008», en: María Jesús Blázquez García, dir., *Maternidad y ciclo vital de la mujer*. 2008, Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, p. 19-20.

19 Michel Odent, *El bebé es un mamífero*. Ediciones Mandala, 1990. El Dr. Odent suggereix que: «Nadie se atreve a imaginar que las dificultades de la lactancia materna podrían ser inherentes a la familia nuclear monogámica».

sexual d'una dona, l'alletament es vincula, biològica i naturalment, a aquest procés).

## 2.1. Des de la legislació laboral: permís o descans per lactància

En la situació legislativa laboral actual, la lactància materna és simplement una opció lliure, personal i íntima de la dona, amb la qual cosa, un cop protegida a través de la generalització de les polítiques d'igualtat i conciliació, juntament amb qualsevol altra criança, no mereix cap protecció ni reconeixement més, com a realitat biològica diferent que és.

El respecte al dret de la lactància materna, com a conquesta d'igualtat de la dona en el món laboral, es visualitza a través de permisos laborals.

En la mesura que la lactància no es presenta com a dret a l'exercici de la pròpia sexualitat, basat en una diferència biològica (sexual) entre home i dona, el permís de lactància, es veu com a conquesta social de la dona en pro de la seva igualtat efectiva d'oportunitats i de la no discriminació per raó de sexe, es desvincula de la lactància natural i s'associa a un període de criança.

Des d'aquest àmbit, no es recull la lactància en sentit biològic o natural,<sup>20</sup> sinó com a sinònim d'acompanyament d'una criatura lactant, sense que hagi de ser lactat de forma natural per poder gaudir la mare del descans per lactància, sobretot quan, a més, pot gaudir-lo en la seva integritat el pare —entenen així que també pot fer-se càrrec de la criança (és molt il·lustrativa, sobre això, la sentència del Tribunal de Justícia UE de 30 de setembre de 2010)<sup>21</sup>— i es pot concedir al pare, encara que la mare no sigui treballadora [seguint la sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Basc, Sala Social, de 4 d'octubre de 2011: «la actualidad del permiso se vincula a la situación real que acontece en los tiempos actuales (art. 7 del Código Civil)»].

Això es deu a que les polítiques sobre conciliació de la vida personal, familiar i laboral i les lleis que les reflecteixen «siguen orientadas a paliar que la maternidad actúe como un obstáculo para la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y consumo, y no a cuestionar la perversión y el obstáculo real que supone la estructura y el funcionamiento actual del mercado jerárquico y precario de trabajo y consumo para la maternidad como hecho crucial para la re-producción de la sociedad».<sup>22</sup>

## 2.2. Des de la legislació sanitària: promoció de la lactància com a pràctica saludable

Des de l'àmbit sanitari, les regulacions tendeixen a la promoció de l'alletament matern com a conducta saludable. L'instrument normatiu més destacat, des d'aquesta òptica, és l'«Estratègia d'atenció al part normal en el

20 Art. 37.4 del Estatuto de los trabajadores i art. 48.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

21 Veure també: Sentència TJCE de 30 de setembre de 2010, en l'assumpte C-104/09 (cas Roca Álvarez); i STC núm. 109/2003, de 25 de març.

22 Aler Gay, Isabel, «Sociología de la maternidad como proceso de transformación social en España: 1978-2008», a: María Jesús Blázquez García, dir., *Maternidad y ciclo vital de la mujer*. 2008, Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, p. 39.



Sistema Nacional de Salut», del Ministeri de Sanitat, Serveis social i Igualtat,<sup>23</sup> que exposa la necessitat de promocionar l'alletament matern des de l'òptica de la salut i diu coses com:

«Se encontró que la historia de alimentación materna fue asociada con la reducción del riesgo de otitis media, de gastroenteritis no específica, infección respiratoria baja severa, dermatitis atópica, asma (en niños jóvenes), obesidad, diabetes tipo 1 y 2, leucemia de la infancia, síndrome de muerte súbita (SMS), y enterocolitis necrotizante. No se encontró relación entre lactancia materna y desarrollo cognitivo. La relación entre lactancia materna y enfermedades cardiovasculares no resultó del todo clara. Similarmente, tampoco fue clara la relación entre lactancia materna y mortalidad infantil en países desarrollados. (...) Para resultados maternos, la historia de lactancia materna se asoció a una reducción del riesgo para Diabetes tipo 2, cáncer de mama y ovario. El destete temprano o el hecho de no amamantar se asoció a un mayor de riesgo de depresión materna durante el puerperio. No hubo relación entre la historia de lactancia y el riesgo de osteoporosis. El efecto de la lactancia en las madres sobre su retorno al peso pre-embarazo fue menor y los efectos de la lactancia materna sobre la pérdida de peso post-parto no fue clara.»

Observem també aquesta òptica a la jurisprudència en matèria laboral. A títol d'exemple: la sentència del Tribunal Suprem (Sala de lo Social, Secció 1<sup>a</sup>), de 22 novembre 2011.

### 2.3. Des de la legislació de defensa del consumidor: donar llet materna com a acte de consum

Per exposar l'òptica de l'alletament com a acte de consum<sup>24</sup> ens trobem, principalment, el Reial Decret 867/2008, de 23 de maig, per el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los preparados para lactantes y de los preparados de continuación. Aquesta norma sorgeix arrel de la trenta-quatre Assemblea Mundial de la Salut que va adoptar, l'any 1981, el *Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*,<sup>25</sup> preparat per OMS/UNICEF, partint del fet que: «la lactancia natural es un medio inigualado de proporcionar el alimento ideal para el sano crecimiento y desarrollo de los lactantes, de que dicho medio constituye una base biológica y emocional única tanto para la salud de la madre como para la del niño».

Així mateix, hi ha resolucions judicials des d'aquesta òptica.

La sentència del Tribunal Suprem, Sala 3<sup>a</sup>, de 8 d'abril de 1989, que ens descriu els següents fets: «La cuestión básica que ha de ser objeto de examen en la presente resolución es si la sanción de multa de trescientas mil pesetas impuesta a la recurrente como consecuencia de una presunta infracción en materia de disciplina de mercado consistente, respecto de un determinado producto lácteo, en la «declaración de propiedades que directa o

23 <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/estrategiaPartoEnero2008.pdf>

24 Counihan, C; Van Esterik, P. *Food And Culture: A Reader*. Routledge, 2008.

25 <http://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/9241541601/en/>

indirectament induzcan a las madres a no amamantar a sus hijos o sugieran que alimentos que reemplacen o complementan a la lactancia materna son superiores a ésta». També, la sentència del Tribunal Suprem (Sala 3<sup>a</sup>, sec. 3<sup>a</sup>), de 25 de maig de 1998.

I la sentència de 28 de juliol de 2011 (AP Granada): «se declaran probados los siguientes hechos: Como consecuencia de la colisión, Virginia sufrió lesiones consistentes latigazo cervical, contusión en ceja y región pretibial y policontusiones que requirieron más de una asistencia facultativa con tratamiento paliativo y analgésico antiinflamatorio miorelajante y tratamiento rehabilitador que tardaron en curar 30 días en los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales y que le causaron secuelas consistentes en síndrome postraumático cervical. (...) Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por Virginia con fundamento en: error en la apreciación de la prueba. (...) en cuanto a lo que se razona por la pérdida de la lactancia (...) *si no se reclama el coste de la leche que supuestamente hubo de ser comprada para sustituir la materna no cabe hablar de ningún otro perjuicio para la madre*. En todo caso y, a tenor del propio alegato que la apelante realiza, *el perjudicado por su falta habría sido el niño, no ella*».

## 2.4. Conclusions sobre la normativa relativa al dret d'alletar

### A) *Les polítiques de salut que promouen la lactància no es poden complir amb èxit en el marc normatiu actual, la qual cosa mostra una contradicció del sistema*

L'Organització Mundial de la Salut (OMS),<sup>26</sup> l'Acadèmia Americana de Pediatria (AAP)<sup>27</sup> i el Comitè de Lactància de la Associació Espanyola de Pediatria<sup>28</sup> recomanen com a pautes la lactància, d'acord als criteris científics més capdavanters:

- Lactància a demanda que significa oferir el pit sempre que l'infant ho demani, (sense comptar el nombre de preses) i tot el temps que demani (sense fixar-se en la durada de cada presa) ja que els infants necessiten agafar-se al pit no només per menjar sinó també per tranquil·litzar-se.
- Es recomana que la lactància materna duri, com a mínim, 2 anys: En exclusiva fins als 6 mesos d'edat; a partir dels 6 mesos, i fins a l'any d'edat, després de la presa al pit se li poden oferir gradualment altres aliments. I amb una alimentació complementària adequada, fins als dos anys de vida, essent la llet materna l'aliment principal.

26 World Health Organisation. Expert consultation on the optimal duration of exclusive breastfeeding. March, 2001. [www.who.int/inf-pr-2001/en/note2001-07.html](http://www.who.int/inf-pr-2001/en/note2001-07.html)

27 American Academy of Pediatrics. Work Group on Breastfeeding and the use of human milk. «Pediatrics» 1997; 100; 1035-1039.

28 <http://www.aeped.es/comite-lactancia-materna/recomendaciones>

Més enllà dels dos anys o més es parla d'alletament perllongat: Només mare i criatura han de decidir fins quan mantenir la lactància.<sup>29</sup> Ni tan sols OMS, UNICEF, AEP, etc. han especificat clarament fins quan es recomana mantenir la lactància materna. Els estudis antropològics<sup>30</sup> parlen que el deslletament natural oscil·laria entre els 2 anys i mig i els 7 anys.<sup>31</sup> Ruth i Robert Lawrence parlen en «Lactància Materna, una guia per a la professió mèdica» (2007) —l'obra més completa que existeix sobre aquesta temàtica— del deslletament en arribar a la tercera part del pes que tindrà la criatura d'adult. A més, no es troba o és difícil trobar estudis científics que demostrin el perjudici de la lactància perllongada i més aviat s'han trobat evidències del contrari.

Alguns autors afirmen<sup>32</sup> que el sistema immunològic no es desenvolupa de forma completa fins als 6 anys; per això, des del punt de vista mèdic, també s'afirma que no hi ha cap raó mèdica per recomanar el deslletament en un determinat moment.<sup>33</sup>

Algunes afirmacions negatives sobre la lactància materna fetes des de la Psicologia es basen en opinions personals i teories no contrastades.<sup>34</sup> Dins d'aquestes situem algunes plasmades, malauradament en resolucions judicials:

- Sentència 21 de desembre 2009 (SAP Madrid): (...) «en el momento de los hechos continuaba alimentándose con lactancia materna, lo que supone un beneficio para el niño pero también una dependencia de la madre hacia el mismo».

29 L'Associació Espanyola de Pediatria assenyalava que les mares que alleten els seus fills més enllà dels 2 anys contenen com aquests busquen el pit en moments de dolor físic o emocional i que calmen els seus temors i pors al pit. Veure: «Lactancia materna prolongada». A: Asociación Española de Pediatría. *Manual de Lactancia Materna. De la teoría a la práctica*. 2008, Editorial Médica panamericana, p. 274.

30 Dra. Katherine A. Dettwyler, *Breastfeeding Abstracts*, 1994, Vol. 14, N° 1.

31 Veure: «Lactancia materna prolongada». A: Asociación Española de Pediatría. *Manual de Lactancia Materna. De la teoría a la práctica*. 2008, Editorial Médica panamericana, p. 274: «Algunos autores, basados en estudios comparativos con otros mamíferos, consideran que la lactancia en condiciones naturales se extendería hasta que el lactante adquiriera la tercera parte del peso adulto, entre los 4,5 y lo 7 años, y sería más prolongada para los varones. (...) Los niños y niñas continúan necesitando la succión como mecanismo de tranquilidad y seguridad bastante más allá de los 2 años. La estimulación oral produce secreción de oxitocina en el niño/a y esto aumenta el umbral doloroso».

32 Riaño Galán, Isolina, «Lactancia materna prolongada: ¿tiene inconvenientes?». [http://www.abamlactancia.org/pdf/Lact\\_prolon.pdf](http://www.abamlactancia.org/pdf/Lact_prolon.pdf)

33 El Dr. Odent diu: «Toda cuestión relativa a la duración de la lactancia es en sí misma una provocación. ¿Cuál es la duración de la lactancia humana, la más fisiológica posible? Para aportar elementos de respuesta a esta cuestión provocadora, también se puede utilizar correlaciones escandalosas. Primer grupo de correlaciones escandalosas: en todas las sociedades poligámicas la lactancia materna se prolonga varios años. Segundo grupo de correlaciones escandalosas en Suecia donde el 60% de bebés son aún alimentados con leche materna durante 6 meses, la tasa de separaciones conyugales es del 50%. Las separaciones se producen con mayor frecuencia en el año que sigue al parto (...). En Holanda donde el número de bebés alimentados con lactancia materna es ínfimo la tasa de separaciones es del 25%. (...) otra pregunta provocadora: ¿la monogamia es compatible en la escala cultural con la lactancia materna prolongada?». Veure: *El bebé es un mamífero*. Ediciones Mandala, 1990, pp. 80-81.

34 <http://albalactanciamaterna.org/lactancia/articulo-2>

- Sentència de 19 de novembre 2003 (SAP Barcelona): «(...) señalando los profesionales de los servicios sociales del Ayuntamiento de la ciudad de Barcelona (...) que el menor Baltasar se encuentra en situación de riesgo, con fundamento en los siguientes indicadores detectados por ellos (...): (...) 2) El gran estado de ansiedad que Baltasar muestra durante las entrevistas, que sólo puede ser disminuido a partir de la lactancia momentánea. Pensamos que estas conductas pueden llevar al hijo a problemas sobre su desarrollo emocional que tendrá que ser tratado. (...) En base a ello, el EAIA (...) valora que la madre no está facilitando a su hijo unos mínimos necesarios para que éste pueda desarrollarse correctamente (...) 2) al tema de la lactancia materna, es de significar que éste, efectivamente, no tiene la trascendencia que se la ha querido otorgar, y se ha sobredimensionado, tal y como resulta del informe médico-forense realizado en esta alzada, en que el psiquiatra dictaminante, concluye en tal extremo, que *«sorprende a este perito que se haya magnificado en este asunto la nutrición o no maternal, cuanto en este tipo de conducta que recogen mucho informes no tiene connotaciones nutricionales sino asistenciales o comportamentales (...)*» sin poder obviar que el niño cuando es ingresado en el CAUI presenta un desarrollo normal y correcto (...) siendo un niño más bien alegre y participativo (...) ha estado pocas veces enfermo y que *al haberle dado su madre el pecho ha resultado beneficioso para el niño, toda vez que tiene más defensas que otros menores y ello ha hecho desarrollar de forma destacada el aspecto concerniente a su afectividad (...)* el nombramiento de una nueva asistente social (...) entró en una dinámica de conflicto con ésta (...) *por el hecho de que la misma estimara adecuado proseguir con la lactancia materna y utilizara el dar el pecho como una forma de reducir la ansiedad de su hijo (...)* lo cual devino una «preocupación» por parte de los profesionales de la Administración que se ha magnificado y se ha sobredimensionado según han indicado (...) el pediatra que fue del menor y el psiquiatra forense (...)» si bien la función de la DGAIA es la de proteger y tutelar a los menores, ello no puede conllevar a que deba privarse a un niño/a de manera definitiva, o muy prolongada en el tiempo, de sus lazos familiares, cuando éstos realmente existan, por el mero hecho de que alguno de los progenitores del menor sea poco o nada colaborador *con las pautas que los técnicos de la Administración considera que son las más adecuadas y beneficiosas para aquél (...)*».
- Sentència 2 de novembre de 2010 (SAP Illes Balears): «(...) ni ha de ser mérito tan preferente para tal fin la mayor proximidad materna durante la lactancia, especialmente cuando no se acredita que el padre dejara de cumplir sus responsabilidades (...) considerando —siempre dicha parte apelante— no avalada por argumentos científicos las alegaciones de la psicóloga Sra. Caparrós (quien manifestó, al ser interrogada, *que la teoría de la madre como figura de apego estaba un tanto trasnochada, entendiéndose dicha psicóloga recomendable que siga la custodia compartida «(...) para evitar desigualdad entre los progenitores y no ceder a intereses personales (...)*). Sin existir además respaldo legal alguno a las tesis manejadas en la apelación, en lo relativo a que haya de tener preferencia la guarda y custodia materna frente a la compartida por el mero hecho de que la edad del menor

*alcance solo el año y medio, o por la circunstancia natural de que durante la lactancia haya tenido más protagonismo la figura materna que la paterna.»*

## **B) En aquestes normatives, l'alletament matern és tractat només com a opció**

El dret a la lactància materna com a dret de la dona a exercir la seva pròpia sexualitat no ve desenvolupat normativament, pel fet que, en aquestes normatives, l'alletament matern és tractat només d'opció i, per tant, no es garanteix l'exercici efectiu d'aquest dret.

- a) L'enfocament com a opció enlloc de dret, evitar haver de dissenyar polítiques públiques eficients. En conseqüència, l'enfocament com a opció<sup>35</sup> fa recaure tota la responsabilitat de l'elecció en la dona individual i evita haver de plantejar a nivell polític, de mercat laboral, etc. un posicionament a favor de l'exercici lliure i possible del dret a alletar dins els paràmetres científics actual.

El resultat d'això és que una opció que no és realment una elecció, no és un dret, sinó un privilegi.

Al respecte, alguns estudis<sup>36</sup> assenyalen que les mares de classes altes van al capdavant de la recuperació de l'alletament i la recuperació no està determinada només per factors coneguts, sinó que tendeix a comportar-se com una moda en la qual les classes superiors marquen la pauta a les inferiors. El nivell d'estudis de la mare és significatiu en qualsevol situació, afavorint la lactància. Per altra banda, el treball de la mare que teòricament hauria de suposar un obstacle per alletar, no interfereix amb la lactància. La manca de diferències a partir del tercer mes, quan la majoria de les mares treballadores s'incorporen a la feina, és a causa del baix nivell general de lactància que existeix en general.

En definitiva, l'opció de l'alletament matern es converteix en un privilegi de dones que controlen els seus cossos, la seva vida i el seu temps.<sup>37</sup>

35 Hausman, B. «Women's liberation and the rhetoric of «choice» in infant feeding debates». *International Breastfeeding Journal*, 2008, 3:10.

36 Martín Calama, J., «Lactancia materna en España hoy». *BOL PEDIATR* 1997, vol. 37, n.º 161. [http://www.sccalp.org/documents/0000/0549/BolPediatr1997\\_37\\_132-142.pdf](http://www.sccalp.org/documents/0000/0549/BolPediatr1997_37_132-142.pdf)

37 Veure: Estadística de «Niños de 5 años alimentados total o parcialmente con lactancia materna. Porcentaje y número medio de meses de lactancia según sexo y nivel de estudios del cabeza de familia. España, 2006/7»: Les mares amb major grau d'estudi (es pot entendre vinculat a gestió de la seva professió) són les que més mesos mantenen l'alletament (17,9 mesos). <http://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/indicadoresSalud2009.htm#salud>

- b) L'enfocament com opció d'alimentació o de pràctica saludable du a la divisió entre bones i males<sup>38</sup> mares i crea tensió<sup>39</sup> entre «col·lectius feministes» i els grups de mares que alleten i les associacions de promoció de la lactància.

Uns dels principals grups por lactància (*La Liga de la Leche*) diu que: «a través de la lactancia, las madres comprenden y aceptan con mayor claridad las responsabilidades y recompensas que les trae su especial papel dentro de la familia. El crecimiento que experimenta una mujer como madre se refleja en un crecimiento como persona, y enriquece con entendimiento y humanidad los demás papeles que desempeña a lo largo de su vida».<sup>40</sup>

Ara bé, els col·lectius de defensa de la lactància no tenen en compte les barreres sistèmiques i no poden valorar el que s'ha de fer i el que és possible fer, dins el context de la vida d'una dona concreta.

Per altra banda, alguna autora feminista (Elisabeth Badinter), arrel de l'activitat dels grups de mares, qualifica a aquestes, ridiculitzant-les, de: «La buena madre ecológica (...) la que quiere dar a luz en casa, desconfía de cesáreas y epidurales, lava ella misma los pañales del bebé para proteger el planeta y le da el pecho seis meses a demanda. Es una madre que para poder realizar su importante misión sacrifica todo su tiempo a esta labor».<sup>41</sup>

- c) En definitiva, l'opció de l'alletament matern es converteix en un privilegi perquè la regulació no fa front a les dificultats reals que hi ha per poder exercir plenament el dret de la lactància materna. És així perquè els obstacles, vista la lactància com una opció individual, no són remoguts, ni l'exercici del dret garantit per part dels poders públics.

38 Diu el pediatra Carlos González: «cuando una persona tiene ganas de hacer algo y no lo consigue se siente mal y así se sienten las mujeres que abandonan la lactancia materna porque no les ha ido bien; porque dar el pecho al propio hijo es para una madre una parte muy importante de su vida y se siente mal y tiene derecho a sentirse mal por no haberlo conseguido. Ese fracaso quedará ahí, mucho más que cualquier fracaso en la vida, la no vivencia de ese acto de amor, el no dejar fluir, desparramarse piel con piel, no disfrutar la animalidad con plenitud de conciencia. La pérdida de una oportunidad para favorecer el vínculo afectivo entre la madre y su criatura pesa porque ahí la mujer pierde la oportunidad de ejercer con todo derecho y plenitud parte de su sexualidad».

