



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

DOCUMENTS DE TREBALL

INVESTIGACIÓ (Beques a la investigació, 2012)

El nou dret de família a Catalunya

Autors

Esteve Bosch Capdevila

Pedro del Pozo Carrascosa

Antoni Vaquer Aloy

Any 2012

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avís legal

Els continguts d'aquesta investigació estan subjectes a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>. Així, doncs, se'n permet còpia, distribució i comunicació pública sempre que se citi l'autor del text i la font (Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), tal com consta en la citació recomanada inclosa a cada article. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades.

Resum en català:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

ÍNDEX

CAPÍTOL 1: ELS EFECTES PERSONALS I PATRIMONIALS DE LES SITUACIONS DE CRISI MATRIMONIAL

1. Introducció.....	15
2. Les mesures provisionalíssimes o provisionals prèvies.....	16
3. Les mesures provisionals.....	17
3.1. Introducció. Naturalesa i caràcter de les mesures provisionals.....	17
3.2. Tipologia de les mesures provisionals.....	19
3.2.1. Mesures en relació als fills.....	19
3.2.2. Mesures respecte als cònjuges.....	22
3.2.3. L'ús de l'habitatge familiar.....	22
3.2.4. Mesures respecte als béns comuns.....	23
4. Les mesures definitives.....	23
4.1. El conveni regulador.....	24
4.1.1. La seva necessitat.....	24
4.1.2. El contingut del conveni regulador.....	26
4.1.3. Aprovació judicial del conveni.....	26
4.2. Les mesures definitives determinades per l'autoritat judicial.....	27
4.3. Altres mecanismes de determinació dels efectes de la nul·litat, separació o divorci: els acords fora de conveni regulador, i la mediació.....	28
4.3.1. Pactes entre els cònjuges fora de conveni regulador.....	28
4.3.2. La mediació familiar.....	30
4.4. Modificació de mesures.....	31
5. El contingut de les mesures definitives.....	33
5.1. Mesures en relació amb els fills.....	33
5.1.1. La responsabilitat parental.....	33
5.1.2 El pla de parentalitat.....	33
5.1.2.1. Concepte i fonament.....	33
5.1.2.2. Contingut del pla de parentalitat.....	35

5.1.2.3. Eficàcia del pla de parentalitat.....	37
5.1.3. L'atribució de la guarda per decisió judicial. La custòdia compartida.....	37
5.1.3.1. La custòdia compartida: avantatges i inconvenients.....	38
5.1.3.2. Criteris per a determinar la forma de guarda.....	38
5.1.4. Les relacions personals dels fills amb els avis i germans.....	44
5.1.4.1. El paper dels avis i els germans en la guarda dels menors.....	44
5.1.4.2. El règim de relacions personals amb avis i germans.....	44
5.2. L'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar.....	45
5.2.1. Habitatge familiar i dret d'ús sobre la mateixa.....	45
5.2.2. Criteris per a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar.....	46
5.2.2.1. L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per acord de les parts.....	46
5.2.2.2. L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per decisió judicial.....	48
5.2.3. Exclusió i límits a l'atribució de l'ús de l'habitatge.....	51
5.2.3.1. Exclusió.....	51
5.2.3.2. Límits a l'atribució judicial de l'ús de l'habitatge familiar.....	51
5.2.4. Règim del dret ús de l'habitatge familiar.....	52
5.2.3.1. Obligacions i despeses de l'habitatge familiar.....	52
5.2.3.2. Aspectes registrals i protecció de tercers.....	53
5.2.5. Extinció del dret d'ús.....	54
5.3. La prestació compensatòria.....	55
5.3.1. Concepte i fonament.....	55
5.3.2. Requisits.....	56
5.3.3. Quantia i durada de la prestació compensatòria.....	57
5.3.4. Pagament de la prestació compensatòria.....	59
5.3.5. Modificació de la pensió.....	60
5.3.6. Extinció del dret a la pensió compensatòria.....	61

CAPÍTOL 2: ELS EFECTES LEGALS DEL MATRIMONI EN L'ÀMBIT PATRIMONIAL

1. Els efectes legals del matrimoni en l'àmbit patrimonial durant el mateix.....	64
1.1. Plantejament.....	64
1.2. La contribució a les despeses familiars.....	64
1.2.1. El concepte de despesa familiar.....	64

1.2.2. Legitimació per contreure un deute susceptible de ser qualificat com a despesa familiar.....	67
1.2.3. El règim de contribució a les despeses familiars.....	67
1.2.3.1. El criteri de proporcionalitat i el pacte sobre la forma de contribució....	67
1.2.3.2. La contribució al pagament de les despeses familiars mitjançant una aportació econòmica.....	68
1.2.3.3. La contribució al pagament de les despeses familiars mitjançant el treball domèstic.....	69
1.2.3.4. La contribució dels fills i d'altres parents.....	69
1.2.3.5. L'afectació de béns al pagament de les despeses familiars.....	69
1.2.4. La responsabilitat per les despeses familiars.....	70
1.2.4.1. Responsabilitat entre els propis cònjuges.....	70
1.2.4.2. Responsabilitat enfront de tercers.....	70
1.2.4.3. Responsabilitat dels fills i altres parents, per les despeses familiars...	71
1.3. L'habitatge familiar. Les limitacions a la facultat de disposició.....	72
1.3.1. Presentació.....	72
1.3.2. El concepte d'habitatge familiar.....	72
1.3.2.1. "Habitatge familiar" i "domicili familiar". El caràcter objectiu del concepte d'habitatge familiar.....	73
1.3.2.2. La necessitat d'ocupació efectiva.....	74
1.3.2.3. La "suficiència" de l'habitatge familiar.....	74
1.3.3. Els actes de disposició sobre l'habitatge familiar.....	75
1.3.4. El "consentiment" o "autorització".....	78
1.3.4.1. Naturalesa: no és consentiment, sinó autorització.....	78
1.3.5. Anul·labilitat de l'acte de disposició sobre l'habitatge familiar fet sense els requisits de l'art. 231-9.1.....	79
1.3.6. La protecció dels tercers.....	80
1.3.7. Responsabilitat.....	81
1.4. El règim dels béns d'ús ordinari.....	82
2. Els efectes patrimonials "post mortem" del matrimoni.....	85
2.1. Plantejament.....	85
2.2. L'atribució de l'aixovar de l'habitatge.....	86
2.2.1. Finalitat de la figura i naturalesa del dret.....	86

2.2.2. Els béns objecte de predetracció; el concepte d'“aixovar de l'habitatge conjugal”.....	87
2.3. L'any de viduïtat.....	88
2.3.1. Concepte i naturalesa jurídica de l'any de viduïtat.....	88
2.3.2. El dret a continuar usant l'habitatge conjugal.....	79
2.3.3. El dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni del cònjuge premort.....	90
2.3.4. La pèrdua dels beneficis de l'any de viduïtat.....	91

CAPÍTOL 3: ELS NEGOCIS JURÍDICS ENTRE CÒNJUGES

1. La llibertat de contractació entre cònjuges.....	93
2. La protecció dels creditors.....	94
2.1. La presumpció de gratuïtat de les transmissions entre cònjuges.....	94
2.2. Presumpció de donació en cas de concurs.....	97
2.2.1. Àmbit d'aplicació.....	97
2.2.2. El supòsit de fet.....	98
2.2.3. Les presumpcions.....	98
2.2.4. Enervació de les presumpcions.....	100
2.3. L'embargament de comptes indistints.....	100
3. Les donacions fetes als cònjuges, fora de capítols matrimonials.....	102
3.1. Les donacions, en general, entre cònjuges realitzades fora de capítols matrimonials.....	102
3.2. Les donacions per raó de matrimoni atorgades fora de capítols matrimonials, entre els cònjuges o per terceres persones.....	103
3.2.1. Concepte.....	103
3.2.2. Règim jurídic.....	104
3.2.3. La possibilitat de subjectar la donació a condicions i modes.....	105
3.2.4. La no obligació per part del donant de l'alliberament de la càrrega o gravamen que recaigui sobre el bé donat.....	106
3.2.5. Revocació.....	106
3.2.5.1. Plantejament.....	106
3.2.5.2. Causes de revocació.....	107
4. Les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència.....	108
4.1. Naturalesa jurídica de la figura i caràcter de les normes que la regulen..	108
4.2. Els requisits o elements configuradors del tipus.....	112

4.2.1. El pacte de supervivència no ha de constar necessàriament en el títol d'adquisició.....	112
4.2.2. El títol adquisitiu ha de ser necessàriament una adquisició a títol oneros.....	113
4.2.3. Els adquirents han de ser cònjuges, futurs adquirents o convivents en parella estable.....	113
4.2.4. No necessària igualtat de les quotes.....	114
4.3. El règim de la cotitularitat.....	115
4.3.1. Efectes del pacte de supervivència en vida dels cònjuges.....	115
4.3.2. La ineficàcia del pacte de supervivència.....	116
4.3.3. Eficàcia del pacte de supervivència a la mort d'un dels cònjuges.....	118

CAPITOL 4: EL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

1. El concepte de règim econòmic matrimonial.....	121
2. Les característiques del règim econòmic matrimonial.....	122
2.1. El seu caràcter necessari. El règim econòmic matrimonial legal.....	122
2.2. La mutabilitat del règim econòmic matrimonial.....	123
2.3. La publicitat del règim econòmic matrimonial.....	123
3. Els capítols matrimonials.....	124
3.1. Concepte i funció dels capítols matrimonials.....	124
3.2. El matrimoni com a pressupòsit del valor negocial dels capítols matrimonials.....	126
3.3. El contingut dels capítols matrimonials.....	127
3.3.1. La determinació del règim econòmic matrimonial.....	127
3.3.2. L'atorgament de pactes successoris.....	128
3.3.3. La realització de donacions.....	128
3.3.3.1. Donacions en general.....	128
3.3.3.2. Les donacions per raó de matrimoni atorgades en capítols matrimonials	
3.3.4. L'atorgament d'altres estipulacions i pactes lícits.....	129
3.3.5. Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial.....	131
3.4. Els requisits de validesa dels capítols matrimonials.....	132
3.4.1. Capacitat dels atorgants.....	135
3.4.2. Forma.....	136
3.5. La modificació dels capítols matrimonials.....	137

3.6. La ineficàcia dels capítols matrimonials.....	137
--	-----

CAPÍTOL 5: EL RÈGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS

1. Concepte i qüestions generals.....	140
2. El règim dels béns.....	141
2.1. La titularitat dels béns.....	141
2.1.1. La relació entre els patrimonis dels cònjuges.....	141
2.1.2. Les presumpcions sobre la titularitat.....	142
3. L'extinció i la liquidació del règim de separació de béns.....	144
3.1. Aspectes generals.....	144
3.2. La divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa.....	145
3.3. La compensació econòmica per raó de treball.....	147
3.3.1. Qüestions generals.....	147
3.3.1.1. Plantejament.....	147
3.3.1.2. Concepte i característiques.....	148
3.3.2. Règim jurídic.....	150
3.3.3. Fonament i naturalesa.....	151
3.3.4. Requisits.....	154
3.3.4.1. La contribució substancialment superior al treball per a la casa.....	154
3.3.4.2. L'increment patrimonial superior.....	155
3.3.4.3. Els requisits per a la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge.....	157
3.3.5. Quantia.....	157
3.3.5.1. Regles generals.....	157
3.3.5.2. L'augment del percentatge de participació en el cas de contribució "notablement" superior.....	158
3.3.5.3. Imputació.....	159
3.3.6. Pagament de la compensació.....	160

CAPÍTOL 6: EL RÈGIM DE PARTICIPACIÓ EN ELS GUANYYS

1. Introducció.....	161
2. El règim de participació en els guanys.....	161

2.1. Caracterització. Avantatges i inconvenients.....	161
2.2. Regulació i règim jurídic.....	163
2.3. Constitució del règim.....	164
2.4. Funcionament durant la seva vigència.....	165
2.5. Extinció del règim de participació.....	166
2.5.1. Causes d'extinció.....	166
2.5.1.1. Extinció <i>ex lege</i>	166
2.5.1.2. Extinció per resolució judicial.....	167
2.5.2. Efectes de l'extinció del règim de participació.....	169
2.5.2.1. La retroacció dels efectes de l'extinció.....	169
2.5.2.2. Efectes de l'extinció en el cas de nul·litat del matrimoni.....	169
2.6. La liquidació del règim.....	170
2.6.1. Aspectes generals.....	170
2.6.2. Determinació dels increments patrimonials de cada cònjuge.....	171
2.6.3. Determinació del patrimoni final de cada cònjuge.....	172
2.6.3.1. Béns integrants del patrimoni final.....	172
2.6.3.2. Valoració dels béns.....	174
2.6.4. Determinació del patrimoni inicial.....	175
2.6.4.1. Béns integrants del patrimoni inicial.....	175
2.6.4.2. Valoració dels béns.....	176
2.6.5. Conclusió.....	177
2.6.6. Determinació del crèdit.....	178
2.7. Pagament del crèdit de participació.....	180
2.7.1. Forma de pagament.....	180
2.7.2. Ajornament i fraccionament del pagament.....	181
2.7.3. Protecció del crèdit.....	182
2.7.3.1. L'adopció de mesures cautelars per a assegurar el pagament del crèdit.....	182
2.7.3.2. Accions sobre els actes en perjudici del seu crèdit.....	182
3. L'associació a compres i millores.....	184
3.1. Introducció i règim jurídic.....	184
3.2. Origen i raó d'ésser de la institució.....	185
3.3. La naturalesa jurídica de l'associació a compres i millores.....	186
3.3.1. Doctrina clàssica i precedents legislatius.....	186

3.3.2. Dret vigent.....	188
3.4. L'exigència de pacte en capítols matrimonials per a la vigència de l'associació.....	190
3.5. Les fonts per les quals es regeix l'associació a compres i millores.....	190
3.6. Els subjectes que formen part de l'associació.....	192
3.7. Els béns objecte de l'associació: les compres i les millores.....	194
3.7.1. Les "compres".....	195
3.7.2. Les millores.....	196
3.8. L'administració de l'associació.....	197
3.9. Els deutes de l'associació i dels associats.....	198
3.10. L'extinció de l'associació a compres i millores.....	198
3.11. La liquidació de les compres i de les millores.....	199

CAPÍTOL 7: ELS RÈGIMS DE COMUNITAT

1. El règim de comunitat de béns.....	201
1.1. Concepte i qüestions generals.....	201
1.2. Els patrimonis privatis.....	201
1.3. El patrimoni comú.....	202
1.4. La delimitació de la responsabilitat dels béns privatis i dels béns comuns.....	203
1.5. L'administració i la disposició dels béns comuns.....	204
1.5.1. L'administració conjunta o per un només dels cònjuges amb el consentiment de l'altre.....	204
1.5.2. L'autorització del jutge a falta del consentiment del cònjuge.....	205
1.5.3. Els règims especials.....	205
1.6. L'extinció del règim de comunitat de béns.....	206
1.6.1. Les causes d'extinció.....	206
1.6.1.1. Causes d'extinció automàtica del règim de guanys.....	206
1.6.1.2. Causes que requereixen l'autorització judicial donada a petició d'un dels cònjuges.....	207
1.6.2. La divisió i liquidació de la comunitat.....	207
1.6.2.1. Del patrimoni comú a la comunitat de béns.....	207
1.6.2.2. La determinació i la valoració dels béns.....	209
1.6.2.3. La partició i l'adjudicació del romanent líquid.....	209

2.L'agermanament o pacte de mig per mig.....	210
2.1. Concepte i fonts de regulació.....	210
2.2. La comunitat universal.....	211
2.3. Extinció i liquidació del règim.....	212
3. La convinença o mitja guanyeria.....	213

CAPÍTOL 8: LES RELACIONS DE CONVIVÈNCIA NO MATRIMONIAL

1. Concepte de parella estable.....	216
2. Constitució de la parella estable.....	218
3. Requisits personals.....	220
4. Règim jurídic durant la convivència.....	222
4.1. Els pactes de convivència.....	223
4.2. La disposició de l'habitatge familiar.....	224
4.3. Les compres amb pacte de supervivència.....	224
5. L'extinció de la parella estable.....	225
5.1. Les causes d'extinció.....	225
5.2. Efectes <i>ex lege</i> de l'extinció.....	227
5.3. Pactes en previsió de la ruptura.....	227
5.4. Acords sobre la ruptura després del cessament de la convivència.....	228
6. Efectes de l'extinció de la parella estable.....	229
6.1. Efectes en vida dels convivents.....	229
6.1.1. Exercici de la guarda dels fills i les relacions personals.....	230
6.1.2. L'ús de l'habitatge familiar.....	230
6.1.3. La compensació econòmica per raó de treball.....	232
6.1.4. La prestació alimentària.....	233
6.1.5. L'exercici dels drets a la compensació i a la prestació.....	236
6.2. Efectes de l'extinció de la parella estable per mort d'un dels convivents.....	237
7. Normes processals.....	238
8. Les relacions convivencials d'ajuda mútua.....	238
8.1. Concepte i finalitat de la figura.....	248
8.2 Constitució.....	240
8.3 Extinció de les relacions convivencials d'ajuda mútua.....	240
8.3.1 Causes d'extinció.....	240

8.3.2.- Efectes de l'extinció de la relació convivencial d'ajuda mútua.....	241
8.3.2.1.- En relació amb els poders atorgats.....	241
8.3.2.2.- En relació amb l'habitatge.....	241
8.3.2.3.- Pensió periòdica en cas de defunció.....	241

CAPÍTOL 9: EL PARENTIU I EL DRET D'ALIMENTS ENTRE PARENTS

1. El parentiu.....	243
1.1. Concepte.....	243
1.2. Tipus de parentiu.....	243
1.3. El parentiu per afinitat.....	244
1.4. Càlcul del parentiu.....	246
2. Els aliments d'origen familiar.....	246
2.1. Concepte i fonament.....	246
2.2. Característiques.....	248
2.3. Persones obligades a prestar-se aliments i la prelació entre aquestes.....	249
2.4. Pressupòsits dels aliments d'origen familiar.....	252
2.5. Tipologies dels aliments.....	254
2.5.1. Aliments institucionals i aliments autònoms.....	254
2.5.2. Aliments amplis o civils i aliments naturals o necessaris per a la vida.....	254
2.5.3. Aliments convencionals.....	255
2.6. Contingut de l'obligació d'aliments.....	255
2.7. Quantia dels aliments.....	257
2.8. Naixement del dret als aliments.....	261
2.9. El compliment de l'obligació d'aliments.....	262
2.10. El compliment de l'obligació d'aliments per un tercer.....	264
2.11. L'extinció dels aliments.....	265

CAPÍTOL 10: LA FILIACIÓ

1. La filiació en el dret civil català: idees inicials.....	268
2. Classes de filiació.....	270
3. La determinació de la filiació.....	271
3.1. Determinació de la filiació respecte de la mare.....	271

3.2. El període legal de concepció.....	272
3.3. La determinació de la paternitat matrimonial.....	273
3.3.1. La presumpció de paternitat matrimonial.....	273
3.3.2. El fill concebut abans de contraure matrimoni i el desconeixement de la paternitat.....	274
3.3.3. La filiació del nascut abans del matrimoni dels pares.....	276
3.4. Determinació de la filiació no matrimonial.....	276
3.4.1. El reconeixement.....	277
3.4.1.1. Concepte.....	277
3.4.1.2. La persona que reconeix: capacitat.....	277
3.4.1.3. Aspectes formals del reconeixement.....	278
3.4.1.4. El reconeixement de majors d'edat.....	279
3.4.1.5. El reconeixement de menors o incapaços.....	279
3.4.1.6. El reconeixement del fill ja mort.....	280
3.4.2. La determinació de la filiació a expedient registral.....	280
3.4.3. La determinació judicial de la filiació.....	281
3.4.4. La presumpció de paternitat no matrimonial.....	281
4. La filiació resultant de la reproducció assistida.....	282
4.1. La fecundació assistida de la dona casada.....	283
4.2. La fecundació assistida post mortem amb gàmetes del marit.....	284
4.3. La fecundació assistida de la dona no casada.....	285
4.4. Fecundació assistida amb maternitat subrogada i determinació de la filiació dels convivents homosexuals.....	286
5. Les accions de filiació.....	287
5.1. Característiques.....	287
5.2. Mesures cautelars.....	288
5.3. La reclamació de la filiació.....	290
5.3.1. L'acció de reclamació de la filiació matrimonial.....	290
5.3.2. L'acció de reclamació de la filiació no matrimonial.....	291
5.4. La impugnació de la filiació.....	292
5.4.1. La impugnació de la paternitat matrimonial.....	292
5.4.2. La impugnació de la paternitat no matrimonial.....	294
5.4.3. La impugnació de la maternitat.....	294
5.4.4. La impugnació del reconeixement.....	295

5.5. L'acumulació de l'acció de reclamació i d'impugnació.....	297
5.6. La exceptio plurium concubentium.....	297
5.7. La negativa a sotmetre's a les proves biològiques.....	298
6. Efectes de la filiació.....	299
6.1. Efectes generals de la filiació.....	299
6.2. Efectes limitats de la filiació.....	301

CAPÍTOL 11: LA FILIACIÓ ADOPTIVA

1. Concepte.....	303
2. Els subjectes de l'adopció.....	304
2.1. L'adoptant o adoptants.....	305
2.1.1. Requisits.....	305
2.1.2. Prohibicions a l'hora d'adoptar.....	306
2.2. L'adoptant.....	307
2.2.1. L'adoptant menor d'edat.....	308
2.2.2. L'adoptant d'edat avançada.....	309
3. L'acolliment preadoptiu.....	310
4. La constitució de l'adopció.....	314
4.1. La proposta d'adopció.....	314
4.2. L'inici del procés a sol·licitud de l'adoptant o adoptants.....	315
4.3. Les declaracions de voluntat necessàries per a la constitució de l'adopció.....	315
4.4. L'adopció post mortem.....	318
5. L'adopció internacional.....	318
6. Efectes de l'adopció.....	319
6.1. Parentiu.....	319
6.2. Cognoms.....	320
6.3. Informació sobre el mateix origen.....	321
7. Extinció de l'adopció.....	322

CAPÍTOL 1: ELS EFECTES PERSONALS I PATRIMONIALS DE LES SITUACIONS DE CRISI MATRIMONIAL

1. Introducció

En les situacions de crisi matrimonial s'extingeix la comunitat de vida entre els cònjuges. Però els cònjuges encara tenen una sèrie d'interessos comuns derivats de la seva anterior convivència, que cal disciplinar. Així, el matrimoni pot haver tingut fills, i si aquests encara són menors, ha de determinar-se com s'exercirà la potestat sobre ells. I també s'han de regular les relacions entre els cònjuges (o ex cònjuges): a qui s'atribuirà l'ús de l'habitatge familiar, com s'haurà de contribuir a les càrregues del matrimoni i el règim d'aliments, o la pensió compensatòria, entre uns altres. Aquests efectes o mesures poden pactar-los els cònjuges, sense intervenció judicial. Així ocorrerà en la separació de fet, en la qual és possible que tot el procés de crisi matrimonial es desenvolupi sense intervenció judicial. Però en la majoria d'ocasions la crisi desembocarà en el jutjat, ja sigui perquè l'autoritat judicial fixi les mesures en qüestió davant el desacord dels cònjuges, bé perquè homologui l'acord entre ells quan es demanda la separació judicial, la nul·litat o el divorci.

El CCCat regula en els articles 233-1 *et seq.* els efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial. Com fa el CC i la LEC, el Legislador català ha optat per regular d'una manera unitària els efectes de les tres situacions de crisi matrimonial que dirimeix el jutjat, amb la finalitat d'evitar repeticions, ja que molts dels efectes i mesures –no tots– són comunes a la nul·litat, separació i divorci.

El CCCat classifica els efectes o mesures en provisionals i definitives. Aquestes últimes són les que, acordades pels cònjuges o decidides per l'autoritat judicial, es produiran a partir de la sentència judicial que decreti la nul·litat, la separació o el divorci. El qualificatiu de definitives pot donar lloc a equívocs, perquè, com veurem, són susceptibles de revisió. Les provisionals són les que s'adopten

abans de la sentència, i entre elles es troben les que s'han vingut a denominar “provisionalíssimes”; mentre les provisionals s'adopten després de la presentació de la demanda, les provisionalíssimes, amb un contingut similar, es produeixen abans fins i tot de la presentació de la demanda, tal com passem a veure a continuació.

2. Les mesures provisionalíssimes o provisionals prèvies

La situació de crisi matrimonial serà sempre anterior a l'inici del plet. És per això evident que, abans que es presenti la corresponent demanda, pot ser necessari o aconsellable establir una sèrie de mesures que regulin les relacions entre els cònjuges i amb els fills durant el període que va des de l'inici de la crisi matrimonial, fins a la interposició de la demanda i fixació judicial de les mesures provisionals. Així, per exemple, si els cònjuges decideixen deixar de conviure, ha de determinar-se ja des d'aquest moment amb qui quedaran els fills i com s'exercirà la potestat sobre ells, sense esperar que es presenti la demanda, que sempre duu un temps de preparació.

Les mesures provisionalíssimes vénen regulades en l'article 233-1 CCCat, conjuntament amb les mesures provisionals. El precepte comença dient que “[e]l cònjuge que pretengui demandar o demandi la separació [...] pot sol·licitar a l'autoritat judicial que adopti, d'acord amb els procediments establerts per la legislació processal, les següents mesures provisionals: [...]”. El contingut de les mesures provisionalíssimes és el mateix que el de les mesures provisionals, al que després farem referència. El procediment és el previst en els articles 771 i 772 LEC, dels quals es poden extreure els següents trets essencials:

- a. La formulació de la sol·licitud no requereix la intervenció d'advocat ni de procurador (article 771.1.2 LEC).
- b. Tenen caràcter pregat, és a dir, el Jutge únicament les imposarà prèvia sol·licitud de la part interessada.

c. La sol·licitud haurà de presentar-se al tribunal del domicili del cònjuge que pretengui interposar la demanda, que podrà no ser el competent per a conèixer de la ulterior demanda (article 771.1.1 LEC).

d. En un termini de deu dies des de la sol·licitud, s'haurà de celebrar una compareixença en la qual els cònjuges, amb la intervenció del Ministeri Fiscal, haurien d'intentar arribar a un acord. Si no s'arriba a tal acord, o aquest no és acceptat pel jutge, aquest decidirà les mesures a adoptar (article 771.2,3 LEC).