39 A nivell social, podem observar aquesta tensió a: <http://www.unomasenlafamilia.com/mentiras-exageraciones-sobre-lactancia-artificial.html> Atlantic Magazine 2009: <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/04/the-case-against-breast-feeding/307311/> <http://www.usbreastfeeding.org/Portals/0/Letters-Comments/2009-03-26-Joint-Letter-to-Atlantic.pdf> «La era de las madres vacas» El Mundo. <http://www.elreservado.es/news/view/222-noticias-ciencia/603-las-madres-vaca-y-el-neomachismo> <http://es.scribd.com/doc/40323076/Mamas-o-Vacas> Elisabeth Badinter: L'instít maternal retorn a l'essencialisme, una esclavitud per la dona, les talibans del pit: [http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/elisabeth-badinter-maternidad-nueva-forma-esclavitud/csrsrpor/20110501csrsrcsroc\\_4/Tes](http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/elisabeth-badinter-maternidad-nueva-forma-esclavitud/csrsrpor/20110501csrsrcsroc_4/Tes)

40 <http://www.laligadelaleche.es/III/filosofia.htm>

41 La mujer y la madre: un libro polémico sobre la maternidad como nueva forma de esclavitud. La esfera de los libros, 2011. <http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/Elisabeth-Badinter-desnaturaliza>

Des de les dades sociològiques es pot concloure que és quasi impossible, donat el marc legal, exercir el dret a alletar d'acord als paràmetres científics exposats abans:

- L'Informe del Comitè de Lactància Materna de l'Associació Espanyola de Pediatria<sup>42</sup> (de 1997) diu que la durada mitjana de la lactància materna (exclusiva + mixta), va ser de 3,20 mesos. Només el 55% de les mares que havien decidit donar lactància materna van superar els tres mesos donant alguna presa de pit.
- L'Enquesta Nacional de Salut de 2006<sup>43</sup> mostra la prevalença de lactància materna exclusiva amb aquestes percentatges: A les 6 setmanes, el 68,40% de mares donaven pit (espanyoles: 67,54 estrangeres: 80,82). Als 3 mesos de la criatura es redueix al 52,48% les mares que donen pit. I als 6 mesos només el 24,72 % (espanyoles: 24,00 estrangeres: 37,55) de les mares que havien decidit donar el pit en néixer l'infant ho mantenen.
- Segons dades del 2005, a Catalunya,<sup>44</sup> la prevalença de la lactància materna a l'inici se situa en el 81,1% (encara d'aquesta únicament el 66,8% és exclusiva). Al tercer mes, l'índex de lactància total (exclusiva + no exclusiva) se situa en el 61,9%; als sis mesos, en el 31,3%; i a l'any en el 11,5%.

Al respecte d'aquestes dades, podem concloure amb el que diu el Dr. Odent: «Hoy en día la lactancia materna está revalorizada en la escala colectiva. Está apoyada oficialmente por los profesionales y los poderes públicos pero se encuentra con grandes dificultades. Lo que caracteriza la situación actual es que una mayoría de madres comienza la lactancia pero no la prolonga más allá de tres o seis meses. Los organismos de Salud Pública intentan comprender el por qué del bajón tan rápido de las tasas de lactancia materna. Se invoca el trabajo de la mujer. Pero se observa el mismo fenómeno en muchas mujeres que no trabaja fuera de casa (...). Nadie se atreve a imaginar que las dificultades de la lactancia materna podrían ser inherentes a la familia nuclear monogámica».

#### IV. MOSTREIG DE RESOLUCIONS JUDICIALS EN EL TEMA DE L'ALLETAMENT MATERN

Tota una sèrie de resolucions judicials desconeixen l'evidència científica que l'alletament matern és a demanda i perllongat tot els temps que la mare i la criatura desitgin (no hi ha ritmes ni duracions «normals»); i altres evidències científiques en relació amb el significat i contingut del dret a la lactància materna que hem intentat exposar i fonamentar al llarg del treball.

42 <http://www.aeped.es/sites/default/files/anales/50-4-2.pdf>

43 <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t15/p419/a2006/p07/10/&file=03112.px&type=pcaxis&L=0>

44 <http://www.grupslactancia.org/es/federacion-catalunya/datos-lactancia-2010>

## 1. SOBRE EL TERMINI DE DURACIÓ DE LA LACTÀNCIA NATURAL

Algunes resolucions judicials no vinculen el règim de visites i pernoctació fora del domicili de la mare custòdia, amb el fet que el menor sigui efectivament lactant o no, sinó amb el fet de complir una determinada edat, sense cap criteri científic que avaluï aquesta decisió. A més, l'edat fixada per imposar la pernoctació amb el pare, per damunt del dret a la lactància materna de la mare i l'infant, és divergent (18 mesos, 1 any o 2 anys). En definitiva, els terminis que fixen els tribunals per la lactància no encaixen ni amb els aconsellats científicament ni, sobretot, amb els que, lliurement, haurien de poder decidir mare i criatura.

- 1) Sentència de 9.11.2000 (AP Guipúscoa): «En relación a la menor, Sara, *aún lactante*, se establece el mismo régimen de visitas que para sus hermanos mayores, a realizar en el domicilio familiar que designe la madre, María Nelly Z. A., si bien acomodado a las necesidades de lactancia de la misma, (...) Por todo ello se fija como régimen de visitas para que el padre pueda estar en compañía de sus dos hijos mayores: (...) Fines de semana alternos en los que podrá recogerlos a las 10 horas de la mañana del sábado, devolviéndolos a las 20 horas del domingo. (...) En cuanto a la menor, dada su edad, podía estar con ella de 10 a 12 horas de los sábados hasta que *cumpla los dos años* de edad en que se unirá a sus hermanos».
- 2) Sentència 10.06.2003 (AP Cuenca): «A la vista de la doctrina anteriormente expuesta y con relación al régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia a favor del padre, limitado a cuatro horas a la semana, los domingos de 10 a 14 horas, en el domicilio materno y a presencia de la madre del menor, si bien en el informe pericial emitido por el psicólogo colegiado D. Marco Antonio, se hace constar que en atención al interés privilegiado del menor se consideraba conveniente, que si bien no era aconsejable restringir el derecho de visitas, debería esperarse a que el menor hubiera cumplido al menos tres años de edad antes de establecer un régimen de visitas estándar, no resultando conveniente desde un punto de vista psicológico que el mismo estuviera separado de su madre por tiempo superior a las 24 horas, al hacerse constar igualmente en dicho informe que no se había detectado problemas de comportamiento o indicadores patognómicos que, desde un punto de vista psicológico, pudieran constituir causa de incapacitación a cualquiera de los progenitores para el ejercicio de la guarda y custodia del menor, y teniendo en consideración que el hijo común, Cesar, nacido el día 9 de marzo de 2001, *ha pasado con creces el periodo de lactancia, contando en el momento actual con dos años y tres meses de edad*, no existiendo por consiguiente inconvenientes para su adecuado régimen alimenticio y cuidados por pernocta fuera del domicilio materno; esta Sala entiende como más prudencial y en aras del interés del menor, admitiendo en este extremo el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. José Augusto y conforme a lo interesado en el escrito de contestación a la demanda, ampliar a favor del padre el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, a fines de semana



alternos, con pernocta del menor (...) entendiendo que la pernocta facilita la afectividad de la relación, y sin que por el momento proceda conceder la visita de los miércoles en semana alterna interesada en el escrito de interposición del recurso, en atención a la corta edad del menor».

- 3) Sentència 15.03.2005 (AP Madrid): «al momento presente y estando ya la menor a punto de *cumplir los dos años de edad, con lo que ha de entenderse superada tal fase de lactancia materna*, dado además que (...) no se hace mención alguna a tal dependencia».
- 4) Sentència 20.07.2005 (AP Córdoba): «ni que el menor no pueda pasar, basta ver su edad [5 años], de esa lactancia materna que se alega».
- 5) Sentència 27.10.2008 (AP Las Palmas): «en defecto de acuerdo, se reconoce a favor del padre el siguiente régimen de visitas, quien deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno: los sábados y domingos de fines de semanas alternos de 11 a 17 horas y miércoles de todas las semanas de 17 a 19 horas, régimen de visitas que se llevará a cabo hasta que la menor cumpla los cinco años, a partir de que la menor cumpla los cinco años de edad se reconoce a favor del padre el siguiente régimen de visitas, pudiendo el mismo pernoctar con su hija (...) en el momento actual de toma de decisión la hija cuenta con un año y cuatro meses de edad, como nacida en mayo de 2007, por lo que *la fundamentación impugnatoria de la madre, que pretendía restringir las horas de la visita diurna del padre, en atención a la lactancia de la hija, ha decaído, puesto que el período de lactancia ha terminado*, y ningún obstáculo hay en las visitas de fin de semana de 11 a 17 horas y de los miércoles de 17 a 19 horas. (...) sí es excesiva la posposición del segundo tramo del régimen al momento en que la hija cumpla cinco años, considerándose adecuado que se inicie esa segunda fase cuando la hija cumpla los tres años de edad».
- 6) Sentència 15.07.2009 (AP Salamanca): «a la vista de la edad de la menor, de la recomendación de que sea alimentada mediante lactancia materna, lactancia que en principio *no suele prolongarse mucho más allá del año de edad*».
- 7) Sentència 2.09.2009 (AP Cádiz): «sin que pueda alegarse la lactancia en un menor de 3 años, *que incluso está escolarizado*».
- 8) Sentència 27.09.2009 (AP Madrid): «el menor ya ha superado el tope temporal de *dieciocho meses* al efecto propugnado por la parte recurrente en orden al mantenimiento de un régimen restringido de visitas, en cuanto subordinado a la circunstancia de la lactancia materna».
- 9) Sentència 23.07.2010 (AP Zaragoza): «La madre *no ha probado que el hijo tome de manera exclusiva leche materna*, ni puede estimarse verosímil que lo vaya a hacer una vez cumplidos tres años».
- 10) Sentència 23.09.2010 (AP Pontevedra): «la lactancia del menor, esgrimida novedosamente como argumento en esta instancia para evitar que aquél pernocte en el domicilio paterno y reducir así el periodo de comunicación del menor con su padre, no puede ser atendido, pues (...) *a estas alturas cuando el menor está a punto de cumplir los dos años de*

*edad y difícilmente creíble que continúe la lactancia materna en horas nocturnas».*

- 11) Sentència 20.12.2010 (AP Jaén): «conveniencia de que la niña permanezca hasta que cumpla esa edad (3 años), *en la que generalmente termina el periodo de lactancia*, pernoctando de manera continuada con la madre, ya que durante ese periodo depende en su mayor medida de la madre».
- 12) Sentència 24.02.2011 (AP Alicante): «Ha de significarse, además, que la menor *ya se encuentra escolarizada* y no resultan justificadas las excusas de la madre, mediante las cuales pretende limitar en mayor medida el derecho del padre a comunicarse con su hija, apelando a la lactancia materna (...)».
- 13) Sentència 6.05.2011 (AP Astúries): «en relación con el período de lactancia, la literatura médica resulta variada, y así contempla en ocasiones duraciones de incluso de un años o año y medio de edad, realmente excepcionales pero siempre anudada dicha lactancia a una alimentación complementaria progresiva. (...). Tiene, pues, su razón de ser lo aseverado en la sentencia al presuponer que *a los 15 meses la lactancia habría de considerarse notablemente reducida, incluso podría afirmarse que prácticamente sustituida ya por la alimentación normal* en un niño de dicha edad. Ahora bien, con el fin de obviar cualquier mínima objeción, y por cuanto que en la recurrida se alude a una notable disminución de la lactancia, la Sala estima prolongar el período a partir del cuál el menor puede pernoctar hasta que cumple los 18 meses».
- 14) Sentència 26.01.2012 (AP Cádiz): «(...) la lactancia materna que ha polarizado buena parte de las actuaciones y ahora del recurso, sin duda condicionante en edades muy tempranas de los hijos, que hasta los seis meses de edad pueden alimentarse exclusivamente con leche materna, no constituye fuera de ciertos parámetros temporales alegato aceptable para recortar los contactos paternofiliales, excluyendo la pernocta, que la sentencia razonable y ponderadamente establece a partir de los 18 meses (...) la menor, al presente ha cumplido los dos años de edad, y *completado el ciclo ordinario de lactancia complementaria*, la conclusión adelantada definitivamente se establece».

## 2. SOBRE LA CONSIDERACIÓ DE L'ALLETAMENT COM A SIMPLE ALIMENT

- 1) Sentència 14.12.2004 (AP València): «(...) consta la recomendación médica, en fecha de diciembre de 2.003, de que continúe la lactancia materna por su efecto beneficioso frente a las infecciones, pero Doña María Teresa, dijo en la vista que esta lactancia debería tener lugar al menos hasta los dos años, y reconoció que la menor toma alimentación complementaria; teniendo cuenta que la niña tiene ya más de dos años, y (...) con vista en el imparable crecimiento de la hija, *no existe dificultad para hacerla cada vez menos dependiente de la leche materna*».

- 2) Sentència 23.02.2005 (AP Soria): «(...) teniendo en cuenta una serie de circunstancias que perfectamente describe, como son la corta edad de la niña, en la actualidad unos nueve meses, el que la lactancia materna, de existir, *sería mínima, la propia madre reconoce que consume sólidos sin problemas (...)*».
- 3) Sentència 26.04.2005 (AP Barcelona): «Distinto es la circunstancia de la lactancia materna que pueda delimitar el horario en los primeros meses de vida del menor, pero debe tenerse en cuenta que el menor a fecha de la vista del recurso cuenta con dieciocho meses, y ya en el juicio de la instancia declaró la madre que combinaba la leche materna con papillas (...) está siguiendo una alimentación mixta, haciendo dos tomas de leche materna, por lo que un horario de 10h a 20h los fines de semana, no impide que igualmente *pueda seguir con dos tomas diarias, antes de la entrega y por la noche*».
- 4) Sentència de 27.01.2009 (AP Guipúscoa): «siendo la lactancia materna, en este momento y dada la edad del menor, una *opción* de la madre que actúa como complemento a la alimentación del niño (...) se estima procedente priorizar, en este caso, el mantenimiento del vinculo con su padre (...) de modo que *si la madre desea prolongar la lactancia materna deberá adoptar las medidas adecuadas para que dicha decisión no interfiera en la relación padre e hijo, pues como se indica en la sentencia de instancia la madre no puede prolongar la lactancia materna si con ello perjudica al padre* y priva al niño de la posibilidad de conectar afectivamente con su padre (...) sería aconsejable que éstas [las pernoctas] se realizaran lo antes posible a fin de que el menor no pierda contacto con su padre en todos los ámbitos de su vida; si el período de lactancia se extiende mucho en el tiempo, se podría plantear que la madre aportara la leche materna en biberones para que fuera el padre quien se la proporcionara al menor cuando le correspondiesen las visitas». I tota aquesta vulneració de dret de la dona i de l'infant en atenció a un pare que no ha connectat afectivament, amb l'infant, no per causa de l'alletament (que és el millor que es pot regalar a una criatura) sinó perquè consumia drogues («no existe consumo continuado, ni una adicción a las drogas que antes consumía (...) no se puede determinar si existe un consumo esporádico de drogas»).
- 5) Sentència 15.07.2009 (AP León): «Desde que cumpla dos años, el régimen será el normal de fines de semana alternos (...). La madre formula recurso en cuanto a las visitas al entender que se trata de un lactante y que deben reducirse aún más (...) considerando la madre que no es suficiente la cautela apreciada dada la condición de lactante del hijo. (...) Lógicamente el criterio preferente en el momento de establecer un régimen de comunicación y de visitas entre un padre y un hijo no puede ser otro que el interés del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se ha de garantizar siempre. Este es el principio informador de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución, a tenor del cual «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos», y que tiene su reflejo en el artículo 92,

párrafo segundo del Código Civil , que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, que no puede confundirse con el deber o interés de sus progenitores, o de alguno de ellos (...). sobre este particular y la condición de lactante del menor, únicamente se aporta como prueba un documento, el número tres de la contestación, en el que se dice que a los dos meses y medio de edad el niño se estaba alimentando con leche materna y biberón, lo cual no implica que en el momento actual, más de un año después, el niño siga siendo lactante. *En todo caso seguiría una alimentación mixta, por razones obvias, lo cual ya no implica en modo alguno que necesite tener vinculación con la madre cada tres horas (...)*».

- 6) Sentència 15.10.2010 (AP Madrid): «(...) si bien no puede dejar de ponderarse, a los fines debatidos, la importancia que, en el desarrollo psíco-físico el menor, reviste la lactancia materna, prolongada (...) dada la edad que contaba el menor al tiempo de resolverse la contienda en la instancia, *los pequeños inconvenientes de la interrupción de dicho sistema complementario de alimentación durante los fines de semana alternos*, en que el menor había de permanecer en el entorno paterno, quedan ampliamente compensados por las ventajas que esta última relación conlleva, por la necesidad de una vinculación temprana del hijo con cada uno de sus procreadores, en orden a propiciar su desarrollo armónico y equilibrado en todos sus aspectos».
- 7) Sentència 12.11.2010 (AP Navarra): «por razón de la lactancia materna no se puede modalizar impeditivamente, en ningún termino (...) el régimen de visitas. (...) la operatividad de este complejo régimen, sometido a un concreto sistema de evaluación en cuanto a la viabilidad de su progresiva implantación, no puede quedar condicionado, por la lactancia materna (...). La cuál además (...) posee un perceptible *carácter complementario* de la alimentación del niño».
- 8) Sentència 16.01.2012 (AP Astúries): «(...) al margen de la respetable pero no imponible opinión actual de la apelante sobre una práctica como la de la lactancia que en todo caso el *propio informe de un facultativo* (...) recomienda como complemento de otros alimentos hasta los dos años, muy cercana esta edad (...) debiendo confirmar (...) las visitas en fines de semana y periodos vacacionales».
- 9) Sentència 10.05.2012 (AP Astúries): «Insiste especialmente la recurrente en la circunstancia de continuar la lactancia materna. (...) *no es presumible que continúe en el momento presente conforme a criterios habituales en niños de esa edad*, al menos como modo de alimentación exclusiva, tal y como se desprende de los informes pediátricos obrantes en autos, que ya desde hace tiempo apuntan a su carácter sólo complementario».

### 3. SOBRE LA INDETERMINACIÓ DEL CONCEPTE DE LACTANT

- 1) Sentència 20.07.2005 (AP Burgos): «(...) Ahora bien, no procede estimar que sea en presencia de la madre, ni que los menores pernecten la noche del viernes y sábado en su casa, pues los niños, aún siendo de corta edad, *no son lactantes* y perfectamente pueden pasar esos dos días del fin de semana con sus abuelos o familiares que los acompañen de forma autónoma e independiente en un establecimiento hotelero o en una casa de alquiler, o en la forma que sea mas adecuada, pero sin la inexcusable presencia de la madre y sin necesidad de regresar a dormir a su casa, pues lo conveniente es una cierta continuidad y estabilidad en estos encuentros y visitas de fines de semana».
- 2) Sentència 10.03.2010 (AP Málaga): «(...) dada la falta de contactos padre-hijo, durante un periodo de tiempo era necesario, a fin de establecer y reforzar vínculos afectivos padre-hijo, deseables sin duda en beneficio del menor, contemplar un periodo de adaptación del menor para con su padre, el que, sin duda, por las razones que sea, que no vienen al caso, y por la corta edad del menor, resultaba al menor una figura extraña y alejada de la vida cotidiana del que en aquel entonces no era sino un *bebé lactante* (...) el padre no resulta ya una figura extraña y alejada de su vida, por lo que no hay razón alguna para (...) limitar el régimen de visitas del menor, durante las vacaciones escolares, hasta que el menor cumpla los cinco años de edad, pues con tres años de edad, un niño que ya ha establecido vínculos con su padre (...)».
- 3) Sentència 24.05.2010 (AP Murcia): «las niñas, no obstante contar con dos años de edad, sean lactantes (...)».

### 4. SOBRE LA IGUALTAT ENTRE ELS PROGENITORS ENTESA COM UNITAT DE SEXES

Observem la utilització del principi d'igualtat d'oportunitats com a equivalent al de igualtat o unitat de sexe: Criar i lactar no és el mateix i es confon des del prisma del principi d'igualtat com unitat de sexes.

Considerem que no és adequada la utilització de la responsabilitat dels progenitors envers dels infants com a política pública de conciliació de la dona,<sup>45</sup> com ens sembla que s'empra en algunes resolucions judicials amb la

---

45 «(...) cada vez más mujeres viven con distinta intensidad la escisión de sus prioridades vitales de una forma pervertida culturalmente, cuyo reflejo más inmediato es el actual debate ideológico y normativo en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral, promovido desde las políticas de igualdad, que asumen si no ya ideológicamente, si de hecho como inevitable, la separación moderna entre los espacios privados de reproducción y los espacios públicos de producción (...) apenas se replantea el obstáculo real que supone la estructura y funcionamiento actual del mercado jerárquico y precario de trabajo y de consumo para la maternidad (...) la presión social de los modos dominantes de pensar, sentir y actuar colectivos hace que la maternidad se perciba

finalitat de coresponsabilitzar de la criança al pare en situació de conflicte en la convivència.

Una mesura de promoció de la igualtat de la dona, en el context dels litigis de Dret de família, pot esdevenir una arma «neomasclista», en cas d'adoptar-se en defecte d'acord i en contra de la voluntat de la mare. L'afirmació que els vincles afectius que es generen amb la mare (la simbiosi, la científicament comprovada diada mare-criatura) són més intensos que amb el pare en edats primerenques s'ha vist com un prejudici de gènere que cal combatre, en la mesura que dificulti la conciliació de la dona i la relegui al paper de criadora per estar, biològicament, més preparada; però aquest prejudici de gènere no ha de valer com a argument a favor de postures «neomasclistes» que presenten al pare en situació de víctima d'una desigualtat.<sup>46</sup> En definitiva, els mecanismes per exigir coresponsabilitat al pare en la criança per superar estereotips de gènere no poden convertir-se en negadors de les diferències biològiques entre sexes, en perjudici de la dona.<sup>47</sup>

- 1) Sentència 8.03.2005 (AP Huelva): «una vez pasados los primeros meses en que la lactancia materna sobre todo puede ser un elemento de juicio trascendental en este sentido [supresión de la pernoctación], la natural previsión de que el menor, aun cuando tenga un solo año de edad, pernocte con su padre. (...) Esta casi de más puntualizar que, en una sociedad moderna i avanzada, tanto padre como madre se encuentran, en principio, perfectamente capacitados y habilitados para acompañar y criar a un hijo, atendiéndole en todo momento y pudiendo subvenir a sus necesidades con igual presteza y eficacia». El dret a alletar i els beneficis que comporta l'alletament, per a la mare i la criatura, no els pot cobrir el pare per incapacitat natural.
- 2) Sentència 29.01.2009 (AP León): «(...) La edad del menor no justifica restricción alguna en la comunicación del padre con su hijo, salvo —

---

socialmente, se viva personalmente y se trate políticamente como un grave problema que impide la prioridad de la incorporación de las mujeres al empleo (...) y es cuando estamos pervirtiendo las prioridades vitales como sociedad» (veure: Aler, «La transformación de la maternidad en la sociedad española 1975-2005: otra visión sociológica». A: Blázquez García, M. Jesús. *Maternidad entrañable y gozosa. Cursos de verano 2006*. Pressas Universitarias de Zaragoza, reimpressió 2009, p. 7).