Els efectes o mesures acordats només subsistiran si, dintre dels trenta dies següents a la seva adopció, es presenta la corresponent demanda de nul·litat, separació o divorci (article 771.5 LEC). Si la demanda no es presenta, les mesures quedaran automàticament sense efecte al passar els trenta dies. Si la demanda s'interposa, aquestes mesures s'uniran a les actuacions del procés, i la regla general és que conservaran la seva eficàcia fins que el jutge imposi les mesures definitives (encara que també es preveu la possibilitat que "el Tribunal consideri que procedeix completar o modificar les mesures prèviament acordades", cas en el qual es convocarà a les parts per a una nova compareixença [article 772 LEC]).

3. Les mesures provisionals

3.1. Introducció. Naturalesa i caràcter de les mesures provisionals

La presentació de la demanda de nul·litat, separació o divorci implica la voluntat de resoldre per la via judicial la situació de crisi matrimonial. Mentre no es dicta sentència, pot resultar convenient establir una sèrie de mesures que regulin les relacions personals i patrimonials entre els cònjuges, i també pel que fa als fills. D'aquí, la possibilitat de sol·licitar al jutge aquestes mesures.

L'article 233-1.1 CCCat diu que el cònjuge que demandi la nul·litat, la separació o el divorci, o el cònjuge demandat al contestar a la demanda, poden sol·licitar

a l'autoritat judicial l'adopció d'una sèrie de mesures. De l'expressió “pot” – utilitzada també per l'article 773.1 LEC- es pot deduir que no és preceptiva, per a l'admissió de la demanda, la sol·licitud de tals mesures. I, mancants sol·licitud de part, la Llei no preveu que puguin ser adoptades d'ofici per l'autoritat judicial.

Únicament cabria, al nostre entendre, que les mesures que facin referència als fills fossin sol·licitades pel ministeri Fiscal. La STS 20.2.1997 va afirmar la improcedència de les mesures provisionals per la falta d'escrit de l'interessat recaptant-les del Jutge: “[...] el procediment per a l'adopció de mesures provisionals començarà per l'escrit que l'interessat recaptarà del Jutge les que estimi oportunes»; en conseqüència, la imperativitat que el Jutge «adoptarà», serà una conseqüència derivada de la prèvia petició de la part als efectes corresponents; no plantejada aquesta petició, obvi és que decau la imposició de l'article 103 [...]”.

Com el seu nom indica, les mesures provisionals tenen vocació de transitorietat. Això vol dir que desplegaran la seva eficàcia fins que siguin substituïdes per les mesures definitives, que podran coincidir o no amb les provisionals, o fins que d'una altra manera es posi fi al procediment (article 773.5 LEC).

Com diem, les mesures provisionals podran ser sol·licitades pel demandant (article 773.1 LEC) o pel demandat en la contestació a la demanda (article 773.4 LEC). Però també és possible un acord entre els cònjuges, acord que serà sotmès a l'aprovació del tribunal, i que “no serà vinculant per a les pretensions respectives de les parts ni per a la decisió que pugui adoptar el tribunal pel que fa a les mesures definitives” (article 773.1 LEC). Així ho declara també expressament l'article 233-1.4 CCCat: “L'autoritat judicial, en el moment d'acordar les mesures definitives, pot revisar els acords aconseguits pels cònjuges respecte al contingut de les mesures provisionals”; no es produeix, per tant, l'efecte de cosa jutjada.

D'altra banda, la dicció literal de l'article 773 LEC sembla donar a entendre que la sol·licitud de mesures provisionals haurà de fer-se en el mateix escrit de demanda, i no en document separat.

Perquè el jutge acordi la imposició de mesures provisionals no es requereix cap situació excepcional, d'urgència o de necessitat.

A més de les mesures que a continuació enumerarem, l'article 233-1.5 atribueix un efecte *ex lege* a la sol·licitud de mesures provisionals: la revocació dels consentiments i poders que qualsevol dels cònjuges hagués atorgat a favor de l'altre.

L'article 233-1.5 resol el problema que, davant el silenci del Codi de Família, s'havia plantejat respecte a si a Catalunya havia d'aplicar-se, com dret supletori, l'article 102.2 CCEsp. Vegi's, en relació a aquesta qüestió, la RDGDEJ 19.5.2009, que, a més d'assenyalar que més que de revocació hauria de parlar-se d'ineficàcia dels poders, matisa que tal ineficàcia es produirà fins i tot encara que el poder s'hagués atorgat com irrevocable.

3.2. Tipologia de les mesures provisionals

Les mesures previstes en l'article 233-1 CCCat es refereixen als fills, a l'habitatge familiar, i a les relacions entre els cònjuges. Per a assegurar el seu compliment, l'article 233-1.3 CCCat preveu que l'autoritat judicial pot acordar les garanties que siguin adequades per a això; tractant-se de mesures de caràcter personal i d'ordre públic, el jutge podrà actuar d'ofici, o a instància d'alguna de les parts o del Ministeri Fiscal, mentre que en matèries de dret dispositiu serà precisa la petició de la part interessada.

3.2.1. Mesures en relació als fills

L'article 233-1 CCCat preveu que es puguin adoptar les següents mesures en relació als fills:

a. “La determinació de la forma que els fills han de conviure amb els pares i han de relacionar-se amb aquell d'ambdós amb qui no estiguin convivint. Excepcionalment, l'autoritat judicial pot encomanar la guarda dels fills als avis, a altres parents, a persones pròximes o, si no n'hi ha, a una institució idònia, a les quals es poden conferir funcions tutelars amb suspensió de la potestat parental”. El precepte contempla dos supòsits diferents. El supòsit habitual és aquell que els fills seguiran convivint amb els pares. La resolució judicial haurà d'establir com serà aquesta convivència. S'obre la porta a què es decreti la custòdia compartida ja des de les mesures provisionals; si s'atribueix la guarda a un solament dels progenitors, s'haurà de preveure el sistema de visites de l'altre progenitor. Però poden existir circumstàncies que aconsellin la suspensió de la guarda dels progenitors, cas en què el jutge encomanarà la guarda a altres familiars de menor (en moltes ocasions seran els avis) o, en última instància, a una institució (però sempre, en aquest últim cas, que no s'hagi trobat una persona propera al menor que pugui fer-se càrrec del seu guarda).

b. “La forma que ha d'exercir-se la potestat sobre els fills”. La doctrina, conforme al tenor literal del precepte, no interpreta que això equivalgui a què s'hagi de presentar formalment el pla de parentalitat què es refereix l'article 233-9 CCCat, sinó simplement una proposta de distribució de la funcions de la potestat que, per regla general, s'haurien d'exercir conjuntament (article 233-8.1 CCCat).

c. “L'establiment, si escau, del règim de relacions personals dels fills amb els germans que no convisquin en la mateixa llar”. Cal tenir en compte que un dels principis generals en aquesta matèria és que en les situacions de crisi conjugal no se separi als germans, fins i tot encara que es tracti de germans de vincle senzill. Quan l'interès familiar justifiqui la separació dels germans, s'ha de preveure un mecanisme per a mantenir les relacions personals entre ells.

d. “La distribució del deure d'aliments en favor dels fills”. El precepte es refereix als fills menors, perquè respecte als majors es dedica l'apartat següent, al que a continuació ens referirem. El concepte d'aliments no s'ha d'interpretar en el sentit de l'article 237-1 CCCat (“el que és indispensable per al manteniment”),

sinó que tals aliments han d'estar d'acord amb el nivell de vida que tenien els fills abans de sobrevenir la crisi matrimonial (conforme a l'article 231-5 CCCat, que refereix els aliments als "usos i nivell de vida familiar").

e. "La fixació d'aliments per als fills majors d'edat o emancipats que no tinguin recursos econòmics propis i convisquin amb algun dels progenitors, tenint en compte el que s'estableix a l'article 237-1". A diferència del previst per als fills menors d'edat, els aliments per als fills majors podran limitar-se al que sigui indispensable per al seu sustento. És el progenitor amb el qual conviu el fill major el que sol·licita a l'altre aquests aliments.

f. Les mesures "necessàries per a evitar el desplaçament o la retenció il·lícits dels fills, si existeix el risc". Aquesta prevenció es justifica pel fet que, sent cada vegada més freqüents els matrimonis entre persones de diferent nacionalitat, és relativament freqüent que, en ocasió de l'exercici del dret de visites, el progenitor que no té la custòdia del fill abandoni el país en companyia del seu fill menor, tornant al seu país d'origen i negant-se a restituir el fill a qui té atribuïda legítimament la seva guarda. Això es pot complicar encara més quan el progenitor sostractor inicia un nou procés en el seu país d'origen en el qual, aplicant la seva llei nacional, és possible que se li atribueixin els drets de guarda sobre el fill que ha sostret il·legalment. Per a evitar tal risc, és pel que el CCCat preveu que es pugui sol·licitar l'adopció de les mesures pertinents. A diferència del que fa l'article 103.1 CCEsp, el CCCat no estableix cap catàleg de mesures; entre aquestes podran trobar-se les que preveu el citat article 103.1 CCEsp: prohibició de sortida del territori nacional, excepte amb autorització judicial prèvia, prohibició d'expedició del passaport al menor o retirada del mateix si ja s'hagués expedit, i submissió a autorització judicial prèvia de qualsevol canvi de domicili del menor.

En aquesta matèria ha de tenir-se en compte el Reglament 2201/2003, del Consell de 27 de novembre de 2003 relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental. Fora de l'àmbit de la UE s'aplica el Conveni de la Haya

de 25 d'octubre de 1980, sobre els aspectes civils de la sostracció internacional i menors.

3.2.2. Mesures respecte als cònjuges

Es podran sol·licitar, així mateix, la fixació d'aliments "provisionals a favor d'un dels cònjuges". Igual que hem afirmat en relació amb els fills, i per paral·lelisme respecte a la prestació compensatòria, entenem que tals aliments no es limiten a l'indispensable per a la subsistència del cònjuge creditor, sinó que haurien de ajustar-se al nivell de vida que es mantenia durant la convivència matrimonial. Una vegada s'aprovin les mesures definitives, la prestació compensatòria substituirà, si escau, als aliments provisionals.

D'altra banda, ha de tenir-se en compte que l'article 233-1.2 CCCat estableix que "[e]n cas de violència familiar o masclista, l'autoritat judicial competent ha d'adoptar, a més de les mesures establertes per l'apartat 1, les establertes per la legislació específica". Per tant, s'incorporen al CCCat els instruments processals per a prevenir i tractar la violència de gènere; vegi's referent a això l'article 544 ter LECr, i els articles 61 a 69 de la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere. A més, l'article 233-11.3 preveu que "[e]n interès dels fills, no pot atribuir-se la guarda al 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 ser víctimes directes o indirectes".

3.2.3. L'ús de l'habitatge familiar

També es podrà sol·licitar "l'assignació de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament o, alternativament, l'adopció de mesures que garanteixin les necessitats d'habitatge dels cònjuges i dels fills". D'això es dedueix que no sempre l'habitatge familiar serà atribuït al cònjuge amb qui quedin els fills, sinó que a aquests se'ls podrà atribuir un habitatge distint; no obstant això, entenem que haurà d'existir una raó molt poderosa per a obligar als fills, encara que sigui de manera provisional, a abandonar la que durant la seva vida ha estat la

seva llar. Tingui's en compte que l'article 233-20.2 CCCat estableix que el jutge, mancament acord entre els cònjuges, haurà d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, "preferentment", al progenitor al que correspongui la guarda dels fills comuns. En qualsevol cas, aquesta atribució no és definitiva, sinó que podrà ser modificada al fixar les mesures definitives.

Si els cònjuges, a pesar de la situació de crisi, continuaven convivint en el mateix domicili, i s'atribueix l'ús de l'habitatge familiar a un cònjuge, l'article 233-1.f) CCCat estableix que "l'autoritat judicial ha de fixar la data en què l'altre l'ha d'abandonar".

3.2.4. Mesures respecte als béns comuns

L'article 233-1.g) CCCat preveu que es podrà sol·licitar al jutge que fixi "el règim de tinença i administració dels béns en comunitat ordinària indivisa i dels que, per capítols matrimonials o escriptura pública, estiguin especialment afectes a les despeses familiars i, si el règim és de comunitat, dels béns comuns". Respecte als béns comuns del règim de comunitat, ha de tenir-se en compte que el règim econòmic matrimonial no s'ha extingit encara, sinó que això tindrà lloc quan intervingui la corresponent sentència judicial; no es contempla, per tant, una divisió dels béns del règim de comunitat, sinó únicament l'establiment d'unes normes específiques per a la tinença i administració de tals béns. Quant als béns afectes a les càrregues familiars, la finalitat de la norma és assegurar la contribució dels cònjuges a les càrregues familiars. Respecte als béns en comunitat ordinària, com podria ser per exemple una segona residència, el jutge fixarà a qui s'atribueix de moment el seu ús, i el règim d'administració.

4. Les mesures definitives

Les mesures definitives són les que determinaran els efectes que, tant en relació amb els cònjuges com pel que fa als fills, es produiran a partir de la sentència que declari la nul·litat, la separació o el divorci. L'adjectiu de "definitives", utilitzat pel CCCat en diversos preceptes (articles 233-1, 233-2, 233-4, 233-20, entre altres), s'ha d'interpretar en comparació amb l'adjectiu de

“provisionals”, com aquelles mesures que tenen una vocació de permanència a partir del moment de la sentència. Això no vol dir, no obstant això, que tals mesures “definitives” no puguin posteriorment modificar-se, si existeix una variació substancial de les circumstàncies, com expressament preveu l'article 233-7 CCCat.

Les mesures definitives poden ser proposades pels cònjuges de comú acord, a través del denominat “conveni regulador” o, en defecte d'aquest, seran determinades per l'autoritat judicial.

4.1. El conveni regulador

L'acord dels cònjuges respecte els efectes de la crisi matrimonial es materialitza en el denominat “conveni regulador”. L'article 750.2.1 LEC estableix que “[e]n els procediments de separació o divorci sol·licitat de comú acord pels cònjuges, aquests podran valer-se d'una sola defensa i representació”. És evident, per tant, que un sol advocat podrà signar la petició, però més dubtes planteja el fet que la negociació i redactat del conveni pugui ser obra d'un únic advocat. En aquest sentit, alguns autors assenyalen que pot ser contrari a la deontologia professional el qual el mateix advocat pugui assessorar a ambdós cònjuges, atès que els interessos de l'un i l'altre poden ser contraposats.

4.1.1. La seva necessitat

La separació o el divorci poden respondre a l'acord d'ambdós cònjuges; és a dir, el simple acord dels cònjuges –i fins i tot la voluntat de qualsevol d'ells– pot originar la separació o el divorci, sense necessitat d'al·legar causa alguna (articles 81 i 86 CCEsp).

Si l'acord entre els cònjuges arriba a no solament la voluntat de separar-se o de divorciar-se, sinó també els efectes de la separació o divorci, aquests es tramitaran per un procediment específic, regulat en l'article 777 LEC, que preveu que a la demanda de separació o divorci s'acompanyi una proposta de conveni regulador d'aquells efectes.

En canvi, l'article 777 LEC no es refereix a la possibilitat d'acompanyar un conveni regulador en les demandes de nul·litat. Això té la seva explicació: mentre, com hem assenyalat, la separació o el divorci podien derivar de l'acord dels cònjuges, la nul·litat del matrimoni té lloc, exclusivament, per la concurrència d'alguna de les causes previstes per la llei (article 73 CC). Ara bé, no hi ha dubte que l'acord dels cònjuges també ha de poder regir les conseqüències de la nul·litat. I així ho reconeix l'article 774.1 LEC que, dedicat a les "mesures definitives", estableix: "En la vista del judici, si no ho haguessin fet abans, conforme al disposat en els articles anteriors, els cònjuges podran sotmetre al tribunal els acords a què haguessin arribat per a regular les conseqüències de la nul·litat, separació o divorci i proposar la prova que considerin convenient per a justificar la seva procedència". Queda clar, per tant, que en el cas de nul·litat la proposta de conveni regulador es pot aportar en la vista del judici. La possibilitat que es presenti abans, juntament amb la demanda de nul·litat, es pot deduir de l'article 773.1 LEC que, encara que referit a les mesures provisionals, entenem que no existeix inconvenient en considerar-lo aplicable a les mesures definitives; estableix dit precepte que "El cònjuge que sol·liciti la nul·litat del seu matrimoni, la separació o el divorci podrà demanar en la demanda el que consideri oportú sobre les mesures provisionals a adoptar, sempre que no s'haguessin adoptat amb anterioritat. També podran ambdós cònjuges sotmetre a l'aprovació del tribunal l'acord al que haguessin arribat sobre tals qüestions". Això no canvia la naturalesa del procés de nul·litat, que en tot cas és contenciós, si més no formalment.

El CCCat, en l'article 233-2.1, ha regulat la qüestió conforme a la interpretació que proposem. Diu el precepte que "Si els cònjuges insten de comú acord el divorci, la separació judicial o l'adopció o modificació de mesures reguladores de les conseqüències de la nul·litat del matrimoni, o si ho fa un d'ells amb el consentiment de l'altre, han d'acompanyar l'escrit inicial amb un conveni regulador". Es modifica encertadament la redacció de l'anterior article 77 CF, que indicava que "Quan la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació legal siguin instats per ambdós cònjuges de comú acord o per un d'ells amb el consentiment de l'altre, la demanda o escrit inicial s'ha

d'acompanyar d'una proposta de conveni regulador, on es determinin els aspectes indicats en l'article 76"; com hem dit, era incorrecte parlar de nul·litat "de comú acord".

Es pot concloure, per tant, que la proposta de conveni regulador és possible, tant en els casos de separació o divorci de mutu acord (en aquest cas és obligatori) com en els processos contenciosos de nul·litat.

4.1.2. El contingut del conveni regulador

Els apartats 2 a 4 de l'article 233-2 regulen el contingut del conveni regulador. Existeixen alguns extrems –els relatius als fills sota potestat- que són obligatoris: el pla de parentalitat, els aliments, i el règim de relacions personals amb altres familiars; uns altres, els que es refereixen a les relacions patrimonials entre els cònjuges, queden al seu arbitri: la prestació compensatòria, l'ús de l'habitatge familiar, la compensació econòmica per treball i la liquidació del règim econòmic matrimonial i la divisió dels béns en comunitat indivisa ordinària; a més, també es poden acordar aliments per als fills que no estiguin sota potestat.

4.1.3. Aprovació judicial del conveni

Per a la seva eficàcia, el conveni regulador ha de ser aprovat per l'autoritat judicial (article 233-3.1). Si no s'aprova, l'article 777.7 LEC preveu, per a la separació i el divorci de mutu acord, que es concedirà a les parts un termini de 10 dies per a proposar un nou conveni, limitat a les parts no aprovades pel tribunal. Per al procediment contenciós –al que s'ha de reconduir la demanda de nul·litat–, l'article 774.4 LEC no preveu aquesta possibilitat de proposar un nou conveni, sinó que disposa que serà el propi tribunal el que determinarà els efectes o mesures. Ara bé, el CCCat no contempla tal distinció entre les demandes de separació i divorci d'una banda, i les de nul·litat per un altre, i preveu en tots aquests supòsits la possibilitat de modificar el conveni per part dels cònjuges. Diu l'article 233-3.2: "Si [l'autoritat judicial] denega l'aprovació dels pactes adoptats en conveni regulador, l'autoritat judicial ha d'indicar els punts que han de modificar-se i ha de fixar el termini per a fer-ho.

Si els cònjuges no formulen una proposta de modificació o aquesta tampoc és aprovada, l'autoritat judicial ha d'adoptar la resolució pertinent”.

El control judicial no afecta a tots els extrems del pacte, sinó solament a aquells relatius als fills. L'article 233-3.1 estableix que “Els pactes adoptats en conveni regulador han de ser aprovats per l'autoritat judicial, excepte els punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors”. Això vol dir que els aspectes relatius als cònjuges –per exemple, la prestació compensatòria, o la compensació per raó de treball–, haurien de ser aprovats en tot cas pel jutge, encara que siguin “greument perjudicials per a un dels cònjuges”, al contrari per tant del que preveu l'article 90.II CCEsp. Així ho ha establert la STSJC 19.7.2004. Solament en el cas que el perjudici per a un dels cònjuges impliqui al seu torn un perjudici per als fills, podrà refusar-se l'homologació del conveni.

Quant a la possibilitat de denegar l'aprovació dels pactes que siguin contraris a la llei, la moral o l'ordre públic, vegeu la STSJC 10.9.2010.

La sentència “ha d'incorporar els punts del conveni que hagin estat aprovats i la decisió que correspongui quant als punts no aprovats. També pot contenir les mesures necessàries per a garantir el seu efectiu compliment” (article 233-3.3).

4.2. Les mesures definitives determinades per l'autoritat judicial

Mancant el conveni regulador, les mesures definitives les determinarà l'autoritat judicial. Això tindrà lloc en els següents casos:

a. Quan la separació i el divorci es tramitin pel procediment contenciós, el que es produirà quan la separació o el divorci se sol·liciti per un dels cònjuges sense el consentiment de l'altre, o quan no arribin a un acord sobre el contingut del conveni regulador.

b. Si es demanda la nul·litat, quan no existeixi acord respecte al contingut de les mesures reguladores de les seves conseqüències.

A més, i com hem vist, si l'autoritat judicial no aprova alguns aspectes del conveni regulador relatius als fills, haurà de prendre la decisió que correspongui respecte als punts no aprovats.

Existeixen alguns aspectes sobre els quals el jutge ha de pronunciar-se necessàriament, i altres en els que només ho farà prèvia sol·licitud. Quant als primers, el jutge “ha d'adoptar les mesures definitives pertinents sobre l'exercici de les responsabilitats parentals, inclosos el deure aliments i, si escau, el règim de relacions personals amb avis i germans. Així mateix, l'autoritat judicial, a instància del cònjuge amb qui els fills convisquin, pot acordar aliments per als fills majors d'edat o emancipats [...]” (article 233-4.1). Quant a les mesures que no afectin als fills, sinó als cònjuges, el jutge solament es pronunciarà en cas de sol·licitud d'algun dels cònjuges; diu l'article 233-4.2 que “Si algun dels cònjuges ho sol·licita, l'autoritat judicial ha d'adoptar les mesures pertinents respecte a l'ús de l'habitatge familiar i el seu aixovar, la prestació compensatòria, la compensació econòmica per raó del treball si el règim econòmic és el de separació de béns, la liquidació del règim econòmic matrimonial i la divisió dels béns comuns o en comunitat ordinària indivisa”.

4.3. Altres mecanismes de determinació dels efectes de la nul·litat, separació o divorci: els acords fora de conveni regulador, i la mediació

Els efectes de la nul·litat, separació i divorci no solament poden derivar de l'acord dels cònjuges en el conveni regulador i, en defecte d'això, de la decisió judicial, sinó que també poden tenir un altre origen. Així, tals efectes poden derivar d'un acord aconseguit mitjançant mediació familiar (article 233-6), o bé d'un pacte al que han arribat pels cònjuges fora de conveni regulador, abans o després de la ruptura (article 233-5).

4.3.1. Pactes entre els cònjuges fora de conveni regulador

Si els cònjuges estan d'acord sobre els efectes de la situació de crisi matrimonial en què es troben, el més habitual és que plasmin tal acord dintre del conveni regulador. Però pot ocórrer també que, havent pactat els cònjuges,

fora de conveni, els efectes de la nul·litat, separació o divorci, un d'ells es resisteixi a la seva incorporació al conveni, el que fa que es plantegi la qüestió de l'eficàcia de tals pactes. Això es troba regulat en l'article 233-5, que preveu les accions que tenen els cònjuges per a assolir el compliment dels pactes, així com els seus límits, amb una variada casuística.

a. Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial adoptats conforme a l'article 231-20. Aquests pactes "vinculen als cònjuges", si bé el cònjuge que pretengui fer-los valer "té la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques, sempre que aquesta informació fos rellevant en relació amb el contingut del pacte" (article 231-20).

b. Pactes adoptats després de la ruptura de la convivència, fora de conveni regulador, i amb assistència lletrada "independent per a cadascun dels cònjuges". Aquests pactes vinculen als cònjuges, encara que no disposin de la informació ressenyada sobre la situació patrimonial de l'altre cònjuge.

c. Pactes adoptats després de la ruptura de la convivència, fora de conveni regulador, i sense assistència lletrada "independent per a cadascun dels cònjuges". Tals pactes "poden deixar-se sense efecte, a instància de qualsevol d'ells, durant els tres mesos següents a la data que són adoptats i, com a màxim, fins al moment de la contestació de la demanda o, si escau, de la reconvenió en el procés matrimonial en què es pretenguin fer valer" (article 233-5.2).

L'acció per a exigir el compliment d'aquests pactes pot acumular-se a la de nul·litat, separació i divorci (article 233-5.1), en un procediment que no és de mutu acord, sinó contenciós.

Finalment, ha de tenir-se en compte que "[e]ls pactes en matèria de guarda i de relacions personals amb els fills menors, així com els d'aliments en favor d'aquests, solament són eficaços si són conformes al seu interès en el moment que es pretengui el compliment" (article 233-5.3).

4.3.2. La mediació familiar

Resulta evident que, en tota situació de crisi matrimonial, el més convenient tant per als cònjuges com per als fills és assolir un acord, que eviti el procediment contenciós. Per a aconseguir tal acord la llei facilita que, en qualsevol fase del procediment, les parts puguin sotmetre la seva controvèrsia a mediació. Així ho preveu tant l'article 770.7 LEC, com l'article 233-6 CCCat.

La mediació, regulada en la llei catalana 15/2009, de mediació en l'àmbit del dret privat, és "el procediment no jurisdiccional de caràcter voluntari i confidencial que es dirigeix a facilitar la comunicació entre les persones, perquè gestionin per elles mateixes una solució als conflictes que els afecten, amb l'assistència d'una persona mediadora que actua de manera imparcial i neutral" (article 1 Llei 15/2009). Queda clar, per tant, que un mediador no és un àrbitre, que resol ell mateix la controvèrsia, sinó una persona que assessora a les parts per a intentar que aquestes, a través del diàleg i la negociació, arribin a un acord, que es podrà assolir o no.

La mediació pot dur-se a terme abans de començar el procés, o una vegada iniciat el mateix, en qualsevol fase del procediment (article 233-6.1). Així, per exemple, la SAP Barcelona, secció 18^a, 17.10.2003, després de confirmar la resolució recorreguda, recomanava a les parts "que acostin en els possible les seves respectives posicions pensant sempre en el suprem interès dels seus fills, acudint a mediació familiar per a pal·liar els problemes que tinguin els mateixos, i més atesa la seva edat".