- 46 La «incorporación de las mujeres al empleo en el mercado de trabajo y consumo se presupone en el actual modelo socioeconómico patriarcapitalista como la condición imprescindible para su personal realización social, su funcionalidad económica como consumidoras y contribuyentes para la sostenibilidad de los sistemas fiscales y de protección social. Así, el empleo remunerado entra en conflicto —por oposición o superposición— con la maternidad, y es entonces cuando estamos pervirtiendo las prioridades vitales como Sociedad. Mientras que, al contrario de lo señalado, la integración social empieza con el reconocimiento del trabajo de la maternidad, es decir, de las condiciones en que viven y desempeñan los cuidados las madres a las criaturas (...)» (veure: ALER GAY, Isabel. «Sociología de la maternidad como proceso de transformación social en España: 1978-2008». *Maternidad y ciclo vital de la mujer*. 2008. Pressas Universitarias de Zaragoza, pp. 39-40).
- 47 Llodrà Grimalt, F., «Reflexiones en torno a la justificación de medidas de discriminación inversa de la madre lactante». <https://docs.google.com/file/d/0B4Uq4IAGUhfINGRhODkzYTQtNmZlZi00MDE1LThkYTtMjRkYmE4NmNmNTYz/edit?hl=es&pli=1>

quizá— en supuestos de un menor recién nacido lactante o con algún factor de riesgo para su salud. En los demás casos no hay razón alguna para que el menor no pueda pernoctar con cualquiera de sus padres si ambos son aptos para su cuidado. Y lo serán siempre que no presenten alguna anomalía física o psíquica o concurren en ellos alteraciones psicológicas o de comportamiento que revelen desatención para con el menor. Nos encontramos con un niño que ya ha cumplido los dos años, por lo que no es un bebé todavía inmaduro y la compañía de cualquiera de sus padres es para él más beneficiosa que cualquier incomodidad que le pueda suponer el traslado domiciliario. *No existe una lógica correspondencia entre el hecho de que la madre lleve al menor a una guardería durante buena parte de las horas del día y que no pueda pernoctar un día con su padre.*

- 3) Sentència 14.05.2010 (AP Barcelona): «la teoría de que los niños menores de esa edad [3 años] no deben pernoctar fuera del domicilio materno responde a prejuicios que descansan en la *discriminación sexista*. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia, consideramos que el régimen establecido en orden a las comunicaciones paterno-filiales es perfectamente acorde a la actual etapa cronológica de la menor, sin que se aprecien otros factores que pudieran determinar una especial restricción al efecto».
- 4) Sentència 2.11.2010 (AP Illes Balears): «(...) *ni ha de ser mérito tan preferente para tal fin la mayor proximidad materna durante la lactancia*, especialmente cuando no se acredita que el padre dejara de cumplir sus responsabilidades (...) entendiendo dicha psicóloga recomendable que siga la custodia compartida (...) para evitar desigualdad entre los progenitores y no ceder a intereses personales (...). *Sin existir además respaldo legal* alguno a las tesis manejadas en la apelación, en lo relativo a que haya de tener preferencia la guarda y custodia materna frente a la compartida por el mero hecho de que la edad del menor alcance solo el año y medio, *o por la circunstancia natural de que durante la lactancia haya tenido más protagonismo la figura materna que la paterna.*





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

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS  
Professora Agregada de Dret civil UB<sup>1</sup>

I. INTRODUCCIÓ. II. LA REDUCCIÓ O SUPRESSIÓ. 1. Amb caràcter previ: la inexistència, al dret català, d'un règim jurídic general de l'acció de reducció o supressió. 2. El *qui* i *contra qui*. 3. El *què*. 4. El *quan*. 5. El *com*. III. LA IMPUGNACIÓ D'ACTES FRAUDULENTS A TÍTOL ONERÓS. IV. ELS ASPECTES COMUNS: EL TERMINI DE CADUCITAT I LA IMPROCEDÈNCIA DE L'ACCIÓ DAVANT DETERMINATS ADQUIRENTS. 1. El termini de caducitat. 2. La protecció de tercers adquirents. 3. La relació entre els dos règims: Què cal fer primer: reduir o rescindir?

## I. INTRODUCCIÓ

Malgrat el seu encapçalament, l'art. 232-9 CCCat no fa referència a tots els actes realitzats en perjudici del dret a la compensació. De fet, només se n'hi preveuen tres modalitats: les dues primeres, identificades pel tipus de negoci, són les donacions i els pactes successoris d'atribució particular; la tercera, esmentada a l'empara de l'onerositat de la causa («...els actes a títol onerós fets pel deutor...», art. 232-9.1 *in fine* CCCat). Unes i altres apareixen vinculades a dos règims diferents: el primer, el de l'acció típica de reducció o supressió, es predica de donacions i pactes successoris; el segon és el previst pels actes onerosos, dels que se'n declara la impugnabilitat però sense designar l'acció. Pel demés, ni tots aquells actes són perjudicials al temps de realitzar-se, ni el perjudici en aquest moment és suficient en altres. Les donacions i els pactes successoris esmentats a l'art. 232.9.1 CCCat són els fets pel deutor «durant la vigència del règim», per tant, els atorgats, en principi, abans del naixement del crèdit. D'aquí que no el puguin objectivament perjudicar al temps de realitzar-se. Pel que fa als actes onerosos, el requisit del seu caràcter «fraudent» cal analitzar-lo considerant que es tracta d'actes realitzats també durant la vigència del règim. L'art. 232-9 CCCat convida, doncs, a distingir entre els dos règims esmentats.

## II. LA REDUCCIÓ O SUPRESSIÓ

L'acció de reducció o supressió, predicada a l'art. 232-9 CCCat de donacions i atribucions particulars en pacte successori, privilegia la compensació

<sup>1</sup> Aquesta comunicació s'integra en els treballs del Grup de Recerca 2009 SGR 221 i del Projecte d'Investigació DER 2008-03992/ JURI, que dirigeix el Prof. Ferran Badosa Coll.

econòmica respecte d'altres crèdits. Mentre altres creditors podran, certament, reaccionar contra els actes del deutor realitzats amb posterioritat al naixement del crèdit i podran fer-ho a l'empara dels mecanismes generals (art. 531-14 CCCat; art. 1111 i 1291 CC), al creditor de la compensació li és permès atacar disposicions prèvies a aquell moment. En aquest sentit, la llei passa a aquest creditor per davant de qui ha adquirit en virtut dels actes descrits a l'art. 232-9 CCCat i de qui ho ha fet, a més, abans d'existir el mateix crèdit perjudicat. Però no es tracta de l'únic crèdit afavorit amb aquest mecanisme: també ho és el de participació en els guanys (art. 232-24 CCCat) que, de fet, ja estava protegit amb una acció rescissòria de determinades alienacions gratuïtes fetes pel deutor «durant la vigència del règim» (art. 60 CF). El CCCat manté aquesta protecció, tot i que en modifica l'instrument (d'una acció de «rescissió» fa trànsit a una de «reducció o supressió»), i, a més, l'estén al règim de separació com a mecanisme de defensa de la compensació econòmica.<sup>2</sup> Aquesta extensió, pel demés, queda justificada tant bon punt s'admet que al CCCat el dret a la compensació econòmica acaba concretant-se, a la fi, en un crèdit a participar en l'increment patrimonial experimentat pel cònjuge deutor.<sup>3</sup>

La reducció o supressió de què tracta l'art. 232-9 CCCat convida a tractar: primer, dels àmbits de la legitimació activa i passiva de l'acció; segon, de quan es pot sol·licitar; tercer, del què és reduïble o suprimible; quart, del temps per interposar-la i, cinquè, del cóm es redueix o suprimeix.

## 1. AMB CARÀCTER PREVI: LA INEXISTÈNCIA, AL DRET CATALÀ, D'UN RÈGIM JURÍDIC GENERAL DE L'ACCIÓ DE REDUCCIÓ O SUPRESSIÓ

S'hauria de bastir a partir dels arts. 427-39, 40 i 45 CCCat, relatius a la reducció de llegats excessius i per raó de quarta falcídia o quota hereditària lliure, i dels arts. 451-22 a 24 CCCat, en matèria d'inoficiositat legitimària. L'art. 452-5 CCCat contempla també una acció de reducció o supressió en seu de quarta vidual, que acaba remetent-se expressament a les normes reguladores de l'acció d'inoficiositat legitimària. Caldria considerar, en darrer terme, els 232-9 i 24 CCCat, a propòsit de la compensació econòmica per raó

2 L'antecedent de l'art. 60 CF és l'art. 58 CDCC (segons redacció donada per la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges). Allà l'acció, predicable també de determinades alienacions gratuïtes i de les oneroses fraudulentés, era d'impugnació», sense que se'n s'identifiqués la naturalesa (vegeu, qualificant-la de rescissòria, BADOSA COLL, Ferran, Comentari a l'art. 58, a CASANOVAS MUSSONS, Anna; EGEA FERNÁNDEZ, Joan; GETE-ALONSO I CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; MIRAMBELL I ABANCO, Antoni (coords.), *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, pàg. 349). Situa els arts. 232-9 i 232-24 CCCat en la línia de l'art 60 CF, SOLÉ RESINA, Judith, «La quarta domèstica o crèdit de participació reduït», *InDret*, 2/10, pàg. 15.

3 Des d'aquesta perspectiva el que no s'acabaria d'entendre és per què no s'ha arribat a esgotar aquella identitat entre els sistemes de protecció d'ambdós crèdits establint, en seu de compensació econòmica, una norma semblant a l'art. 232-23 CCCat, en matèria d'anotació preventiva.

de treball i el crèdit de participació.<sup>4</sup> La identificació d'unes normes generals, aplicables a tot possible supòsit de reducció o supressió, té importància de cara a integrar aspectes que, previstos expressament en uns casos, no ho estan en canvi a altres i que es podrien perfectament generalitzar. Així, el donatari podria pagar en diners al creditor de la compensació l'import que pertoqués a fi i efecte d'evitar la reducció o supressió de la donació tal i com preveuen, als seus àmbits respectius, els arts. 427-45.2 i 451-22.4?; en seu d'inoficiositat legitimària i de reducció de llegats excessius o per quarta falcídia també regeix el límit de l'art. 232-9.2 CCCat relatiu als adquirents a títol oneros i de bona fe?...En qualsevol cas, la diversitat dels supòsits legalment vinculats a una acció de reducció o supressió permet entreveure les dificultats amb les que pot topar la proposta.<sup>5</sup> Així, i en una primera aproximació, s'intueix el següent:

- Primer: que no sempre s'atorga com a mecanisme de protecció o defensa d'un *crèdit* ni, en conseqüència, no sempre el legitimat té la condició de *creditor* (per exemple, en la reducció o supressió de llegats excessius, el que es pretén és que el gravamen no ultrapassi el benefici patrimonial rebut pel gravat arran la mort del testado.<sup>6</sup>
- Segon: es tracta, però, d'una facultat de configuració jurídica a exercir sempre per mitjà d'una acció?<sup>7</sup>
- Tercer: que, quant a l'objecte, allò que es redueix no és sempre una titularitat real. En el cas de reducció d'un llegat d'eficàcia obligacional,

4 Cal fer notar, però, que els criteris previstos als arts. 232-9 i 24 CCCat quant a l'ordre i manera de reduir (així, per ordre invers a la data o, en defecte, a prorata), es troben també a l'art. 451-23.2 CCCat (vegeu art. 374, 2º par. CS).

5 En seu d'inoficiositat legitimària, després d'atribuir a l'acció naturallesa rescissòria a l'acció de reducció de donacions, defensava l'aplicació, en allò que fos possible, dels arts. 1292 i ss CC, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La inoficiosidad legitimaria», a *Estudios sobre la legítima catalana*, Càtedra «Duran i Bas», Universidad de Barcelona, 1973, pàg. 138.

6 El gravat, certament, pot ser un creditor (així, en el cas d'un legatari afavorit amb un llegat d'eficàcia obligacional a qui s'ha gravat, al seu torn, amb un llegat excessiu).

7 Vegeu, MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, Comentari a l'art. 427-42, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (dirs.), *Comentari al llibre quart, del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, volum I, Atelier, Barcelona, 2009, pàg. 882. Defensa que: «(...) L'hereu no dirigeix cap acció contra ningú. Senzillament reté els béns i redueix el llegat per a garantir el seu dret». La idea de «retenció» (i, a més, «en propietat») o, altrament, no satisfacció del llegat, estava expressament prevista a l'art. 274, 1er paràgraf CS (abans, art. 226 CDCC). La idea té sentit a l'àmbit dels llegats d'eficàcia real: atesa l'obligació del gravat de lliurar la possessió del bé (427-22.1.2 i 3 CCCat), la llei permet que, tractant-se de llegats excessius, no es compleixin parcialment o totalment. Ara bé, aquesta formulació es diria que no funciona en tot cas i que, quan ho fa, és insuficient en si mateixa. No encaixaria, per exemple, en el cas de llegat d'eficàcia real en virtut del qual allò atribuït al legatari fos un dret real no possessori; en aquest supòsit, no hi hauria possibilitat de retenir res perquè tampoc hi hauria res que s'hagués de lliurar. Pel que fa a la segona qüestió, es diria que, més enllà de la «retenció» (entesa en el sentit més més material de no lliurament d'allò que s'hauria de lliurar), la reducció opera també sobre la titularitat real adquirida pel legatari amb i d'ençà la mort del testador. Llavors l'explicació es capgira: no és que legalment se'l legítimi per a retenir, sinó a reduir el llegat: quant a la part reduïda, senzillament no l'haurà de lliurar perquè el legatari no hi tindrà dret. Des d'aquesta perspectiva, tal vegada que es redueix l'extensió d'un dret *ja* adquirit per altri, es diria que, com a mínim, el poder de configuració jurídica en que consisteix la reducció caldria manifestar-se per mitjà d'una declaració de voluntat receptícia.

el legatari afectat no és titular, per raó del llegat, de cap dret real. El que es redueix és el dret de crèdit en el sentit que, un cop reduït, permetrà exigir menys del que havia previst el testador; des de la perspectiva del gravat, la reducció afecta a l'àmbit de la prestació deguda. Tampoc s'adiu amb el cas la idea de «retenció».<sup>8</sup>

- Quart: que sempre es projecta, això sí, sobre titularitats reals o drets de crèdit adquirits a títol lucratiu.

Tal vegada que aquest règim general no existeix (o, almenys, no ha estat formulat), no hauria de semblar massa atrevit anticipar que l'art. 232-9 CCCat probablement plantegi qüestions de solució dubtosa. En aquests casos, quin criteri d'interpretació hauria de prevaldre? Es fa difícil suggerir-ne un: per una banda, és més que evident la intenció legislativa de protegir de manera especialment intensa el dret a la compensació econòmica per raó del treball,<sup>9</sup> per altra banda, però, el fet que l'acció es projecti sobre actes dispositius atorgats quan encara no hi havia pròpiament crèdit potser faria decantar la balança cap una interpretació més estricta de les normes.

## 2. EL QUI I CONTRA QUI

La legitimació activa correspon al cònjuge separat, ex-cònjuge (en els casos de divorci o nul·litat) o vidu, que pugui acreditar l'increment patrimonial de l'altre en els termes dels arts. 232-5 i ss CCCat.<sup>10</sup> També al ex-convivent en parella estable (234-9.2 CCCat); no en altre cas.<sup>11</sup> Pel cas d'extinció del règim per mort *del deutor*, l'art. 232-5.5 CCCat configura el dret a reclamar la compensació econòmica com a «dret personalíssim». Més enllà del què es vulgui dir amb aquesta expressió<sup>12</sup> i de la lògica d'una interpretació a

8 Sobretot perquè el crèdit del legatari no sempre consistirà en un «lliurar» el bé. Pot tractar-se també d'un «fer o no fer» (art. 427-10.3 CCCat).

9 Palesaria aquesta especial intensitat el fet que, fins la irrupció dels arts. 232-9 i 232-24 CCCat, l'acció de reducció o supressió apareixia només a l'àmbit successori i, en concret, en el context de la inoficiositat legitimària, en el de llegats excessius o per raó de quarta falcídia, i en el de la quarta vidual (vegeu arts. 302 a 309, 436 a 447 i 318 Projecte de Compilació de 1955; arts. 142 i 143, 225 a 234 i 150 CDCC; i arts. 373 a 378, 273 a 283, i 383 CS)

10 El fet que la legitimació correspongui al creditor ja permet, d'entrada, descartar que l'acció de reducció o supressió tingui naturalesa revocatória. Per això últim caldria que la legitimació la tingués el mateix donant (vegeu DE FUENTEMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1941, pág. 90).

11 L'art. 7 de la Llei 19/1998, de 28 de desembre, de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua, atorgava al convivent que es trobés en la situació que s'hi descrivia el dret a exigir una compensació econòmica per raó del treball. Aquesta previsió ha desaparegut al CCCat. Ho justifica a l'empara de la mateixa finalitat que persegueixen aquestes situacions convivencials, SOLÉ RESINA, Judith, «La quarta domèstica...», cit, pág. 24.

12 Vid. ARNAU RAVENTÓS, Lidia, El règim de separación, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de Derecho de la Familia*, volumen II, La familia en los distintos derechos forales, Aranzadi, 2011, pág. 276, nota 515. Allà avançàvem alguns interrogants: no es podrà interposar pels creditors via subrogatòria?; no passarà als seus hereus si també mor el vidu creditor abans dels tres anys d'ençà la mort del cònjuge deutor (art. 232-11.2 CCCat)

*contrario*,<sup>13</sup> aquell caràcter personalíssim es predica, només, del dret a exigir la compensació econòmica. Sembla, doncs, que no s'estén a les accions adreçades a fer efectiu el cobrament. D'aquí, per exemple, que els creditors del cònjuge creditor puguin sol·licitar la reducció o supressió per la via de l'art. 1111 Cc.<sup>14</sup>

La legitimació activa reconeguda a l'hereu en seu d'inoficiositat legítima (art.451-24.1 CCCat), suggereix plantejar-se la conveniència o no d'estendre la legitimació activa de tota acció de reducció o supressió disposada en defensa d'un crèdit al mateix deutor.<sup>15</sup> Val a dir que, si s'admetés, aquesta ampliació de l'àmbit de la legitimació activa, no representaria major inconvenient pel donatari o demandat que el que ve donat pel fet que l'atac pot provenir de més flancs. Ben pensat, es trobarà en la mateixa situació i, per tant, amb la mateixa necessitat principal sigui qui sigui el demandant: així, amb la d'acreditar que el deutor té béns suficients com per a satisfer la compensació i que, en conseqüència, no és possible interposar l'acció.<sup>16</sup> Probablement, però, la proposta topa amb l'inconvenient de la seva utilitat i sentit: legítimat el creditor, per què s'hauria de permetre interposar l'acció també al deutor?<sup>17</sup>

La legitimació passiva correspon a qui veurà reduïda o suprimida la seva adquisició. Tal vegada que l'acció no afecta a l'acte dispositiu sinó que incideix només, reduint-la o suprimint-la, sobre la titularitat del donatari o tercer adquirent, no es creu necessària la intervenció del cònjuge-donant.

13 Una interpretació a *contrario* permetria concloure que *no és personalíssim en altre cas*. Aquest caràcter no personalíssim podria donar a entendre, per exemple, que la compensació és reclamable per algú que no sigui el mateix creditor. Però, tal vegada que la regla general és la de la reclamació al procés matrimonial (art. 232-11.1 CCCat), aquella possibilitat només serà viable: primer, admetent al seu torn el caràcter no personalíssim de les accions de separació, nul·litat i divorci (vegeu, a propòsit de la interposició d'una acció de divorci pels representants legals de la muller incapacitada, ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2011, CCJC, núm. 89, pàg. 490); segon, admetent la possibilitat de reclamació fora i després del procés matrimonial, essent així que s'obrís una via per fer-ho als creditors (i, això, perquè no es tractaria d'un dret «inherent a su persona»; arg. art. 1111 CC).

14 Pel cas de dissolució del matrimoni per mort, la llei només admet la reclamació de la compensació si el supervivent és el creditor (vid. Preàmbul Llei 29/2002, de 30 de desembre, *Primera llei del Codi civil de Catalunya*, III, c, 9è par. *in fine*). Més enllà de l'art. 232-5.5 o del mateix 232-11.2 («...*Tanmateix, si el cònjuge supervivent...*»), ho avalaria l'art. 232-8.1 CCCat que, després de legitimar a «qualsevol de les parts» a sol·licitar el pagament amb béns, preveu que aquesta petició la facin també «els hereus del cònjuge deutor».

15 En el benentès que l'hereu no és pròpiament el deutor de la llegítima però sí l'obligat a satisfer-la. Basti fer notar que, altrament, en cas d'acceptació pura i simple el legítimari podria agredir el patrimoni de l'hereu. No obstant, la llegítima no s'inclou a l'art. 461-18 CCCat.

16 Per raó del que s'ha dit a *supra* nota 10), la hipòtesi, si s'admetés, convidaria aleshores a plantejar-se si hi hauria diferència o no entre reduir o suprimir i revocar.

17 De fet, també costa trobar el sentit de la legitimació de l'hereu a l'art. 451-24.1 CCCat, sobretot si es defensa que, pel que fa a la satisfacció de la llegítima, la seva responsabilitat és *intra vires* (vegeu, convertint la manca de legitimació de l'hereu per a reduir donacions a l'art. 375 CS en un argument a favor d'aquella responsabilitat limitada, MARSAL GUILLAMET, Joan, Responsabilidad del heredero por el pago de la legítima. Comentario a la STSJC 12 de setiembre de 2002, *Indret*, 2/2003, pàg. 8).