La iniciativa d'acudir a la mediació la poden tenir tant els cònjuges o els seus advocats o altres professionals (article 233-6.2), com fins i tot el jutge, qui "pot remetre als cònjuges a una sessió informativa sobre mediació, si considera que, donades les circumstàncies del cas, encara és possible arribar a un acord" (article 233-6.3).

L'acord al que puguin arribar els cònjuges a través de la mediació té una força una mica superior al que puguin haver arribat els cònjuges sense acudir a ella. Així, a pesar que l'article 233-6.5 digui que “[e]ls acords obtinguts en la mediació, una vegada incorporats en forma al procés, han de sotmetre’s a l’aprovació judicial en els mateixos termes que l'article 233-3 estableix per al conveni regulador”, l'apartat següent de l'article 233-6 matisa que si tals acords recauen sobre el règim d'exercici de la responsabilitat parental “es consideren adequats per als interessos del menor”, i la falta d'aprovació per l'autoritat judicial “ha de fonamentar-se en criteris d'ordre públic i interès del menor”.

4.4. Modificació de mesures

Les mesures que puguin haver acordat els cònjuges en el conveni regulador o establert el jutge en la sentència, obeiran a les concretes circumstàncies del moment, podent així mateix fer-se alguna previsió de cara al futur. Però és obvi que aquestes circumstàncies poden variar, i les previsions no complir-se. Un exemple clar el podem trobar en la posició econòmica dels cònjuges, que en el moment de la sentència pot ser una, i al cap d'un temps una altra ben diferent que no permeti fer front al pagament de la prestació compensatòria.

Per això, resulta evident la necessitat de poder revisar les mesures establertes originàriament. Si canvien les circumstàncies, han de poder canviar les mesures. I així ho reconeix l'article 233-7, quan diu en el seu primer apartat que “[l]es mesures ordenades en un procés matrimonial poden modificar-se, mitjançant una resolució judicial posterior, si varien substancialment les circumstàncies concurrents en el moment de dictar-les”. Referent a això, han de fer-se una sèrie de matisacions:

a. El canvi de circumstàncies que possibiliti la modificació de les mesures ha de ser “substancial” (també en aquest mateix sentit, l'article 775.1 LEC). El cost, econòmic i de temps, del nou procediment no quedaria justificat si el canvi de circumstàncies és tan intranscendent que només podria donar lloc a modificacions de poca importància.

b. L'article 233-7.2 estableix que "[e]l conveni regulador o la sentència poden preveure anticipadament les modificacions pertinents". El precepte és de difícil interpretació, però sembla donar a entendre que és possible que es prevegi una concreta modificació condicionada a un determinat canvi de circumstàncies (per exemple, una reducció de la prestació compensatòria en l'hipotètic cas que el creditor aconsegueixi un treball). En aquests casos, no faria falta un pronunciament judicial que decretés la modificació, sinó que aquesta hauria d'operar a partir del canvi de circumstàncies previst en el conveni o sentència originaris.

c. La llei tracta de facilitar que la modificació de mesures derivi d'un acord entre les parts, contemplant la possibilitat de mediació i oferint un avantatge a qui ha arribat o ha intentat arribar a un acord a través de la mateixa. Diu l'article 233-7.3 que "[s]i la part que sol·licita judicialment la modificació de les mesures establertes per alteració substancial de circumstàncies ha intentat arribar a un acord extrajudicial iniciant un procés de mediació, la resolució judicial que modifica les mesures pot retrotraure els efectes a la data d'inici del procés de mediació". Observem, per tant, com la concessió de tal avantatge no té caràcter imperatiu per al jutge ("pugues", diu el precepte), i com aquella es concedeix amb independència de si s'ha aconseguit acord a través de la mediació. En canvi, segons la redacció del precepte, sembla que si la mediació no s'ha arribat a iniciar, no s'aconseguirà tal avantatge (i tingui's en compte que perquè la mediació s'iniciï fa falta el comú acord o l'acceptació d'ambdues parts, conforme a l'article 12.2 LMDP).

d. No s'exigeix ni que transcorri un termini mínim des de la sentència que fixi les mesures definitives, ni s'imposa tampoc un límit quant al nombre de processos de modificació que poguessin iniciar-se. El que és determinant és el canvi "substancial" de circumstàncies.

e. Conforme a l'article 775 LEC, la legitimació per a sol·licitar la modificació de les mesures correspondrà al Ministeri Fiscal, si hi ha fills menors o incapacitats, i en tot cas als cònjuges. El tipus de procediment dependrà de si existeix o no

acord entre els cònjuges: el procediment de l'article 777 LEC en el primer cas, i el de l'article 770 LEC en el segon.

5. El contingut de les mesures definitives

Les mesures definitives, tant si han estat proposades pels cònjuges en conveni regulador, com si davant la falta d'acord entre els cònjuges les ha fixat l'autoritat judicial, han de tenir un contingut mínim. El CCCat regula aquest contingut en els articles 233-2 et seq., que a efectes expositius podem separar entre les mesures en relació als fills, i les mesures relatives als cònjuges.

5.1. Mesures en relació amb els fills

5.1.1. La responsabilitat parental

L'article 233-8, que duu per rúbrica "responsabilitat parental", comença dient en el seu apartat primer que "[l]a nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial no alteren les responsabilitats que els progenitors tenen cap als seus fills", responsabilitats que es tradueixen, d'acord amb l'article 236-17.1, en cuidar dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, conviure amb ells, educar-los, proporcionar-los una formació integral i, en l'àmbit patrimonial, administrar el seu patrimoni i representar-los. El concepte de responsabilitat parental fixa el contingut de deures dels pares respecte dels seus fills, deures que persisteixen a pesar de la situació de crisi matrimonial.

L'article 233-8 estableix els dos principis bàsics pels quals es regeix la responsabilitat parental després de la nul·litat del matrimoni, la separació o el divorci: a) manté el seu caràcter compartit, i, en la mesura del possible, s'ha d'exercir conjuntament (article 233-8.1.fi); i, b) el jutge ha d'atendre de manera prioritària a l'interès del menor (article 233-8.3).

5.1.2. El pla de parentalitat

5.1.2.1. Concepte i fonament

Tant si els cònjuges han arribat a un acord a través del conveni regulador, com en el cas que el procediment sigui contenciós, la llei obliga a les parts a presentar un "pla de parentalitat", que constitueix una de les principals

novetats de la Llei 25/2010 que va aprovar el llibre segon CCCat. En el preàmbul d'aquesta Llei s'assenyala que "tota proposta dels progenitors sobre aquesta matèria [els efectes de la nul·litat, separació i divorci] ha d'incorporar-se al procés judicial en forma de pla de parentalitat, que és un instrument per a concretar la forma 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 als 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, 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 es vol afavorir així la concreció dels acords, la transparència per a ambdues parts i el compliment dels compromisos aconseguits".

Amb el pla de parentalitat es pretén, en la mesura del possible, que la decisió del jutge s'ajusti a la voluntat dels cònjuges, sempre tenint en compte l'interès del menor, i que es prevegin i solucionin les incidències que puguin sorgir en l'exercici de les responsabilitats parentals.

L'article 233-9.1 estableix que "[e]l pla de parentalitat ha de concretar la forma que ambdós progenitors exerceixen les responsabilitats parentals. Han de fer-se constar els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills". Per tant, no constitueix una simple proposta de regulació d'uns efectes, sinó que implica una assumpció de compromisos dels progenitors respecte a l'exercici de la seva responsabilitat parental.

La regulació que es fa del pla de parentalitat en el CCCat ha estat objecte d'algun comentari desfavorable. Se li critica el seu caràcter excessivament detallat, amb aspectes difícils de preveure en un moment en el qual podrà no es pot haver assimilat encara la ruptura de la convivència. I la

veritat és que el propi article 233-9, en el seu apartat tercer, al·ludeix a aquest inconvenient, quan diu que “[l]es propostes de pla de parentalitat poden preveure la possibilitat de recórrer a la mediació familiar per a resoldre les diferències derivades de l’aplicació del pla, o la conveniència de modificar el seu contingut per a adaptar-lo a les necessitats de les diferents etapes de la vida dels fills”. Per tant, la pròpia llei admet les dificultats que poden sorgir en l’aplicació del pla, i la necessitat de la seva modificació per a adaptar-lo a les noves circumstàncies, per a això preveu que en el propi pla es contempli la possibilitat d’acudir a la mediació per a resoldre tals conflictes. No obstant això, s’han de reconèixer les seves virtuts, ja que pretén anticipar-se a les controvèrsies que en el futur puguin sorgir, i si bé és cert que pot ser que no les eviti totes, sí que pot solucionar molts dels problemes que en el futur puguin plantejar-se.

5.1.2.2. Contingut del pla de parentalitat

L’apartat segon de l’article 233-9 enumera els aspectes que ha de contemplar el pla de parentalitat:

a. “El lloc o llocs on viuran els fills habitualment. S’hi han d’incloure regles que permetin determinar a quin progenitor correspon la guarda a cada moment”. Es parteix de la base, per tant, d’un sistema de guarda compartida, en el qual haurà de proposar-se la distribució de la guarda entre els progenitors, així com el lloc en el qual s’exercirà aquesta guarda, el que permetrà determinar a cada moment el lloc on es trobarà el menor.

b. “Les tasques de què ha de responsabilitzar-se cada progenitor amb relació a les activitats quotidianes dels fills”, com per exemple l’assistència a les reunions del centre educatiu, la recollida del col·legi o l’acompanyament a activitats esportives.

c. “La manera com s’han de fer-se els canvis en la guarda i, si escau, com s’han de repartir els costos que generin”. Així, haurà de determinar-se, per exemple, si quan es faci el canvi de guarda és la mare qui ha d’anar a buscar el fill a casa del pare, o si aquest ha de portar el fill al domicili de la mare, i com

haurien de sufragar-se les despeses que això suposi, que poden arribar a ser importants quan els progenitors visquin en llocs geogràficament distants.

d. “El règim de relació i de comunicació amb els fills durant els períodes en què un progenitor no els tingui amb ell”. Ha de partir-se de la base que encara que un dels progenitors tingui en un determinat moment la guarda directa del fill, això no impedeix que l’altre progenitor pugui relacionar-se amb ell, el que es coneix tradicionalment com “règim de visites”. Tingui’s en compte que la guarda compartida pot suposar que el període d’alternança sigui molt llarg, i durant aquest període s’ha de preveure el règim de visites de l’altre progenitor.

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 la llur família”. Atès que és freqüent i comprensible que, en dates assenyalades (per exemple, aniversaris o altres celebracions familiars) els progenitors vulguin estar amb els seus fills, és convenient que es fixi, al marge del règim ordinari de guarda, un règim d’estades o visites per a tals dates.

f. “El tipus d’educació i les activitats extraescolars, formatives i de lleure, si escau”. El tipus d’educació és un aspecte bàsic que és imprescindible fixar, donada la seva permanència en temps. En canvi, les activitats extraescolars, formatives i de lleure són molt més variables, i difícils de preveure en el temps. Podria estipular-se, per exemple, si el tercer idioma hauria de ser l’anglès o el francès, però altres aspectes –per exemple, l’esport o l’instrument musical a practicar, o el tipus de colònies o activitats que es faran durant l’estiu- són poc menys que impossibles de predir, atès a més que dependran de l’evolució de la personalitat del menor.

g. “La manera de complir el deure de compartir tota la informació sobre l’educació, la salut i el benestar dels fills”. Aquest deure informació ve establert, amb caràcter genèric, en l’article 236-12; el pla de parentalitat haurà de preveure la forma com es facilitarà aquesta informació, el que en moltes ocasions serà difícil de determinar a priori.

h. “La manera de prendre les decisions relatives al canvi de domicili i a altres qüestions rellevants per als fills”. Aquest extrem ha de relacionar-se amb l'article 236-11.6, que requereix el consentiment de l'altre progenitor perquè qui exerceixi la potestat parental pugui canviar de domicili si això fa variar l'entorn “habitual” dels fills. Entre les altres “qüestions rellevants per als fills” es poden trobar els tractaments mèdics a seguir davant una eventual malaltia del menor. Tingui's en compte que en el pla de parentalitat no es pren la decisió, sinó que solament es determina la manera com es prendrà aquesta decisió: si es requerirà l'acord dels progenitors, si determinades qüestions les decidirà un progenitor i unes altres les decidirà l'altre, o si la decisió la prendrà un tercer (sigui un familiar o un especialista), per exemple.

Com hem vist, el pla de parentalitat contempla aspectes personals de les relacions entre els progenitors que afecten els fills. No abraça, en canvi, les relacions dels menors amb altres familiars, com poden ser els avis o els germans que no convisquin en el mateix domicili; tampoc els aspectes patrimonials que els puguin afectar, com els aliments o l'ús de l'habitatge familiar. El CCCat ha optat per un model de pla de parentalitat en el qual es fa referència, exclusivament, a la “guarda, la cura i l'educació dels fills” (article 233-9.1.fi).

5.1.2.3. Eficàcia del pla de parentalitat

El pla de parentalitat pot ser presentat pels dos cònjuges de comú acord, o per cadascun d'ells de manera separada. En el primer cas, el jutge aprovarà el pla “tret que resulti perjudicial per als fills” (article 233-10.1). Si manca l'acord, decidirà el jutge, atenent a una sèrie de criteris que a continuació assenyalem.

5.1.3. L'atribució de la guarda per decisió judicial. La custòdia compartida

En primer lloc, convé precisar que el concepte de guarda dels fills no és coincident amb l'exercici de la potestat parental. La guarda ve referida a aspectes de la convivència quotidiana, mentre que l'exercici arriba a qüestions de major transcendència i projecció en el temps, com per exemple el tipus d'educació que hagin de rebre els fills.

Quan no hi hagi acord entre els cònjuges, o quan el jutge consideri que l'acord no s'ha d'aprovar, serà el jutge qui decidirà la manera d'exercir la guarda (això és, si s'ha d'exercir de manera conjunta o individual, article 233-10.2), així com el règim d'aquesta guarda (article 233-11.1).

5.1.3.1. La custòdia compartida: avantatges i inconvenients

En el Codi de Família, l'article 83.2.a) ja preveia la possibilitat que la guarda dels fills es distribuís entre els cònjuges. I diverses sentències del TSJC –i també moltes altres de les audiències provincials- apuntaven els avantatges del sistema de guarda compartida, i fixaven els requisits per a establir-la o negar-la.

És transcendental la TSJC 31.7.2008, que a més de precisar l'abast del concepte de custòdia compartida –diu 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 (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.)”, va assenyalar també els seus avantatges: “la llamada "custodia compartida" o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los "conflictos de lealtades" de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos -tampoco puede afirmarse que las acentúe- y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos”. La sentència es feia ressò de la SAP Barcelona, secció 18^a, 20.2. 2007, que precisava encara més aquells avantatges: “a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres,

por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor". Finalment, la sentència també al·ludeix als inconvenients de la custòdia compartida, i als casos en què no s'hauria de concedir: "[n]o puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que *de lege ferenda* pudiera construirse en el futuro como una solución preferencial, como viene haciéndose en otros países de nuestro entorno, aunque tampoco puede afirmarse que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, que es el que inexorablemente viene imponiéndose en la gran mayoría de las sentencias dictadas en los últimos años por los Juzgados y las Audiencias Provinciales de nuestra Comunidad Autónoma. Por lo pronto, se ha dicho que la custodia compartida está llamada a satisfacer una demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Por otra parte, su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad (al respecto, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20.11.1959 recuerda que, "salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre"). Tampoco es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento -nosotros mismos nos pronunciamos en tal sentido en la STSJC 2/2007 de 26 de febrero-, en cuyo caso la ponderación de los

intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (ATC 336/2007 de 18 de julio); sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (artículo 79.2 CF). En este sentido, deben celebrarse algunas soluciones adoptadas por nuestras Audiencias Provinciales (SAP Barcelona, sección 18ª, 21.2.2008). En definitiva, en su aplicación habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares". També segueixen, en línies generals, aquesta mateixa doctrina, abans de l'aprovació del llibre segon CCCat, entre unes altres, les SsTSJ 5.9.2008, 25.6.2009, 3.3.2010 i 8.3.2010.

El llibre segon CCCat ja parteix de la base que la forma de guarda preferent és la compartida. Així es dedueix de l'article 233-8.1, que estableix que després de la crisi matrimonial la responsabilitat parental manté el caràcter compartit i, en la mesura del possible, s'ha d'exercir conjuntament, i de l'article 233-10.2, que disposa que l'autoritat judicial, a l'hora d'atribuir la guarda, ha d'atenir-se al caràcter conjunt de les responsabilitats parentals, sense perjudici que, si així convé a l'interès del fill, es pugui ordenar el seu exercici de manera individual.

El Preàmbul del llibre segon CCCat assenyala que: "[...] s'abandona el principi general segons el qual la ruptura de la convivència entre els progenitors significa automàticament que els fills han d'apartar-se d'un per a encomanar-los individualment a l'altre. Per contra, s'introdueix com norma que la nul·litat, el divorci o la separació no alteren les responsabilitats dels progenitors sobre els fills. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen, després de la ruptura, el caràcter compartit i correspon a l'autoritat judicial determinar, si no existeix acord sobre el pla de parentalitat o si aquest no s'ha aprovat, com han d'exercir-se les responsabilitats parentals i, en particular, la guarda del menor, atenint-se al caràcter conjunt d'aquestes i a l'interès superior del menor. S'estima que, en general, la coparentalitat i el manteniment de les responsabilitats parentals compartides reflecteixen materialment l'interès del fill per continuar mantenint una relació estable amb els dos progenitors. La igualtat de drets i deures entre els progenitors elimina les dinàmiques de guanyadors i perdedors, i afavoreix la col·laboració en els aspectes afectius, educatius i econòmics. Recentment,

França, Itàlia i Bèlgica han adoptat normes en aquesta direcció. Això no impedeix, no obstant això, que l'autoritat judicial hagi 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 han de ponderar-se conjuntament per a determinar el règim i la forma d'exercir la guarda”.

5.1.3.2. Criteris per a determinar la forma de guarda

L'article 233-11.1 enumera una sèrie de criteris que haurà de tenir en compte el jutge a l'hora de determinar el règim i la manera d'exercir la guarda. Per descomptat, el jutge també haurà d'atendre a les propostes de pla de parentalitat presentades pels cònjuges, però tals propostes, fins i tot encara que existeixi acord entre els cònjuges, no vinculen absolutament al jutge. Si el pla de parentalitat ha estat acordat pels cònjuges, el jutge no l'aprovarà si, ateses les circumstàncies enumerades en l'article 233-11.1, observa que és perjudicial per als fills. Si no hi ha acord entre els cònjuges, els criteris de l'article 233-11.1 haurien de ser ponderats conjuntament pel jutge a l'hora de prendre la decisió, tenint en compte així mateix les respectives propostes de pla de parentalitat.

Les circumstàncies a tenir en compte són les següents:

a. “La vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors, i també les relacions amb les altres persones que conviuen a les llars respectives”. El precepte al·ludeix, per tant, no solament a la vinculació entre els fills i els seus progenitors, que cabria pressuposar, sinó a la relació amb altres persones que puguin viure en el mateix domicili, fonamentalment a les noves parelles dels progenitors i els fills d'aquests (en menor mesura, als ascendents de la nova parella). Ha de tenir-se en compte que l'article 236-14.1 concedeix un paper rellevant a la figura del padastre o madrastra, a l'establir que “[e]l cònjuge o convivent en parella estable del progenitor que en cada moment té la guarda del fill té dret a participar en la presa de decisions sobre els assumptes relatius a la seva vida diària”.

b. “L’aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d’acord amb la seva edat”. Es fa referència doncs ja no a l’element afectiu, com en la lletra anterior, sinó a aspectes més materials, no sempre purament econòmics. La falta d’ocupació no és un factor insalvable per a l’atribució de la guarda, sinó únicament en la mesura que impedeixi garantir el benestar dels fills. Quant a l’entorn “adequat”, no és equivalent a un ambient de riquesa i luxe, sinó que guarda relació directa amb la possibilitat de rebre una bona formació com a persona. Tan nociu per al menor podria resultar un entorn en què la pobresa anés associada a la delinqüència, com un entorn de luxe excessiu.

c. “L’actitud de cadascun dels progenitors per a cooperar amb l’altre a fi d’assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d’aquests amb els dos progenitors”. Mentre l’apartat anterior parla d’aptitud, el present es refereix a l’actitud, és a dir, a la predisposició per a ajuntar esforços en benefici dels fills.

d. “El temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l’atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per a procurar-los el benestar”. Amb això diguem que es ve “a premiar” al progenitor que havia dedicat més atenció als fills abans de la ruptura, per exemple, els duia al col·legi, al metge o ajudava a fer les tasques escolars.

e. “L’opinió expressada pels fills”. Tingui’s en compte la regla general de l’article 211-6.2: “El menor d’edat, d’acord amb la seva edat i capacitat natural i, en tot cas, si ha complert dotze anys, té dret a ser informat i escoltat abans que es prengui una decisió que afecti directament a la seva esfera personal o patrimonial”. Lògicament, el règim de guarda és una qüestió que afecta molt directament al fill, per la qual cosa sempre, tenint en compte la seva edat i maduresa, tindrà dret a ser escoltat a l’hora de decidir sobre aquesta qüestió.

f. “Els acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d’iniciar-se el procediment”. Cap suposar que tal acord no s’ha plasmat en el pla de parentalitat, pel que, davant la disparitat dels plans de cada progenitor,

la llei concedeix una especial rellevància als acords previs a què haguessin arribat. Lògicament, igual que ocorre respecte al pla de parentalitat acordat per ambdós progenitors, el jutge solament els tindrà en compte si tals pactes respecten l'interès dels fills.

g. “La situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i activitats dels fills i dels progenitors”. És obvi que si els domicilis dels progenitors estan allunyats, això no facilitarà la guarda compartida, ni tampoc un règim de visites freqüent amb l'altre progenitor. Així mateix, els horaris, sobretot dels pares, també podran condicionar el règim de guarda; pensi's per exemple en un progenitor que treballa a la nit, o finalitza la seva jornada laboral quan els fills ja haurien d'estar ficats al llit.

Els criteris que acabem d'assenyalar condicionaran al jutge a l'hora de decidir sobre el règim de guarda. Però, a més, l'article 233-11, en els seus apartats segon i tercer, estableix dues regles. Una d'elles és imperativa: “En interès dels fills, no pot atribuir-se la guarda al 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 ser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc pot atribuir-se la guarda al progenitor mentre hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ser víctimes directes o indirectes”; per tant, el precepte equipara la sentència “ferma” amb “els indicis fonaments” de violència domèstica, ha d'entendre's tant respecte als propis fills (“víctimes directes”) com respecte a l'altre progenitor (“víctimes indirectes”). La segona regla no és tan absoluta: “en l'atribució de la guarda, no poden separar-se els germans, tret que les circumstàncies ho justifiquin”.

D'acord amb la norma general de l'article 236-3.1, segons la qual l'autoritat judicial pot adoptar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial als fills en potestat, l'article 233-13.1 preveu que “[l]a autoritat judicial pot adoptar, per raons fonamentades, mesures perquè les relacions personals del menor amb el progenitor que no exerceix la guarda o amb els avis, germans o altres persones pròximes es desenvolupin en

condicions que en garanteixin la seguretat i l'estabilitat emocional". I afegeix l'article 233-13 en el seu segon apartat que "[s]i hi ha una situació de risc social o perill, es pot confiar la supervisió de la relació a la xarxa de serveis socials o a un punt de trobada familiar".

5.1.4. Les relacions personals dels fills amb els avis i germans

5.1.4.1. El paper dels avis i els germans en la guarda dels menors

Els avis ocupen un paper important en la guarda dels seus néts. Davant les ocupacions laborals dels progenitors, els avis són moltes vegades els encarregats de portar a terme algunes funcions que aquells no poden ocupar a causa d'aquestes ocupacions. Ja no es tracta d'un mer contacte, visita o relació personal entre avis i néts, sinó que es pot parlar fins i tot d'una "guarda de fet", que pot abastar des de la recollida dels seus néts al col·legi, la pernoctació ocasional d'aquests en la seva casa, o fins i tot que els néts passin alguna temporada amb els avis, per exemple, en l'època de les seves vacances escolars que no coincideixi amb les vacances laborals dels progenitors.

En canvi, els germans majors d'edat no acostumen a tenir una funció tan rellevant en la guarda dels menors; lògicament, les seves ocupacions universitàries o laborals els impediran tenir una relació que vagi molt més allà de la simple visita.

5.1.4.2. El règim de relacions personals amb avis i germans

L'article 233-12.1 estableix que "[s]i els cònjuges proposen un règim de relacions personals dels seus fills amb els avis i amb els germans majors d'edat que no convisquin en la mateixa llar, l'autoritat judicial pot aprovar-lo, prèvia audiència dels interessats i sempre que aquests donin el seu consentiment". S'ha de matisar, en primer lloc, que el precepte parla de relacions "personals", concepte ampli i ambigu que permet anar més enllà del simple règim de visites. El precepte exigeix, perquè puguin establir-se aquestes relacions personals, els següents requisits:

a. La proposta dels cònjuges. No sembla que s'hagi d'exigir el "comú acord" entre els cònjuges, sinó que és possible que aquesta petició es realitzi unilateralment en cada pla de parentalitat. Tingui's en compte que en aquesta matèria l'acord seria en moltes ocasions difícil d'aconseguir, si es té en compte que el nivell de contacte o fins i tot d'afectivitat no és sempre el mateix en ambdues línies. Si els cònjuges no fan tal proposta, poden els avis sol·licitar al jutge un règim de visites? Sembla que si, conforme a l'article 236-4.2: "Els fills tenen dret a relacionar-se amb els avis, germans i altres persones pròximes, i tots aquests tenen també el dret de relacionar-se amb els fills. Els progenitors han de facilitar aquestes relacions i solament poden impedir-les si hi ha una causa justa". El recurs a l'autoritat judicial per part dels avis sorgiria quan els progenitors es neguessin a facilitar aquestes relacions.

b. El consentiment dels interessats. Significa això que la proposta dels cònjuges ha de comptar amb l'aprovació de tots els avis i germans? Entenem que no. El consentiment ha de referir-se no a la proposta en el seu conjunt, sinó a la conformitat de cada avi o germà amb el seu concret règim de relacions amb el menor.

c. L'aprovació de la proposta per l'autoritat judicial, "prèvia audiència dels interessats". El jutge tindrà en compte l'interès del menor, i l'opinió de progenitors, avis i germans.