### 3. EL QUÈ

Són «les donacions i les atribucions particulars en pacte successori fetes (pel cònjuge deutor) durant la vigència del règim». Suggereix tres observacions: dues generals i una d'específica relativa només a la segona categoria.

- Primera. No serà reduïble qualsevol altra adquisició que, tot i ser gratuïta, no provingui de donació (així, la procedent de contracte)?<sup>18</sup> La necessitat de recórrer a l'analogia (perquè, sembla, hi hauria identitat de raó entre ambdós supòsits) s'hauria pogut estalviar optant per un genèric que només esmentés la causa gratuïta però sense fer referència al tipus de negoci del que en derivés l'adquisició.<sup>19</sup> I, això, a l'estil de l'art. 60 CF (que parlava de la rescissió de determinades «alienacions gratuïtes»; vegeu, també, art. 55.b CF) o, fins i tot, del mateix art. 232-6.1.b CCCat, relatiu a les regles de càlcul de l'increment patrimonial experimentat pels cònjuges. La disposició ordena afegir als béns que tinguessin els cònjuges al temps de l'extinció del règim el valor dels béns dels quals hagin «disposat a títol gratuït» vigent la separació de béns.<sup>20</sup> La norma avalaria, pel demés, una conclusió afegida: no tot el que es computa és reduïble i no tot el reduïble és computable. I.- La primera disfunció obeeix, com s'ha dit, al fet que la descripció de l'art. 232-6.1b CCCat és molt més genèrica que la de l'art. 232-9 CCCat, que concreta el tipus de negoci gratuït. Aquesta darrera formulació, si de cas, planteja l'interrogant de la seva raó de ser o, altrament, del per què s'ha optat per perjudicar més al donatari que a qualsevol altra adquirent a títol gratuït. I s'entén que se'l perjudica «més» perquè només la seva adquisició serà reduïble; no, en canvi, la d'altres adquirents a títol gratuït; II.- La segona disfunció tindria dues manifestacions: la primera sorgeix perquè, mentre a l'art. 232-9 CCCat allò reduïble o suprimible són, *tout court*, les donacions i les atribucions particulars en pacte successori, a l'art. 232-6.1b CCCat hi ha donacions no computables: així, les fetes a fills comuns. La segona es produiria en cas de cessament efectiu de la convivència abans de l'extinció del règim per mort, nul.litat, separació judicial o divorci. I es produiria perquè, tal vegada que l'existència de l'increment patrimonial superior s'haurà de valorar en aquell moment (art. 232-5.1 CCCat), només es podran computar les disposicions gratuïtes fetes fins aleshores. A l'art. 232-9.1 CCCat la reducció o supressió pot afectar,

18 Pensem en el cas d'un contracte unilateral gratuït del que en derivés una única obligació de lliurar el bé amb ànim de transmetre'n la propietat. Tampoc seria estrictament una donació, una aportació a un patrimoni protegit (art. 227-2.1 CCCat).

19 Aquesta mateixa observació es pot fer de l'art. 531-14 CCCat, que només esmenta les donacions (no obstant, demanant l'existència, genèricament, «d'un acte de disposició a títol gratuït»; vegeu la STSJC de 28 de setembre de 2009 (RJ \2009\5931), que diu recollir la doctrina d'aquest Tribunal relativa a l'acció de inoponibilitat de donacions al dret català).

20 De béns disposats a títol gratuït en parla també l'art. 232-19.2.b CCCat, relatiu a la determinació del patrimoni final dels cònjuges casats en règim de participació. L'expressió és de «béns donats o alienats per un altre títol gratuït» a l'art. 451.5.d CCCat, a propòsit de la quantia i càlcul de la llegítima (en els mateixos termes, vegeu art. 452-3 CCCat).

contràriament, a donacions atorgades després d'aquell cessament, encara que sempre abans de l'extinció del règim. III.- Aquesta manca de correlació entre l'àmbit objectiu de la computabilitat i el de l'acció de l'art. 232-9 CCCat només esdevé tècnicament problemàtica en el primer supòsit. El motiu seria que la norma permet engreixar la base de càlcul computant determinats béns malgrat que ja no es troben al patrimoni dels cònjuges al temps d'aquest còmput, sense permetre després reaccionar contra qui els va adquirir o contra qui els té.<sup>21</sup>

- Segona. Més enllà de l'expressió emprada a l'art. 232-9 CCCat per identificar allò reduïble o suprimible, es diria que la reducció afecta a la titularitat que té el demandat sobre el bé procedent del patrimoni del deutor. *No afecta* (i, per tant, «no es redueixen») ni al negoci ni a l'adquisició, entesa aquesta com el moment en que es rep eficaçment aquella titularitat. I no els afecta *perquè no cal*, perquè tècnicament no hi hauria cap necessitat de projectar l'acció ni sobre el negoci ni sobre el seu efecte adquisitiu: no cal fer com si el cònjuge hagués donat menys o com si el donatari hagués rebut també menys. Enxiquint, només, la titularitat plenament i eficaçment adquirida en virtut de negoci vàlid i eficaç, n'hi ha prou per facilitar el cobrament.<sup>22</sup> Des del punt de vista de l'afectat (que serà només el titular i no, a més, el donant i ara també deutor de la compensació), l'èxit de l'acció implicarà «la pèrdua de la totalitat o d'una part del bé...» (arg. *ex art.* 451-22.4 CCCat).
- Tercera. Pel que fa a les atribucions particulars en pacte successori, cal distingir segons impliquin o no transmissió de present de béns. En cas de fer-ho, «l'acte es considera donació» (art. 431-29.3 CCCat). Si no es produeix la dita transmissió, pertoca distingir entre els efectes *inter vivos* i els que es produeixen un cop mort el causant. Abans de l'arribada d'aquest moment l'únic que hi ha és una especial limitació del poder de disposició sobre el bé de tal manera que el causant necessita del consentiment de l'afavorit o, si no és part del pacte, dels altres atorgants (art. 431-30.1 CCCat).<sup>23</sup> Només amb la mort del causant «l'afavorit fa seus

21 La raó l'explica BADOSA COLL al comentari a l'art. 58 CDCC. Allà tampoc hi havia correlació entre les alienacions impugnables a l'empara de l'art. 58 i les computables segons l'art. 54.2, 3 CDCC. La situació era semblant al CF (vegeu, CASAS VALLÉS, Ramon, Comentari a l'art. 60, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Barcelona, 2000, pàgs. 319 i 320).

22 Per la mateixa raó es diria que la reducció o supressió tindrà efectes *ex nunc*, sense que hi hagi necessitat de tirar enrere.

23 Atès que el que es limita és el poder de disposició, l'acte dispositiu realitzat sense aquell consentiment hauria de ser ineficaç (es qualifica, en canvi, com a requisit de validesa de l'acte, a NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio de atribución particular en el código civil de Catalunya» *Indret*, n°2, 2009, pàg 17.», pàg. 17). L'art. 431-30.2 CCCat, pel contrari, preveu que en cas de disposició realitzada sense el dit consentiment l'afavorit pugui exigir a l'hereu el valor del bé. La qüestió que planteja la norma seria si, tot i poder adreçar-se a l'hereu, l'afavorit podria en canvi optar per impugnar la disposició al·legant manca d'eficàcia (així, per exemple, per estimar-se més recuperar el bé en comptes de rebre només el seu valor). La possibilitat es planteja sens perjudici de les normes en matèria de protecció de tercers adquirents que pertoqués aplicar.

els béns independentment que l'hereu accepti l'herència i en pot prendre possessió per ell mateix» (art. 431-10.4 CCCat). En aquest context, es diria doncs: primer, que vincular una acció de reducció o supressió a una atribució particular en pacte successori només té sentit quan s'ha produït la mort del causant. Abans de l'arribada d'aquest moment, el bé forma part encara del patrimoni del deutor i, en conseqüència, és atacable com qualsevol altre (art. 1911 CC).<sup>24</sup> Segon, una vegada produïda la mort del causant/deutor de la compensació, té sentit l'acció? En principi, el creditor podrà atacar el patrimoni hereditari com podria fer-ho qualsevol altre creditor avantposant-se, teòricament, a tota adquisició successòria. Tal vegada que, en seu d'atribucions particulars en pacte successori, l'art. 431-30.5 CCCat preveu l'aplicació supletòria de les normes dels llegats, es podria entendre que també regeix, per aquelles, l'art. 461-21.2 CCCat. El precepte, a propòsit de l'administració de l'herència beneficiària, ordena pagar als creditors coneguts abans de «lliurar o complir els llegats». L'aplicació de la norma a les atribucions particulars en pacte successori hauria de permetre al creditor agredir els béns en el termini de prescripció propi del seu crèdit, de tal manera que l'efectivitat de l'atribució particular quedés supeditada a aquella prèvia satisfacció.<sup>25</sup> Ara bé, succeeix que, com s'ha dit, aquelles atribucions no cal ni complir-les ni lliurar-les (art. 431-10.4 CCCat), de tal manera que tot fa pensar que, produïda la mort del cònjuge deutor, l'afavorit fa seu el bé sense que l'hereu es pugui negar al lliurament com a mecanisme per a fer efectiva la preferència del creditor. El raonament porta a pensar que, aleshores, el creditor s'hauria d'adreçar a l'afavorit<sup>26</sup> i, precisament, fent ús del mecanisme previst a l'art. 232-9 CCCat.

#### 4. EL QUAN

Inclou dos aspectes: el primer seria el relatiu al supòsit de fet que permet interposar l'acció i que es descriu, a l'art. 232-9.1 CCCat, en termes d'insuficiència patrimonial per a poder satisfer la compensació. El segon seria el termini per a la reducció o supressió.<sup>27</sup>

24 Des d'aquesta perspectiva, es troba a faltar, a l'art. 232-9 CCCat, una referència a l'efectivitat de l'atribució particular, a semblança de l'art. 451-8 CCCat.

25 Vegeu EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El nou règim ...», pàg. 38. L'autor afirma: «...Des de la perspectiva de la posició i responsabilitat de l'hereu, els béns objecte del pacte successori d'atribució particular han de rebre el mateix tracte que els llegats (art. 431-30.5). Conseqüentment, cal partir del principi segons el qual els deutes s'han de pagar abans que els llegats (art. 427-36.3 i 461-21.2), d'on resulta que l'efectivitat de l'atribució particular resta supeditada a què s'hagin satisfet els deutes (...)».

26 De la mateixa manera que els creditors poden «repetir» contra els legataris a l'art. 461-21.3 CCCat.

27 Se'n parlarà *infra* epígraf 4, comú a l'acció de reducció i d'impugnació per frau



El supòsit de fet coincideix essencialment amb el previst a l'art. 58 CDCC, a propòsit del crèdit de participació.<sup>28</sup> Més enllà de la relativitat de la insuficiència patrimonial («(...) per a satisfer la compensació econòmica (...)), la qüestió que es planteja és la relativa al mateix concepte i al temps en que cal que es produeixi. Aquella insuficiència s'haurà d'entendre com a manca de coses o drets (és a dir, de «béns» en el sentit de l'art.511-1 CCCat) suficients com per a cobrir l'import de la compensació (arg. *ex art.* 511-1 CCCat).<sup>29</sup> Aquesta insolvència relativa s'hauria d'apreciar tendencialment al temps d'extingir-se el règim,<sup>30</sup> que coincidirà amb el temps del naixement del crèdit i generalment també amb el de la seva reclamació (art. 239-11.1 CCCat). L'anterior permet fer dues observacions: una de relativa a la determinació de l'increment patrimonial i una altra a propòsit de la reclamació del crèdit posterior a l'extinció del règim.

- 1) La primera seria la de la irrellevància de la insuficiència patrimonial al temps del cessament efectiu de la convivència si és que els cònjuges han deixat de conviure abans d'extingir-se el règim (art. 232-5.1 CCCat). Tot i que l'existència de l'increment patrimonial superior a favor d'un dels cònjuges determinant del naixement del crèdit a favor de l'altre s'haurà de determinar tenint en compte el patrimoni que tenien en aquell moment (així com els actes dispositius fets fins el temps del cessament de la convivència), el que compta, als efectes de l'art. 232-9 CCCat, és la suficiència o insuficiència patrimonial al temps de l'extinció. Si en aquest moment es disposen de béns suficients per satisfer la compensació, no caldrà, lògicament, reduir ni suprimir res; si perdura la impossibilitat de fer-hi front, es podran interposar les accions pertinents però no pas per raó de la insuficiència al temps del càlcul del dret, sinó al de l'extinció del règim.

Pel cas de reclamació fora o al marge d'un procés matrimonial (així, en cas de dissolució per mort o reclamació en un procés ordinari posterior al que ha provocat l'extinció del règim),<sup>31</sup> caldria afegir:

- a) Que, òbviament, la situació d'insuficiència patrimonial cal que persisteixi al temps de la reclamació. La raó és evident: si el deutor (o els seus hereus) no hauria pogut satisfer la compensació al temps d'aquella extinció, però sí que pot fer-ho quan se li reclama, no es dona aquella situació que demana l'art. 232-9 CCCat a fi de reduir o impugnar.

28 Tot i que allà la insuficiència patrimonial s'havia *personificat* en la persona del deutor (criticant-ho, BADOSA COLL, Ferran, Comentari a l'art. 58, cit, pàg. 351).

29 Pel demés, el creditor de la compensació, com qualsevol altra, podrà fer ús de l'acció subrogatòria *ex* 1111 CC a fi de transformar el patrimoni del deutor, convertint drets en coses, i facilitant-ne així l'execució.

30 Com es sabut, només per causa de mort, nul·litat, separació o divorci. No, per exemple, per raó de modificació del règim econòmic.

31 Admetent aquesta possibilitat, abans i després de l'entrada en vigor del CF, vegeu BRANCÓS I NUÑEZ, E. «Separació de béns o participació: comentari de l'art. 23 de la Compilació (Discurs d'ingrés)», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1999, pàg. 68; PARA MARTÍN, A., «Derecho de compensación económica por razón de trabajo», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm.2, 1999, pàg. 16 i 38;; ROCA TRIAS, E., «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2008, pàg. 663.

Aquest darrer, certament, ben segur que té present el moment de l'extinció del règim però perquè pressuposa també que és aleshores quan s'ha reclamat el dret (art. 232-11.1 CCCat). Ara bé, concorrent aquella situació d'insuficiència en el moment de la reclamació posterior a l'extinció, pot succeir que es tracti d'una insuficiència que ja fos present al temps de l'extinció i que, senzillament, s'ha mantingut;<sup>32</sup> d'una insuficiència agreujada, per exemple, per nous actes gratuïts de disposició o, en fi, d'una insuficiència patrimonial sobrevinguda a l'extinció. Essent tot plegat possible, es diria que l'acció *ex art. 232-9 CCCat* pot afectar les donacions fetes *fins el moment de la reclamació, encara que siguin posteriors a l'extinció del règim*. És cert, però, que el precepte fixa com a límit temporal el de la «vigència del règim» però ho fa, com ja s'ha dit, perquè pensa que la reclamació es produirà al mateix procés que causi l'extinció. L'argument afegit el facilita l'art. 232-24 CCCat, a propòsit del crèdit de participació: encara que el dret a reclamar neix amb l'extinció del règim (art. 232-13.1), les accions que s'hi preveuen arriben fins que «hagi estat liquidat». Si això és així, el retard en la reclamació (així, no fer-ho just després de la mort del cònjuge-deutor o just esgotat el procés per crisi matrimonial...) només implica, pel creditor, que es perllongui en el temps el risc que el deutor disposi gratuïtament o en frau del crèdit i que, al reclamar-lo, no tingui béns per satisfer-lo; no suposa, en canvi, que es perdi l'opció de recórrer a l'art. 232-9 CCCat malgrat que es tracti d'actes que sobrevinguin a l'extinció del règim.

- b) En qualsevol cas, a l'hora de calcular l'increment patrimonial de cada cònjuge s'haurà de prendre com a referència el moment de l'extinció del règim, no el de la reclamació. D'aquesta manera, no es poden computar els béns adquirits després del divorci, separació o nul·litat, ni les càrregues ni obligacions assumides d'ençà aquell moment (art. 232-6.1 a CCCat). Tampoc el valor dels béns disposats gratuïtament (art. 232-6.1.b CCCat). Això no exclou, però, que les disposicions gratuïtes fetes en aquest darrer moment escapin de l'acció de l'art. 232-9 CCCat si és que, com s'ha proposat, arriba fins a les donacions que, atorgades després de l'extinció i abans de la reclamació, provoquen o agreugen la situació d'insuficiència patrimonial del cònjuge deutor. I que l'àmbit de les donacions reduïbles o suprimibles excedeixi de les computables ja s'ha vist que no és tècnicament un problema.

El moment en que cal apreciar la insuficiència patrimonial i les seves causes permeten dos comentaris més:

- c) La insuficiència patrimonial, inexistente al temps de la reclamació, es pot presentar en canvi al temps de l'exigibilitat del crèdit (així, per exemple, en cas d'haver-se'n ajornat o fraccionat el pagament). També és possible que, en aquest mateix moment, el que succeeixi és que s'hagi agreujat la situació d'insuficiència patrimonial ja

<sup>32</sup> Pensem, si de cas, en el deutor que, d'ençà l'extinció del règim, no ha empobrit més el seu patrimoni.

apreciada al temps de la reclamació.<sup>33</sup> En el primer cas, pertocarà recórrer als mecanismes generals de protecció legal del crèdit que, com a norma general i a diferència de les accions previstes a l'art. 232-9 CCCat, demanen que l'acte perjudicial s'hagi realitzat una vegada nascut el crèdit perjudicat (art. 531-14 CCCat; 1291 CC). En el segon, el criteri hauria de ser el de la proximitat en el temps, del que n'és exemple el mateix art. 232-9.2 CCCat a l'hora de fixar l'ordre de les donacions reduïbles (així, «...començant per la més recent, seguint per la següent més recent i així, successivament, per ordre invers de data...»). La conseqüència seria que caldria, primer, atacar els actes perjudicials realitzats un cop nascut el crèdit per, després i pel cas que els dits mecanismes es mostrin insuficients o infructuosos, recórrer a l'art. 232-9 CCCat.

- d) Pel cas d'insuficiència patrimonial provocada per actes dispositius ni gratuïts ni fraudulents (per exemple, una forta inversió en un projecte fallit), caldria distingir, un cop més, segons s'apreciés al temps de la reclamació del crèdit o al temps que, ajornat o fraccionat el pagament, fos exigible. Si es tracta d'una disposició posterior al naixement del crèdit o a la seva reclamació, la protecció legal només s'ofereix davant de donacions (art. 531-14 CCCat) o contractes, ja siguin gratuïts o onerosos,<sup>34</sup> que minvin la capacitat patrimonial del deutor fent-la insuficient per a satisfer el crèdit (art. 1291.3º i concordants CC). En qualsevol cas, cal la relació causa-efecte (acte dispositiu – incobrabilitat del crèdit) per tal que es pugui reaccionar davant la dita disposició (rescindint-la, declarant-la inoponible...). En canvi, aquest tipus de connexió no és necessària pel cas d'insuficiència apreciada al temps de la reclamació. Tot plegat és possible visualitzar-ho si pensem, per exemple, en el cas de reclamació posterior a l'extinció del règim essent així que el deutor hagués tingut béns per satisfer el crèdit al temps del divorci o separació (si se li hagués reclamat aleshores) però que ja no en té al temps de la reclamació per raó, per exemple, d'aquella inversió fallida.<sup>35</sup> En aquest cas, tal vegada que s'apreciaria insuficiència patrimonial al temps de la reclamació, s'activaria la possibilitat de reduir o suprimir les donacions realitzades abans d'aquella reclamació (siguin anteriors o posteriors a l'extinció del règim), quan és evident que no són la causa, almenys de forma immediata, d'aquella insuficiència patrimonial.

33 I que pot esdevenir un motiu perquè el deutor demani i el jutge concedeixi l'ajornament o fraccionament del pagament (art. 232-8.2 CCCat).

34 També els pagaments de l'art. 1292 CC.

35 O perquè es va comprar un cotxe i l'ha estimbat...

## 5. EL COM

La qüestió de què vol dir reduir o suprimir una donació es pot plantejar des de dues perspectives: la del demandat i la del demandant. Des de la primera, es tracta de veure com es veu afectada la seva titularitat sobre el bé; des de la segona, pertoca analitzar també en quins termes es veu afavorida la seva posició com a creditor en cas que l'acció tingui èxit.

- 1) Pel que fa a la primera qüestió, aquell efecte només es descriu en termes de «pèrdua de la totalitat o d'una part del bé» a l'art. 451-22.4 CCCat. Deixant per un moment de banda el cas de supressió o «pèrdua de la totalitat», el de pèrdua parcial convida a plantejar-se, concretament, què succeeix amb el bé donat: que cal dividir-lo materialment de tal manera que la pèrdua es projecta sobre l'objecte<sup>36</sup> o que és la titularitat la que passa a compartir-se constituint-se un proindivís ordinari sobre el bé, que en cap cas es divideix per aquesta causa (art. 552-2, d CCCat).<sup>37/38</sup> L'interrogant permet dos comentaris que hi tenen relació:

36 O, en fi, que tractant-se d'un bé indivisible materialment, caldrà recórrer a la seva divisió econòmica que, per aplicació, per analogia, de l'art. 552-11.3 CCCat permetria, per exemple, que el demandat es quedés amb la nua propietat i el creditor l'usdefruit, o a l'inrevés.

37 Els arts. 307 i 444 del Projecte de Compilació de 1955 aportaven més dades a propòsit de com calia reduir per raó, el primer, d'inoficiositat legítima i, el segon, de llegats excessius o per causa de quarta falcidia. El segon, tractant-se de llegats d'eficàcia real, establia d'adquisició d'una quota sobre el bé com a efecte general de la reducció. S'hi deia: «La efectividad de la reducción de los legados por la retención o cobro de la falcidia, tendrá lugar en los legados de eficacia real a base de quedar conductos de la cosa legada el legatario y el heredero gravado o bien de quedar propia de éste una o más de las cosas de las varias que contuviera el legado. En los legados con eficacia obligacional, dicha reducción operará dejando liberado al heredero por la parte proporcional de su obligación. Siempre que por la reducción el legatario y el heredero gravado hayan de resultar conductos de la cosa legada y ésta fuese indivisible o desmereciere con su división, el legatario, antes de la entrega o cumplimiento del legado, podrá optar por hacerla suya íntegramente, abonando en dinero al heredero gravado el importe de la reducción».

El segon, pel contrari, semblava imposar com a criteri general el del lliurament material d'una part del bé; en cas de no ser possible, permetia a legitimaris o hereu quedar-se íntegrament el bé satisfent a legataris o donataris el valor de la part que excedís de la llegítima. Establia: «(...) La reducción por inoficiosidad de donaciones producirá su rescisión total o parcial según proceda (...) El donatario transferirá a dichos legitimarios una parte de la cosa donada cuyo valor actual cubra el importe de la reducción a sufrir (...). Si el legatario o el donatario no quisieren evitar la pérdida parcial o total de la cosa legada o donada y ésta fuera indivisible o desmereciere notoriamente con su división, los legitimarios que hayan reclamado la reducción podrán hacerla suya por entero mediante abonar en dinero al legatario o donatario el valor actual de su parte en la cosa legada o donada. El heredero (...) podrá optar entre hacer suya por entero la cosa legada o donada, abonando en dinero a los legitimarios el importe de lo que hayan de percibir por la inoficiosidad y al legatario o donatario el valor actual de su parte en la cosa legada o donada, o bien proceder a la venta de ésta en pública subasta destinando parte del precio a abonar primeramente a dichos legitimarios el expresado importe y el resto al legatario o donatario».

38 Vegeu art. 821 CC que, pel cas de llegat inoficiós sobre una finca: primer, erigeix en criteri preferent el de la divisió de la finca sempre que l'immoble «admita còmoda divisió» (s'entén material); subsidiàriament, en funció de si la reducció absorbeix o no la meitat del valor de la finca, s'atorga a legitimaris o legataris la possibilitat de quedar-se-la abonant a l'altre

- a) El primer seria que, en qualsevol cas, la que es veu afectada és la titularitat del demandat, no el negoci en virtut del qual va adquirir (talment es tractés d'un supòsit més d'ineficàcia sobrevinguda).<sup>39</sup> Pel contrari, projectar la reducció sobre el negoci implicaria, entre altres, la necessitat de demandar ambdós atorgants;<sup>40</sup> en canvi, fent-ho com es proposa, n'hi ha prou amb interposar l'acció contra el donatari. El supòsit caldria configurar-lo, si de cas, com de pèrdua sobrevinguda de la titularitat sobre part del bé.
- b) Aquella pèrdua és un efecte real, en el sentit que es produeix amb l'admissió de l'acció. Tot i que es podria arribar a plantejar si el demandat té l'obligació de retornar o lliurar aquella part «que ha perdut» (pensem, si de cas, en la hipòtesi més simple de bé divisible per naturalesa), el que la dita naturalesa real implicaria seria que aquella pèrdua no es podria en cap cas fer dependre del compliment de tal obligació.<sup>41</sup> A aquesta naturalesa real *quoad effectum*, caldria

---

«su respectivo haber en dinero»; en darrer terme, si ni uns ni altres volen recórrer a l'opció anterior «se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados».

- 39 Parla, en canvi, d'acció rescisòria per lesió, amb efectes no retroactius, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La inoficiosidad...», cit, pàg. 111 (on s'hi afirma que: «En la rescisión, la causa de la ineficacia del negocio jurídico reside en la lesión que sufre el afectado (en este caso el legitimario...); causa que existe desde el momento que el negocio se perfecciona (sin perjuicio de que el momento en que deba comprobarse si existe la lesión, sea posterior, el momento de la muerte del causante)». Però ja hem dit que, al cas que ens ocupa, és possible que la insuficiència patrimonial no l'hagi provocat la donació que ara es vol reduir (encara que només sigui en aquells casos en que els cònjuges havien pactat que la reclamació es fes en un procés posterior).
- 40 Com s'ha dit, *no hi ha cap necessitat* de projectar l'acció sobre el negoci, de tal manera que reduint només la titularitat ja n'hi ha prou. Aquest criteri, però (és a dir, el d'optar per la solució menys invasiva però que, al seu torn, compleixi amb la finalitat que persegueix la norma) potser ens hauria de fer decantar, al guió precedent, a descriure els efectes de l'acció en termes de constitució d'una comunitat proindivís sobre el bé: senzillament seria l'opció més immediata (sobretot en el temps perquè no caldria procedir a la divisió material o econòmica), menys invasiva (perquè no toquem el bé) i compleix amb la finalitat perseguida (el cònjuge creditor reb un actiu patrimonial —la quota que escaigui— per raó del seu crèdit).
- 41 El que es vol assenyalar al text s'inspira en el previst a arts. com el 1303 i 1295 CC (o, molt més específic, l'art. 74.1 RDL 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei General per a la Defensa de Consumidors i Usuaris). La ineficàcia del negoci (així, per nul·litat, rescissió, desistiment...) determina el naixement de l'obligació legal de restitució de les prestacions que recíprocament s'haguessin fet les parts atorgants. I tot plegat sens perjudici de l'efecte real d'aquella ineficàcia. Voldria dir això últim que les parts, per raó de la causa d'ineficàcia de que es tracti, haurien recuperat la titularitat real del bé lliurat des del mateix moment de la seva declaració i, per tant, amb independència del compliment d'aquella obligació restitutòria. Voldria dir això, també, que les parts podrien recuperar la possessió del bé lliurat interposant, per exemple, una reivindicatòria que, davant de la pretensió restitutòria, tindria l'avantatge de la seva imprescriptibilitat (almenys, al dret català, art. 544-3 CCCat) i el desavantatge de la seva major complexitat probatòria (vegeu, quant a l'art. 1303 CC i altres mecanismes restitutoris, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; PARRA LUCÁN, M<sup>o</sup> Angeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 228). Pel que fa al cas que ens ocupa, es tractaria de veure si també el donatari que ha vist «reduïda» la seva titularitat té l'obligació de lliurar o retornar aquesta «part perduda» (si de cas per analogia amb aquests supòsits per bé que en tots ells el que es produeix és la *ineficàcia del negoci dispositiu i, d'aquí, la reentrada del bé al patrimoni de qui va disposar*). Si s'acaba conclouent que

sumar-hi la naturalesa real de l'acció en el sentit d'interposable davant de qui tingui el bé, sigui o no sigui el donatari. L'argument el proporciona l'art. 232-9.2 *in fine* CCCat. La disposició, que declara la no procedència de l'acció *només* davant de *determinats* tercers, no pot partir sino de la regla general contrària: així, la de la possibilitat d'interposar-la davant de qui sigui en aquell moment el titular del bé.<sup>42</sup>

- c) Aquell efecte real seria evitable? L'aplicació al cas de la possibilitat prevista als arts. 451-22.4 i 427-45.2 CCCat permetria al demandat evitar la pèrdua satisfent al creditor l'import que hauria de percebre. El suggeriment parteix de la identitat de raó que, diríem, es pot apreciar entre els supòsits i la conveniència pràctica de generalitzar una sortida que, ben segur, despertarà entre els implicats més interès que la reducció que inicialment es demana. Si s'arriba a permetre, el cas s'hauria de descriure en termes de pagament per tercer de deute aliè (en concret, de pagament per qui està interessat en el compliment de l'obligació; art. 1210.3º CC).<sup>43</sup> Ara bé, succeeix que identificar el supòsit com un d'aquest tipus el que fa és relativitzar la importància d'aquell intent d'aplicació analògica. El motiu és que la possibilitat que pagui *qualsevol* i, per tant, no només el titular del bé, l'ofereixen les normes generals en matèria de pagament, fent sobrer el recurs a l'analogia (arg. *ex art.* 1158 CC).<sup>44</sup>
- 2) A on va a parar la «part reduïda»(ja es tracti d'una part material del bé o d'una quota en la titularitat?). El supòsit permet pensar en dues formulacions possibles: A.- D'acord amb la primera, aquella part ingressaria al patrimoni del deutor, essent així que el creditor de la compensació podria instar-ne l'execució de la mateixa manera que podria fer-ho qualsevol altre.<sup>45</sup> B.- D'acord amb la segona, el creditor

---

no hi ha tal obligació, aleshores passarà que davant la negativa del donatari només quedaran les corresponents accions reals. Es clar que, per saber qui pot interposar una reivindicatòria, cal identificar primer qui adquireix la part reduïda.

- 42 Vegeu, en seu d'inoficiositat legítima, defensant el caràcter personal de l'acció de reducció o supressió de donacions per raó del caràcter personal del dret a la llegítima, O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La inoficiosidad legítima...», pàg. 128. Pel que fa a l'acció rescissòria *ex art.* 1111 CC, la conseqüència immediata del seu caràcter personal es descriu en termes de legitimació passiva, que es reconeix a qui hagi estat part de l'acte o negoci rescindible, a BADOSA COLL, F., *Dret d'Obligacions*, cit, pàg. 218. I la qüestió de la procedència de la rescissió quan els béns s'haguessin adquirit per tercers aliens al negoci rescindit, es planteja en termes d'oponibilitat o no de l'acció, no pas d'ampliació de la legitimació passiva al sots-adquirent (pàg. 221).
- 43 Aquesta configuració topa amb moltes més dificultats als arts. 427-45.2 i 451-22.4 CCCat, sobretot perquè, al primer cas, el legatari no estaria en cap cas pagant el deute de ningú; al segon, sí que s'estaria satisfent el dret de llegítima, però sense poder identificar tampoc al legatari o donatari com a tercers que paguen deute aliè i que, per això mateix, obtenen dret a rescabament.
- 44 Si aquesta mateixa reflexió la portem a l'àmbit dels arts. 427-45.2 i 451-22.4 CCCat, aleshores el que pertocaria plantejar és si les reduccions que s'hi preveuen es poden evitar satisfent l'import que pertocaria algú que no sigui l'amençat per la reducció.
- 45 Sistema propi de la rescissió dels actes perjudicials fets pel deutor. Quant a la inoponibilitat (art. 531-14 CCCat), el que permet és, davant del creditor perjudicat, «fer com si el bé no

adquiriria la part reduïda com a mecanisme per a satisfer el seu dret a la compensació.<sup>46</sup> Per bé que, d'acord amb la regla general, el pagament del crèdit s'ha de fer en diners (art. 232-8.1 CCCat), la satisfacció del crèdit es procuraria, en aquest cas, via l'adquisició de béns, que deixarien així de pertànyer al seu titular.<sup>47</sup>

La idea de «reducció o supressió» és més afí a la segona fórmula. El mecanisme permet agredir la titularitat del demandat amb la màxima *intensitat* possible (en el sentit que, en major o menor extensió patirà una *pèrdua* d'aquesta titularitat) però sembla que ho vol fer, només, en la *mesura* necessària; d'aquí que, si n'hi ha prou reduint, no calgui suprimir tota l'adquisició. I aquesta mesura necessària es valorarà tenint en compte el crèdit o part del crèdit insatisfet (així, si manquen 50 per a satisfer-lo íntegrament, només caldria reduir per valor de 50). Aquesta equivalència pot quedar plenament desvirtuada si el destí de la part reduïda és l'execució i, això, perquè és molt probable que l'adjudicació es faci per sota del seu valor. Pel contrari, la primera de les formulacions té major correspondència amb aquells mecanismes que, sigui quin sigui l'import que es deu, permeten l'execució del *tot* salvat el dret de l'executat, si escau, al sobrant.<sup>48</sup>

### III. LA IMPUGNACIÓ D'ACTES FRAUDULENTS A TÍTOL ONERÓS

L'art. 232-9.1 CCCat també permet al creditor «impugnar els actes a títol onerosos fets pel deutor en frau del seu dret». No s'hi identifica l'acció, com tampoc feia l'art. 58 CDCC quant al crèdit de participació i les alienacions oneroses i fraudulentos fetes pel seu deutor; sí que s'hi atrevia l'art. 60 CF, que en permetia la rescissió.<sup>49</sup> El comentari de la disposició passa en primer terme, per identificar la naturalesa dels actes impugnables i el seu àmbit temporal.

---

hagués sortit del patrimoni del deutor (que ho ha fet i, a més, de manera vàlida i eficaç) per tal d'executar-lo o, per dir-ho d'una altra manera, permet que el bé respongui dels deutes del donant (art. 1911 CC) (vegeu VAQUER ALOY, Antoni, «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el art. 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Catalunya», *ADC*, 1999, pàg. 1561).

46 En aquest cas, seria ell qui podria interposar una reivindicatòria en cas que el demandat es resistís a la restitució.

47 Vegeu O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La inoficiosidad...», pàg. 144. S'hi defensa que el bé no retorna al cabdal relicte sino que l'adquireix directament el legitimari. Vegeu, destacant que la reducció només pot afavorir als legitimaris que haguessin interposat l'acció (art. 307 del Projecte de Compilació de 1955).

48 Cosa que també pot arribar a ser sorprenent. Admetent que la part reduïda ingressés de nou al patrimoni del deutor i que, executada, restés un romanent del preu, aquell que hi tindria dret seria aquest deutor o propietari executat i no pas el donatari reduït...El mecanisme de la inoponibilitat *ex* 531-14 CCCat permet defugir la qüestió tal vegada que el bé donat no retorna al patrimoni del donant.

49 La indefinició ha tornat a l'art. 232-24.1 CCCat que, com ja s'ha dit, coincideix essencialment amb l'art. 232-9 CCCat.

- 1) En el context de l'art. 232-9 CCCat, l'expressió «actes» (per tant, qualsevol dels que hagi pogut realitzar el deutor onerosament i fraudulentament) és excessiva. El pressupòsit de la norma és la insuficiència patrimonial del deutor, per tant, la incobrabilitat del crèdit. Els mecanismes que s'hi preveuen només tenen sentit en la mesura en que permetin, d'una manera o altra, la recuperació de béns disposats pel deutor. Des d'aquesta perspectiva, els actes impugnables només poden ser els d'alienació (arg. *ex art.* 58 CDCC, 60 CF), que no són tots els que, teòricament, es poden arribar a fer a títol oneros i en frau del crèdit durant la vigència del règim.<sup>50</sup> En qualsevol cas, el que la impugnabilitat es prediqui de l'«acte» sí que revela que l'acció, que serà rescissòria, es projecta sobre el negoci, que esdevindrà sobrevingudament ineficaç.<sup>51</sup>
- 2) Els actes impugnables són els realitzats «durant la vigència del règim» (art. 232-9.1 CCCat). Hi hauria, sobretot, un argument que ho avalaria: seria el *dies a quo* del termini de caducitat de l'acció, que és el moment de l'extinció del règim («...caduquen al cap de quatre anys de l'extinció del règim...»). Pel contrari, si es tractés de les alienacions realitzades una vegada nascut el crèdit aleshores el termini per interposar l'acció hauria de començar a córrer, com a mínim, en el moment d'atorgar-se l'acte. Analitzem què vol dir «frau» en aquest context i la correlació que hi ha entre aquests actes impugnables i l'actiu fictici que serveix al càlcul del patrimoni final dels cònjuges.
  - a) El frau, mentre hi ha règim, es vincula a un crèdit futur i incert. Més que desfer-se de béns (per bé que a títol oneros) pel cas d'esdevenir deutor de la compensació i als efectes que el creditor no pugui cobrar (per raó d'insuficiència patrimonial), mentre hi ha règim es diria que el frau es concretarà preferentment en la intenció (o motiu jurídicament rellevant) de reduir els béns computables al patrimoni final i, això, a fi que no neixi el dret a favor de l'altre, que neixi però reduïnt al màxim la diferència entre els increments patrimonials experimentats per ambdós<sup>52</sup> o, en fi, que neixi però a favor del cònjuge alienant.<sup>53</sup> Una qüestió afegida és si aquella intenció pot ser

50 Pensem, per exemple, en el cònjuge que, a canvi d'un preu irrisori, assumeix una obligació de fer amb la intenció d'inflar la partida de les «obligacions» del seu patrimoni final (és a dir, del que es té al temps de l'extinció del règim o al temps del cessament efectiu de la convivència), i tot plegat a fi que el seu increment patrimonial sigui nul o inexistent (art.232-6, a *in fine*; quant a «obligacions i gravàmens constituïts fraudulentament», vegeu art. 232-19.2.b *in fine* CCCat).

51 La identificació de l'acció com a rescissòria de l'acte permet anticipar els efectes de la impugnació en termes de reintegració del bé al patrimoni del deutor i possibilitat, per part del creditor rescident, d'executar-lo.

52 Cosa que pot tenir interès de cara a la fixació de la quantia màxima de la compensació (art. 232-5.4 CCCat).

53 Hi hauria, però, dos supòsits en que el frau s'adreçarà a provocar la incobrabilitat del crèdit. Tenen en comú que la reclamació es fa en un moment posterior al que es pren de referència per tal de calcular l'increment patrimonial dels cònjuges (per tant, disposar fraudulentament dels béns ja no pot influir de cap manera en aquell càlcul). Són els casos, ja esmentats,



exclusiva de qui disposa o, si pel contrari, cal que es comparteixi amb l'adquirent.<sup>54</sup>

- b) Els actes d'alienació onerosos i realitzats en frau del crèdit durant la vigència del règim tenen, en seu de compensació econòmica per raó de treball, un doble règim. Podran reflectir-se *sempre* al patrimoni final, però *no sempre* serà possible impugnar-los d'acord amb l'art. 232-9 CCCat. A) Pel que fa al còmput: es computarà, per una banda, la contraprestació rebuda o el crèdit a exigir-la, sí és que encara es tenen al temps d'aquell còmput (art. 232-6.1,a CCCat) i, per altra, el «*detriment*» que ha produït l'acte.<sup>55</sup> Tot plegat en el benentès que allò que pot arribar a integrar l'actiu fictici excedeix d'aquestes alienacions. Així, l'expressió «el valor del detriment produït per actes fets amb la intenció de perjudicar l'altre cònjuge» (art. 232-6.1.b CCCat) permet donar entrada a negocis fraudulents no dispositius<sup>56</sup> o, fins i tot, a actes materials de deteriorament o destrucció de béns propis;<sup>57</sup> B) Quant a la impugnació: només serà possible recórrer a l'art. 232-9 CCCat si en el moment en que es reclama la compensació la situació del deutor és de insuficiència patrimonial per a satisfer-la. La situació pot propiciar que el creditor pugui recórrer a altres opcions: així, via subrogatòria *ex art. 1111 CC*, que pugui rescindir per lesió actes onerosos dels descrits a l'art. 321 i ss CDCC i atorgats durant la vigència del règim. Els supòsits, certament, no tenen per què coincidir: la venda rescindible per lesió pot haver-se realitzat «(sense) la intenció de perjudicar l'altre cònjuge», per tant, la diferència entre el preu satisfet i el valor just no s'hauria computat. En qualsevol cas, el termini previst a l'art. 322 CDCC és de quatre anys d'ençà la data del contracte. Això vol dir que el cònjuge, per tal de poder-ne fer ús, cal que obtingui el seu reconeixement com a creditor de la compensació econòmica abans que s'esgoti aquest termini.<sup>58</sup>

Pel cas d'actes onerosos de disposició fets en frau del crèdit ja reclamat, però del que se n'ha ajornat o fraccionat el pagament, caldria atendre al règim general (art. 1111, 1291 CC). A diferència del que fins ara s'ha vist, en aquest

---

de cessament efectiu de la convivència abans de l'extinció del règim i, si s'admet, el de reclamació posterior a la dita extinció.

54 A propòsit de l'art. 58 CDCC, predicant el frau només de l'alienant i prescindint de l'adquirent, BADOSA COLL, Ferran, Comentari..., pàg. 356.

55 Diria que, per exemple, en cas de venda a preu molt baix, el detriment vindria donat per la diferència entre el preu i el valor del bé venut.

56 Així, el que ja s'ha anticipat abans consistent en l'assumpció d'una obligació de fer que, valorada econòmicament, excedeix del preu o contraprestació rebuda.

57 Des d'aquesta perspectiva, l'expressió de la que fa ús l'art. 232-6.1.b CCCat abraça els diferents supòsits que, amb major concreció, es relacionen a l'art. 232-19.2, b i c CCCat.

58 El que estem plantejant seria un cas d'acció subrogatòria per un creditor que no era tal al temps d'atorgar-se la compra-venda lesiva.

últim el *dies a quo* de l'acció de rescissió és el de l'atorgament de l'acte (art. 1299 CC) i és pacífic que cal la mala fe de l'adquirent.<sup>59</sup>

#### IV. ELS ASPECTES COMUNS: EL TERMINI DE CADUCITAT I LA IMPROCEDÈNCIA DE L'ACCIÓ DAVANT DETERMINATS ADQUIRENTS

Ambdues circumstàncies, la caducitat al cap de quatre anys d'ençà l'extinció i la no procedència de l'acció en cas que els béns hagin estat adquirits onerosament per tercers de bona fe, es recullen a l'art. 232-9.2 CCCat i provenen de l'art. 58 CDCC.

##### 1. EL TERMINI DE CADUCITAT

L'art. 239.2 CCCat determina, per ambdues accions, els *dies a quo* i el *dies ad quem*. El primer és el moment de l'extinció del règim i el segon són quatre anys a comptar d'ençà aquesta extinció. El primer no és instrumental, establert només als efectes de senyalar l'inici del còmput dels quatre anys. El moment de l'extinció és, també, el moment a partir del qual és possible reclamar la compensació, sense que hi hagi la possibilitat de fer-ho abans.<sup>60</sup> Hauria estat preferible, un cop més, el criteri del coneixement raonable previst a l'art. 122-5.1 CCCat.<sup>61</sup>

##### 2. LA PROTECCIÓ DE TERCERS ADQUIRENTS

L'art. 232-9.2 *in fine* CCCat declara la improcedència de l'acció «quan els béns estiguin en poder de terceres persones acquirents a títol oneros i de bona fe». A *contrario*, serà possible interposar una i altra acció en cas de sots-adquirent de mala fe o d'adquisició en virtut de títol lucratiu. D'acord amb la

59 BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'Obligacions...*, pàg. 219.

60 La transcendència del que es diu al text es copsa si es recorden altres supòsits en els que el *dies a quo* aconsegueix només la funció de marcar l'inici del còmput del *dies ad quem* però no impedeix que l'acció es pugui interposar abans d'aquest moment. Un exemple el proporciona l'art. 1301 CC que, a propòsit de l'acció d'anul·labilitat d'un contracte atorgat amb error, dol o falsedat a la causa, fixa un termini de quatre anys a comptar d'ençà la «consumació del contracte». L'acció, lògicament, es podrà interposar abans d'aquest moment si al contractant errat se li fa evident, abans, l'error patit (una altra explicació es la que dona DELGADO ECHEVARRIA, partidari d'entendre que l'acció prevista al 1301 CC és, en aquest particular, una acció restitutòria i, d'aquí, que el dia inicial vingui donat per la consumació del contracte [vegeu a DELGADO ECHEVARRIA, J.; PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A., *Las nulidades de los contratos...*, cit, pàg. 125].