5.2. L'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar

5.2.1. Habitatge familiar i dret d'ús sobre la mateixa

Com va posar en relleu la SAP Barcelona (secció 18ª) 21.11.2000, invocant la STS 31.12.1994, l'habitatge familiar és "un bé familiar, no patrimonial, al servei del grup o ens pluripersonal que en ella s'assenta, sigui qui sigui el propietari". Aquesta naturalesa "especial" de l'habitatge familiar es posa de manifest tant durant la durada de la convivència –exigint determinats requisits als actes dispositius que recaiguin sobre ella, article 231-9-, com

després de la crisi matrimonial, al poder constituir-se un dret d'ús sobre la mateixa fins i tot contra la voluntat del propietari de l'habitatge.

La SAP Barcelona (secció 18ª) 18.9.1998 va recollir algunes definicions de l'habitatge familiar: “aquella que constitueix l'àmbit habitual de desenvolupament de les relacions conjugals i de filiació”; “el lloc on es desenvolupa la convivència familiar”; o “el lloc on resideixen els cònjuges i els seus fills habitualment”. Vegi's també la SAP Barcelona (secció 18ª) 29.7.2002, que dóna un concepte d'habitatge familiar com “aquella finca en la qual el matrimoni i els fills, durant la convivència, hagin establert per voluntat pròpia com a residència personal i seu de les activitats socials i econòmiques”.

L'ús [de l'habitatge familiar] al que es refereixen els articles 233-20 et seq. s'ha d'emmarcar dintre del dret d'ús regulat en els articles 562-6 et seq. L'article 562-7 regula el dret d'ús d'un habitatge que, a diferència del dret d'habitació, no ve en la seva extensió limitat per les necessitats de l'usuari, sinó que s'estén a la totalitat de l'habitatge, fins i tot les dependències i drets annexos.

5.2.2. Criteris per a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar

L'article 233-20 estableix que l'ús de l'habitatge familiar correspondrà al cònjuge que acordin les parts, i, a manca d'acord, serà l'autoritat judicial la qual decideixi.

5.2.2.1. L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per acord de les parts

L'article 233-20 comença dient que el primer criteri per a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar –i el seu parament- és l'acord dels cònjuges. En qualsevol cas, aquest acord haurà de ser aprovat per l'autoritat judicial. Si el procediment és de mutu acord, l'article 233-2.3.b) preveu que el conveni regulador també ha de contenir l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar i del parament domèstic; serà per tant el conveni regulador el que plasmarà tal acord sobre l'habitatge. Però també si el procediment és contenciós, pot tenir eficàcia l'acord dels cònjuges. Així, l'acord pot derivar-se de la falta d'oposició en el procediment contenciós. Així mateix, l'acord es podrà haver plasmat, conforme a l'article 233-21.3, en un pacte en previsió de

ruptura matrimonial (article 231-20) o en un pacte adoptat després de la ruptura matrimonial que no formi part del conveni regulador (article 233-5).

En qualsevol cas, com diem, l'acord de les parts ha de ser aprovat per l'autoritat judicial. Si s'ha incorporat a un conveni regulador, l'article 233-3.1 exigeix per a l'aprovació que el pacte sigui conforme a l'interès del menor. I respecte als pactes que no formin part d'un conveni regulador, l'article 233-21.3 estableix que no seran eficaços si perjudiquen l'interès dels fills, ni tampoc, si comprometen "les possibilitats d'atendre a les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús".

Els cònjuges poden pactar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a un d'ells, i també poden acordar "la distribució de l'ús de l'habitatge per períodes determinats" (article 233-20.1.fi). No estem en aquest últim cas davant un ús "compartit" de l'habitatge familiar, sinó davant una distribució temporal de l'ús de l'habitatge, és a dir, que en determinats períodes l'habitatge l'utilitzi un cònjuge, i en determinats períodes l'altre cònjuge.

Aquesta distribució temporal de l'ús de l'habitatge pot presentar avantatges per als fills, que no haurien de canviar contínuament de domicili. No obstant això, els inconvenients són notables: s'han de tenir disponibles tres habitatges, el familiar i el que ocupin cadascun dels cònjuges quan no estiguin en el domicili familiar; i el tràfec que ocasiona que a més dels cònjuges puguin ocupar l'habitatge les noves parelles o els familiars de cadascun d'ells.

Respecte a la possibilitat de pactar un ús compartit de l'habitatge familiar, la STSJC 18.1.2010 va declarar que "encara que sigui anòmal el pacte en el qual, després de la ruptura matrimonial, els ex-consorts acordin seguir habitant en el mateix habitatge, atès que el cessament de la convivència sol ser consubstancial a les institucions jurídiques de la separació conjugal i del divorci, no és il·legal, com abans s'ha apuntat, doncs és perfectament viable i possible, sobre la base que ambdós ex-esposos es trobin en tal situació i la mateixa no resulti perjudicial per als fills d'aquests"; no obstant això, afegeix la sentència que "n'hi ha prou que un dels dos ex-esposos no vulgui continuar convivint amb l'altre –tot i haver-lo ambdós convingut i s'ha d'haver aprovat judicialment per sentència de divorci–, amb independència que existeixi o no conflicte en la convivència quotidiana i del pacte anterior referent a la qüestió, perquè s'estimi que concorre una circumstància de modificació de la mesura en el seu moment acordada".

L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar constitueix un mitjà de satisfer els aliments als fills comuns que convisquin amb el beneficiari de l'ús, i també una manera de pagament de la prestació compensatòria (article 233-20.1). En aquesta mateixa línia, l'article 233-20.7 estableix que “[l]a atribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany en tot o en part al cònjuge que no n'és beneficiari, s'ha de ponderar com a contribució en espècie per a la fixació dels aliments dels fills i de la prestació compensatòria que eventualment meriti l'altre cònjuge”. Observem per tant que aquest últim precepte ve referit exclusivament al cas que l'ús de l'habitatge s'atribueixi al cònjuge no propietari, en tot o en part. En qualsevol cas, d'una interpretació conjunta d'ambdós preceptes s'arriba a la conclusió que l'atribució de l'ús de l'habitatge té un indubtable valor econòmic, que haurà de tenir-se en compte a l'hora de fixar l'aportació de cada cònjuge per als aliments dels fills, o la prestació compensatòria.

Suposem per exemple que el cònjuge creditor de la pensió és el propietari de l'habitatge i té atribuït el seu ús. Encara que pugui semblar que, des d'un punt de vista estrictament econòmic, això no suposa cap atribució per part del cònjuge deutor –el creditor es queda amb el que és seu-, la veritat és que el cònjuge creditor veu amb tal atribució disminuïdes les seves necessitats, amb la qual cosa la pensió a rebre serà inferior que si no tingués tal ús.

5.2.2.2. L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per decisió judicial

Si no s'arriba a l'acord entre els cònjuges, o si el seu acord no és aprovat per l'autoritat judicial, serà aquesta qui decideixi sobre aquesta qüestió (article 233-20.2). L'article 233-20, al regular aquesta qüestió, parteix de la base que l'ús s'atribuirà a un o altre cònjuge, i no contempla la possibilitat de distribució de l'ús de l'habitatge per períodes determinats, a diferència del que, com hem vist, preveu l'article 233-20.1.fi quan diu que l'ús es determina per l'acord dels cònjuges. Es tracta d'un supòsit tan excepcional que, probablement, el Legislador solament ha volgut preveure'l per a quan els cònjuges estiguin d'acord al respecte; es fa difícil, per tant, que el jutge pugui establir una distribució temporal de l'ús si no ho demanen de comú acord els cònjuges.

Els criteris que el jutge haurà de tenir en compte a l'hora d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar a un o altre cònjuge són els següents:

1. L'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, "preferentment, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta" (article 233-20.2).

Es poden fer al respecte diverses matisacions. En primer lloc, que no es tracta d'un criteri absolut, com es desprèn del terme "preferentment", i del que es disposa en els apartats següents de l'article 233-20 als quals seguidament farem referència; ja la SAP Barcelona, secció 12^a, 3.3.2003, va assenyalar, en relació a l'article 83.2, que utilitzava la mateixa expressió, que "[l]adverbi "preferentment" indica que no és estrictament obligatori atribuir l'ús a qui ostenta la guarda i custòdia del fill menor". D'altra banda, l'atribució es fa no als fills, sinó al "progenitor", el que pot resultar rellevant als efectes de la inscripció registral del dret d'ús. S'atén als fills "comuns" –per tant, no als fills d'un solament dels cònjuges que puguin conviure en la llar familiar-, sempre que estiguin en règim de guarda, això és, si són menors d'edat o sent majors es troben en situació de potestat parental prorrogada. Per tant, no sembla que es tingui en compte als fills majors d'edat que visquin en l'habitatge familiar; en aquest cas, com veurem, l'ús de l'habitatge s'atribuirà al cònjuge més necessitat (article 233-20.3.b).

2. No obstant això, el jutge podrà atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge "més necessitat", en els següents casos:

a. Si la guarda dels fills queda "compartida o distribuïda" entre els progenitors (article 233-20.3.a). En aquest cas, no serveix el criteri de l'article 233-20.2, perquè la guarda la tenen ambdós cònjuges; per això, la llei estableix un altre criteri: el cònjuge "més necessitat". La idea de necessitat té una connotació eminentment econòmica, sense perjudici que puguin valorar-se a més altres circumstàncies personals, familiars, professionals o socials (entre elles, per exemple, l'estat de salut, l'edat, el treball o l'atenció a familiars). Es posa de manifest, d'altra banda, que el Legislador descarta la distribució temporal de l'ús en aquests casos de guarda "compartida" o "distribuïda" (termes que han d'interpretar-se com sinònims).

b. Si els cònjuges no tenen fills o aquests són majors d'edat (article 233-20.3.b), encara que aquests no siguin econòmicament independents respecte als seus progenitors. Tampoc serveix en aquest cas, per tant, el criteri del cònjuge que tingui la guarda dels fills, perquè no existeixen fills sotmesos a la potestat parental.

c. "Si malgrat correspondre-li l'ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills és previsible que la necessitat del cònjuge es perllongui després d'arribar els fills la majoria d'edat" (article 233-20.3.c). El precepte és difícilment comprensible, atès que si el cònjuge "necessitat" és qui ja té la guarda dels fills, el criteri de la necessitat és irrellevant, en virtut del disposat en l'article 233-20.2. La norma pot trobar el seu sentit si s'entén que en aquest cas l'atribució de l'ús de l'habitatge no cessarà quan els fills deixin d'estar sota la potestat parental, sinó que es perllongarà mentre duri la situació de necessitat.

El Preàmbul ho aclareix una mica: "[...] si malgrat correspondre a un cònjuge l'ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills és previsible que la necessitat d'aquest es perllongui després d'arribar els fills a la majoria d'edat, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar pot fer-se inicialment per aquest concepte".

d. En els tres casos de l'article 233-20.3 no es trenca la regla general d'atribució al cònjuge que tingui la guarda dels fills. Sí es trenca aquesta regla general, no obstant això, en el cas previst en l'article 223-20.4: "Excepcionalment, encara que hi hagi fills menors, l'autoritat judicial pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge que no en té la guarda si és el més necessitat i el cònjuge a qui correspon la guarda té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills". S'ha de remarcar el caràcter excepcional de la norma, que s'aplicarà a supòsits d'extrema desigualtat econòmica entre els progenitors, i que requerirà en qualsevol cas que això no sigui contrari a l'interès dels fills.

En aquests quatre casos en què l'ús de l'habitatge s'atribueix al cònjuge més necessitat, aquesta atribució és temporal, susceptible de pròrroga també temporal si es manté la situació de major necessitat (article 223-20.5).

Diu el Preàmbul que “[v]ol posar-se fre a una jurisprudència excessivament inclinada a dotar de caràcter indefinit l’atribució, en detriment dels interessos del cònjuge titular”; per tant, quan els fills surtin de la potestat parental, l’atribució de l’ús de l’habitatge al cònjuge no titular serà en tot cas temporal. La pròrroga “S’ha de sol·licitar, com a màxim, sis mesos abans del venciment del termini fixat i s’ha de tramitar pel procediment establert per a la modificació de mesures definitives”, això és, el de l’article 775 LEC (article 223-20.5.fi). La qüestió de si pugues haver només una pròrroga (com ho pugui donar a entendre el singular dels articles 233-20.5 i 233-24.2.d), o varies, la resol el Preàmbul en aquest últim sentit: “En tot cas, l’atribució per raó de la necessitat és sempre temporal, sense perjudici que es puguin instar les pròrrogues que procedeixin”.

Finalment, l’article 233-20.6 estableix que “[l]a autoritat judicial pot substituir l’atribució de l’ús de l’habitatge familiar per la d’altres residències si són idònies per a satisfer la necessitat d’habitatge del cònjuge i els fills”. El plural (“residències”) indueix a confusió, i ha d’entendre’s en el sentit que, a petició del cònjuge propietari dels habitatges, podrà atribuir-se, com a habitatge familiar o coma habitatge del cònjuge més necessitat, no l’antic habitatge familiar, sinó algun altre habitatge.

5.2.3. Exclusió i límits a l’atribució de l’ús de l’habitatge

5.2.3.1. Exclusió

Existeixen dos supòsits concrets en els quals, conforme a l’article 233-21.1, el jutge, a instància d’un dels cònjuges, podrà no atribuir l’habitatge familiar a cap d’ells:

a. “Si el cònjuge que seria beneficiari de l’ús per raó de la guarda dels fills té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d’habitatge i la dels fills”. S’observa un paral·lelisme amb el supòsit previst en el art, 233-20.4, amb dos importants diferències: no se sol·licita l’atribució de l’ús de l’habitatge, sinó l’exclusió de la seva atribució a l’altre cònjuge, i no s’al·ludeix a la situació de necessitat.

b. “Si el cònjuge que hauria de cedir l’ús pot assumir i garantir suficientment el pagament de les pensions d’aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l’altre cònjuge en una quantia que cobreixi a bastament les necessitats d’habitatge d’aquests”. Es tracta, per tant, que en lloc d’atribuir l’ús de l’habitatge s’assigni una quantitat de diners que permeti cobrir tal necessitat, el que haurà d’estar “suficientment garantit”.

5.2.3.2. Límits a l’atribució judicial de l’ús de l’habitatge familiar

Fins a ara s’ha partit de la base que l’habitatge familiar pertanyia a un o a ambdós cònjuges. Però pot ocórrer també que els cònjuges no ocupin l’habitatge en virtut d’un títol de propietat, casos en els quals l’article 233-21.2 condiona, com és lògic, els efectes de l’atribució a la subsistència del títol. El cas més freqüent és quan l’habitatge familiar s’ocupa en virtut d’un contracte d’arrendament. Si l’atribució judicial de l’ús es realitza a favor del cònjuge no arrendatari, l’article 15.1 LAU estableix que aquest podrà continuar en l’ús de l’habitatge arrendat quan li sigui atribuïda pel jutge. La SAP Barcelona, secció 4^a, 8.3.2006, va declarar que “[...] l’article 15 LAU no eleva al cònjuge atributari a la categoria de subrogat en la posició contractual de l’arrendatari sinó que únicament permet seguir considerant al cònjuge separat legalment o divorciat com a posseïdor material de l’habitatge amb base en el títol arrendaticí del seu consort”; per tant, l’arrendador haurà de continuar dirigint-se contra el cònjuge arrendatari, i no contra l’ocupant de l’habitatge, i l’extinció del dret de l’arrendatari implicarà que al cònjuge ocupant hagi d’abandonar l’habitatge. L’article 233-31.2 també contempla el cas que l’habitatge familiar s’ocupi per la mera tolerància del propietari, cas en el qual els efectes de l’atribució judicial del seu ús acaben quan l’amo reclama la restitució de l’habitatge”.

5.2.4. Règim del dret ús de l’habitatge familiar

5.2.3.1. Obligacions i despeses de l’habitatge familiar

Al dret d’ús de l’habitatge familiar li seran d’aplicació els preceptes que regulen el dret real d’ús. Així, conforme a l’article 562-6, el dret d’ús donarà dret a utilitzar l’habitatge en la mesura establerta pel títol de constitució i, en defecte d’això, de manera suficient per a atendre les necessitats del seu titular i dels

fills que amb ell visquin. El dret s'estén a la totalitat de l'habitatge i comprèn les dependències i annexos (article 562-7).

Quant als deutes generats per l'habitatge, l'article 233-23.1 regula el pagament de les obligacions concretes per raó de la seva adquisició o millora, incloses les assegurances vinculades a aquesta finalitat, i estableix que s'han de satisfer conformement al disposat en el títol constitutiu (de l'obligació o de la garantia). Així, per exemple, si s'ha constituït una hipoteca, serà el cònjuge o els cònjuges que l'hagin subscrit els qui estaran obligats al pagament de l'obligació garantida (es recull, en aquest sentit, la doctrina de la SAP Barcelona, secció 18ª, 29.6.2004). Això no deixa de ser lògic, atès que es tracta d'obligacions que afecten a la titularitat de l'habitatge.

Distint és en canvi el tracte que es dóna a les despeses derivades de l'ús de l'habitatge, que són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús, tal com disposa l'article 233-23.2: "Les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació de l'habitatge, inclosos els de comunitat i subministraments, i els tributs i les taxes d'import anual corren a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús".

5.2.3.2. Aspectes registrals i protecció de tercers

Afirmada la naturalesa real del dret d'ús de l'habitatge familiar, és coherent l'article 233-22, que permet al cònjuge titular la seva inscripció en el Registre de la Propietat. Una vegada extingit tal dret, el cònjuge titular de l'habitatge podrà demanar la cancel·lació registral del dret d'ús (article 233-24.3.fi).

L'article 233-25 estableix que "El propietari o titular de drets reals sobre l'habitatge familiar en pot disposar sense el consentiment del cònjuge que en tingui l'ús i sense autorització judicial, sense perjudici del dret d'ús". L'adquirent quedarà gravat amb el dret d'ús, sempre que no es tracti d'un tercer adquirent a títol oneros i de bona fe; en conseqüència, el cònjuge titular del dret d'ús haurà de procedir a la inscripció del seu dret en el Registre de la Propietat si vol

oposar el seu dret a tercers adquirents. No s'alteren, per tant, els principis generals de la fe pública registral.

5.2.5. Extinció del dret d'ús

L'article 233-24 enumera les causes per les quals s'extingeix el dret d'ús de l'habitatge, i distingeix diversos supòsits:

a. Si els cònjuges han pactat les causes d'extinció, el dret d'ús s'extingeix automàticament quan té lloc la causa en qüestió (article 223-24.1).

b. A més de per les causes pactades, el precepte enumera una sèrie de causes legals d'extinció del dret d'ús, distingint si l'ús de l'habitatge es va atribuir per raó de la guarda dels fills, o per la necessitat del cònjuge. En el primer cas, l'article 233-24.1 estableix que el dret d'ús s'acabarà quan s'extingeixi la guarda dels fills, el que tindrà lloc, per regla general, en arribar aquells a la majoria d'edat.

c. Si el dret d'ús es va atribuir amb caràcter temporal per la situació de necessitat del cònjuge, s'extingeix per les següents causes previstes en l'article 233-24.2 –que guarden un evident paral·lelisme amb les que donen lloc a l'extinció de la prestació compensatòria, article 233-19.1:

1. Per millora de la situació econòmica del cònjuge beneficiari de l'ús o per empitjorament de la situació econòmica de l'altre cònjuge, si això ho justifica. Per tant, el canvi en la posició econòmica que justifiqui l'extinció del dret d'ús ha de ser substancial.

2. Per matrimoni o per convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb altra persona.

3. Per la defunció del cònjuge beneficiari de l'ús.

4. Pel venciment del termini pel qual es va establir o, si escau, de la seva pròrroga.

Una vegada extingit el dret d'ús, el cònjuge que és titular de l'habitatge pot recuperar la seva possessió en execució de la sentència que hagi acordat el dret d'ús o de la resolució ferma sobre la durada o extinció d'aquest dret (article 233-24.3).

5.3. La prestació compensatòria

5.3.1. Concepte i fonament

Els articles 233-14 a 233-19 regulen la denominada “prestació compensatòria”, que té dret a sol·licitar aquell dels cònjuges la situació econòmica del qual es vegi empitjorada a conseqüència de la ruptura de la convivència. La STSJC 27.5.2010 la va configurar com “una institució que perllonga la solidaritat matrimonial després de la ruptura de la convivència, a fi d'equilibrar en la forma més equitativa possible la situació econòmica en què queda el cònjuge més perjudicat econòmicament per la nul·litat, separació o divorci, en relació amb la que mantenia constant la relació matrimonial (STSJC 8/2006 de 27 febrer), si bé amb una vocació inequívoca de caducitat, en la mesura que així ho indica la fixació legal d'una sèrie de causes que poden produir la seva extinció, bé per motius contemplats al temps de la seva constitució -fixació d'un termini- o bé per causes sobrevingudes relacionades amb la seva naturalesa i funció reequilibradora (STSJC 47/2003 de 11 desembre)” (en termes anàlegs, la STSJC 26.3.2012). El fonament de la institució no deixa de ser discutit. Si es produeix la ruptura de la convivència –i en els casos de nul·litat i divorci la ruptura del vincle matrimonial-, és qüestionable una institució que tendeix a perllongar l'estatus econòmic que es tenia durant el matrimoni, fins i tot de manera indefinida (article 233-17.4), que no es limita a un simple dret d'aliments, i que prescindeix de tota consideració de culpabilitat; així, per exemple, el cònjuge que abandona la llar i després sol·licita el divorci podrà ser compensat pel perjudici econòmic que la nova situació li produeix.

En el Preàmbul de la Llei 25/2010 es justifica el canvi de nomenclatura de la institució, al parlar no de “pensió” compensatòria com feia el CF, sinó de “prestació

compensatòria, pel fet “de generalitzar-se la possibilitat de pagament en forma de capital”. Així mateix, es justifica el manteniment de la institució: “Certament, molts divorcis afecten a matrimonis de durada mitja bastant breu i a persones relativament joves, pel que, en general, o bé ambdós perden de forma semblant o bé la convivència conjugal no ha compromès irremeiablement les oportunitats econòmiques de cap d’ells. Això no ha dut, no obstant això, a alterar essencialment la configuració legal de la prestació compensatòria. S’ha tingut en compte que la incorporació de la dona al mercat de treball no ha anat paral·lela, a la pràctica, a un repartiment de les responsabilitats domèstiques i familiars entre els dos cònjuges i que en bastants casos l’activitat laboral o professional d’un dels cònjuges se supedita encara a la de l’altre, fins al punt que, en determinats nivells educatius i de renda, continua sent habitual que un dels cònjuges, típicament la dona, abandoni el mercat de treball al contreure matrimoni o al tenir fills. Ambdues circumstàncies abonen reconèixer el dret a prestació compensatòria vinculant-lo al nivell de vida que es gaudia durant el matrimoni, si bé donant prioritat al dret d’aliments dels fills i fixant la quantia d’acord amb els criteris que la pròpia norma detalla”.

Com es posarà en relleu més endavant, la prestació compensatòria pot atribuir-se en forma de capital, o en forma de pensió; en aquest últim cas, la regla general és que té caràcter temporal (article 233-17.4).

5.3.2. Requisites

Perquè el jutge concedeixi la prestació compensatòria es precisen els següents requisits (article 233-14.1):

a. El desequilibri patrimonial en un dels cònjuges, que resulta perjudicat en la seva situació econòmica com a conseqüència de la ruptura de la convivència. Per tant, per a tenir dret a la prestació compensatòria no s’exigeix que el cònjuge creditor no tingui ingressos, o que aquests no siguin suficients per a viure, sinó que es tracta d’apreciar si existeix un desequilibri econòmic entre la situació que tenia durant el matrimoni i la que tindrà des de la cessació de la convivència. Es tracta, per tant, de mantenir, en la mesura de la possible, el nivell de vida que es tenia durant el matrimoni, a costa de l’antic cònjuge.

b. La possibilitat per part del cònjuge deutor, que ha de fer front al pagament de la prestació, tenint en compte que el dret d'aliments dels fills, tant si són menors com si són ja majors, és prioritari.

c. La petició: la prestació compensatòria no la pot concedir el jutge d'ofici, sinó que ha de sol·licitar-se, pel cònjuge perjudicat, en el primer procés matrimonial.

d. A més, si la ruptura de la convivència té lloc per la declaració de nul·litat del matrimoni, el cònjuge que sol·liciti la prestació ha de ser de bona fe.

Una novetat remarcable del CCCat enfront del CF és que l'acció per a reclamar la prestació no s'extingeix per la mort del cònjuge deutor. Diu l'article 233-14.2 que “[s]i un dels cònjuges mor abans que passi un any des de la separació de fet, l'altre, en els tres mesos següents a la mort, pot reclamar als hereus el seu dret a la prestació compensatòria. La mateixa regla s'ha d'aplicar si el procediment matrimonial s'extingeix per la mort del cònjuge que l'hauria de pagar”. Ara bé, ha de tenir-se en compte que en aquest cas és possible que, si el règim és de separació, el cònjuge creditor ja hagi percebut del patrimoni hereditari la compensació econòmica per raó de treball (article 232-5.5), i que ja no existirà la font d'ingressos consistent en els salaris del cònjuge deutor.

5.3.3. Quantia i durada de la prestació compensatòria

Conforme a l'article 233-16.1, les parts poden pactar, en previsió de la ruptura matrimonial, la quantia i la durada de la prestació compensatòria, pacte l'eficàcia del qual estarà condicionat al que disposa l'article 231-20.