61 En qualsevol cas, el termini, en el cas concret de mort del deutor, no és tan conflictiu com el previst per a reduir per raó d'inoficiositat legitimària (art. 451-24.2 CCCat). Així, mentre hi ha tres anys per a reclamar la compensació, n'hi ha quatre per a reduir o suprimir (sempre d'ençà l'extinció del règim). En seu de llegítima, hi ha deu anys per a reclamar-la, però només quatre «d'ençà la mort del causant» per a interposar l'acció d'inoficiositat.

configuració que s'ha proposat de l'acció de reducció o supressió, aquest tercer estaria legitimat passivament. Pel contrari, l'acció rescissòria per frau no es podria interposar contra ell en tant que «part» del negoci rescindible (en el que no hi hauria tingut intervenció), però sí que li seria oponible.

Pel demés, la improcedència de què parla l'art. 232-9.2 *in fine* hauria d'integrar el règim de la inoficiositat legitimària.<sup>62</sup>

### 3. LA RELACIÓ ENTRE ELS DOS RÈGIMS. QUÈ CAL FER PRIMER: REDUIR O RESCINDIR?

Si vigent el règim, s'han atorgat tant donacions com actes onerosos fraudulents, essent així que després no es pot satisfer la compensació per insuficiència patrimonial, caldria preguntar-se aleshores si pertoca primer reduir les donacions o impugnar les disposicions fetes en frau. Una possible solució podria venir donada per atendre a la disposició que va provocar la insuficiència patrimonial. Però succeeix que l'art. 232-9 CCCat no demana que hi hagi relació de causa-efecte entre la disposició atacable i la insolvència de la que parteix la norma. És a dir, és perfectament possible, com ja s'ha dit, que la manca de béns per satisfer la compensació obeeixi a una pèrdua de patrimoni posterior a aquells actes dispositius. En aquest context, i tal vegada que a l'art. 232-9 CCCat no ho desmenteix, el creditor podrà triar entre l'acció de reducció o la d'impugnació per frau, segons li convingui més.<sup>63</sup> Un altre criteri seria el d'atacar, primer, l'acte més recent en el temps.

<sup>62</sup> Així es recollia a l'art. 308 del Projecte de Compilació de 1955.

<sup>63</sup> A nivell de prova serà probablement més interessant la de reducció, encara que només sigui perquè no hi ha necessitat d'acreditar el frau.



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

JORGE CASTIÑEIRA JEREZ

Investigador del Programa FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Facultad de Derecho de ESADE - Universitat Ramon Llull

Los pactos en previsión de una ruptura conyugal es una de las instituciones que más interés ha despertado la entrada en vigor del Libro II del Codi Civil de Catalunya («CCCat»). Si bien esta figura ya había sido expresamente reconocida por el legislador catalán en el artículo 15 del Código de Familia, ha sido en el Libro II donde ese reconocimiento expreso se ha convertido en una regulación rigurosa.

Son muchas las dudas y cuestiones que suscita la regulación contenida en el artículo 231-20 CCCat.<sup>1</sup> Muchas de esas dudas, como es obvio, se relacionan con la compatibilización de este tipo de pacto con la disciplina normativa típica del derecho de familia. Una de esas cuestiones consiste en la averiguación de hasta qué punto y con qué extensión puede la voluntad de los cónyuges excluir, limitar o incluso interpretar los diversos preceptos que se encargan de regular las consecuencias derivadas de una ruptura matrimonial.<sup>2</sup>

Pero no solo presenta interés la regulación de esta institución desde la perspectiva del derecho de familia, sino también desde y para otros ámbitos del derecho civil. En particular nos referimos al derecho de obligaciones y contratos y a la aportación que a este ámbito se realiza desde el último apartado del artículo 231-20 CCCat a través de la aceptación explícita de la ineficacia del

- 
- 1 Como exponen GINÉS CASTELLET, N («Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia», en AA.VV: *La familia del siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Núria Ginés Castellet. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 53 a 93, p. 55) y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. («Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán.» *Revista Jurídica de Catalunya*: núm. 2-2011, pp. 345 a 370, p. 354) la regulación catalana ha recibido una influencia clara del derecho estadounidense y, en concreto, de la regulación contenida en el *Uniform Premarital Agreements Act* (que ha sido adoptado por más de la mitad de los estados de Estados Unidos) y de los principios sobre la disolución de la familia del *American Law Institute*.
  - 2 V. sobre la cuestión los recientes y completos estudios elaborados por GINÉS CASTELLET, N.: «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña.» *Revista Crítica de Derecho I*, año LXXXVII, sept-oct, nº 727, pp. 2577 a 2620 y SERRANO DE NICOLÁS, A. «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, páginas 328-329.

contrato (en este caso del pacto en previsión de la ruptura conyugal) por la alteración sobrevenida de las circunstancias.<sup>3</sup>

La alteración sobrevenida de las circunstancias, si bien no es una completa desconocida en nuestro Derecho, sí que es una figura de derecho excepcional. Tan excepcional como la doctrina a través de la que, en muy raras ocasiones, los tribunales la aplican (la doctrina *rebus sic stantibus*). No obstante, esta excepcionalidad de la institución está empezando a ponerse en duda desde distintos ámbitos tanto nacionales como transnacionales.<sup>4</sup> De hecho, el análisis de los más recientes textos elaborados para la unificación del derecho de obligaciones y contratos parece indicar que existe acuerdo en reconocer la figura (o figuras) de la alteración sobrevenida de las circunstancias en sede del derecho de contratos y, en general, en el ámbito de la eficacia de los negocios jurídicos. Lo que no está tan claro es cuáles son y deben ser su fundamento, requisitos y efectos.

Por ello, a la hora de responder a las dudas que plantea la alteración sobrevenida, resulta extremadamente útil atender a la regulación contenida en el artículo 231-20 CCCat y, específicamente, a sus requisitos de aplicación. El análisis de estos requisitos, así como el de sus efectos, debe ser puesto en relación con el ámbito en el que se inserta la regulación: el derecho de familia. Esta inserción en el ámbito del derecho de familia no implica, sin embargo, que algunas de las conclusiones que se alcancen no puedan resultar útiles y perfectamente aplicables a otros ámbitos del Derecho civil.

De hecho, como se analizará a continuación, si se atiende a la regulación que en el CCCat se contiene sobre los pactos en previsión de la crisis se comprenderá que la admisión de la alteración sobrevenida de las circunstancias no se relaciona con la protección del interés superior de la familia. Dicha protección se consigue a través de la invalidez o ineficacia directa de los pactos que contraríen dicho interés, sin necesidad de acudir ni probar los elementos exigidos en el artículo 231.20-5 CCCat para la aplicación de la figura de la alteración sobrevenida de las

3 No puede dejar de señalarse que el artículo 233.7 CCCat regula la posibilidad de que el Juez modifique las medidas ordenadas en un proceso matrimonial si se produce una alteración sustancial de las circunstancias con respecto al momento de su otorgamiento. Por supuesto, esta posibilidad solo existe para aquellas medidas que, según los artículos 233-2 y 233-4 CCCat, son contenido necesario del convenio regulador o de las medidas judiciales a adoptar en un proceso matrimonial.

Esa posibilidad de modificación de la que trata el artículo 233.7 CCCat no podrá ser aplicada sin embargo a los pactos incluidos en los pactos en previsión de la ruptura en la medida en que estos no hayan sido renovados en virtud de convenio regulador o por las medidas adoptadas por el Juez en el proceso matrimonial. La modificación (o ineficacia de esos pactos) ante el cambio de circunstancias debe producirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231-20.5 CCCat, como así se deduce del artículo 233.5 CCCat: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges[...]»

4 Así, se reconoce la alteración sobrevenida de las circunstancias, a través de sus distintas manifestaciones, en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, en el artículo 6:111 de los Principios Europeos del Derecho de Contratos, en los artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios Unidroit, en el *Draft Common Frame of Reference* (artículo III-1:110), así como en el artículo 89 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.

circunstancias. El reconocimiento de la ineficacia de los pactos reconocida en el artículo 231.20.5 se relaciona exclusivamente, creemos, con la protección de la libertad individual y las limitaciones del consentimiento contractual.

La ineficacia de un pacto en previsión de la ruptura ante el cambio sobrevenido de las circunstancias no se relaciona con la falta (inicial o sobrevenida) de consentimiento. Si se atiende a la regulación que de los pactos se contiene en el Libro II, resulta fácilmente apreciable que el legislador ha pretendido proteger la libertad contractual a través de otros expedientes. De hecho, parece notorio que este punto, la protección de la libertad y voluntad contractual, ha sido uno de los que más ha preocupado al legislador a la hora de configurar los pactos. Solo así se explica la necesidad de que estos, para que sean válidos (art. 231-20.1 CCCat), deban otorgarse en escritura pública,<sup>5</sup> así como que el apartado 2º del artículo 231-20 exija al notario que asesore profesionalmente a los otorgantes, de forma separada, con anterioridad a su suscripción.<sup>6</sup> También con el propósito de salvaguardar la libertad y voluntad contractual (previendo posibles vicios del consentimiento), el artículo 231-20.4 CCCat exige que las partes estén al corriente del detalle de su patrimonio. Hasta tal punto llega esta obligación que si las partes demuestran que desconocían el status económico y financiero del otro cónyuge pueden esquivar la ejecución de los pactos si les resultan perjudiciales.<sup>7</sup> A este mismo objetivo —la protección de la libertad de los cónyuges— parece que se encaminan también los límites temporales que la Ley impone para que se perfeccionen los pactos como requisito de su validez y eficacia.<sup>8</sup>

Como se acaba de avanzar, el último apartado del artículo 231-20 CCCat, al regular la alteración sobrevenida de las circunstancias, no tiene como finalidad (ni fundamento) proteger el consentimiento y, en concreto, su otorgamiento libre y consciente. Tampoco tiene como propósito proteger la ilegalidad inicial o sobrevenida de los pactos en previsión de la ruptura conyugal. Las consecuencias derivadas de la ruptura conyugal pueden ser reguladas por las partes con anterioridad al matrimonio y sus límites son, además de los generales derivados de la autonomía de la voluntad y los de carácter legal o constitucional —incluyendo la igualdad y reciprocidad entre los cónyuges—, los mínimos

5 En este sentido, GINÉS CASTELLET, N.: «Autonomía de la...», p. 2594.

6 Así, dispone GINÉS CASTELLET, N. (*Ibidem*, p. 2596) que «este asesoramiento profesional es el que va a desarrollar el notario en los pactos en previsión de una ruptura matrimonial según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 231-20.»

7 La regulación contenida en el artículo 231-20.4 CCCat es prácticamente idéntica a la contenida en el *Uniform Premarital Agreements Act*. En este último cuerpo normativo se establece que la comunicación y conocimiento recíproco del status económico de los futuros consortes es condición de eficacia del pacto.

8 Nótese, en efecto, que el artículo 231-20 CCCat exige que los pactos se otorguen con una antelación mínima de 30 días a la celebración del matrimonio, intentando evitar así que la proximidad del matrimonio pudiera causar a cualquiera de los cónyuges una indeseable presión encaminada a la suscripción de los pactos. Al respecto, MONTERRAT VALERO, A. («Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia.», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 401 a 408, p. 403) establece lo siguiente: «Parece que el legislador piensa que la proximidad del futuro matrimonio pone a los futuros cónyuges en un estado tal de alteración que los considera inhábiles para celebrar estos pactos.»

específicos exigidos en la regulación de las posibles consecuencias derivadas de la ruptura. Así, y sin ánimo exhaustivo, los cónyuges o futuros cónyuges (i) no pueden exigir la ejecución de un pacto sobre la guarda o relación con los menores ni sobre la prestación de alimentos si el pacto en cuestión no resulta conforme al interés del menor (artículo 233-5.3); (ii) no pueden ejecutar un pacto sobre pensión compensatoria que comprometiera las necesidades básicas del cónyuge acreedor de la pensión (artículo 233-16.3); y (iii) tampoco pueden llevar a efecto un pacto sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial si el pacto en cuestión no resulta en interés de los hijos o si compromete las necesidades básicas del cónyuge perjudicado por el pacto.<sup>9</sup>

Del mismo modo, tampoco pueden los cónyuges, a través del pacto en previsión de la ruptura conyugal, desnaturalizar las instituciones reguladas en el CCCat. Así, apunta la doctrina, por ejemplo, que no podría admitirse un pacto sobre la compensación económica por razón de trabajo que eliminara el requisito de que se haya producido un incremento patrimonial del cónyuge deudor. En el mismo sentido, un pacto sobre pensión compensatoria no podría eliminar el requisito consistente en que se produzca un desequilibrio patrimonial como consecuencia de la ruptura del matrimonio.<sup>10</sup>

Menos aún se relaciona la institución recogida en el artículo 231-20.5 CCCat con el respeto a los límites genéricos relacionados con el rol de los cónyuges dentro del matrimonio o con la preservación de los mínimos indispensables para la aplicación de las instituciones encargadas de regular las consecuencias propias derivadas de la ruptura del matrimonio. No debe acudirse a la aplicación del artículo 231-20.5 CCCat en aquellos supuestos en que la ejecución del pacto provoque el incumplimiento de los mínimos exigidos legalmente por el CCCat para cada una de las instituciones familiares en él reguladas. El ámbito de aplicación del artículo 231-20.5 CCCat se circunscribe en exclusiva a aquellos supuestos en los que la ejecución de un pacto en previsión de la ruptura que es válido (tanto en lo que respecta a su formación como en lo referente al cumplimiento de los límites mínimos legales en su ejecución) resulta, a pesar de su validez, gravemente perjudicial para uno de los cónyuges como consecuencia de un cambio de circunstancias.<sup>11</sup>

9 El límite consistente en la prohibición de renunciar a la pensión compensatoria o al uso de la vivienda no resulta aplicable (V. 233-21.3, 233-16.3) si el pacto se incorpora a un convenio regulador.

10 Cfr. GINÉS CASTELLET, N.: *Ibidem*, p. 2611 y NASARRE AZNAR, S. «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.): *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, p. 260.

11 Como acertadamente expone SERRANO DE NICOLÁS, A. («Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Vicente Pérez Daudí. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 21 a 53, p. 48), la ineficacia sobrevenida que se predica de la aplicación del artículo 231.20.5 CCCat parte de la validez de los pactos o, si se prefiere (por ser lo mismo), de la inexistencia de causas de nulidad o anulabilidad.

Esta parece la opinión también de EGEA FERNÁNDEZ, J: «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo III: Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2002, pp. 4552 a 4574, p. 4567.



La conclusión que se alcanza a través del análisis de toda la regulación de los pactos en previsión de la ruptura conyugal y de su conjugación con la institución del cambio sobrevenido de las circunstancias es, en efecto, que lo que se trata de proteger con tal regulación no es la falta de validez de los pactos por la ausencia o vicio del consentimiento ni tampoco que, a través del pacto o de su ejecución, las partes puedan disponer de aquello que la ley considera indisponible. Tampoco se pretende, sin más, por mucho que así pudiera deducirse del tenor literal del artículo, que los pactos no sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Lo que protege el artículo o, si se prefiere, lo que se trata de impedir es que los pactos en previsión no resulten —al tiempo de su cumplimiento o ejecución— gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges como consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias.

Y ese es el primer requisito para la aplicación de la figura: el nexo causal entre el cambio sobrevenido de circunstancias y el grave perjuicio para uno de los cónyuges. Si en realidad se produce un cambio sobrevenido de circunstancias pero el grave perjuicio que la ejecución del pacto en cuestión supone para uno de los cónyuges no ha venido provocado por dicho cambio sino por la propia estructura del pacto o por un acto imputable a dicho cónyuge, entonces, obviamente, no ha lugar a la ineficacia del pacto.

El primero de los requisitos, el nexo causal, es el punto de unión entre los otros dos requisitos exigidos para la aplicación del artículo 231-20.5: i) el cambio sobrevenido de circunstancias y ii) el grave perjuicio para uno de los cónyuges.

En torno al primero de esos requisitos, es necesario que nos planteemos la siguiente pregunta: ¿Cómo debe ser el cambio sobrevenido de las circunstancias exigido por el artículo 231-20.5? Pues bien, lo que dispone el precepto es que el cónyuge gravemente perjudicado debe acreditar «que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.»

Por lo tanto, las circunstancias deben ser, en primer lugar, sobrevenidas. Ello excluye obviamente la posibilidad de aplicar esta figura en supuestos en que las circunstancias ya existieran en el momento de concluir el pacto pero las partes (o uno de los cónyuges al menos) las desconociera y no pudiera conocerlas en el momento de contratar.<sup>12</sup> En ese caso lo que se habrá producido es un vicio del consentimiento o una ausencia de información que podría dar lugar a la ineficacia del pacto si el cónyuge perjudicado alega y prueba que en el momento de contratar desconocía información suficiente sobre el patrimonio, ingresos y expectativas económicas del otro cónyuge (apartado 4º del artículo 231-20).

Las circunstancias sobrevenidas deben ser, en segundo lugar, relevantes. El término es en extremo vago. Sin embargo, ello no implica que dicho término resulte superfluo en la redacción del artículo ni tampoco que no sea el apropiado. La vaguedad del término exige un ejercicio hermenéutico

---

12 Nótese, por ejemplo, que en los Principios Unidroit, en su artículo 6.2.2, se admite la posibilidad de aplicar la figura de la excesiva onerosidad o *hardship* ante el desconocimiento inimputable de circunstancias ya presentes al tiempo de contratar.

que permita darle sentido. En un primer momento podría considerarse que el término «relevante» poco o nada aporta al requisito consistente en que se produzca un grave perjuicio para uno de los cónyuges como consecuencia del cambio de circunstancias. Así, en efecto, podría considerarse que las circunstancias serán relevantes en la medida en que produzcan un grave perjuicio para uno de los cónyuges y no lo serán, en cambio, cuando no se produzca ese grave perjuicio. La relevancia quedaría así identificada con el resultado que provoca el cambio de circunstancias. Siguiendo esta última interpretación, resulta innegable que el término «relevante» poco o nada aporta a la regulación contenida en el artículo 230-20.5 CCCat.

Otra opción consiste, sin embargo, en considerar que la relevancia del cambio de circunstancias debe ser considerada en sí misma, sin acudir al resultado que provoca. ¿Cuándo podría entonces considerarse que una circunstancia es relevante? Pues, indudablemente, acudiendo a los concretos pactos alcanzados por las partes y, más específicamente, atendiendo a las circunstancias que las partes tuvieron en consideración en el momento de contratar. Esas circunstancias pueden haberse causalizado en los propios pactos o no. Lo que es necesario, y así corresponde probarlo al cónyuge que pretenda la inexecución de los pactos, es que ambas partes consideraran determinadas circunstancias (y su mantenimiento) a la hora de contratar. Son relevantes, en definitiva, aquellas circunstancias sin cuya existencia en el momento de contratar las partes no hubieran pactado o, si hubieran pactado, lo habrían hecho en otros términos.

La relevancia de las circunstancias sobrevenidas no debe medirse en función de los motivos individuales de las partes a la hora de alcanzar el pacto en prevención de la ruptura. Los motivos individuales, también en esta sede, siguen siendo simples motivos no oponibles a la contraparte. Los motivos dejan de ser simples motivos cuando son compartidos por ambas partes como esenciales a la hora de llegar a un acuerdo y de mantenerlo.<sup>13</sup> La dificultad estribará, lógicamente, en determinar cuáles circunstancias las partes consideraron relevantes a la hora de contratar. Aun así, esa dificultad en la prueba no debería confundirse con la necesidad de causalizar o incluir en el pacto todas las circunstancias que le anteceden. Bastaría con demostrar por qué, esto es, bajo qué circunstancias asumidas por ambas partes, se produjo una renuncia, limitación o ampliación de derechos.<sup>14</sup>

En torno al cambio de circunstancias, establece por último el artículo 230-20.5 CCCat que las circunstancias sobrevenidas y relevantes deben ser

13 A la hora de determinar la relevancia de las circunstancias quizás sirva de utilidad atender al derecho estadounidense y, en particular, a la exigencia (para aplicar las figuras de la *impracticability* y de la *frustration*) de que las partes hayan compartido una asunción común o *basic assumption* consistente en que un determinado suceso que finalmente ha acontecido no acontecería. A este respecto, resulta de gran utilidad el estudio de los 261 y 265 del *Restatement (Second) of Contracts* así como del artículo 2-615 del *Uniform Commercial Code*.

14 Para GINÉS CASTELLET, N («Los pactos en previsión...», pp. 89 y 90) la relevancia del cambio de circunstancias debe interpretarse en un doble sentido: (i) exigiéndose que la alteración sea de una dimensión notable y (ii) requiriéndose que (la alteración) «se halle en la base de la producción del grave detrimento a uno de los consortes.»

imprevistas y razonablemente imprevisibles. A mi juicio, el uso de estos términos resulta plenamente acertado. Es necesario que las circunstancias no hayan sido previstas por las partes y que, además, no hayan podido preverlas razonablemente. Y resulta acertado el uso de los términos contenidos en el artículo, en primer lugar, por cuanto supone un alejamiento notable de la ya denostada doctrina jurisprudencial «*rebus sic stantibus*» (en la que se exige una imprevisibilidad absoluta, objetiva y radical)<sup>15</sup> y, en segundo lugar, en la medida en que recoge la que, a mi juicio, es la mejor doctrina en cuanto al fundamento y origen del problema relacionado con la alteración sobrevenida. Nótese como el artículo 230-20.5 parte de la imprevisión pero además exige una imprevisibilidad razonable. Exige el CCCat que las partes no hayan consentido el cambio de circunstancias o sus consecuencias —si lo hubieran previsto lo habrían consentido— y que, además, no hayan asumido el riesgo del cambio de circunstancias: si el cambio de circunstancias o sus consecuencias hubiera sido razonablemente previsible, entonces las partes deberían asumir el riesgo consistente en el grave perjuicio causado.

El deber de previsión, si bien debe ser de carácter objetivo, debe medirse en atención a las circunstancias concretas de la pareja en el momento de la firma del pacto. Lo razonable no es abstracto sino que depende de las circunstancias objetivas (aunque personales y concretas) de los contratantes. Así, para determinar si los cónyuges debieron haber previsto el cambio de circunstancias debería atenderse a cuál era su situación personal y patrimonial en el momento de concluir el pacto, así como a las expectativas (de nuevo tanto personales como patrimoniales) que ambos tuvieran en el momento de la perfección.<sup>16</sup>

Ya que se ha tratado sobre el elemento del riesgo, no puede dejar de señalarse que en el artículo 230-20.5 se echa en falta alguna referencia a la ajenidad del cambio de circunstancias. La ausencia de regulación expresa de este requisito puede ser remediada no obstante mediante la exigencia de un nexo causal entre el cambio de circunstancias y el grave perjuicio de uno de los cónyuges, así como a través de la exigencia consistente en que el cambio sea imprevisible e imprevisto. Obsérvese que si ha sido uno de los cónyuges el que ha provocado el cambio de circunstancias o si las circunstancias en cuestión estaban bajo su control no puede afirmarse que exista un nexo causal entre el cambio sobrevenido y el grave perjuicio causado. Pero, es más, a mi juicio,

---

15 No compartimos la opinión de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. («Los pactos en...», p. 365) cuando afirma que el art. 231-20.5 CCCat no es sino una manifestación concreta de la cláusula *rebus sic stantibus*. La autora parece confundir la doctrina *rebus sic stantibus* con el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias. A nuestro juicio, como ya se ha adelantado, la regulación contenida en el artículo 231-20.5 CCCat supone un alejamiento de la doctrina *rebus sic stantibus* tal y como esta viene siendo contemplada por el Tribunal Supremo («TS»). Nótese, por ejemplo, que en el CCCat no se exige que el cambio de circunstancias sea extraordinario e imprevisible objetivamente. Tampoco se recurre a la voluntad implícita de las partes en el momento de contratar.

16 Es de esta misma opinión SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Regulación codicial de...», p. 5.

en ese caso ni siquiera podría mantenerse que el cambio es imprevisible.<sup>17</sup> El cambio era más bien evitable.<sup>18</sup>

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en relación con los requisitos exigidos por el TS para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*,<sup>19</sup> en el artículo 231-20.5 no se exige que el cambio de circunstancias haya sido provocado por un factor de carácter extraordinario. A nuestro juicio, ello resulta de un gran acierto por cuanto la exigencia de que el cambio de circunstancias venga provocado por un factor de carácter extraordinario nada aporta a la necesaria normalización de la figura o doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Es cierto que ni en el ámbito del derecho patrimonial de obligaciones y contratos ni tampoco en el marco del derecho de familia<sup>20</sup> resultaría admisible la excusa del cumplimiento o la modificación de los términos contractuales ante el acontecimiento de cualquier circunstancia no prevista por las partes en el momento de contratar. Ello supondría desnaturalizar por completo la idea de contrato y su necesario vínculo con el principio *pacta sunt servanda*. La protección de este principio no precisa, sin embargo, que se exija el elemento de la extraordinariedad en el cambio de circunstancia. Lo que se precisa, únicamente, para proteger el *pacta sunt servanda* es que las partes no hayan asumido explícita o implícitamente la posibilidad de que el cambio de circunstancias pudiera provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones o, específicamente, en relación con los pactos, un grave perjuicio para uno de los cónyuges. Para ello basta con que, además de la excesiva onerosidad o el grave perjuicio para uno de los cónyuges, se determine que (i) la imprevisión ha sido razonable (esto es, que no podía esperarse de las partes su previsión) y (ii) que las partes no deban asumir (a pesar de la imprevisión razonable) el cambio de circunstancias. Ciertamente, es, obviamente, que en mucho de los supuestos en que se determine que las partes no debieron prever el cambio de circunstancias, dicho cambio de circunstancias habrá tenido lugar a partir de un factor extraordinario. No es menos cierto empero que ello no debería ser un requisito para la aplicación de la figura. Adviértase, por ejemplo, que un factor que por lo común es ordinario (como la tenencia de hijos), podría considerarse extraordinario atendiendo a

17 En este sentido también GINÉS CASTELLET, N: «Los pactos en previsión...», p. 91.

18 Destacables en este sentido son las palabras de SERRANO DE NICOLÁS, A. («Regulación codicial de...», p. 50): «La previsión creo que es un problema de diligencia exigible a unos contrayentes concretos, es decir, no cabe acudir a un estándar genérico, sino que habrá que atender a las circunstancias concretas de cada pareja de contrayentes, formación personal y académica, patrimonios preexistentes, edades, plazo transcurrido desde que se pactó, etc»

19 V. al respecto, CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. Vol. 29, julio-diciembre, 2012, pp. 71 a 106, p. 78.

20 En este sentido, GINÉS CASTELLET, N («Los pactos en previsión...», p. 88) expone que «[...] la divergencia entre las condiciones fácticas supuestas en la conclusión del pacto y las que realmente concurren en la producción de la crisis conyugal no será un fenómeno extraño en esta clase de pactos. No obstante, ello no puede justificar de por sí el recurso automático a la doctrina de la imprevisión, también conocida como «cláusula *rebus sic stantibus*.» De ser así, nos encontraríamos, con toda probabilidad, ante una generalización de la ineficacia de los pactos pre-crisis, de modo que la eficacia de un pacto *prima facie* reconocido como lícito por la ley vendría a ser, contrariamente a lo que se debiera, la excepción y no la regla.»

las circunstancias de los cónyuges en el momento de la perfección de los pactos (debido a la avanzada edad de los cónyuges progenitores, por ejemplo).

El segundo gran requisito exigido para la aplicación del cambio sobrevenido es que se cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges si se ejecuta el pacto en previsión de la ruptura. En la mayoría de regulaciones de nuestro alrededor, así como en los principios y propuestas transnacionales para la unificación del derecho de contratos, la forma a través de la que se regula y recoge la alteración sobrevenida de las circunstancias es la excesiva onerosidad de las prestaciones. En el CCCat, en sede de pactos en previsión de la ruptura conyugal, la excesiva onerosidad como resultado protegido por la institución el cambio de circunstancias ha sido intercambiado por el elemento del grave perjuicio para uno de los cónyuges. El cambio es absolutamente lógico y prácticamente no precisa de explicación. Un pacto en previsión de ruptura conyugal no puede medirse en términos de onerosidad.<sup>21</sup>

La gran cuestión entonces es la de determinar cuándo la ejecución de un pacto puede resultar gravemente perjudicial. Desafortunadamente, dado que ello dependerá de cada caso concreto, la respuesta a esa cuestión solo puede ser de carácter genérico. Gravemente perjudicial será la ejecución de un pacto que, aun siendo legal y eficaz si no hubiera existido un cambio sobrevenido de circunstancias,<sup>22</sup> supone un perjuicio significativo en atención de las circunstancias presentes en el momento de la ejecución del pacto y que, además, ninguna de las partes contempló como posible al tiempo de contratar. La carga de la prueba tanto en lo que respecta a la existencia del grave perjuicio como en relación con el resto de elementos para aplicar la figura la tiene, como es lógico, el cónyuge que pretenda la ineficacia del pacto.<sup>23</sup>

En otro orden de cosas, cabría preguntarse qué es lo que debe haberse tornado gravemente perjudicial para uno de los cónyuges: si un concreto pacto de los contenidos en los pactos en previsión firmado por los cónyuges o si, en cambio, debe exigirse que sean, en valoración conjunta, todos los pactos los que se hayan tornado gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. A nuestro juicio, no puede ni debe valorarse cada uno de los concretos pactos alcanzados por los cónyuges para decidir uno por uno si el cambio de circunstancias debe provocar la excusa del cumplimiento. Ello supondría, obviamente, no tener en consideración que las partes pueden haber realizado concesiones mutuas que deben valorarse conjuntamente a la hora de determinar si debe declararse la ineficacia de los pactos ante el cambio de circunstancias.<sup>24</sup> Es posible, de hecho, que el cambio de circunstancias haya provocado que un

21 Así lo expone GINÉS CASTELLET, N: «Los pactos en previsión...», p. 89.

22 No resultará de aplicación el artículo 231-20.5, por ejemplo, en un supuesto en que la renuncia o limitación del derecho a la pensión compensatoria o al derecho de atribución de uso de la vivienda familiar cuando ello ponga en peligro las necesidades básicas o de alimento del cónyuge. En ese supuesto resultarán de aplicación los artículos 233-21.3 y 233-16.3 CCCat.

23 Cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L.: «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código civil de Cataluña)», en AA.VV: *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias. Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008, pp. 735 a 755, pp. 754 y 755.

24 En este sentido, V. SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Regulación codicial de...», pp. 49 y 50.

concreto pacto sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y que, al mismo tiempo, también haya afectado a otro pacto que provoque un equilibrio que desaconseje la ineficacia de los pactos. Por ello, el grave perjuicio de los cónyuges debe ser medido atendiendo al completo contenido de los pactos y al equilibrio alcanzado en el momento de perfeccionarlos.<sup>25</sup>

Por último, en cuanto a las consecuencias de la alteración, el artículo 230-20-5 solo establece que los pactos, cuando se cumplan los requisitos ya analizados, no serán eficaces. Los pactos siguen siendo válidos, pero no deben ejecutarse (la alegación del cambio de circunstancias es una facultad del cónyuge perjudicado, que siempre podría elegir no alegar el cambio de circunstancias y cumplir el pacto).

Debe señalarse también que el precepto 230-20.1 no resuelve una cuestión tan importante como la determinación de qué pacto es ineficaz. ¿Es ineficaz el pacto concreto que resulta gravemente perjudicial para uno de los cónyuges a causa del cambio sobrevenido de circunstancias o todos los pactos alcanzados por los cónyuges en previsión de la ruptura matrimonial?; ¿Podría el juez adaptar el pacto que se ha tornado gravemente perjudicial para uno de los cónyuges?

A mi juicio, y ante la falta de jurisprudencia interpretando este artículo, creo que la solución ante el cambio de circunstancias debería consistir en la total ineficacia de los pactos o al menos de todos aquellos que no tengan una autonomía clara con respecto a los aspectos que se hayan tornado perjudiciales para uno de los cónyuges. No puede ni deber pasarse por alto que los pactos en previsión de la crisis matrimonial habrán sido producto, en la mayoría de los supuestos, de mutuas concesiones de los cónyuges. Por ello, también en la mayoría de supuestos, la ineficacia parcial de los pactos, manteniendo en vigor parte de ellos, no será una solución adecuada ante la alteración sobrevenida de las circunstancias. A nuestro juicio, tampoco será una solución adecuada (ni compatible con la autonomía de la voluntad de los cónyuges), la adaptación de los pactos que pudiera acordar el Juez para eliminar o atemperar el grave perjuicio que el cambio de circunstancias haya provocado.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*: Vol. 29, julio-diciembre, 2012.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo III: Derecho de familia. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2002.

---

25 Obviamente, el parámetro de comparación para valorar el grave perjuicio son los propios pactos en el momento de su perfección. Si estos ya eran perjudiciales en el momento de su conclusión, no cabe alegar la alteración sobrevenida de las circunstancias con el fin de zafarse de su obligado cumplimiento.

- GINÉS CASTELLET, N.: «Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia», en AA.VV.: *La familia del siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Núria Ginés Castellet. Barcelona: Bosch, 2011.
- «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVII, sept-oct, nº 727.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán.» *Revista Jurídica de Catalunya*: núm. 2-2011.
- MONTERRAT VALERO, A.: «Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia.», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011.
- NASARRE AZNAR, S.: «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.): *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011.
- REBOLLEDO VARELA, A.L.: «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código civil de Cataluña)», en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias. Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADO-GARRIDO-NASARRE (coords): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011.
- «Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.», en AA.VV.: *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Vicente Pérez Daudí. Barcelona: Atelier, 2011.





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

NÚRIA GINÉS CASTELLET

Profesora contratada doctora de Derecho civil

Facultad de Derecho-ESADE

Universitat Ramon Llull

I. INTRODUCCIÓN. II. PACTOS QUE AFECTAN A LA FACULTAD DE INSTAR LA SEPARACIÓN O DIVORCIO. III. PACTOS SOBRE LOS DEBERES CONYUGALES. IV. UN CASO CONCRETO: ACUERDOS QUE INCIDEN SOBRE LA LIBRE ELECCIÓN DE DOMICILIO

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de familia ha experimentado en los últimos tiempos trascendentales cambios, al compás de la evolución y transformación social. Uno de los pilares de esta metamorfosis se encuentra en el gradual e imparable avance del juego de la autonomía privada en ámbitos que hasta no ha mucho estaban vedados a la iniciativa particular. Y una de las muestras más recientes de este progresivo reconocimiento de la libertad de las partes a la hora de configurar sus relaciones familiares lo hallamos en los denominados pactos en previsión de una ruptura matrimonial (en la terminología americana, los *prenuptial*, *premarital* o *antenuptial agreements*).<sup>1</sup>

---

1 En todo caso, parece ser que la terminología responde estrictamente a la realidad: los pactos de los que se ocupan las resoluciones judiciales y los textos doctrinales son prenupciales. Incluso, la *Uniform Premarital Agreements Act (UPAA)* se aplica solo, como su denominación indica ya y se deja explícito en su sección 1, a los acuerdos antenuptiales, y no a los acuerdos sobre cohabitación, a los postnupciales ni a los convenios de separación. Se admite generalmente hoy en día la validez de los acuerdos postnupciales, a los que son de aplicación los mismos principios y reglas que lo son a los acuerdos premaritales, y hasta la *Uniform Law Commission* inició en 2010 la tarea de revisar la UPAA, siendo uno de sus propósitos el de extender su ámbito de aplicación a los acuerdos postmaritales. Pese a todo ello, hoy por hoy, y aun siendo, como se ha puesto de relieve, de extendido reconocimiento su licitud jurídica, los acuerdos postmaritales o maritales admitidos sin reparo son aquellos celebrados constante matrimonio y concluidos por razones distintas a la planificación de un posible divorcio o separación. Y es que, como se dejó establecido en la sentencia *In re Marriage of Grossman* (2005), si las partes firman un acuerdo en contemplación de un divorcio pero no se divorcian a continuación o en un lapso de tiempo relativamente breve, el acuerdo no puede ser esgrimido años después como un acuerdo postnupcial. E incluso se llega a afirmar que dado que los pactos postmaritales deben ser concluidos bajo razones distintas del divorcio o separación, si una de las partes negocia con la secreta intención de divorciarse, el pacto no es válido. Ver TURNER, Brett R. y MORGAN, Laura W., *Attacking*

Son diversos los factores que, en este último supuesto, han contribuido a su auge fuera de su hasta ahora territorio natural de expansión, que era y sigue siendo el de los Estados Unidos de América.<sup>2</sup> Por una parte, el elevado porcentaje de disoluciones matrimoniales lleva a que, desde un punto de vista realista, se tienda a contemplar a la ruptura conyugal como un lance bastante verosímil en el devenir de la vida que se inicia en común (en especial, si no se trata del primer proyecto de convivencia que inicia uno o ambos miembros de la pareja) y a que, por eso mismo, se considere necesario o, cuando menos, conveniente acordar de modo anticipado los efectos de un eventual y, a tenor de las estadísticas, probable divorcio.<sup>3</sup>

---

*and Defending Marital Agreements*, 2ª ed., American Bar Association, 2012, p. 451 y p. 456. No obstante ello, parece que en algunos estados ya se han empezado a admitir bajo los mismos términos que los *premarital agreements*, aunque en otros se imponen mayores requisitos formales y sustantivos y en uno (Ohio) están prohibidos. BIX, «Private Ordering and Family Law», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 23, 2010, p. 267, entiende que este diferente trato respecto a los acuerdos prenupciales se explica en que, en realidad, son acuerdos radicalmente diferentes: según BIX, con los acuerdos premaritales, las partes están negociando los términos en que ambos quieren contraer matrimonio y, en cambio, un acuerdo marital o postmarital (constante matrimonio) es, por definición, un esfuerzo por alterar los términos de una ya existente relación legal entre las partes y —piensa BIX— ello puede acarrear la explotación por parte de uno de los cónyuges de la vulnerabilidad o dependencia del otro.

Como es bien sabido, en la regulación catalana, se admiten y se regulan los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, sean concluidos antes de la celebración nupcial o después de esta, durante el matrimonio. En efecto, una vez ubicados en sede matrimonial, es preciso distinguir entre los pactos pre-ruptura o crisis, que son aquellos que han sido otorgados en previsión o prevención de una eventual ruptura de la pareja, cuando ésta aún no se ha desatado, y los pactos post-ruptura o crisis, que se caracterizan por celebrarse para la autorregulación de una crisis ya existente. Los pactos pre-crisis pueden ser, a su vez, prenupciales (*prenuptial agreements*) o postnupciales (*postnuptial agreements*). Y, por su parte, los acuerdos post-ruptura o crisis se dividen entre aquellos que se mantienen fuera de convenio regulador y los que integran el contenido de un convenio regulador de una crisis, por tanto, ya judicializada. Quede, pues, claro que, en todo caso, en el ordenamiento jurídico-civil catalán, ningún obstáculo hay —al contrario— al otorgamiento de un acuerdo en el que se planifique anticipadamente las consecuencias de una crisis matrimonial que aún no existe y que quizá nunca llegará a existir.

- 2 De todos modos preciso es tener en cuenta que la visión tradicional de los tribunales norteamericanos era la de entender que un *prenuptial agreement in contemplation of divorce* (esto es, el tipo de acuerdo que es objeto de estas reflexiones) era inherentemente conducente al divorcio y, por ello mismo, contrario al orden público y, por consiguiente, inválido e ineficaz. Y no fue hasta principios de los años 1970, a partir del *leading case Posner v. Posner*, resuelto por el Tribunal Supremo de Florida, que empezaron a cambiar esa tradicional visión por la más moderna, seguida hoy de forma unánime en todos los estados, según la cual un *antenuptial agreement* debe ser considerado válido y eficaz, aunque contenga previsiones para el caso de futuro divorcio, siempre y cuando se respete el límite del orden público y los requisitos atinentes a consentimiento informado y capacidad: en este sentido, SERVIDEA, «Reviewing premarital agreements to protect the state's interest in marriage», *Virginia Law Review*, 91, 2005, p. 537 y TURNER/MORGAN, ob. cit., pp. 364-365.
- 3 Esa es también una de las razones que, en opinión de TURNER / MORGAN, ob. cit., p. 370, explica el favorecimiento de los pactos prenupciales no solo por los tribunales, que han sancionado su validez y eficacia, sino también por los particulares que han incrementado con fuerza la tasa de utilización de estos pactos antes de contraer matrimonio.

Por otra parte, la creciente igualdad entre los cónyuges ha ayudado en gran medida a que se vaya dejando de lado una visión paternalista y protectora de la mujer en el seno del matrimonio para adoptar otra en la que, partiendo de una situación equitativa entre ambos esposos (ahora cada vez más real y menos formal), se estima procedente dejar a la libre decisión de los cónyuges la configuración de sus relaciones durante e incluso tras el matrimonio, dentro siempre, como es natural, de los límites que debe respetar todo pacto y, de manera especial, un pacto que incide en materia tan delicada como lo es la de la convivencia en pareja y en familia. En este punto, es preciso no olvidar que, en cualquier hipótesis, el peculiar carácter de la relación establecida entre los cónyuges puede exigir, como se verá, un control más riguroso y estricto en comparación a otros actos de autonomía privada por lo que hace a los requisitos para su admisión, validez y eficacia.

Y, por último, el tránsito hacia una percepción más contractual del matrimonio facilita sin duda la evolución desde una regulación de carácter mayoritariamente imperativo, con escaso margen para la iniciativa privada de los cónyuges, hasta una regulación convencional, con mucho mayor espacio para la actividad autorreguladora de los esposos.<sup>4</sup>

En esa línea de expansión de la autonomía negocial de los cónyuges con vistas a potenciar la posible modelación de sus relaciones conforme a sus aspiraciones, valores e intereses, se inscribe el Código de Familia de Cataluña (CF) de 1998, y también la reforma del Código civil estatal de 2005. En efecto, con ocasión de esa reforma, el legislador estatal ha querido, sin duda, poner en un primerísimo plano la voluntad de los cónyuges, que hasta entonces tenía mucho peso en el inicio de la relación e incluso durante la misma en los aspectos de su vida económica, pero menos en lo que se refería a su finalización (dejando al margen la posibilidad brindada, una vez producida la crisis matrimonial, por las normas atinentes al convenio regulador). Ahora, la voluntad constante de cada uno de los cónyuges es, claramente, el pilar sobre el que se sostiene la relación matrimonial desde el principio hasta el fin, de manera que su simple decaimiento (el de la voluntad de uno solo de los consortes) es causa suficiente para ponerle fin.

Lo que no hizo el legislador estatal de 2005 fue aprovechar esa reforma en pro de la mayor libertad de los cónyuges en la configuración de sus relaciones para avanzar un paso más, el de dar reconocimiento expreso a la facultad de los miembros, o futuros miembros, de la pareja matrimonial de predeterminar los efectos de una eventual ruptura de su matrimonio o, por lo menos, algunos de ellos, a través de pactos celebrados con anterioridad a la crisis matrimonial e incluso antes de las propias nupcias.<sup>5</sup>

El legislador catalán ha ido más allá que el estatal: ya lo fue en 1998, cuando se reconoció, de modo expreso, en el artículo 15 CF que en capítulos

---

4 SERRANO DE NICOLÁS, «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código civil de Cataluña» en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 328-329.