A manca de pacte, i també en defecte d'acord de les parts en el conveni regulador, serà l'autoritat judicial la que fixarà la quantia i durada de la prestació. L'article 233-15 estableix que haurà de valorar especialment les següents circumstàncies:

a. “La posició econòmica dels cònjuges, tenint en compte, si escau, la compensació econòmica per raó de treball o les previsibles atribucions derivades de la liquidació del règim econòmic matrimonial”. S'atén per tant al

patrimoni actual dels cònjuges, i als presumibles increments que aquell experimentarà a conseqüència de la liquidació del règim econòmic del matrimoni.

b. “La realització de tasques familiars o altres decisions preses en interès de la família durant la convivència, si això ha reduït la capacitat d’un dels cònjuges per a obtenir ingressos”. En conseqüència, el que és rellevant no és els ingressos que s’han deixat d’obtenir durant la convivència –això podrà donar lloc a la compensació econòmica per raó de treball si el règim és de separació-, sinó la reducció de la capacitat per a obtenir nous ingressos després del cessament de la convivència si això ha vingut motivat per la dedicació a les tasques familiars.

c. “Les perspectives econòmiques previsibles dels cònjuges, tenint en compte llur edat i estat de salut i la manera com s’atribueix la guarda dels fills comuns”. Es té en compte ja no el patrimoni actual dels cònjuges, sinó els previsibles ingressos que pugui tenir en el futur. S’al·ludeix a tres circumstàncies que poden condicionar aquests ingressos –edat, estat de salut i dedicació als fills-, si bé s’omet la que és potser la circumstància més determinant a l’hora de poder obtenir uns ingressos, com és la qualificació professional. D’altra banda, el tenor ampli del precepte –que parla de “perspectives econòmiques”- permet apreciar no solament els ingressos, sinó les necessitats dels cònjuges, per a la determinació dels quals serà especialment rellevant la seva edat i estat de salut.

d. “La durada de la convivència”. Es tracta d’una circumstància que no atén al futur, sinó al passat, pel que concordaria més amb la compensació econòmica dels articles 232-5 et seq. que no amb la prestació compensatòria. Es tracta de modular tant la quantia com la durada de la prestació conforme a criteris de justícia, per a evitar el frau que podria donar lloc que el simple fet d’haver estat casat, encara que sigui per poc temps, es pugui tenir dret a una prestació d’extensa quantia i durada si s’atén exclusivament al nivell de vida durant el matrimoni i als ingressos dels cònjuges. En qualsevol cas, si s’intenta donar

rellevància als aspectes “remuneratoris”, possiblement hagués estat convenient al·ludir també a la dedicació a la família durant el temps de convivència.

e. “Les noves despeses familiars del deutor, si escau”. Es contempla la possibilitat que el deutor de la pensió pugui constituir una nova família, i per tant hagi d’atendre a noves despeses. Si és el creditor qui la constitueix, l’article 233-19.1.b) preveu l’extinció de la pensió en cas de matrimoni o convivència marital amb altra persona; es tracta aquest últim d’un concepte més ampli que el d’haver constituït una parella estable –per exemple, la convivència marital durant tres mesos amb altra persona-, però no és suficient per a entendre cobert el cas que el creditor pugui tenir fills a conseqüència d’una relació purament ocasional.

En qualsevol cas, aquest elenc de circumstàncies que hem enumerat no és exhaustiu, com de dedueix del fet que aquestes circumstàncies són les que han de valorar-se “especialment”, expressió que deixa oberta l’apreciació d’altres causes.

5.3.4. Pagament de la prestació compensatòria

L’article 233-17.1 comença dient que “[l]a prestació compensatòria pot atribuir-se en forma de capital, ja sigui en béns o en diners, o en forma de pensió”. D’entrada pot sorprendre que es permeti pagar en forma de capital, perquè això sembla canviar la seva naturalesa. Efectivament, si la prestació compensatòria està destinada a atendre les necessitats que puguin venir en el futur, sempre amb un límit temporal, sembla el lògic el seu pagament periòdic, mentre es mantinguin aquestes necessitats. En canvi, si es paga en forma de capital, es tendeix a atorgar-li un caràcter remuneratori per la dedicació prestada, a l’independitzar-se de les vicissituds del futur –per exemple, la falta de necessitat, o el matrimoni que donaria lloc a l’extinció de la pensió–.

El pagament en forma de capital o en forma de pensió es decidirà per l’acord dels cònjuges. Mancant l’acord, “l’autoritat judicial ha d’emetre una resolució sobre la modalitat de pagament atenent a les circumstàncies del cas i, especialment, a la composició del patrimoni i als recursos econòmics del

cònjuge deutor” (article 233-17.1.fi); així, per exemple, si el deutor no té un salari, però sí cert patrimoni, sembla aconsellable el pagament d'un capital.

Conforme a l'article 233-17.2, “[e]n cas d'atribució en forma de capital, l'autoritat judicial, a petició del cònjuge deutor, pot ajornar el pagament o ordenar que es faci a terminis, amb un venciment màxim de tres anys i amb import de l'interès legal a contar del reconeixement”. Es tracta d'una norma similar a la de l'article 232-8.2 en matèria de compensació econòmica. Si, mentre està pendent el pagament d'algun dels terminis, té lloc alguna causa d'extinció de la prestació –per exemple, el matrimoni del creditor-, no poden deixar d'abonar-se els terminis pendents (article 233-19). El capital haurà de pagar-se en la seva integritat, amb independència de les vicissituds del cònjuge creditor; fins i tot, si mor, el capital pendent haurà d'abonar-se als seus hereus.

Si la prestació s'atribueix en forma de pensió, ha de pagar-se en diners i per mensualitats avançades. A petició de part, poden establir-se garanties i fixar criteris objectius i automàtics d'actualització de la quantia (previsiblement, els que s'estableixin per l'Institut Nacional d'Estadística sobre variació anual del cost de la vida). Té caràcter temporal, tret que concorrin circumstàncies excepcionals que justifiquin fixar-la amb caràcter indefinit (article 233-17.3,4).

Per altra banda, cal assenyalar que l'impagament de la pensió està sancionat penalment. Estableix l'article 227.1 CP: “El qui deixi de pagar durant dos mesos consecutius o quatre mesos no consecutius qualsevol tipus de prestació econòmica en favor del seu cònjuge o els seus fills, establerta en conveni judicialment aprovat o resolució judicial en els supòsits de separació legal, divorci, declaració de nul·litat del matrimoni, procés de filiació, o procés d'aliments a favor dels seus fills, serà castigat amb la pena de presó de tres mesos a un any o multa de sis a 24 mesos”.

5.3.5. Modificació de la pensió

Si la prestació s'atribueix en forma de capital, ni pot modificar-se ni extingir-se. En canvi, si es fixa en forma de pensió, és susceptible de modificació, conforme a les dues següents regles bàsiques (article 233-18):

a. La pensió solament és susceptible de disminució, no d'incrementar-se.

b. Les circumstàncies que poden justificar aquesta disminució són la millora de la situació econòmica del creditor, i l'empitjorament de la del deutor, ja sigui per una disminució del seu patrimoni o ingressos, o per la necessitat d'atendre a noves despeses familiars.

5.3.6. Extinció del dret a la pensió compensatòria

La prestació compensatòria solament s'extingeix quan es fixa en forma de pensió, i no quan s'estableix en forma de capital, sigui en béns o en diners, cas en el que s'extingeix únicament pel seu pagament. En canvi, la pensió compensatòria, tant si és temporal com indefinida, pot extingir-se per diverses causes, que enumera l'article 233-19:

a. "Per millora de la situació econòmica del creditor, si aquesta millora deixa de justificar la prestació, o per empitjorament de la situació econòmica de l'obligat al pagament, si aquest empitjorament justifica l'extinció del dret". Per tant, el canvi de fortuna tant del creditor com del deutor pot justificar no solament la reducció de la pensió, sinó també la seva extinció; els casos més freqüents són l'accés a una ocupació del beneficiari, o la seva pèrdua pel deutor, sempre que s'acrediti que es tracta de situacions mínimament consolidades.

La STSJC 3.7.2008 va declarar, en relació al precedent del CF, que no s'exigeix "[...] que la millora de la situació econòmica del creditor de la pensió compensatòria provingui necessàriament de l'ingrés de rendes periòdiques per una activitat laboral, professional o mercantil, podent provenir d'haver percebut una o diverses quantitats de diners, o de qualsevol altra forma que suposi un increment patrimonial, amb la condició de què, en tots els casos, es pugui apreciar que amb això es produeixi una modificació rellevant de la situació de desequilibri contemplada en el seu moment per a reconèixer el dret a la pensió compensatòria, en el sentit que propiciï o afavoreixi l'autonomia econòmica del cònjuge creditor". I, per altra banda, la STS 23.1.2012 va declarar que "[...] constitueix doctrina actual que la passivitat, l'interès insuficient demostrat per l'esposa amb la seva conducta, amb vista a l'obtenció d'una ocupació que li permetés arribar a una situació d'independència econòmica, resulta determinant a l'hora d'apreciar la situació objectiva de superació del desequilibri o d'estar en disposició de fer-lo, atès que no resulta jurídicament acceptable repercutir en l'espòs pagador de la

pensió les conseqüències negatives derivades de la falta d'accés a una ocupació per la passivitat de l'esposa en la seva recerca i obtenció”.

b. “Per matrimoni del creditor o per convivència marital amb una altra persona”. A pesar que aquests fets no tenen perquè millorar la situació econòmica del cònjuge creditor, s'entén que la nova relació posa fi al vincle que encara existia entre els excònjuges. La “convivència marital” té un abast ampli, en el sentit que no és necessari que s'hagi constituït una parella estable, sinó simplement unes notes mínimes d'estabilitat de la relació.

Les STSJC 18.10.2007 i 26.11.2009 van declarar que quan la norma es refereix a la convivència marital no està “contemplant com a causes extintives del dret a la pensió compensatòria les meres relacions amoroses o sentimentals o bé sexuals del ex membre de la parella creditor de la pensió compensatòria. Sinó que 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, havent de reunir el grau d'estabilitat, intimitat, comunicació d'afectes i interessos i publicitat que les faci equiparables amb la convivència matrimonial”. D'altra banda, la STS 28.3.2012, en relació al concepte de “vida marital” utilitzat per l'article 101 CCEsp, va assenyalar que “[...] l'expressió "vida marital amb altra persona" pot fer-se des de dos punts de vista distints: un, des del subjectiu, que es materialitza en el fet que els membres de la nova parella assumeixen un compromís seriós i durador, basat en la fidelitat, amb absència de forma; un altre, l'element objectiu, basat en la convivència estable. En general, se sosté que es produeix aquesta convivència quan els subjectes viuen com cònjuges, és a dir, *more uxorio*, i això produeix una creença generalitzada sobre el caràcter de les seves relacions. Els dos sistemes d'aproximació a la naturalesa del que el Codi denomina "vida marital" són complementaris, no s'exclouen i el caràcter no indissoluble del matrimoni en l'actualitat no permet un acostament entre les dues institucions sobre la base de criteris purament objectius distints de l'existència de forma, perquè és matrimoni el que s'ha perllongat durant un mes sempre que hagi hagut forma i és convivència marital la que ha durat trenta anys, però sense que hagi concorregut la forma del matrimoni”, i va apreciar l'existència de “vida marital” a pesar que no havia “convivència continuada sota el mateix sostre”.

c. “Per la defunció del creditor”. Es tracta d'una causa òbvia, que no presenta altres problemes que els derivats de la possible reclamació per part dels hereus de les pensions ja meritades i no satisfetes en vida del creditor. En canvi, estableix l'article 233-19.2 que “[e]l dret a la prestació compensatòria fixada en

forma de pensió no s'extingeix per la defunció de l'obligat al pagament, encara que el creditor o els hereus del deutor poden sol·licitar la seva substitució pel pagament d'un capital, tenint en compte l'import i, si escau, la durada de la pensió, així com l'actiu hereditari líquid en el moment de la defunció del deutor". Per tant, l'obligació que tenia el causant passa als seus hereus. Això pot ser congruent amb la finalitat de mantenir al creditor en un determinat nivell de vida, si bé no pot oblidar-se que, per la defunció del deutor, s'extingeix la que pot ser la seva principal font d'ingressos –el seu salari–, amb el que és evident que en aquest cas procedirà una revisió de la pensió. La STSJC 10.10.2005 va declarar que en cas de defunció del deutor la pensió "només podrà fer-se efectiva sobre els fruits i les rendes de l'herència, i això encara que l'acceptació d'aquesta s'hagués fet de forma pura i simple".

d. "Pel venciment del termini pel qual es va establir". Es produeix l'extinció automàtica del dret a la pensió, sense possibilitat de pròrroga.

Quant al moment a partir del com produeix l'efecte extintiu de la pensió, la SAP Barcelona, secció 12^a, 19.7.2001, va declarar en un cas d'extinció de la pensió per convivència marital del creditor amb una altra persona, que els seus efectes es produïen a partir de la data d'interposició de la demanda, "atès que en l'exercici normal dels drets amb subjecció al principi de la bona fe, la pròpia actora hagués hagut de comunicar a l'actor tal circumstància".

CAPÍTOL 2: ELS EFECTES LEGALS DEL MATRIMONI EN L'ÀMBIT PATRIMONIAL

1. Els efectes legals del matrimoni en l'àmbit patrimonial durant el mateix

1.1. Plantejament

Com a relació estable entre dues persones, el matrimoni té no només efectes en l'àmbit personal, sinó que també en té en l'àmbit patrimonial, ja que els cònjuges han de fer front a despeses tals com la manutenció, l'escola dels fills, el lloguer o el pagament de les quotes del préstec hipotecari, per citar només uns exemples. Aquesta transcendència patrimonial del matrimoni afectarà no només als cònjuges, sinó també a tercers, per la qual cosa cal determinar qüestions com la legitimació i la responsabilitat dels cònjuges en relació a les obligacions concretes.

El CCCat dona resposta a aquestes qüestions, als arts. 231-4 a 231-9, en una regulació que combina el caràcter imperatiu amb un cert marge d'autonomia de la voluntat dels cònjuges. Aquesta regulació s'aplica a qualsevol règim econòmic matrimonial, per la qual cosa la doctrina la qualifica, en ocasions, com a "règim matrimonial primari".

1.2. La contribució a les despeses familiars

Un primer objecte d'atenció és el de les denominades despeses familiars, regulades fonamentalment als arts. 231-5 a 231-8, i que consisteixen en les despeses més habituals a les quals ha de fer front un matrimoni. La utilitat de la qualificació d'una despesa com a "familiar" radica en la legitimació per poder realitzar-la i en el règim de responsabilitat que genera, qüestions que examinarem en els apartats següents.

1.2.1. El concepte de despesa familiar

L'art. 231-5 descriu les despeses familiars donant un breu concepte

genèric de les mateixes, per després il·lustrar-ho amb una sèrie d'exemples específics.

Com a concepte genèric, el primer apartat del citat precepte estableix que son despeses familiars *les necessàries per al manteniment de la família, d'acord amb els usos i el nivell de vida familiar*. La primera nota que podem destacar d'aquesta definició és que despesa familiar és aquella que resulta necessària per a la vida normal i quotidiana de la família. Per aquest motiu el concepte no inclou aquelles despeses que responen a l'interès exclusiu d'un dels cònjuges, com explícitament assenyala l'art. 231-5.3, en la seva segona part. En aquest sentit, la primera part del mateix article precisa que *no són despeses familiars les derivades de la gestió i la defensa dels béns privats, llevat de les que tenen connexió directa amb el manteniment familiar*. En efecte, com veurem més endavant, poden existir béns privats el rendiment dels quals sigui imprescindible per al finançament de les despeses familiars.

Del concepte de despesa familiar de l'art. 231-5.1 podem destacar també la seva flexibilitat, ja que relaciona la idea de despesa familiar amb els usos i el nivell de vida de la família (en el mateix sentit, vegeu-se els arts. 231-4.2 i 231-8, que adornen l'expressió "despeses familiars" amb el qualificatiu "ordinaris"). Això significa que el que per a una família pot ser una despesa familiar i ordinària, per a una altra constituirà un article de pur luxe, que de cap manera pot sotmetre's al règim de legitimació i responsabilitat propi de les despeses familiars; pensem, per exemple, en un vehicle de gamma alta, o en un sofisticat equip de música.

Després de donar el concepte genèric de despesa familiar, el propi art. 231-5 estableix una sèrie de precisions i aclariments en relació amb determinats supòsits, per deixar clar si constitueixen o no despeses familiars. Hem de recalcar que es tracta de simples exemples específics, amb els quals el legislador desitja evitar dubtes, en benefici de la seguretat jurídica; queda clar, en conseqüència, que tals exemples no esgoten el concepte de despesa familiar, que inclou, per tant, moltes altres realitats econòmiques quotidianes del matrimoni. En concret, l'apartat 1 de l'art. 231-5 considera despeses

familiars “especialment les següents”:

a) *Les originades en concepte d'aliments, en el sentit més ampli*, és a dir, els que descriu l'art. 237-1 (vegin-se també els arts. 236-17.1 i 427-30.1), en contraposició als “aliments necessaris per a la vida” de l'art. 237-2.3. Als efectes exclusius de determinar el contingut de les despeses familiars, l'apartat 2 del mateix art. 231-5 (vegeu també l'art. 231-1.2) amplia el concepte de família per utilitzar el més ampli d'unitat familiar, per la qual cosa també són despeses familiars els aliments dels fills no comuns que convisquin amb els cònjuges, i les despeses originades pels altres parents que convisquin amb ells, excepte, en tots dos casos, que no ho necessitin.

b) *Les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació dels habitatges o d'altres béns d'ús de la família*. Hem de destacar que aquest precepte prescindeix absolutament de la titularitat dels béns, per limitar-se a dues consideracions: que es tracti d'un bé d'ús de la família, en el sentit d'una certa habitualitat i normalitat en la utilització del mateix pels integrants de la unitat familiar, i que tal bé requereixi la realització de despeses de conservació, manteniment i reparació. Observem que la formulació del supòsit de fet és molt flexible, per la qual cosa amplia extraordinàriament l'àmbit de les despeses familiars. Així, tenen la consideració de despeses familiars no només les de conservació de l'habitatge familiar, sinó també les de la segona residència i les dels vehicles que utilitzin els membres de la família; i això amb independència de la titularitat, bé sigui d'un dels cònjuges, de tots dos, o fins i tot d'un tercer.

c) *Les atencions de previsió, les mèdiques i les sanitàries*. En una primera aproximació, pot semblar que aquests conceptes són redundants, doncs quedarien englobats en el més ampli dels aliments, que hem vist anteriorment. Per això, per atencions de previsió, mèdiques i sanitàries hem d'entendre aquelles obligacions assumides pels cònjuges que excedeixen del concepte d'aliments, com, per exemple, el pagament d'una mútua sanitària, d'una assegurança de vida o d'un pla de pensions; sobre aquesta matèria, vegeu la STSJC 15.05.2003.

1.2.2. Legitimació per contreure un deute susceptible de ser qualificat com a despesa familiar

L'art. 231-4.1 estableix el principi de direcció conjunta de la família per part de tots dos cònjuges, que han de procedir de comú acord, i tenint sempre en compte l'interès de tots els membres de la família. Aquest precepte, més que una norma conté un principi rector de la vida familiar: com que els cònjuges creen una comunitat de vida, la seva actuació sempre hauria de ser, en principi, conjunta. No obstant això, és evident que una actuació d'aquest tipus no sempre és possible, ni tampoc seria útil des del punt de vista de la convivència familiar. Per aquest motiu el propi art. 231-4 estableix una excepció en matèria de legitimació per realitzar una despesa conceptuada com a familiar; en concret, el segon apartat del citat article estableix que "en interès de la família, qualsevol dels cònjuges pot actuar tot sol per a atendre les necessitats i les despeses familiars ordinàries, d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família, i es presumeix que el cònjuge que actua té el consentiment de l'altre". Aquesta norma resulta molt útil, doncs legitima a un solament dels cònjuges per a realitzar la compra quotidiana, pagar la reparació del cotxe i, en definitiva, atendre a la multitud de gestions -i, amb això, contreure obligacions- que són necessàries per al normal desenvolupament de la vida familiar. Com a complement d'aquesta legitimació exclusiva de qualsevol dels cònjuges per contreure un deute qualificat com a despesa familiar, el mateix art. 231-4.2 conclou que "es presumeix que el cònjuge que actua té el consentiment de l'altre".

1.2.3. El règim de contribució a les despeses familiars

1.2.3.1. El criteri de proporcionalitat i el pacte sobre la forma de contribució

D'acord amb el principi d'igualtat entre els cònjuges que estableix l'art. 32 CE, la seva contribució a les despeses del matrimoni ha de fer-se en un pla d'igualtat. No obstant això, aquesta igualtat no ha d'entendre's en un sentit estricte o matemàtic, sinó en proporció als ingressos, recursos i, en última instància, al patrimoni de cadascun dels cònjuges (art. 231-6.1). Aquest tipus de contribució, basat en el principi de justícia distributiva, ha d'entendre's com

una norma imperativa, que els cònjuges no poden alterar.

Lògicament, en la pràctica els cònjuges poden organitzar els criteris de contribució i la seva comptabilitat quotidiana com millor ho considerin, ja que la llei no pot immiscir-se, d'entrada, en una qüestió com aquesta. Així, per exemple, res impedeix que l'esposa ingressi la seva nòmina en un compte exclusiu al seu nom, mentre que totes les despeses habituals del matrimoni estan domiciliats al compte corrent al qual el marit ingressa el seu sou, la quantia del qual és similar al de la dona.

Això significa que el criteri de proporcionalitat que estableix l'art. 231-6.1 és una norma que normalment entrarà en joc en els casos de ruptura del matrimoni. Així, seguint amb l'exemple anterior, en cas de divorci, el marit exigirà a la seva esposa la quantitat en la qual ella no va contribuir a les despeses familiars.

El que els cònjuges sí poden pactar lliurement, i amb eficàcia en qualsevol fase del matrimoni, és la manera i els criteris de contribució a les despeses familiars. A això es refereix el mateix art. 231-6.1, en assenyalar que els cònjuges han de contribuir a les despeses familiars, de la manera que pactin. Així, per exemple, tots dos cònjuges pacten que el marit contribueixi amb una part del seu sou, mentre que la dona ho fa aportant el pis que constitueix l'habitatge familiar, que és de la seva exclusiva titularitat.

1.2.3.2. La contribució al pagament de les despeses familiars mitjançant una aportació econòmica

El criteri essencial, que la llei pren com a referència per referir-se a la contribució a les despeses familiars, és la realització d'una aportació econòmica, l'origen de la qual està en *els ingressos* que perceben els cònjuges; en aquest sentit, l'art. 231-6.1 precisa que els cònjuges han de contribuir a les despeses familiars amb *els recursos procedents de llur activitat o de llurs béns* i això *en proporció a llurs ingressos*. Únicament en cas que els rendiments percebuts pels cònjuges, de la seva activitat o dels seus béns, resultin insuficients per a fer front a les despeses familiars, l'art. 231-6.1 pren com a

referència els patrimonis respectius dels cònjuges, assenyalant que contribueixen *en proporció a llurs patrimonis* (per exemple, mitjançant la venda de béns).

1.2.3.3. La contribució al pagament de les despeses familiars mitjançant el treball domèstic

L'art. 231-6.1 configura l'aportació al treball domèstic com una forma de contribució a les despeses familiars. Aquesta forma de contribució pot resultar molt difícil de valorar, atès que inclou conceptes tan variats com la neteja de la llar, planxar la roba, realitzar la compra quotidiana o acompanyar als fills a l'escola. El criteri de valoració ha de fugir del caràcter més o menys tediós o plaent d'aquestes activitats, per centrar-se en l'aspecte objectiu del temps necessari per dur-les a terme.

1.2.3.4. La contribució dels fills i d'altres parents

D'acord amb els art. 231-6.2 i 236-22.1, els fills, siguin comuns o no a tots dos cònjuges, han de contribuir proporcionalment a les despeses familiars mentre convisquin amb la família. Contribueixen amb els ingressos que obtinguin de la seva activitat, amb el rendiment dels seus béns i drets i amb el seu treball en interès de la família –és a dir, amb la seva aportació al treball domèstic–, sempre que aquest deure no sigui contrari a l'equitat.

Així mateix, els parents que conviuen amb la família han de contribuir a les despeses familiars en la mesura de les seves possibilitats i d'acord amb les despeses que generen (art. 231-6.3). Aquesta última referència resulta especialment interessant, doncs permet exigir als parents que, per la seva edat o per la seva delicada salut, requereixen cures especials i, per això, generen despeses importants, que la seva contribució a les despeses domèstiques sigui superior a l'estricta proporcionalitat.

1.2.3.5. L'afectació de béns al pagament de les despeses familiars

D'acord amb l'últim incís de l'art. 231-6.1, si existeixen béns especialment afectes a les despeses familiars, els seus fruits i rendes han d'aplicar-se preferentment a pagar-los. L'art. 233-1.1.g es refereix també a

aquest tipus de béns, i afegeix que l'afectació al pagament de les despeses familiars té el seu origen en capítols matrimonials o en una escriptura pública. La possibilitat de vincular béns al pagament de les despeses familiars constitueix un vestigi de l'antiga figura del dot, que el CCCat ja no regula, però que els cònjuges i terceres persones poden pactar, a l'empara de l'autonomia de la voluntat.

1.2.4. La responsabilitat per les despeses familiars

1.2.4.1. Responsabilitat entre els propis cònjuges

La contribució a les despeses familiars es configura com una autèntica obligació entre els cònjuges, per la qual cosa cadascun d'ells és deutor, enfront de l'altre, de la seva part en la contribució a les despeses familiars, segons la "forma" en què l'hagin pactat (terme emprat per l'art. 231-6.1 i que podem entendre com a sinònim de "prestació").

El que resultarà peculiar és la dinàmica d'aquesta obligació, ja que l'organització de l'economia familiar seguirà normalment criteris molt flexibles. Així, per exemple, pot succeir que una vegada al mes els cònjuges practiquin una "liquidació" i "compensin" les aportacions fetes, per donar lloc a un saldo resultant del que un d'ells serà deutor; també pot donar-se el cas que la quantificació de les despeses es faci únicament en cas de crisi del matrimoni, moment en el qual naixerà l'obligació del cònjuge que ha contribuït menys del que havia de contribuir, a pagar aquest "dèficit" a l'altre cònjuge.

Per a l'operativitat de la gestió i la possible exigència del compliment de l'obligació, l'art. 231-7 imposa als cònjuges el *deure recíproc d'informar-se adequadament* de la gestió patrimonial que duen a terme en l'àmbit de les despeses familiars.

1.2.4.2. Responsabilitat enfront de tercers

L'art. 231-8 estableix un règim de *responsabilitat solidària* de tots dos cònjuges per raó de les despeses familiars. Aquest precepte puntualitza, en concordança amb els arts. 231-4.2 i 231-5, que es tracta de les despeses

ordinàries, d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família. El mateix art. 231-8 conclou que en el cas d'altres obligacions –és a dir, si la despesa no és familiar–, el responsable és el cònjuge que les va contreure.

El contingut de l'art. 231-8 i la seva finalitat són perfectament clars. Així, si una despesa pot qualificar-se com a familiar, la responsabilitat derivada d'aquest deute és solidària de tots dos cònjuges, la qual cosa equival a dir que tots dos cònjuges són deutors; la finalitat d'aquesta mesura és, òbviament, facilitar al màxim als creditors el cobrament d'aquests deutes.

1.2.4.3. Responsabilitat dels fills i altres parents, per les despeses familiars

Com sabem, tant els fills com els parents que conviuen amb la família han de *contribuir* a les despeses familiars, en la mesura de les seves possibilitats (art. 231-6.2 i 3). *Contribuir* a les despeses familiars significa ser *deutor* de les mateixes, com posa de relleu el mateix art. 231-6, quan utilitza la mateixa expressió –"han de contribuir"– per referir-se tant als cònjuges com als fills i als parents. Això significa que si els cònjuges són deutors de les despeses familiars, els fills i els parents també ho són.

No obstant això, el règim de responsabilitat dels uns i els altres no és el mateix. En efecte, el CCCat només es refereix a la responsabilitat dels cònjuges, per qualificar-la de solidària, com hem vist abans (art. 231-8); en canvi, en cap moment es refereix a la responsabilitat dels fills i els parents, per la qual cosa cal entendre que responen *subsidiàriament* i només de la part de deute que els correspon, d'acord amb la contribució proporcional al fet al qual es refereix l'art. 231-6.1 i 2.

1.3. L'habitatge familiar. Les limitacions a la facultat de disposició

1.3.1. Presentació

L'habitatge familiar és, a la vida d'un matrimoni, doblement important: no solament perquè és el lloc en el qual es desenvolupa la vida de la família, sinó també perquè acostuma a ser la inversió econòmica més important d'aquesta. És per això que l'art. 231-9 preveu una regulació detallada dels actes de disposició que afectin a l'habitatge familiar, règim que s'aplica "*amb independència de quin sigui el règim matrimonial aplicable*" (art. 231-9.1). En essència, aquest precepte assenyala que el cònjuge titular de l'habitatge familiar no pot, sense el consentiment de l'altre, fer cap acte d'alienació, gravamen o, en general, disposició del seu dret sobre l'habitatge familiar que comprometi el seu ús.

La finalitat d'aquesta norma és clarament la de garantir al cònjuge no titular de l'habitatge familiar la possibilitat de seguir residint a la finca que fins al moment ha constituït el centre de vida de la família; d'aquí la possibilitat que aquell té d'oposar-se a la disposició projectada pel cònjuge titular de l'habitatge familiar. El punt de mira del precepte està posat, en conseqüència, a garantir que l'ús de l'habitatge per part de la família no depengui exclusivament del cònjuge titular.

La importància d'aquest tema queda també posada de manifest per l'aplicació del mateix règim a l'habitatge familiar de les parelles estables (art. 234-3.2, que remet íntegrament a l'art. 231-9).

1.3.2. El concepte d'habitatge familiar

L'art. 231-9 no defineix què s'entén per "habitatge familiar". D'altra banda, la terminologia utilitzada per el CCCat per referir-se al que intuïtivament entenem com a "habitatge familiar" no és homogènia: la major part de les vegades parla del que s'anomena "habitatge familiar" (així, per exemple, art. 231-9, 232-22.2 233-1.1.f i 233-20), en altres del que s'identifica com "habitatge

conjugal” (art. 231-30, 231-31 i 232-38.2) i també de “domicili familiar” (art. 231-3 i 236-17.2). En aquesta matèria es plantegen diverses qüestions, que passem a detallar a continuació.

1.3.2.1. “Habitatge familiar” i “domicili familiar”. El caràcter objectiu del concepte d’habitatge familiar

Encara que des del punt de vista jurídic, el terme “domicili” no és sinònim del terme “habitatge”, i que “domicili familiar” tampoc és, necessàriament, sinònim d’“habitatge familiar”, el sentit de tots dos conceptes coincidirà en la major part dels casos. Precisament la possible coincidència de tots dos conceptes permet anar a buscar què ha d’entendre’s per habitatge familiar a l’art. 231-3.1, i més concretament, en la presumpció que opera a falta de l’acord entre els cònjuges: “davant terceres persones, es presumeix que el domicili familiar és aquell on els cònjuges o bé un d’ells i la major part de la família conviuen habitualment”; vegeu també l’art. 236-17.2. Habitatge familiar és, per tant, la seu física (el pis, la casa o similar) en la qual es desenvolupa habitualment la convivència familiar (de “la major part de la família”).

Com a conseqüència de l’anterior, podem afirmar que el concepte d’habitatge familiar és objectiu. Així, mentre que el domicili familiar es determina, en principi, “de comú acord” (criteri, per tant, subjectiu, que segueix l’art. 231-3.1), el concepte d’habitatge familiar és de caràcter objectiu, en el sentit que és on realment es duu a terme la vida familiar habitual. És a dir, l’habitatge familiar és la finca que reuneix les condicions suficients d’habitabilitat en la qual “conviuen habitualment” els cònjuges (art. 231-3.1); això és el que justifica la presumpció que l’habitatge familiar és, tret que s’hagi estipulat una altra cosa, també el “domicili”.

En conseqüència, del concepte d’habitatge familiar s’exclouen aquelles finques que, encara que siguin habitables, no són efectivament habitades amb habitualitat. En aquest sentit, no constitueixen habitatge familiar, per citar uns exemples, les residències secundàries o de temporada. Òbviament, tampoc constitueixen habitatge familiar, al no reunir ni tan sols el requisit essencial d’habitabilitat, les oficines, els locals de negoci ni els solars.

1.3.2.2. La necessitat d'ocupació efectiva

Perquè un habitatge arribi a tenir la qualitat d'habitatge familiar, cal que l'ocupin els membres de la família, atès que això és el que justifica l'especial règim jurídic que el CCCat dona a l'habitatge familiar. Per això, en principi, no té encara el caràcter d'habitatge familiar la finca que s'adquireix per, en un futur, ser destinada a aquesta finalitat (ATSJC 4.5.1998).

En aquest sentit, és lògic afirmar que si un habitatge no és ocupat efectivament per la família, no pot ser qualificat com a habitatge familiar. No obstant això, aquest criteri ha de ser flexibilitzat d'acord amb les circumstàncies del cas, en els supòsits en els quals l'ocupació del futur habitatge familiar hagi de produir-se en un termini raonable de temps. Pensem, per exemple, en el matrimoni que, per raons de treball, ha de traslladar la seva residència a una altra localitat, per la qual cosa els cònjuges compren un pis en règim de comunitat pro indiviso. En la nostra opinió, és de justícia que, encara que l'ocupació d'aquest habitatge, que serà el futur habitatge familiar, no s'hagi produït, ha de ser-li aplicable el règim de l'art. 231-9, per la certesa i la proximitat en el temps amb el qual aquesta ocupació hauria de produir-se.

1.3.2.3. La "suficiència" de l'habitatge familiar

Per acabar de perfilar el concepte d'habitatge familiar, ens podem plantejar què succeeix quan l'habitatge familiar és prou gran i té unes característiques físiques tals que fan que la seva divisió sigui possible, tant des del punt de vista jurídic com a físic, de manera que seria possible la divisió de l'habitatge, o la segregació d'una part d'aquest, a fi d'"alliberar" una part de la mateixa de la qualificació de "familiar" i permetre que sigui lliurement alienada pel seu titular.

En la nostra opinió, això és perfectament possible, sempre que la finca resultant que conserva la qualificació de "familiar" i, en conseqüència, el seu règim jurídic, sigui suficient per garantir les necessitats d'un habitatge digne de la família, per la qual cosa el cònjuge titular (ara, de les dues o més finques resultants de la divisió), podria alienar lliurement la finca, o finques, que ja no

tenen la qualitat jurídica de “familiar”; vegeu, en aquest sentit, la RDGDEJ 19.2.2007.

1.3.3. Els actes de disposició sobre l’habitatge familiar

El règim de protecció de l’habitatge familiar té el seu eix en què el cònjuge titular no pot, sense el consentiment de l’altre, fer cap acte d’alienació, gravamen o, en general, disposició del seu dret sobre l’habitatge familiar que comprometi el seu ús, i això encara que es refereixi a quotes indivises” (art. 231-9.1). Aquesta norma planteja diferents i importants qüestions, que passem a estudiar.

L’art. 231-9.1 es refereix, literalment, a actes d’“alienació, gravamen o, en general, de disposició” que un cònjuge realitza del seu dret en l’habitatge familiar. D’entrada, hem d’assenyalar que els termes utilitzats en aquesta expressió resulten redundants si els entenem en sentit estricte o tècnic, ja que un acte de “disposició” inclou també qualsevol acte d’“alienació” o de “gravamen”. No obstant això, cal reconèixer que l’expressió utilitzada pot, per la seva contundència, contribuir a fer que la norma sigui més clara i intel·ligible per un profà.

Hem de destacar que l’art. 231-9.1 no es refereix a la disposició “de l’habitatge familiar”, sinó a qualsevol acte de disposició “del seu dret en l’habitatge familiar. L’expressió utilitzada per l’art. 231-9.1 és encertada, i d’acord amb la finalitat de la norma, ja que no es limita a la transmissió del dret de propietat, sinó que es refereix també a la de qualssevol dret, real o personal, que legítimi l’ús de l’habitatge familiar. Així, la norma inclou també drets de crèdit i, per tant, situacions com la cessió de la posició arrendatícia o la renúncia al comodat. L’àmbit de l’art. 231-9.1 resulta, doncs, més ampli del que a primera vista pogués semblar.

La finalitat de l’art. 231-9.1 és que el cònjuge que ostenta un dret que legitima l’ús de l’habitatge no pugui disposar lliurement d’aquest dret de tal manera que l’ús d’aquella quedi compromès, ja d’entrada o per al futur. La clau

del precepte no està tant en el terme “disposar”, sinó en l’expressió “que en comprometi l’ús”. En definitiva, la qual cosa el legislador pretén és *restringir tots els actes que “comprometin l’ús” de l’habitatge familiar, siguin de la naturalesa que siguin*, exigint l’autorització del cònjuge que no és titular del dret que permeti la utilització de l’habitatge familiar.

A continuació examinarem, a manera d'exemple, una sèrie d'actes que, realitzats pel cònjuge titular d'un dret que legitima l'ús d'una finca com a habitatge familiar, precisament comprometen aquest ús, per la qual cosa, d'acord amb l'art. 231-9.1, requereixen l'autorització del cònjuge no titular.

a) *La transmissió de la propietat, per qualsevol títol, sempre que això comporti la transmissió de la possessió.* Aquest és el cas, per exemple, de la compravenda o la permuta. És irrellevant, als efectes de la necessitat d'autorització del cònjuge no titular, que el negoci transmissiu sigui oneros o gratuït, ja que l'art. 231-9 no realitza, en això, cap distinció.

b) *La transmissió de la propietat de l'habitatge familiar amb reserva de la possessió, si el dret a posseir és “inestable”.* Aquest és el cas, per exemple, de la venda amb reserva del dret d'arrendament o del comodat. Aquest tipus de negoci encaixa perfectament en el supòsit de fet de l'art. 231-9.1, ja que la posició jurídica del cònjuge no titular resulta clarament afeblida, perquè la posició jurídica d'arrendatari o comodatari sempre és limitada en el temps, i la finalitat de l'art. 231-9 és garantir les necessitats d'habitatge del cònjuge no titular mentre duri la relació matrimonial.

c) En general, *la renúncia a un dret possessori sobre l'habitatge familiar, sigui de la naturalesa que sigui; per exemple, la renúncia a l'usdefruit, al comodat o a l'arrendament.*

d) *La constitució d'un dret possessori a favor d'un tercer requereix també l'autorització del cònjuge no titular, ja que compromet l'ús de la finca com a habitatge familiar. I això tant si es tracta d'un dret real (per exemple, si el cònjuge propietari constitueix un dret d'usdefruit a favor d'un tercer), com d'un*

dret personal (per exemple, cedir la finca en arrendament).

i) *La constitució d'un dret que, encara que no comprometi l'ús de manera immediata, pot comprometre en el futur.* Aquest és el cas de la constitució d'un dret real d'hipoteca sobre l'habitatge familiar que també requereix l'autorització del cònjuge no titular de la mateixa, com exigeix explícitament l'art. 569-31, article que concreta per al dret real d'hipoteca el contingut general de l'art. 231-9, al que remet (encara que, per error, la remissió apareix feta a l'art. 231-8). L'aplicació d'aquest règim al cas de la hipoteca es justifica perquè, encara que el d'hipoteca és un dret real no possessori i que, en conseqüència, la seva constitució no compromet l'ús de la finca amb caràcter actual; ara bé, sí que ho compromet amb caràcter potencial o de cara al futur ja que, en cas d'impagament de l'obligació garantida, la finca passarà a les mans del tercer adquirent en el procés de realització del valor de la mateixa.

Així mateix, existeixen moltes situacions en les quals pròpiament el titular d'un dret que legitima l'ús de la finca que constitueix l'habitatge familiar realitza un determinat acte de disposició sobre el mateix, però que, al no "comprometre l'ús" de l'habitatge, no requereix l'autorització del cònjuge no titular. Vegem alguns exemples.

a) *La venda de la finca amb reserva de l'usdefruit vitalici* a favor de tots dos cònjuges i a favor dels fills fins que arribin a la majoria d'edat.

b) *Les operacions registrals de divisió, segregació, agregació i agrupació de finques.* En principi, no necessiten autorització, ja que són operacions merament formals que, *per si soles*, no impliquen la disposició del dret sobre la finca. Per exemple, de la finca que constitueix l'habitatge familiar se segrega una parcel·la, sense que això comprometi la destinació familiar de l'edificació (vegeu el que s'ha dit anteriorment sobre la "suficiència" de l'habitatge familiar).

c) *La constitució d'un dret de sobreelevació o de vol sobre la finca*, però només en el cas que la possible nova construcció no afecti a l'ús normal de la finca com a habitatge familiar.

Finalment, l'art. 231-9.1 exigeix l'autorització del cònjuge no titular per a qualsevol acte de disposició que el cònjuge titular de l'habitatge familiar realitzi en virtut del seu dret i que "comprometi el seu ús"; i això, afegeix el precepte, "encara que [aquest acte] es refereixi a quotes indivises"; l'art. 569-31 que, com sabem, regula la hipoteca sobre l'habitatge familiar, es refereix a "drets o participacions de l'habitatge familiar". Ens trobem davant d'un aspecte de l'àmbit d'aplicació de la norma que resulta fonamental, si tenim en compte la freqüència de l'adquisició de l'habitatge familiar pels dos cònjuges (o contraents, si l'adquisició és anterior al matrimoni) conjuntament, en règim d'indivisió. En efecte, l'actuació per part d'un cònjuge sobre la seva quota pot comprometre l'ús de l'habitatge familiar i, en conseqüència, requerir del consentiment de l'altre. Aquest és el cas en què, per exemple, un dels cònjuges aliena la seva quota; i aquest acte compromet clarament l'ús de la finca que constitueix l'habitatge familiar, atès que el nou cotitular podria arribar a imposar la divisió de la mateixa, la qual cosa, si la divisió no és físicament possible, comportarà l'alienació de la finca a un tercer.

1.3.4. El "consentiment" o "autorització"

1.3.4.1. Naturalesa: no és consentiment, sinó autorització

D'acord amb l'apartat 1º de l'art. 231-9, el cònjuge titular de l'habitatge familiar no pot fer cap acte d'alienació, gravamen o, en general, disposició del seu dret sobre la mateixa sense el *consentiment* de l'altre. La segona part d'aquest mateix apartat també utilitza el terme "consentiment", i també ho fa l'art. 233-2.5. En canvi, l'art. 231-9.2, que resulta fonamental, doncs és el que estableix les conseqüències de la falta de "consentiment", ja no utilitza exclusivament aquest terme, sinó que es refereix a "el consentiment o l'autorització".

En la nostra opinió, és aquest últim terme, "autorització", el que encaixa perfectament amb la naturalesa i amb els efectes que a la falta d'aquesta declaració de voluntat dóna l'art. 231-9; en sentit estricte o tècnic resulta, per tant, incorrecte parlar de "consentiment". En efecte, el negoci celebrat pel

cònjuge titular de l'habitatge familiar és perfectament vàlid encara que no es doni l'autorització del no titular. Així, per exemple, si es tracta d'un contracte, contindrà els elements essencials que estableix l'art. 1261 CC: consentiment (del cònjuge titular de l'habitatge familiar i de l'adquirent), objecte i causa. Si es compleixen aquests requisits, el contracte és perfectament vàlid; per a la seva validesa no és necessària la presència de cap declaració de voluntat externa, com seria la del cònjuge no titular de l'habitatge familiar. Això és així ja que aquest, mentre que, precisament, no és titular de cap dret sobre l'habitatge familiar (propietat, usdefruit, etc.), no està legitimat per intervenir, de cap manera, en l'acte de disposició d'aquest dret que legitima l'ús de la finca. Per això, el cònjuge no titular de l'habitatge familiar no forma part de l'estructura del contracte de compravenda que realitza el titular; és a dir, *no "consent"*, ara bé, això no exclou que, en benefici de la família, la llei li permeti manifestar la seva opinió, en forma *d'autorització* de la qual dependran els efectes del negoci realitzat pel cònjuge titular de l'habitatge familiar.

L'art. 231-9.1 afegeix que el consentiment o autorització que el cònjuge no titular de l'habitatge familiar ha de prestar a l'acte de disposició que sobre la mateixa realitza el cònjuge titular, no pot excloure's per pacte ni pot ser atorgat amb caràcter general.

Finalment, l'art. 231-9.1 preveu també la possibilitat que el cònjuge no titular de l'habitatge familiar sigui reticent a emetre l'autorització al cònjuge titular per disposar de la finca, o bé que es trobi impossibilitat per autoritzar l'acte de disposició. Sens perjudici que això pugui donar lloc a un cas d'infracció del principi general de la bona fe i honradesa en els tractes (art. 111-7) el propi art. 231-9.1 preveu que si falta el consentiment, l'autoritat judicial pot autoritzar l'acte, tenint en compte l'interès de la família o una altra justa causa.

1.3.5. Anul·labilitat de l'acte de disposició sobre l'habitatge familiar fet sense els requisits de l'art. 231-9.1

La falta d'autorització del cònjuge no titular de l'habitatge familiar al fet al qual acabem de fer referència comporta l'anul·labilitat del negoci, durant un termini de quatre anys, a instàncies del mateix (art. 231-9.2). És a dir, el negoci

fet sense autorització és perfectament vàlid, i produeix, ja inicialment, els seus efectes, però és *anul·lable*, perquè la llei entén que amb aquest negoci es pot vulnerar un interès jurídicament protegit; però aquesta protecció no és inicial i per sempre com seria el cas de la nul·litat, sinó que és merament temporal (quatre anys des del coneixement o des de la inscripció al Registre), i no produeix efectes d'entrada (cf. art. 1300 i 1301 CC).

1.3.6. La protecció dels tercers

Com a contrapès a l'anul·labilitat de l'acte de disposició de l'habitatge familiar fet sense l'autorització del cònjuge no titular, l'art. 231-9.3 conté una norma de protecció dels tercers; en concret, que l'acte de disposició manté l'eficàcia si l'adquirent actua de bona fe i a títol onerós i, a més, el titular ha manifestat que l'immoble no té la condició d'habitatge familiar, i això encara que es tracti d'una manifestació inexacta. Aquesta és una norma de protecció de tercers que fa que la causa d'impugnació que és subjacent al negoci no pugui fer-se valer, és a dir, *no sigui oposable* al tercer que reuneixi els requisits de l'art. 231-9.3, per la qual cosa l'acte manté la seva eficàcia.

Encara que l'art. 231-9.3 utilitzi el terme "adquirent" per referir-se a la persona protegida per la inoposabilitat de l'acte de disposició sobre l'habitatge familiar fet sense l'autorització del cònjuge no titular, no ha d'entendre's en sentit estricte, és a dir, limitat a la persona que ha obtingut el dret de propietat sobre el citat habitatge familiar. La interpretació lògica de l'article i congruent amb la seva finalitat ens porta a afirmar que "adquirent" és la persona que ha obtingut del titular de l'habitatge familiar un dret, qualsevol dret, que comprometi l'ús de la mateixa per part del cònjuge no titular. En definitiva, la inoposabilitat que contempla aquest article es refereix, per citar només uns quants exemples, tant al nou propietari de l'habitatge familiar, com al nou usufructuari i, especialment, al titular d'un dret d'hipoteca, supòsit que es contempla de manera explícita a l'art. 569-31.

Els requisits d'inoposabilitat que recull l'art. 231-9.3 prenen com a model els de l'art. 34 LH, però no coincideixen totalment amb els mateixos, com es detalla a continuació.

El primer requisit és la *bona fe de l'adquirent*. D'acord amb l'art. 231-9.3, es considera que l'adquirent és de bona fe si, en el moment de l'adquisició de la finca, coneixia o podia haver conegut raonablement, que aquesta tenia el caràcter d'habitatge familiar. Encara que l'article no ho digui de manera explícita, cal entendre que l'adquirent de la finca que, en realitat, és habitatge familiar, gaudeix de la presumpció de bona fe (arg. art. 521-7.2 CCC i 34.2 LH).

No obstant això, en el cas de l'habitatge familiar, la presumpció de bona fe *no és absoluta*, sinó que *precisa un requisit addicional*: que el cònjuge titular de la finca hagi manifestat que la finca que transmet o grava no tenia la condició d'habitatge familiar; i això encara que es tracti d'una manifestació "inexacta" (art. 231-9.3; "falsa o errònia", segons l'art. 569-31.2). En definitiva, no pot presumir-se la bona fe (com a requisit per fer inatacable aquesta transmissió) a l'adquirent que, a més, no exigeix la manifestació expressa – certa o no – que la finca que adquireix no constitueix habitatge familiar. En efecte, encara que l'adquirent no tingui la més mínima sospita que la finca és habitatge familiar, no se'l podrà qualificar de bona fe si no ha tingut la diligència suficient d'exigir la manifestació expressa del transmissor en el sentit que la finca no és habitatge familiar.

El segon requisit perquè l'adquisició per un tercer del que en realitat és un habitatge familiar resulti inatacable pel cònjuge no titular, és que l'adquisició sigui a títol oneros. Per tant, si l'adquisició és a títol gratuït, l'adquirent, encara que sigui de bona fe, no pot al·legar la inoposabilitat de les conseqüències del caràcter familiar de l'habitatge. En conseqüència, estarà irremeiablement sotmès a la possibilitat d'anul·lació de la seva adquisició durant el termini de quatre anys que marca l'art. 231-9.2, sense que pugui escudar-se en l'excepció que a l'exercici d'aquesta acció li brinda l'art. 231-9.3. Una vegada transcorregut aquest termini, l'adquisició a títol gratuït, vàlida d'entrada però anul·lable, és ja definitivament vàlida i inatacable.

1.3.7. Responsabilitat

Després de referir-se als criteris de protecció del tercer que adquireix de bona

fe i a títol onerós el que resulta ser un habitatge familiar, l'art. 231-9.3 afegeix que el cònjuge que ha disposat de l'habitatge respon dels perjudicis que hagi causat. Es tracta d'una cas de responsabilitat extracontractual dels arts. 1902 et seq. CC, atès que el cònjuge no titular no ha estat part en el negoci d'alienació de l'habitatge familiar, per la qual cosa cal descartar la responsabilitat derivada d'un contracte. Aquesta responsabilitat té dos àmbits. En primer lloc, tot i que l'anul·lació del negoci dispositiu s'hagi produït amb èxit, el cònjuge titular haurà d'indemnitzar les despeses derivades de la impugnació, així com els altres perjudicis, fins i tot d'índole moral, que s'hagin pogut ocasionar al cònjuge no titular i als seus fills. El segon àmbit de la responsabilitat a la qual fa referència l'art. 231-9.3 és que si l'anul·lació de la transmissió de l'habitatge familiar no ha estat possible, la indemnització comprendrà, a més dels conceptes indicats en l'apartat anterior, una quantitat de diners suficients que permeti a la família obtenir l'ús d'un habitatge digne i de condicions similars a l'alienada; amb això no ens referim exclusivament a l'obtenció del dret de propietat sobre un pis o una casa, sinó també a un dret d'usdefruit (condicionat a la durada del matrimoni) o un arrendament (en aquest últim cas, garantint el pagament de les pensions futures).

1.4. El règim dels béns d'ús ordinari

En l'art. 231-9.1 trobem un incís, o breu expressió, l'abast de la qual, encara que a primera vista pogués resultar evident, en realitat no ho és tant. En efecte, aquest precepte, en establir les conseqüències de la disposició, per part del cònjuge titular, del seu dret en l'habitatge familiar, no ho limita a aquest, sinó que ho amplia a "els mobles d'ús ordinari". En conseqüència, perquè el seu titular pugui disposar dels mobles d'ús ordinari, serà necessari el consentiment del cònjuge no titular o, en defecte d'això, l'autorització judicial, igual que en el cas de l'habitatge familiar, com ja sabem.

El problema radica en que el paral·lelisme entre el règim de l'habitatge familiar i els mobles d'ús ordinari s'acaba aquí, doncs els apartats 2 i 3 de l'art. 231-9 es refereixen exclusivament a l'habitatge familiar, sense fer cap referència als mobles d'ús ordinari. En aquest sentit, l'apartat 2 es refereix a la

“inscripció en el Registre de la Propietat” i el número 3 exclusivament a l’“immoble”.

Hem de, en conseqüència, plantejar-nos, en primer lloc, què ha d’entendre’s per “mobles d’ús ordinari” i, a continuació, quin és el seu règim jurídic.

En relació amb la primera qüestió, tot i que l’art. 231-9.1 es refereixi explícitament a “els mobles d’ús ordinari”, la interpretació lògica del precepte no porta a afirmar que no són tots els mobles d’ús ordinari que pertanyen a un cònjuge, sinó només els que es troben en l’habitatge familiar.

Feta aquesta precisió, els “mobles d’ús ordinari” són, per tant, els que podríem descriure com el mobiliari i l’aixovar de la finca que constitueix l’habitatge familiar, en el mateix sentit i amb la mateixa extensió que en el cas de l’art. 231-30, que regula el dret vidual de predetracció.

Pel que es refereix al règim jurídic de la disposició dels mobles d’ús ordinari, como hem assenyalat anteriorment, l’única referència que l’art. 231-9.1 fa a aquests béns és la del seu apartat primer, per establir, com a gran principi, la necessitat d’autorització del cònjuge perquè el titular dels béns pugui disposar d’ells. Res es diu dels mobles d’ús ordinari, en canvi, en la resta de l’article.

Quin és, aleshores, el règim d’aquests béns, quan han estat alienats sense la citada autorització? Una primera possibilitat seria la d’utilitzar, sense més, l’analogia, i aplicar als mobles d’ús ordinari el mateix règim que els apartats 2 i 3 de l’art. 231-9 preveuen per l’habitatge familiar. No obstant això, no ens sembla probable que l’aplicació analògica d’aquestes normes sigui possible en tota la seva extensió. El motiu és que la intenció del legislador és clara, de voler limitar l’aplicació del contingut íntegre d’aquests apartats només a l’habitatge familiar, després d’establir la norma general, comuna a l’habitatge familiar i als mobles d’ús ordinari, en el seu apartat primer.