5 Lo que es lamentado por MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad» en GUILARTE-MARTÍN CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p.103.

matrimoniales pueden establecerse «las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial». No obstante, como ya se había apuntado por la doctrina,<sup>6</sup> la falta de una específica regulación de tales pactos implicaba que las dudas hasta entonces suscitadas sobre su extensión y límites continuaran sin ser resueltas. En el año 2010, el legislador catalán ha progresado en la admisión y regulación de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, y lo hace —como se indica en el mismo preámbulo— desarrollando la alusión genérica que el Código de Familia hacía a los mismos, en sede de capítulos matrimoniales, con el establecimiento de una disciplina específica para estos pactos, disciplina ésta que acusa de forma notoria la inspiración en fuentes del Derecho estadounidense, básicamente la *Uniform Premarital Agreements Act* (que ha sido adoptada por más de la mitad de los estados) y los principios sobre la disolución de la familia del *American Law Institute*.<sup>7</sup>

Los pactos, celebrados antes o después de las nupcias, en previsión de una eventual y, por consiguiente, aún no producida crisis por separación, divorcio o nulidad del matrimonio pueden limitarse a prever y ordenar de forma anticipada las consecuencias patrimoniales que para los cónyuges pueden derivarse de la ruptura o ir más allá, extendiendo el ámbito de estos acuerdos a otras parcelas en las que los cónyuges no son los únicos implicados (acuerdos sobre la guarda o alimentos de los hijos o sobre la atribución de la vivienda familiar) o bien incidiendo sobre las relaciones personales entre ellos (pactos sobre la ampliación, exclusión o ejercicio de los denominados derechos y deberes personales de los cónyuges), o incluso sobre la normativa atinente a la propia disolución del matrimonio. No todos ellos merecen igual grado de admisión en nuestro ordenamiento jurídico, y algunos de los que plantean mayores problemas a esos efectos son los pactos intraconyugales que se ocupan de la esfera más personal de la relación jurídico-matrimonial, sea en su desarrollo sea en su finalización. De ellos justamente se ocupa este trabajo.

Cierto es que esta clase de pactos, en que lo que se quiere es planificar y ordenar algunas consecuencias personales de la vida matrimonial y/o de su salida, no son nada frecuentes en la práctica, en la que tampoco son excesivamente abundantes de por sí los pactos pre-ruptura. Tampoco han sido tratados específicamente en el Código Civil de Cataluña (CCCat), que ni siquiera los menciona. De todos modos, pueden llegar a darse, y bueno es plantearse su licitud o ilicitud en el marco de esta última normativa.

Como punto de partida, cabe afirmar que la opinión dominante, que comparto, aboga por su ilicitud y consiguiente invalidez e ineficacia, sobre la base que, generalmente, este tipo de pactos afectan al ejercicio de derechos y

6 EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, 2003, p. 4.557.

7 Así lo pone también de relieve FERRER RIBA en la editorial sobre «El derecho de la persona y la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña» de *InDret* 3/10. Y más recientemente, también CERVILLA GARZÓN, «Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano», *Diario La Ley*, nº 8011, Sección Doctrina, pp. 1-13.

libertades fundamentales de los cónyuges.<sup>8</sup> Ello no es óbice para que gran parte de la doctrina, que afirma la ilicitud de esta índole de acuerdos, no obstante, defienda la validez de los pactos que, sin entrar a regular de forma directa estos aspectos puramente personales, sí establecen que ciertas conductas de los esposos a ellos vinculados generen consecuencias de orden patrimonial.

## II. PACTOS QUE AFECTAN A LA FACULTAD DE INSTAR LA SEPARACIÓN O DIVORCIO

Todos aquellos pactos que incidan, directa o indirectamente, sobre el derecho a separarse o divorciarse han de ser considerados inválidos. Será, por tanto, nulo un pacto tendente a fijar un elenco de causas para el divorcio, recortando la facultad de instarlo con la restricción a determinados supuestos, por ejemplo, el incumplimiento de deberes conyugales.<sup>9</sup> La sección 7.08 de los principios ALI sobre la disolución de la familia establece que un acuerdo que procura limitar o extender las causas para divorciarse más allá de lo que se establece en la ley no puede tener efectos vinculantes. Entrarían dentro de esta sección, por ejemplo, acuerdos a través de los cuales las partes se comprometieran recíprocamente a no solicitar el divorcio salvo que se diera una conducta maritalmente incorrecta o el consentimiento del otro cónyuge.<sup>10</sup>

8 GARCÍA RUBIO, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», Ponencia presentada en las XIII Jornades de Dret català a Tossa, 2004, p. 3. Para una enumeración prolija de posibles pactos en esta esfera, ver GONZÁLEZ DEL POZO, «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», *Boletín de Derecho de Familia*, septiembre 2008, pp. 2 y 3, que los reputa nulos por contrarios al orden público matrimonial o incluso al orden público constitucional.

9 En el seno del Derecho norteamericano, esa es la posición dominante: las partes no pueden legítimamente acordar limitar o expandir las causas de petición de divorcio (BIX, «Premarital Agreements in the ALI Principles of Family Dissolution», *Duke Journal of Gender Law & Policy*, volumen 8:231, 2001, p. 234; FIELDS, «Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Considerations for the Matrimonial Lawyer», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 21, 2008, pp. 436-437; TURNER/MORGAN, ob. cit., p. 377). En todo caso, como advierte BIX, ob. ult. cit., p. 234, nota 10, no hay que confundir estos pactos privados con el denominado *Covenant Marriage*, que es «is a state-authorized choice among marital regimes, one option entailing a more limited access to divorce than the other», siendo así que «the states wich have Covenant Marriage laws (Louisiana and Arizona) have not, to date, recognized *private* agreements further restricting, or expanding, the grounds for divorce».

10 Sin embargo, en algún supuesto, se ha dado fuerza legal a acuerdos de esta índole. Así, en el caso *Massar vs Massar*, un acuerdo premarital restringió el acceso al divorcio establecido por la legislación no causal de New Jersey, exigiendo el transcurso de 18 meses de separación continuada antes de poder accionar en divorcio. El marido abandonó la vivienda conyugal, y la esposa, sin haber transcurrido los 18 meses acordados, presentó una demanda de divorcio, bajo la causa de extrema crueldad, contraviniendo así el pacto concluido entre los cónyuges. El marido solicitó la desestimación de la demanda basándose para tal solicitud en el acuerdo prenupcial. La mujer arguyó que los acuerdos por los que se limitan las causas legales para el divorcio son *per se* inexigibles. El Tribunal sancionó el acuerdo, y al hacerlo, rehusó adoptar una regla automática de inexigibilidad para estos casos, anunciando, en su lugar, que es necesario examinar cada caso en particular. Ver FIELDS, ob. cit., pp. 436-437.

La posición de los Principios ALI se cifra en determinar que este tipo de acuerdos no son válidos, salvo y en la medida en que el estado autorice la elección contractual (los *Covenant Marriage*). La justificación viene dada en los propios comentarios, a cuyo tenor las actuales normativas sobre divorcio no causal reflejan, entre otras cosas, una política tendente a limitar el papel de las instituciones legales en orden a monitorizar y controlar los detalles de las relaciones íntimas, política que podría verse conculcada si se estimara lícito, válido y eficaz un acuerdo privado por el que se permitiera a los cónyuges requerir a los tribunales la indagación de la culpa de uno de ellos en el fracaso de su relación.<sup>11</sup>

En mi parecer, también lo serían acuerdos que incluyeran cláusulas penales destinadas a producir sus efectos en caso de que una de las partes promueva el divorcio.<sup>12</sup> Y ello es así porque afectan a materias de orden público y, por tanto, indisponibles por los particulares, con lo que queda excluido del campo de la autonomía de la voluntad cualquier convención sobre estos aspectos.

La Constitución española establece una reserva de ley para regular tanto el ingreso como la salida del *status* matrimonial (art.32 CE). Del mismo modo que no se admitiría una fórmula convencional que alterase de algún modo (condicionando, ampliando, restringiendo, excluyendo) el acceso al matrimonio de cualquiera de los otorgantes, no cabe tampoco permitir que estos mismos particulares puedan alterar por pacto las condiciones legalmente establecidas para la extinción de una relación conyugal concreta.<sup>13</sup>

Se trata de un derecho concedido a los cónyuges, el de poder solicitar la separación o divorcio, que no puede ser sometido por los individuos a mayores cortapisas que las que dispone el ordenamiento, y estas trabas no pueden venir solamente por la vía de su directa exclusión o limitación por pacto, sino también por la vía más oblicua de atribuir consecuencias económicas en forma de penalización privada al ejercicio de un derecho reconocido por la ley en una materia que solamente el legislador puede modelar y modular. Excluir, restringir o condicionar de algún modo esa manifestación de la libertad personal de cada individuo no queda justificado por el siempre tan ensalzado principio de autonomía privada o libertad contractual. Por tanto, quedan fuera del alcance de aplicación de la capacidad autonormativa de los cónyuges los pactos en los que los cónyuges acuerdan el pago de un resarcimiento en caso de ruptura.<sup>14</sup>

11 Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations ch.7 (Tentative Draft n° 4), 2000, ap. 7.08.

12 Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623). En contra, GARCÍA RUBIO, ob. cit., p. 4.

13 En este sentido también MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, p. 90 y SERRANO DE NICOLÁS, ob. cit., p. 337.

14 En contra, GARCÍA RUBIO, ob. cit., p. 4; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales cit.*, pp. 91-97 con extenso razonamiento acerca de los límites y parámetros dentro de los cuales podría acordarse lícitamente un pacto de estas características y GASPAR LERA, «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho civil*, 2011, p. 1.054.

### III. PACTOS SOBRE LOS DEBERES CONYUGALES

Cierto es que la acotación, al menos deseada y así convenida, de las facultades, conductas y deberes específicos de los denominados efectos personales del matrimonio, a partir de la extensión general y abierta en que aparecen mencionados en la ley, o bien su expulsión en el contexto de su concreta relación no forman parte, *strictu sensu*, de una convención anticipada de los efectos de la separación o divorcio, sino que se trata de pactos tendentes a modelar la vida y relación conyugal constante matrimonio.

Esta clase de acuerdos no han obtenido en el Derecho norteamericano el respaldo y la sanción legal, de manera que se consideran inexigibles ante los tribunales.<sup>15</sup> Cierto es que los estados que han adoptado la *Uniform Premarital Agreement Act* listan como materia susceptible de acuerdo «any other matter, including personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty». No obstante ello, los autores interpretan que ello significa que el legislador ha dejado en manos de los tribunales la concreta determinación de los límites en este aspecto. Sin embargo, no parece probable, sino todo lo contrario, que los jueces norteamericanos vayan a leer esta provisión de la UPAA en el sentido de dar fuerza vinculante a esta clase de acuerdos. De hecho, se arguye que, dado que se consideran, en la actualidad, inexigibles por ser contrarios al orden público, la permisión legal de estos acuerdos sobre derechos y obligaciones personales en la UPAA parece carecer de significado en el ordenamiento estadounidense.<sup>16</sup>

En sede de nuestro ordenamiento, se ha argüido, en todo caso, por la doctrina el carácter indisponible de estos deberes conyugales que la ley incorpora al *status* matrimonial como contenido básico del mismo (art. 231-2 del Código civil de Cataluña y arts. 66 y 67 del Código civil español) para justificar la enemiga a esta modalidad de pactos. MARTÍNEZ ESCRIBANO<sup>17</sup>

15 BIX, «Premarital Agreements...», p. 234, pone de manifiesto que los esposos no pueden controlar el comportamiento cotidiano dentro del matrimonio, y que ello es así porque se da por supuesto que los cónyuges únicamente pueden pactar acuerdos económicos, lo que conlleva la presunción de que los pactos sobre los aspectos íntimos de la convivencia no son legalmente exigibles, y cita al respecto la sentencia *Borelli vs Brusseau* de la Corte de California (1993). En este mismo sentido, YOUNGER, «Perspectives on Antenuptial Agreements: An Update», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 8, 1992, p. 15, pone de relieve que está generalmente admitido por los tribunales que los pactos prenupciales que se proponen ordenar los términos de la conducta convivencial de los cónyuges durante el matrimonio no son exigibles, dada «the well-established rule that it is improper for courts to intervene in a married couple's daily domestic affairs». Ver asimismo FIELDS, ob.cit., p. 428 y TURNER/MORGAN, ob.cit., pp. 379-380. Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Consecuencias de la crisis...» cit., p. 108 destaca, a este respecto, cómo los tribunales estadounidenses no sancionan este tipo de pactos, bajo la premisa que en el Derecho norteamericano la autonomía contractual de la pareja sólo puede ser desplegada respecto a los aspectos económicos de la relación conyugal, pero no en cuanto a los deberes matrimoniales, y pone el ejemplo de la sentencia *Favrot vs Barnes*: se trata de un caso en el que los consortes habían pactado, a insistencia del esposo, la periodicidad de sus relaciones sexuales y más tarde el marido adujo que la esposa no había cumplido con su parte del trato. El pacto no fue reconocido como válido, por los motivos antes indicados.

16 YOUNGER, ob. cit., p. 16 y p. 38.

17 «Consecuencias de la crisis...» cit., p. 109.

ha puesto de manifiesto que probablemente no es fortuita la imprecisión en el reconocimiento legal de estos deberes legales, sino que obedece al designio del legislador de facilitar una continua acomodación de los deberes a las circunstancias del matrimonio, y una convención que restrinja esta ductilidad no se ajustaría al objetivo primario de la ley.<sup>18</sup>

Por ese motivo, tampoco me parece admisible cualquier acuerdo para establecer una especie de cláusula penal a cargo del cónyuge infractor de los deberes conyugales especificados convencionalmente y consistente en la obligación de pagar una determinada suma de dinero (o cualquier otra prestación de orden económico) si la infracción conyugal ha desembocado en una separación o divorcio. A favor de esta posibilidad se muestra un importante sector de la doctrina que se ha ocupado de estudiar estos pactos.<sup>19</sup>

Sin embargo, en mi opinión, los deberes conyugales que componen el sustrato básico del proyecto de *consortium omnis vitae* en que consiste —todavía— el matrimonio prácticamente agotan toda su utilidad (tras la definitiva abolición, en nuestro ordenamiento jurídico, de los últimos vestigios del divorcio por culpa) en constituir la base para apreciar la concurrencia del consentimiento matrimonial en el acto de celebración, de manera que una voluntad de contraer matrimonio, con exclusión de todos (o de casi todos) aquellos deberes, muy probablemente debiera llevar a la conclusión de la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial. Más allá de ello, los denominados deberes conyugales no debieran desplegar otros efectos directos, porque atañen a conductas que se mueven en el terreno de lo extrajurídico. Como bien destaca LÓPEZ DE LA CRUZ,<sup>20</sup> «hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos, al menos jurídicamente: derecho a que te quieran, derecho a tener relaciones sexuales, derecho a convivir, derecho a compartir las penalidades...».

18 BIX, «The Public and Private Ordering of Marriage», *The University of Chicago Legal Forum*, 2004, p. 311, trae a colación a este respecto al ya citado caso californiano *Borelli vs Brusseau*. La mujer arguyó que su último marido había acordado oralmente dejarle ciertas propiedades a cambio de su disposición a cuidarle personalmente durante su enfermedad. El tribunal no concedió fuerza vinculante a este acuerdo por contravención al orden público, y es que, adujo la corte californiana, bajo la ley de California los esposos ya se deben recíprocamente una obligación de socorro, «and the wife thus merely promised to do what she already had an obligation to do». Y es que como afirma BIX, en la obra citada en esta nota, p. 310, «while some have argued that it might be valuable to the individuals themselves to work out the details of their life together in a written agreement, agreements regarding the mundane and intimate interactions within a marriage have never been enforceable, and it is hard to find anyone who argues that legal enforcement of such agreements would be either practical or valuable». Y los tribunales americanos siguen sin dar salida legal a este tipo de acuerdos: así, en *P.B. vs L.B.* (2008), las partes habían incluido en su convenio de separación una cláusula por la que se prohibía al marido solicitar el divorcio en un plazo de cinco años sin el consentimiento escrito de su mujer, pero dicha cláusula fue estimada inexigible tanto por ser desproporcionada (*unconscionable*), al no existir prohibición semejante para ella, como por ser contraria al orden público. Ver BIX, «Private ordering...» cit., p. 271.

19 GONZÁLEZ DEL POZO, «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», cit., p. 4; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales* cit., pp. 99-103, con amplia justificación; SERRANO DE NICOLÁS, ob. cit., p. 106; GASPARD LERA, ob. cit., pp. 1.051-1.052.

20 «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», *InDret* 4/10, p. 28.



Y es que nos tropezamos aquí con un derecho fundamental, el de la libertad de las personas, que se recoge y tutela en el texto constitucional, y que no podría quedar modulado o restringido a través de la imposición, por la vía de la indemnización, de comportamientos tan estrechamente conectados a la esfera más íntima de cada persona, como lo son la mayor parte de los deberes matrimoniales, y, en especial, el de fidelidad o lealtad. En nuestro sistema jurídico, se ha optado, acertadamente a mi juicio, por basar el inicio y la permanencia de la relación matrimonial en la presencia constante de la libertad/voluntad. El matrimonio se sostiene, de principio a fin, sobre el pilar del consentimiento mutuo y permanente de las dos personas que lo integran. Por ello, se ha desterrado —como digo— definitivamente cualquier atisbo de culpa en el divorcio o separación: no tendría sentido ni sería coherente con el actual modelo matrimonial.

En un sistema como este, en el que el derecho a salir de una relación matrimonial, provocando su extinción, ha quedado englobado entre aquellos que garantizan la libertad del individuo, no parece que deba encontrar acogida una nueva manera de sancionar al cónyuge a través de la imposición de penas pecuniarias o, en general, de orden patrimonial en función de su conducta estrictamente personal,<sup>21</sup> ni siquiera cuando estas penas son voluntariamente asumidas. Y es que la conformación del matrimonio como un proyecto de comunidad vital asumido y mantenido voluntariamente acarrea la incoercibilidad de los deberes conyugales en los que se sostiene, con lo que toda pretensión que se encauce a obtener su ejecución, *in natura* o por equivalente, choca frontalmente con su naturaleza. Estando ante obligaciones que únicamente pueden ser cumplidas por espontánea determinación de uno y otro consorte sería incoherente que cupiera establecer fórmulas de compulsión indirecta.<sup>22</sup>

Y no cabe, a mi modo de ver, argüir razones basadas en el principio de libertad contractual, porque, en cualquier hipótesis, este debe ceder ante otras reglas de mayor valía, como sería, en este caso, la de la libertad personal de los cónyuges, que no puede verse en estos términos coartada, ni siquiera por vía indirecta, en una esfera tan estrechamente imbricada en la singular concepción de la vida que cada cual tenga.

Naturalmente, otra cosa es que el incumplimiento de los deberes conyugales conlleve la vulneración de derechos fundamentales del otro cónyuge (por ejemplo el derecho a la intimidad personal) o, más allá de su simple desconocimiento, las circunstancias de su infracción permitan identificarlo como un acto ilícito productor de daños jurídicamente resarcible. Este es el caso, por ejemplo, del caso de la Sentencia del Tribunal de Florencia de 13 de junio de 2000,<sup>23</sup> en el que el marido descuidó totalmente a su mujer, que padecía una afección psíquica que la llevó a encerrarse durante más de tres años en una habitación de su vivienda, sin que tampoco advirtiera a otras personas (de su familia, por ejemplo) de su estado y situación, con lo cual impidió que la mujer pudiera ser debidamente atendida. En mi opinión, no

21 LÓPEZ DE LA CRUZ, ob. cit., p. 31.

22 FERRER I RIBA, «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001, p. 14.

23 *Famiglia e Diritto*, 2/2001, 161 (con nota de Dogliotti).

es únicamente que no cumpliera con su deber de socorro y auxilio en cuanto marido, sino que el incumplimiento de ese deber, en tales circunstancias, provocó unos daños que hubieran podido ser evitados con una diligencia mínima, solo advirtiendo a los servicios públicos o a la familia de su situación. En cambio, si hubiera adoptado tal conducta, solicitando a continuación la separación o divorcio, no hubiera sido posible, en mi opinión, solicitar y obtener indemnización alguna por incumplimiento del deber de socorro, por los motivos antes expuestos.

#### IV. UN CASO CONCRETO: ACUERDOS QUE INCIDEN SOBRE LA LIBRE ELECCIÓN DE DOMICILIO

Un pacto que pudiera vulnerar la libre elección de domicilio tras la crisis se entiende inválido por infringir el art. 19 de la Constitución española. Lo sería por el motivo indicado, por ejemplo, un pacto por el que una de las partes se compromete a no residir en el mismo lugar si se produce el divorcio o separación o, en general, cualquier pacto que coarte la libre decisión sobre el lugar de residencia de cualquiera de los cónyuges, a través de la exclusión o imposición de residencia en una determinada zona. Y es que, en efecto, implica una intolerable limitación de un derecho fundamental como lo es la libertad de residencia consagrada en el art. 19 de la Constitución española, lo que conlleva su ilicitud y, por consiguiente, su falta de validez y eficacia en Derecho.<sup>24</sup> Así lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de marzo de 1998 (AC 1998/5174), que declaró ilícita por vulneración del artículo 19 CE y, por tanto, no susceptible de aprobación judicial una estipulación del convenio regulador que supeditaba al mantenimiento del *status* residencial de la madre la conservación de la función de guarda sobre la hija común que en el convenio le era encomendada, estableciendo que el cuidado de la menor pasaría automáticamente al padre, sin control judicial alguno, si la madre llegaba a establecer su domicilio fuera de la Comunidad Autónoma. Por su parte, en Estados Unidos no se alberga duda alguna sobre la nulidad de esta modalidad de pactos.<sup>25</sup>

24 GARCÍA RUBIO, ob. cit., p. 3.

25 FIELDS, ob. cit., p. 432. Ver MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Consecuencias de la crisis...» cit., p. 109, nota 7 y *Pactos prematrimoniales* cit., p. 103, nota 29.