En primer lloc, el supòsit plantejat encaixa perfectament a l’art. 522-8, segons el qual l’adquisició de la possessió d’un bé moble feta de bona fe i a

títol oneroso comporta l'adquisició del dret en què es basa el concepte possessori, i això encara que el posseïdor anterior no tingui poder de disposició suficient sobre el bé.

Ara bé, aquest precepte resulta insuficient, doncs no dona marge d'actuació al cònjuge no titular dels mobles d'ús ordinari transmesos. I és aquí on, en certa manera malgrat el que s'ha dit anteriorment, resulta convenient aplicar per analogia la regulació que l'art. 231-9 preveu per a la disposició de l'habitatge familiar; una aplicació analògica, això sí, lògica i limitada als casos que no entren dins del cercle de protecció de l'art. 522-8.

En aquest sentit, és procedent l'anul·lació de la disposició de mobles d'ús ordinari feta sense l'autorització del cònjuge titular. El termini per impugnar serà el mateix que en el cas de l'habitatge familiar, és a dir, quatre anys.

La bona fe de l'adquirent ha de valorar-se d'acord amb les normes generals (especialment, art. 521-7). No resulta d'aplicació a la disposició de béns mobles el requisit addicional que l'art. 231-9.3 exigeix per a l'habitatge familiar, és a dir, que el transmissor manifesti que el bé no tenia la condició de "familiar", encara que es tracti d'una manifestació inexacta. Aquesta exigència, que no pot qualificar-se de "dura" o "desmanegada" en el cas de la venda d'un immoble, que serà un acte poc freqüent en la vida d'una persona, seria inadmissible en el cas dels mobles d'ús ordinari, doncs aniria en detriment de la fluïdesa i seguretat del tràfic jurídic.

Resulta també aplicable a la disposició dels mobles d'ús ordinari la responsabilitat que estableix la segona part de l'art. 231-9.3: si el cònjuge titular d'un moble d'ús ordinari disposa del mateix i la seva recuperació no és possible, atès que l'adquirent està protegit, és responsable dels perjudicis que hagi pogut causar.

2. Els efectes patrimonials “post mortem” del matrimoni

2.1. Plantejament

Quan un dels esposos mor, es planteja el problema de la protecció, des del punt de vista patrimonial, del cònjuge que ha quedat vidu. A aquesta qüestió donen resposta tant el Dret de Successions com el Dret de Família.

Des del Dret de Successions, la protecció del cònjuge vidu és operativa en els casos en què aquest no ha estat designat hereu ni legatari, o si ho ha estat, el contingut econòmic de la designació és insuficient, en relació amb el valor de la massa hereditària. En aquest àmbit trobem atribucions legals com la quarta vidual o l'usdefruit universal del cònjuge vidu (art. 452-1 a 452-8, i 442-3 a 442-5, respectivament). Aquestes atribucions legals tenen un valor econòmic important, en relació amb el de l'herència, i són definitives (fins i tot en el cas de l'usdefruit que, si en principi és vitalici, pot commutar-se per una atribució en plena propietat amb caràcter definitiu, d'acord amb l'art. 442-5).

El Dret de Família també articula algunes mesures de protecció del cònjuge vidu, que es caracteritzen, o per la seva rellevància econòmica marginal, o per la seva breu durada temporal, la qual cosa de cap manera significa que es tracti de mesures inútils o prescindibles. En concret, es tracta de l'atribució de l'aixovar de l'habitatge i el denominat any de viduïtat, figures que el CCCat agrupa en una secció titulada “Els drets viduals familiars”, integrada pels arts. 231-30 i 231-31.

Finalment, hem de destacar que les citades figures, per la seva ubicació sistemàtica (el Capítol I del Títol III del Llibre II del CCCat porta per títol “Abast de la institució familiar”), s'apliquen sigui quin sigui el règim econòmic del matrimoni. Ara bé, cal reconèixer que on tenen la seva màxima utilitat, especialment en el cas de l'any de viduïtat, és en el règim de separació de béns, atès que en altres règims aquesta figura pot quedar “diluída” –sense ser incompatible– amb algunes mesures pròpies de les mateixes (cf. art. 1408 CC).

Així mateix, aquestes figures s'apliquen a les relacions de parella estable, no matrimonials, en virtut de la remissió que als arts. 231-30 i 231-31 fan l'art. 234-14.

2.2. L'atribució de l'aixovar de l'habitatge

2.2.1. Finalitat de la figura i naturalesa del dret

L'art. 231-30 estableix el que s'ha vingut qualificant com *un dret de predetracció* que el cònjuge vidu té en relació amb determinats béns que formen part de l'aixovar de l'habitatge conjugal. En aquest sentit, el primer apartat d'aquest precepte assenyala que correspon al cònjuge supervivent, no separat judicialment o de fet, la propietat de la roba, del mobiliari i dels estris que formen l'aixovar de l'habitatge conjugal, i afegeix que aquests béns no es computen en el seu haver hereditari.

Observem que el requisit inicial per a l'aplicació d'aquesta figura és que el matrimoni s'hagi dissolt com a conseqüència de la defunció d'un dels cònjuges; no, per tant, per divorci (art. 85 CC). Requereix, a més, el manteniment de la vida matrimonial, ja que l'aplicació de la norma de l'art. 231-30 exigeix que, en el moment de la defunció d'un dels cònjuges, el matrimoni no estigüés separat judicialment o de fet.

La finalitat de la figura que regula l'art. 231-30 pot deduir-se amb facilitat de l'afirmació que els citats béns no es computen en l'haver hereditari. Significa l'atribució "*ex lege*" d'un benefici vidual que consisteix en l'exclusió de determinats béns de l'haver hereditari del cònjuge supervivent, és a dir, del que a aquest correspondria, si escau, de l'herència del difunt, testada o intestada. Aquest benefici vidual és totalment independent de la possible qualitat d'hereu del cònjuge supervivent.

En conseqüència, els béns que formen l'aixovar de l'habitatge conjugal, i que resulten necessaris per a la vida quotidiana del cònjuge vidu, són atribuïts a aquest directament per la llei, i en cap moment han format part de l'herència

del cònjuge difunt. Això comporta, fonamentalment, que aquests béns no poden ser reclamats pels hereus del difunt, ni estan subjectes a la responsabilitat per les càrregues de l'herència o pels deutes del causant (vegin-se, entre uns altres, els arts. 411-1, 461-18 i 461-19).

2.2.2. Els béns objecte de predetracció; el concepte d'“aixovar de l'habitatge conjugal”

El primer tipus de béns que, d'acord amb l'art. 231-30.1, integren l'aixovar de l'habitatge conjugal i són objecte de predetracció, són els integrats per la *roba, el mobiliari i els estris*. Aquests conceptes han d'entendre's en el sentit més ampli possible, sobretot pel que fa al “mobiliari”, a fi de concordar el concepte amb el de “mobles d'ús ordinari” tal i com es refereix l'art. 231-9.1; en aquest últim precepte, “moble” és sinònim de “bé moble” (art. 511-2.3), anant més enllà, per tant, del concepte restrictiu de “mobiliari”. Si posem en relació els arts. 231-30.1 i 231-9.1, podem concloure que l'aixovar de l'habitatge conjugal està integrat per tots els béns mobles d'ús ordinari que són necessaris per a la vida familiar.

També són objecte de predetracció els *mobles de procedència familiar*, però només en el cas en què el cònjuge premort no hagués disposat d'ells per actes d'última voluntat a favor d'altres persones (art. 231-30.2). És a dir, si el cònjuge difunt va disposar d'ells, els citats béns formen part del cabal relictu i no són atribuïts directament per la llei al supervivent. La procedència familiar dels béns ha d'entendre's referida normalment a la família del difunt; no obstant això, no s'exclou que es tracti de la família comuna a tots dos cònjuges (per exemple, mobles d'un fill comú que va morir amb anterioritat).

Observem que en el segon apartat de l'art. 231-30, la paraula “mobles” ha d'entendre's en el sentit de “mobiliari”. Això, no només per coherència interna del mateix article (recordem que el seu primer apartat es refereix al “mobiliari”; vegeu també l'art. 346 CC), sinó també perquè ens trobem davant d'una excepció: si el causant ho desitja, pot excloure de l'aixovar familiar determinats béns, simplement disposant d'ells per un acte d'última voluntat en favor d'altres persones. Si no ho fa així, tals béns s'atribuiran automàticament

al cònjuge supervivent. Aquesta atribució només té sentit, i encaixa amb la finalitat de la norma, si es limita al mobiliari; no, en canvi, si s'aplica a qualsevol bé moble com, per exemple, un paquet d'accions o una embarcació d'esbarjo.

A més dels citats béns, l'art. 231-30.2 exclou del dret de predetracció les joies, els objectes artístics o històrics, i els altres béns del cònjuge premort que tinguin un valor extraordinari en relació amb el nivell de vida del matrimoni i el patrimoni relict. Aquestes exclusions reafirmen la finalitat de la figura, d'atribuir al vidu únicament aquells béns d'ús ordinari que resulten necessaris per a la vida domèstica quotidiana. La referència als "objectes artístics o històrics" resulta tosca i imprecisa, i ha d'entendre's referida al concepte de patrimoni cultural al fet que es refereix l'art. 1.2 de la Llei 9/1993, de 30 de setembre, del Patrimoni Cultural Català.

2.3. L'any de viduïtat

2.3.1. Concepte i naturalesa jurídica de l'any de viduïtat

Sota la denominació d'"any de viduïtat", l'art. 231-31 regula una figura la finalitat de la qual és limitar les conseqüències negatives més immediates que, en l'àmbit patrimonial, pot produir a una persona la mort del seu cònjuge. En essència, es tracta que durant l'any següent a la defunció d'un dels cònjuges, el supervivent té dret a continuar usant l'habitatge conjugal i a ser alimentat a càrrec del patrimoni del premort, d'acord amb el nivell de vida que havien mantingut els cònjuges i la importància d'aquest patrimoni; això, tret que estiguessin separats judicialment o de fet, o que el supervivent fos usufructuari universal del patrimoni del premort. El mateix precepte conclou indicant que el dret de l'any de viduïtat és independent dels altres drets que corresponguin al vidu en la successió, testada o intestada, del premort.

L'art. 231-31.1 exigeix dos requisits indispensables perquè tingui lloc el naixement de l'any de viduïtat. El primer és que el vidu no sigui usufructuari universal del patrimoni del cònjuge premort. Aquesta exclusió resulta lògica, atès que deriva de la incompatibilitat entre dues institucions, ja que el vidu

difícilment podrà reclamar aliments finançats per uns béns que ell mateix té en usdefruit. El segon requisit per al naixement de l'any de viduïtat és que els cònjuges no estiguessin separats judicialment o de fet, ja que és evident que la ruptura de la convivència conjugal no pot justificar el naixement d'un dret basat precisament en el respecte i la consideració mútua dels consorts.

Finalment, malgrat l'expressió que utilitza l'art. 231-31.1 ("aquest dret"), en realitat l'any de viduïtat no és un dret, sinó una designació conjunta de dos drets perfectament diferenciats, la durada dels quals és d'un any a partir de la defunció d'un dels cònjuges: el dret a continuar usant l'habitatge conjugal i el dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni del cònjuge premort. En aquest sentit, és correcta la utilització del plural ("els drets") que fa el segon apartat del mateix art. 231-31, per remarcar la distinció entre els dos drets que integren l'any de viduïtat. Estudiem aquests drets a continuació.

2.3.2. El dret a continuar usant l'habitatge conjugal

El primer dels drets que l'art. 231-31 integra sota la denominació any de viduïtat és el dret que el vidu té a continuar usant l'habitatge conjugal. El contingut d'aquest dret parteix de la base que l'habitatge conjugal era de propietat exclusiva del cònjuge difunt. En efecte, si l'habitatge estava en situació de comunitat amb l'ara vidu, el dret d'aquest a utilitzar-la deriva de la seva pròpia cotitularitat; i si l'habitatge estava arrendat, el dret de la seva utilització per part del vidu li ve permès per la possibilitat de subrogació que estableix l'art. 16.1.a LAU.

El dret a seguir usant l'habitatge conjugal que integra l'any de viduïtat constitueix un gravamen d'aquesta finca, assimilable al dret d'ús d'un habitatge regulat a l'art. 562-7, si bé amb la limitació temporal d'un any. El contingut d'aquest dret es limita a la residència en el citat habitatge, d'acord amb els mateixos criteris de conducta que s'havien seguit durant la vida del matrimoni. El cònjuge vidu no podrà, en canvi, realitzar cap acte de disposició sobre la finca, ni modificar el tipus d'utilització que de la mateixa es realitzava.

2.3.3. El dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni del cònjuge premort

El segon dret que integra el contingut de l'any de viduïtat és el dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni del cònjuge premort, d'acord amb el nivell de vida que havien mantingut els cònjuges i la importància del patrimoni.

La primera qüestió a determinar és la de la naturalesa d'aquest dret, si es tracta o no d'un autèntic dret d'aliments. L'interès d'aquesta qüestió va més enllà del purament teòric. La primera possibilitat és considerar al "dret a ser alimentat" com un autèntic dret d'aliments, al que seria aplicable, per tant, la regulació general d'aquesta matèria, dels arts. 237-1 a 237-14. Si això és així, haurà de prendre's en consideració el requisit de la situació de necessitat del cònjuge vidu, per la qual cosa el dret als aliments no naixerà si aquest té un patrimoni i uns ingressos suficients que li permetin mantenir un nivell de vida semblat al que havia tingut durant el matrimoni. El principal argument per mantenir aquesta tesi és la literalitat de la redacció de l'art. 231-31 que, en els seus dos paràgrafs, utilitza expressions que es refereixen directament a tal dret ("ésser alimentat" i "aliments percebuts").

Malgrat els arguments exposats, considerem preferible mantenir l'opinió contrària, és a dir, que el dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni del cònjuge premort és totalment independent de la situació econòmica del cònjuge supervivent. Aquesta afirmació es basa en la interpretació històrica, seguint la tradició jurídica catalana, dels preceptes que han regulat l'any de viduïtat, com exigeix l'art. 111-2. També la jurisprudència ha diferenciat clarament el dret que sorgeix de l'any de viduïtat d'un dret d'aliments en sentit estricte; vegeu, en aquest sentit, la STSJC 4.12.1989, que va qualificar el dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni del cònjuge premort del que en l'actualitat és l'art. 231-31 com un "dret autònom i temporal", alhora que desvinculava clarament aquest dret de l'hipotètic estat de necessitat del cònjuge supervivent. Un altre argument a favor de l'especificitat del dret a ser alimentat a càrrec del patrimoni del cònjuge premort al que es refereix l'art. 231-31.1, en el sentit de no considerar-ho com un dret d'aliments, que justifica la seva no vinculació a l'estat de necessitat del supervivent, és la independència absoluta d'aquest dret dels altres drets que corresponguin al supervivent com a conseqüència de la

defunció del seu consort (art. 231-31.1), drets que li permetrien incrementar els seus ingressos i el seu nivell de vida, fins al punt de fer innecessari un dret d'aliments en sentit estricte.

Pel que es refereix a la quantificació dels aliments que ha de percebre el cònjuge vidu, l'art. 231-31.1 relaciona aquesta qüestió amb el nivell de vida que havien mantingut els cònjuges i la importància del patrimoni, i això amb total independència dels altres drets que poguessin correspondre al vidu en virtut de la defunció del premort. La STSJC de 4.12.1989 resumeix aquesta idea de manera clara i didàctica: "per a fixar la quantia de l'any de viduïtat, s'haurà d'estar, com ha assenyalat la doctrina, a la qualitat i a la quantitat dels aliments. La qualitat, la determinarà la posició social del consort mort, i la quantitat, el patrimoni del mateix". Queda clar que aquestes són les úniques limitacions dels aliments que es perceben per raó de l'any de viduïtat. Ni la sentència ni la redacció de l'art. 231-31 tenen en compte cap altre criteri; més concretament, no es té en compte quin és el patrimoni del vidu, ni les atribucions que percebi per via successòria. Per aquest motiu la citada sentència conclou que a la vídua recurrent "no se li pot detreure els quantitats que rebia com a legatària de l'herència".

2.3.4. La pèrdua dels beneficis de l'any de viduïtat

D'acord amb l'art. 231-31.2, el cònjuge supervivent perd els drets que corresponen a l'any de viduïtat si, durant el mateix, torna a casar-se o passa a viure maritalment amb una altra persona, així com si abandona o descuida greument als fills comuns sotmesos a potestat parental.

Veiem com la pèrdua dels drets que corresponen a l'any de viduïtat es configura com una sanció a unes conductes que es consideren reprovables, no només des del punt de vista social, sinó també des del punt de vista jurídic (en el cas de l'abandó o desatenció dels fills). Així, res impedeix que el vidu torni a casar-se o passi a viure maritalment amb una altra persona, fins i tot als pocs dies de mort el seu consort; és més, potser això és el resultat d'una situació larvada durant el matrimoni. No obstant això, sembla social i èticament reprovable que el vidu es beneficiï dels drets sorgits de la figura de l'any de

viduïtat; això, no només perquè la seva conducta denota una falta de consideració cap a la memòria del difunt, sinó també perquè el seu benefici, que no mereix, redunda en perjudici dels hereus.

En el cas de l'abandó o desatenció dels fills, a l'argument de la reprovació social s'afegeix la sanció jurídica, que pot anar acompanyada d'altres mesures de protecció dels menors.

En cap cas la pèrdua dels drets derivats de l'any de viduïtat té caràcter retroactiu doncs, com assenyala l'últim incís de l'art. 231-31.2, el vidu no està obligat a retornar l'import dels aliments percebuts.

CAPÍTOL 3: ELS NEGOCIS JURÍDICS ENTRE CÒNJUGES

1. La llibertat de contractació entre cònjuges

L'art. 231-11 recull, en la seva primera part, el tradicional principi de la llibertat de contractació entre cònjuges; en concret, aquest precepte assenyala que "Els cònjuges es poden transmetre béns i drets per qualsevol títol i fer entre ells tota mena de negocis jurídics". Aquest principi, que al segle XXI i en el nostre entorn cultural ens sembla lògic i evident, és, no obstant això, relativament recent. En efecte, si bé la Compilació de 1960 va recollir el tradicional principi del dret civil català, de *llibertat dels cònjuges de realitzar negocis jurídics onerosos entre ells*, va mantenir també les tradicionals limitacions de la prohibició de donació entre cònjuges anés de capítols matrimonials (art. 20 CDCC de 1960) i la prohibició de fiança o intercessió de la dona casada a favor del seu marit (art. 322 CDCC de 1960); aquestes limitacions van desaparèixer definitivament en la reforma de la Compilació de l'any 1984, on l'art. 12 permetia als cònjuges "*celebrar entre si durant el matrimoni actes i contractes a títol oneros o gratuït*".

La redacció del vigent art. 231-11, que té el seu origen en la reforma de la CDCC que es va produir l'any 1993 (en concret, el nou art. 18 CDCC), amplia notablement l'àmbit de la regulació. En realitat, es contempla una doble esfera d'actes jurídics susceptibles de ser realitzats entre cònjuges: la *transmissió* de béns i drets per qualsevol títol i la celebració de tot tipus de *negocis jurídics*. Amb això pretén posar-se de manifest que la llibertat no es refereix només a la celebració de negocis jurídics onerosos o gratuïts, sinó a la mateixa disposició dels seus béns i drets. És a dir, que el matrimoni no incideix sobre el poder de disposició dels cònjuges, com tampoc afecta a la seva capacitat negocial. Els desplaçaments patrimonials entre els cònjuges, doncs, no plantegen cap qüestió d'admissibilitat en el dret civil català.

Ara bé, donada la relació de confiança que normalment existirà entre els

cònjuges, i en previsió que això pogués afavorir la realització d'actes en frau de creditors, els arts. 231-11 a 231-13, fonamentalment, estableixen unes mesures de protecció. Això resulta necessari, ja que el matrimoni, sobretot en el règim de separació de béns, que és el més freqüent a Catalunya, pot facilitar en bona part el frau als creditors de qualsevol dels cònjuges, creant una situació d'aparent insolvència del cònjuge deutor. A més, hem de tenir en compte que la responsabilitat pels deutes concrets per un només dels cònjuges és, per regla general, personal i exclusivament seu; únicament en el cas de les despeses familiars, que normalment seran d'escassa quantia, la responsabilitat passa a ser solidària de tots dos cònjuges (art. 231-8). Per tot això, a fi de donar una protecció addicional als creditors d'un deutor casat, protecció justificada pel risc addicional que per a aquests deriva precisament de la situació de matrimoni del deutor, el CCCat estableix una sèrie de mesures i precaucions que se sumen a les derivades de la teoria general del frau de creditors (vegin-se, fonamentalment, els arts. 531-14 CCCat i 643.2, 1291.3 i 1297 CC).

2. La protecció dels creditors

2.1 La presumpció de gratuïtat de les transmissions entre cònjuges

Després d'establir, com acabem d'estudiar, que els cònjuges poden transmetre's béns i drets per qualsevol títol i fer entre ells tot tipus de negocis jurídics, l'art. 231-11 afegeix que en cas d'impugnació judicial, correspon als cònjuges la prova del caràcter oneros de la transmissió. La finalitat d'aquesta norma és, fonamentalment, la de facilitar als creditors d'una persona casada la impugnació dels negocis que aquesta va realitzar amb el seu cònjuge, a fi de poder cobrar els crèdits impagats. Aquesta norma s'inscriu en la teoria general de la inoposabilitat dels actes celebrats en frau de creditors, i augmenta els seus efectes quan la transmissió realitzada ha tingut lloc entre cònjuges.

En aquest sentit, recordem que la transmissió onerosa que el deutor va realitzar a favor d'un tercer no és oposable als creditors, sempre que provin que el tercer va ser còmplice en el frau (cf. art. 1291.3 i 1297 CC, que es refereixen

a la “rescissió”); si la transmissió va ser gratuïta, la transmissió sempre és inoposable als creditors (art. 227-2.2 i 531-14, “no perjudiquen”), amb la qual cosa aquests sempre podran perseguir el bé donat, sense necessitat d’haver de provar el frau.

És en aquest punt on entra en joc l’art. 231-11, establint la presumpció que una transmissió entre cònjuges que és posteriorment impugnada, respon a una causa gratuïta, la qual cosa equival a dir que els creditors podran dirigir la seva pretensió contra el bé donat, en qualsevol cas. Els cònjuges, això sí, poden desvirtuar aquesta presumpció, i provar que la transmissió va ser onerosa, amb la qual cosa els creditors, si al·leguen que la transmissió es va fer per defraudar els seus drets, hauran de provar la complicitat del cònjuge adquirent en el frau, la qual cosa pot no resultar fàcil. En definitiva, l’art. 231-11, en presumir la gratuïtat, multiplica les possibilitats de cobrament per part dels creditors.

A més dels creditors dels cònjuges, resulten també beneficiats per la presumpció els hereus designats en heretament (art. 431-25.4, que permet impugnar els actes dispositius fets en frau de l’heretament) i els legitimaris (art. 451-5.b, que suposa la inclusió del bé objecte del negoci entre el *donatum* en relació amb el càlcul de la legítima).

La presumpció únicament beneficia a tercers, de manera que els cònjuges no poden recolzar-se en aquesta per resoldre les seves relacions patrimonials mentre el matrimoni va estar –o està– vigent; en particular, el precepte no pot ser invocat pels cònjuges per determinar a quin d’ells correspon la titularitat dels béns que han adquirit constant el matrimoni; vegeu, en aquest sentit, la STSJC 28.12.1993.

La principal conseqüència jurídica de la presumpció de donació és l’aplicació de les normes de protecció dels creditors enfront dels actes gratuïts realitzats pels seus deutors, en particular la inoposabilitat de les donacions que contempla l’art. 531-14 (vegeu també l’art. 227-2.2). Lògicament, només es veuran afectats per la presumpció de gratuïtat els negocis realitzats amb

posterioritat a la data del fet o de l'acte del que neix el crèdit (arg. art. 227-2.2 i 531-14). Aquest remei protector consisteix en que els creditors romanguin immunes als actes de disposició del seu deutor, de manera que mantinguin el mateix patrimoni de responsabilitat amb què comptaven fins a la realització d'aquest acte i no resultin perjudicats pel desplaçament patrimonial. No és necessari declarar judicialment la ineficàcia total de l'acte, sinó que n'hi ha prou que l'acte dispositiu no sigui oposable al creditor, de manera que pugui agredir el bé com si es trobés encara en el patrimoni del deutor, malgrat que ara pertanyi al donatari.

Cal plantejar si la presumpció de gratuïtat de l'art. 231-11 és també aplicable en determinats supòsits de crisi matrimonial. Així, entenem que la presumpció és aplicable en el cas del *matrimoni nul*, doncs el respecte a l'aparença jurídica fa que el conflicte entre els cònjuges aparents i els creditors hagi de resoldre's a favor d'aquests últims. En canvi, en el cas de la *separació judicial*, sembla que no ha de jugar la presumpció atès que, encara que formalment el matrimoni subsisteix, la falta de confiança entre els cònjuges sembla excloure la complicitat en el frau de creditors, amb el que la presumpció de gratuïtat sembla fora de lloc. Pel que es refereix a la *separació de fet*, precisament el seu caràcter incert permet mantenir la presumpció de gratuïtat, en benefici dels creditors.

Finalment, hem de precisar que l'art. 231-11 no fixa cap termini per a l'exercici de les accions que d'aquest deriven. Encara que en ocasions la doctrina i la jurisprudència han proposat el termini de quatre anys, que és l'habitual en les accions de rescissió (és així, en el cas de rescissió per frau de creditors, supòsit que s'assembla al de l'art. 231-11 CCCat), entenem que la conclusió ha de ser una altra. Més concretament, l'acció que deriva de l'art. 231-11 no està subjecta a cap termini, atès que no es tracta d'una acció de rescissió, sinó d'inoposabilitat; per això, ja que el precepte no li assenyala termini, no cal aplicar el d'una acció diferent, sinó que l'acció de l'art. 231-11 que pot exercir-se en qualsevol termini mentre el crèdit sigui susceptible de reclamació.

2.2 Presumpció de donació en cas de concurs

2.2.1 Àmbit d'aplicació

La presumpció de gratuïtat dels negocis jurídics entre cònjuges que estableix l'art. 231-11 es completa amb la presumpció de donació que es conté a l'art. 231-12. El primer apartat d'aquest precepte descriu el supòsit de fet i la presumpció que d'aquest es deriva, assenyalant que en cas de declaració de concurs d'un dels cònjuges, els béns adquirits per l'altre a títol onerosos durant l'any anterior a la declaració se subjecten al següent règim:

a) Si la contraprestació per a la seva adquisició procedia del cònjuge concursat, es presumeix la donació.

b) En aquella part en què no pugui acreditar-se la procedència de la contraprestació, es presumeix la donació de la meitat.

La *ràtio* de la norma és la mateixa: la desconfiança amb que es contempen els negocis celebrats pels cònjuges, per la facilitat amb que poden ser utilitzats per defraudar els drets dels creditors d'un d'ells. Aquesta presumpció de donació és una evolució de la denominada presumpció muciana, en virtut de la qual es presumia que els béns de la dona havien estat donats per l'espòs.

La redacció de l'art. 231-12 coincideix en gran mesura amb la de l'art. 78 de la Llei Concursal; no obstant això, l'àmbit d'un i altre precepte és molt diferent. En efecte, mentre l'art. 231-12 és una norma general de règim econòmic, i s'aplica a qualsevol règim econòmic matrimonial, l'art. 78 LConc és una norma específica del règim de separació de béns (el seu apartat 1º no deixa lloc a dubtes: "Declarat el concurs de persona casada en règim de separació de béns...").

2.2.2 El supòsit de fet

L'aplicació de l'art. 231-12 exigeix la concurrència d'una sèrie de requisits:

a) La declaració de concurs d'un dels cònjuges, d'acord amb la Llei Concursal. Les presumpcions de l'art. 231-12 no s'apliquen, per tant, a qualsevol acte perjudicial que un dels cònjuges hagi realitzat envers els seus creditors; el "plus" de protecció que aquest precepte els brinda requereix la declaració formal de concurs de creditors.

b) Segons la literalitat de l'art. 231-12.1, l'adquisició de béns a títol onerós pel cònjuge no concursat s'ha d'haver realitzat durant l'any anterior a la declaració de concurs. Aparentment existeix una disfunció de terminis amb l'art. 71 LConc, per la qual cosa ha de prevaler el de l'art. 78, concordant amb l'art. 231-12 CCCat, d'acord amb el criteri de prevalença de la llei especial sobre la general. En concret, l'art. 71.1 LConc assenyala que una vegada declarat el concurs, els actes perjudicials per a la massa activa realitzats pel deutor dins dels dos anys anteriors a la data de la declaració seran rescindibles, i això encara que no hagués existit intenció fraudulenta.

c) Com ja hem assenyalat, l'adquisició s'ha d'haver realitzat d'un tercer i no del cònjuge concursat.

2.2.3 Les presumpcions

El supòsit de fet de l'art. 231-12 és l'adquisició de béns que el cònjuge no concursat fa *a un tercer*, a títol onerós. Queda clar, per tant, que el precepte no s'aplica a les adquisicions que el cònjuge no concursat realitza del seu cònjuge concursat, doncs en aquest cas la protecció dels creditors ve donada per la presumpció de gratuïtat de l'art. 231-11, que hem estudiat en l'epígraf anterior: es presumeix que el que un cònjuge va adquirir de l'un altre ho va transmetre a títol gratuït, amb el que l'adquisició no és oposable als creditors, i això sense necessitat de declaració de concurs.

Quin és la virtualitat de l'art. 231-12? El punt de partida el constitueix la

fermesa de l'adquisició que el cònjuge no concursat realitza de mans d'un tercer, i això amb independència de si l'adquisició es va fer a títol onerós o gratuït. Això resulta perfectament lògic, atès que l'adquirent no té per què veure's perjudicat per la insolvència del seu cònjuge; el que el cònjuge solvent va adquirir queda a resguard de les pretensions dels creditors del cònjuge insolvent.

Ara bé, si es dóna la situació de la qual parteix l'art. 231-12 –adquisició que el cònjuge solvent fa d'un tercer i a títol onerós– és perfectament fundada i legítima la sospita que el concursat hagi donat al seu cònjuge la contraprestació, normalment diners, amb la qual va pagar l'adquisició. Per evitar aquesta situació, l'art. 231-12.1.a estableix la presumpció que la contraprestació –normalment, els diners– que el cònjuge havia pagat havien estat l'objecte d'una donació que, amb anterioritat, li havia fet el cònjuge concursat. És a dir, l'adquirent, que va adquirir amb uns diners (contraprestació) que es demostra que havien estat del seu cònjuge, la qual cosa es detecta, per exemple, per la transferència bancària que es va efectuar, haurà de demostrar que va rebre tal suma a títol onerós (com a pagament, per exemple, d'una venda realitzada amb anterioritat). Si no aconsegueix provar l'onerositat, l'art. 231-12.1.a presumeix que els diners els hi va anar donant, la qual cosa redunda en benefici dels creditors del cònjuge concursat. En efecte, gràcies a aquesta presumpció, els creditors podran dirigir-se contra aquests diners, doncs en haver estat objecte d'una donació (títol gratuït), la seva sortida del patrimoni del deutor els resulta inoposable.

Veiem, en conseqüència, que l'art. 231-12 confereix un gran avantatge als creditors, atès que els permet anar contra béns que d'una altra manera no estarien al seu abast: en concret, els diners amb el qual el cònjuge del concursat va pagar la seva adquisició. Així mateix, en el cas que tots dos cònjuges hagin adquirit conjuntament: la presumpció afectarà a la quota del cònjuge no deutor.

Finalment, l'apartat b) del mateix art. 231-12.1 estableix una solució salomònica per a aquells casos en els quals no es pot provar la procedència,

en tot o en part, de la contraprestació: es presumeix donació *de la meitat*.

2.2.4 Enervació de les presumpcions

L'art. 231-12 conté dues excepcions o límits a les presumpcions que hem descrit anteriorment.

En primer lloc, aquestes presumpcions no regeixen si els cònjuges estaven separats judicialment o de fet en el moment de l'adquisició (apartat 3^o del precepte). Aquesta excepció està plenament justificada, doncs si, per una o una altra causa, el matrimoni ha entrat en crisi, això significa que ja no existeix una base suficient com per entendre que un cònjuge va fer donació a un altre de la contraprestació a la qual es refereix l'art. 231-12.

En segon lloc, com sabem, quan no pot acreditar-se la procedència de la contraprestació, es presumeix la donació de la meitat; no obstant això, aquesta presumpció es destrueix si s'acredita que, en el moment de l'adquisició, l'adquirent tenia ingressos o recursos suficients per efectuar-la (apartats 1.b i 2 de l'art. 231-12). Encara que l'article no ho digui de manera explícita, ha d'entendre's que els ingressos o recursos que tenia l'adquirent es van destinar efectivament a l'adquisició del bé en qüestió. En definitiva, la presumpció està perfectament justificada en el cas en què el cònjuge adquirent (el no concursat) tingui patrimoni suficient per adquirir el bé, però no ho va emprar en això, la qual cosa constitueix un indici suficient per presumir que la contraprestació li va ser donada pel cònjuge concursat.

2.3 L'embargament de comptes indistints

D'acord amb l'art. 231-13, en cas de declaració de concurs de qualsevol dels cònjuges o d'embargament de comptes indistints per deutes privatis d'un d'ells, el cònjuge no deutor pot sostreure de la massa activa del concurs o de l'embargament els imports que acrediti que li pertanyen. Aquesta norma, que per la seva ubicació sistemàtica (Secció 2^a, relativa a les "relacions econòmiques entre els cònjuges", en general) és aplicable a qualsevol matrimoni, amb independència del seu règim econòmic matrimonial, dóna una

solució perfectament lògica a una situació més complexa en aparença que en realitat. En concret, el precepte es planteja com afecta un procés d'execució, tant singular com universal, a un compte bancari indistint, en la qual només un dels cònjuges titulars és l'afectat per l'execució; vegeu també l'art. 79.1 LConc.

El supòsit de fet de l'art. 231-13 parteix de l'existència d'un "compte indistint" a favor de tots dos cònjuges. Amb aquesta denominació, el precepte es refereix a una modalitat molt concreta de compte bancari, que es pot instrumentar com a compte corrent, llibreta d'estalvi o productes financers similars, en el qual qualsevol dels titulars pot disposar de la totalitat del saldo existent, amb independència de si és o no realment titular del mateix, la qual cosa dependrà de l'origen dels diners. Per tant, en la seva relació amb el banc, els cònjuges es converteixen en creditors solidaris, i d'aquesta manera gaudeixen de legitimació per retirar la totalitat del saldo existent, sense que això prejudici la titularitat efectiva sobre aquests fons.

És aquest aspecte el que justifica la regulació de l'art. 231-13, ja que l'embargament o la situació de concurs que afecta a un només dels cònjuges pot aconseguir la totalitat del saldo existent. En canvi, a quin dels cotitulars pertanyi el saldo és una qüestió diferent que ha de resoldre's en les relacions internes mitjançant els mitjans de prova habituals dels que disposin les parts; bàsicament, demostrant qui ha realitzat aportacions, provant l'origen dels fons dipositats en el compte. Només quan resulti impossible acreditar la pertinença del saldo a un dels cònjuges o la proporció en què pertany a tots dos serà aplicable la presumpció de cotitularitat per parts iguals (vegin-se especialment els arts. 552-1.3 i 232-4).

El supòsit de fet de la norma està constituït per l'embargament d'un compte indistint com a conseqüència d'un deute privatiu, propi o particular d'un dels cònjuges (art. 231-5.3 i 232-36.3). Sent el deute privatiu i, per tant, no estant el cònjuge no deutor obligat a satisfer-lo, el cònjuge no deutor pot sostreure de l'embargament o de la massa activa del concurs els fons que acrediti que li pertanyin amb exclusivitat.

3. Les donacions fetes als cònjuges, fora de capítols matrimonials

El CCCat contempla de manera explícita les donacions fetes a un cònjuge, tant les que fan terceres persones com les que els cònjuges realitzen entre ells, la qual cosa constitueix un exemple de la llibertat de contractació i de disposició existent entre els cònjuges, d'acord amb l'art. 231-11. Les donacions entre cònjuges tant poden formar part d'uns capítols matrimonials com realitzar-se fora d'aquests. A continuació, estudiarem aquest últim tipus de donacions, distingint entre si van ser fetes o no per raó del matrimoni i, si escau, si una donació d'aquest tipus va ser feta per un tercer. En el capítol següent estudiarem les donacions que es fan en el marc d'uns capítols matrimonials.

3.1 Les donacions, en general, entre cònjuges realitzades fora de capítols matrimonials

L'art. 231-14 està dedicat a les donacions entre cònjuges realitzades fora de capítols matrimonials. Malgrat la formulació genèrica del seu títol (“donacions fora de capítols”), aquest article es limita a matisar una de les causes de revocació de les donacions, com és la superveniència de fills, per la qual cosa la resta de la seva regulació és la general de totes les donacions, que trobem als arts. 531-7 a 531-22. En concret, l'art. 231-14 matisa la causa de revocació de les donacions que, amb caràcter general, estableix l'art. 231-15.1.a, segons el qual la donació es pot revocar en cas de superveniència de fills dels donants, fins i tot si aquests tenien fills amb anterioritat; a això afegeix l'art. 231-14 que, si la donació va ser entre cònjuges, aquesta causa de revocació només es produeix si es tracta de fills comuns.

Així, no és suficient per permetre la revocació que el donant tingui fills amb posterioritat a la donació, sinó que aquests fills han de ser comuns als cònjuges donant i donatari. Per tant, el mer fet que el cònjuge donant tingui descendència amb posterioritat a l'acte de la donació –per exemple, en cas de ruptura del vincle matrimonial i nou matrimoni amb tercera persona de la qual neix descendència– no constitueix causa suficient de revocació de les donacions efectuades a el –aleshores– cònjuge; els fills han de ser comuns,

segons exigeix l'art. 231-14.

3.2 Les donacions per raó de matrimoni atorgades fora de capítols matrimonials, entre els cònjuges o per terceres persones

És habitual que els contraents realitzin donacions l'un a l'altre, justificades per, o en consideració a l'imminent matrimoni; el mateix succeeix en el cas dels cònjuges acabats de casar. Així mateix, les donacions poden ser realitzades per terceres persones, en els tradicionalment coneguts com a "regals de noces". Aquest tipus de donacions poden tenir lloc en el context d'uns capítols matrimonials (arts. 231-19.1 i 231-25), o bé fora dels mateixos (arts. 231-27 a 231-29), la qual cosa justifica l'aplicació de les regles específiques en un i altre cas. A continuació, estudiarem les donacions per raó de matrimoni atorgades fora de capítols matrimonials; més endavant estudiarem les donacions que, per raó de matrimoni, es realitzen en seu de capítols.

3.2.1 Concepte

L'art. 231-27 assenyalava que les donacions que un dels contraents atorga fora de capítols matrimonials a favor de l'altre en consideració al matrimoni, així com les que atorguin altres persones per la mateixa raó, es regeixen per les regles generals de les donacions -és a dir, els art. 531-7 a 531-22-, amb les excepcions establertes als arts. 231-27 a 231-29.

El fet que aquestes donacions s'atorguin fora de capítols matrimonials planteja com a primer problema el de determinar quan una donació feta als "contraents" és una donació per raó de matrimoni. No tindran tal consideració les donacions que, encara que fetes als cònjuges, no tinguin com a causa la celebració del matrimoni, o aquest sigui una mera excusa per a la donació que igualment s'hagués realitzat. Sí ho seran, en canvi, els regals de noces, coneguts tradicionalment com a "donacions esponsalícies", i que són els regals, obsequis o presents de costum que un dels esposos fa a l'altre per causa del matrimoni o que, per tal motiu, els fan familiars i persones properes quan els

contraents posen en el seu coneixement la celebració del matrimoni. Es tracta d'unes donacions que es realitzen, per tant, en contemplació d'un matrimoni "concret i determinat".

La qualificació d'una donació com a "donació per raó de matrimoni" deriva de la seva consideració al matrimoni, amb independència de la seva quantia. Una donació per raó de matrimoni no ha d'encaixar necessàriament dins del concepte de "liberalitats d'ús", utilitzat pels arts. 431-25.3 i 451-5.b, i el seu objecte pot tenir un valor important, si bé dins de la lògica del nivell econòmic en el qual es mouen els cònjuges, més enllà del com la donació, si bé és perfectament possible i vàlida, no pot qualificar-se com a esponsàlia, sinó com a ordinària.

A pesar que l'art. 231-27 parli no de "cònjuges" sinó de "contraents", i que el supòsit habitual és que tals donacions es facin *abans* de la celebració del matrimoni, no obsta a la qualificació de la donació per raó de matrimoni el fet que es faci després del mateix, sempre que la consideració a la celebració del matrimoni sigui manifesta. Així, per exemple, són donacions per raó de matrimoni els diners lliurats en un sobre als cònjuges el mateix dia del casament, o el regal que troben al seu domicili en tornar del viatge de noces, i fins i tot el regal rebut uns mesos després de celebrat el matrimoni perquè el donant és en aquest moment quan s'ha assabentat de la celebració de les noces.

Atès que les donacions per raó de matrimoni no consisteixen simplement en una donació feta als cònjuges, sinó una donació feta *pel fet de celebrar-se el matrimoni*, pot afectar a la seva eficàcia la no celebració del mateix o, en certs casos, la seva nul·litat (art. 231-29), però no la dissolució del matrimoni ni el cessament de la convivència.

3.2.2 Règim jurídic

L'art. 231-27 sotmet les donacions per raó de matrimoni atorgades fora de capítols al règim general de les donacions (arts. 531-7 a 531-22), amb les excepcions establertes als arts. 231-28 i 231-29 que, en realitat, solament

contenen alguna especialitat en matèria de revocació de la donació. Així, quant als requisits de forma, s'aplicaran les regles generals de l'art. 531-12. La capacitat per fer i per rebre la donació es regirà per les regles generals dels arts. 531-10 (capacitat per donar) i 531-21 (capacitat per ser donatari); en qualsevol cas, caldrà tenir en compte que el donatari contraurà matrimoni, per la qual cosa haurà de tenir la capacitat exigida per celebrar-lo (art. 46 CC).

Les donacions per raó de matrimoni poden ser fetes per tercers als cònjuges, o pels propis cònjuges entre ells. En aquest últim cas, existeix un únic donant –un dels cònjuges– i un únic donatari –l'altre cònjuge–, amb el que no es plantegen problemes de titularitat. Però quan la donació es faci per tercers, ha de determinar-se d'una banda la titularitat del bé donat i, per una altra banda, la mesura del que s'ha donat per part de cada donant. Davant la falta de normes específiques sobre aquest tema, cal aplicar el règim general de les donacions que, no obstant això, solament regula expressament el cas de pluralitat de donataris (s'entén feta la donació per parts iguals, art. 531-22.1), però no el de pluralitat de donants.

3.2.3 La possibilitat de subjectar la donació a condicions i modes

L'apartat primer de l'art. 231-28 estableix que “Les donacions per raó de matrimoni atorgades fora de capítols es poden sotmetre a condicions i modes”. Ara bé, si l'art. 231-27 disposa la regla general que les donacions per raó de matrimoni es regeixen per les regles generals de les donacions excepte el que s'estableix pels arts. 231-27 a 231-29, i si tals regles generals permeten tant la donació condicional (art. 531-16) com la modal (art. 531-18), què aporta de nou que l'art. 231-28.1 justifiqui una norma expressa en tal sentit?

La utilitat de la norma en qüestió pot trobar-se en la pretensió de dissipar els dubtes respecte a si, a conseqüència de la naturalesa especial de la donació per raó de matrimoni, és possible l'establiment de condicions. La consideració al matrimoni podria donar a entendre que la celebració del mateix és l'única circumstància de la qual pot dependre l'eficàcia de la donació. L'art. 231-28.1 aclareix que l'eficàcia de la donació vindrà donada tant per la celebració o no del matrimoni –perquè així ho disposa la llei, art. 231-29.a)–,

com per qualsevol condició establerta pel donant.

3.2.4 La no obligació per part del donant de l'alliberament de la càrrega o gravamen que recaigui sobre el bé donat

L'apartat segon de l'art. 231-28 estableix que "Si el bé donat està subjecte a càrrega o gravamen, el donant no està obligat a l'alliberament corresponent". Tampoc el precepte aporta res de nou respecte del règim general de la donació. Encara que no existeixi un precepte que així ho disposi expressament, de l'art. 531-13.3 resulta que el donant no està obligat a l'alliberament de les càrregues que poguessin pesar sobre el bé donat, mentre que aquest precepte solament li imposa l'obligació de respondre del sanejament del bé, en cas d'evicció o vicis ocults, fins a on aconsegueixi el valor del gravamen. En definitiva, si el donatari accepta la donació d'un bé gravat, accepta també fer-se càrrec del gravamen.

3.2.5 Revocació

3.2.5.1 Plantejament

A diferència de les donacions per raó de matrimoni fetes en capítols matrimonials, que solament poden ser revocades per incompliment de càrregues (art. 231-25), les realitzades fora de capítols poden ser revocades també per les altres causes que enumera l'art. 231-29: per la falta de celebració del matrimoni, per la declaració de nul·litat del matrimoni si es tracta d'una donació entre cònjuges i el donatari és de mala fe, i també per ingratitude del donatari. De la regla que sobre el règim de les donacions per raó de matrimoni estableix l'art. 231-27, a la qual hem fet referència anteriorment, és possible deduir que aquestes donacions *només* són revocables per les causes que enumera l'art. 231-29, i que *no* li són aplicables, a més, les causes generals de revocació de les donacions que descriu l'art. 531-15. D'altra banda, hem de tenir en compte que algunes de les causes de revocació, com l'incompliment de càrregues i la ingratitude del donatari, coincideixen en un i un altre precepte. Per contra, si comparem de les causes generals de revocació de donacions, les fetes per raó del matrimoni fora de capítols no admeten la revocació per sobrevinença o supervivència de fills, ni per la pobresa del donant, segurament

a conseqüència que les donacions esponsalícies realitzades per tercers solen ser d'un import reduït.

Com a norma general, s'aplicarà el règim previst en l'art. 531-15 quant als terminis per a l'exercici de l'acció revocatòria, la legitimació per al seu exercici, i l'eficàcia de la revocació enfront de tercers.

3.2.5.2 Causes de revocació

a) *Revocació per falta de celebració del matrimoni.* La primera causa de revocació de la donació és la falta de celebració del matrimoni dins de l'any següent a la donació. La donació per raó del matrimoni es fa en contemplació al matrimoni dels donataris. El matrimoni és el motiu determinant, causalitzat, de la donació, per la qual cosa la no celebració del mateix justifica perfectament que el donant, si així ho desitja, pugui deixar sense efecte aquesta donació, revocant-la.

b) *Revocació per la declaració de nul·litat del matrimoni, si el donatari és de mala fe i el donant és el seu cònjuge.* De les diferents situacions que donen lloc a una crisi matrimonial (nul·litat, separació i divorci), l'art. 231-29 solament permet la revocació en cas de nul·litat del matrimoni, i sempre que es compleixin certs requisits. Com abans hem apuntat, resulta lògic que la separació i el divorci no permetin la revocació de la donació (no capitular), en tant que la causa de la mateixa és el fet de la celebració d'un determinat matrimoni, i no el matrimoni en si mateix. Per la mateixa raó, també resulta congruent que la nul·litat del matrimoni, en tant que suposa que des de la mateixa celebració el matrimoni es trobi viciat, sí hagi d'afectar a l'eficàcia de la donació.

c) *Revocació per incompliment de càrregues i per ingratitude.* L'incompliment de càrregues permet revocar qualsevol donació, sigui una donació "pura" (art. 531-15.1.c), o es tracti d'una donació per raó de matrimoni, i tant si aquesta s'ha celebrat en capítols matrimonials (art. 231-25) o fora d'ells. La ingratitude del donatari també permet la revocació de la donació per raó de matrimoni (solament la realitzada fora de capítols). La veritat és que

ambdues causes de revocació tindran escassa aplicació respecte de les donacions per raó de matrimoni, a causa de la seva usual modicitat. Solament en els casos en què la donació sigui d'elevada quantia (per exemple, els pares regalen un habitatge al fill en ocasió del seu matrimoni) tindrà un cert sentit, d'una banda, imposar una càrrega, i per un altre, acudir a aquesta causa de revocació en supòsits d'ingratitude, com podria ser la realització respecte al donant d'una conducta "no acceptada socialment" (art. 531-15.1.d; per exemple, la infidelitat del donatari).

4. Les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència

4.1 Naturalesa jurídica de la figura i caràcter de les normes que la regulen

Les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència estan regulades als arts. 231-15 a 231-18. L'art. 231-15.1 descriu aquesta figura assenyalant que els cònjuges o futurs contraents que adquireixin béns conjuntament a títol onerós poden pactar en el mateix títol d'adquisició que, quan qualsevol d'ells mori, el supervivent es converteixi a titular únic de la totalitat. Per la ubicació sistemàtica de la figura, podem observar que, en l'actualitat, és aplicable a qualsevol règim econòmic matrimonial.

No resulta fàcil determinar quina és la naturalesa jurídica de les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència atesa la complexitat de l'entramat dels interessos en joc (cònjuges, hereus, legitimaris, creditors) que fa que la seva regulació no tingui un encaix senzill en les categoria jurídiques més habituals. Això obeeix, a més, al fet que les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència no tenen una tradició jurídica consolidada. En efecte, es tracta d'una figura d'origen consuetudinari recent, que es va utilitzar des de finals del segle XIX en algunes comarques de Catalunya, sota la denominació, indicadora del seu abast, de *compres* amb pacte de supervivència. El primer projecte legislatiu que va al·ludir a aquesta figura va ser el Projecte de

Compilació de 1955, que culminaria en la Compilació de 1960. Amb poques modificacions, les compres amb pacte de supervivència van passar al CF de 1998, que les va incloure en el marc del règim de separació de béns (en concret, art. 44 a 47 CF). El CCCat regula també aquesta figura, ampliant el seu àmbit de manera notable, en dos sentits. En primer lloc, la figura ja no es limita a l'àmbit del contracte de compravenda, sinó que s'amplia a qualsevol adquisició onerosa, com s'observa ja en la denominació mateixa de la figura; en la pràctica, aquest canvi no té gran transcendència, ja que la immensa majoria de les transmissions oneroses són compravendes. A més, hem de destacar que la figura és operativa en qualsevol règim econòmic matrimonial, i no només en els de separació o participació com succeïa fins ara.

Malgrat les citades novetats, i d'algunes altres de menor entitat, la regulació de les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència en el CCCat pateix, igual que els precedents legislatius, d'una indefinició important quant a la naturalesa jurídica de la figura i, del caràcter de les normes que la regulen.

Per determinar la naturalesa jurídica de les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència hem de tenir en compte que moltes de les teories que en el seu moment s'han formulat sobre la compravenda amb pacte de supervivència es basen en la causa, entesa com a motius purament subjectius de les parts contractants; així, per exemple, s'ha dit que era una donació *inter vivos*, una donació *mortis causa*, un heretament o un contracte aleatori.

No obstant això, per entendre bé una figura jurídica, quina és la seva naturalesa i les conseqüències que de la mateixa deriven, cal conèixer els aspectes purament objectius, és a dir, la seva causa objectiva o funció econòmica i social; en canvi, els motius purament personals que han induït als contractants a celebrar el negoci no són determinants, són merament adjectius i no afecten a la naturalesa jurídica d'una institució.

En aquest sentit, fixem-nos en què una adquisició onerosa amb pacte de supervivència –el cas habitual serà el d'una compravenda–, és un contracte

normal, amb el seu règim habitual, en el qual s'insereix l'estipulació d'un règim específic d'organització de la propietat que adquireix la part compradora (els dos cònjuges). És a dir, es tracta d'una estipulació que no afecta per a res al venedor: mitjançant la compravenda i la tradició aquest transmet la titularitat de la cosa a la part compradora que, en estar integrada per dues persones (els cònjuges) ha d'organitzar la situació de cotitularitat, en una decisió que al venedor li resulta totalment aliena.

Això ens permet afirmar que una adquisició onerosa amb pacte de supervivència, per exemple, una compravenda amb tal pacte, és un contracte de compravenda en el qual, a més, la part compradora aprofita l'ocasió per configurar un règim especial de la propietat que adquireix. Ens trobem, per tant, davant una *dualitat de negocis* que se celebren en unitat d'acte; per això, l'adquisició onerosa amb pacte de supervivència no constitueix un únic negoci, amb caràcter unitari.

Un primer argument en aquest sentit és que l'art. 231-18 enumera diferents supòsits d'extinció del *pacte de supervivència*, però no en el sentit de desfer la transmissió realitzada, sinó per posar fi al règim especial de cotitularitat que es va constituir. Prova d'això és que, d'acord amb el segon apartat del citat precepte, quan el pacte de supervivència s'extingeix i esdevé ineficaç, la compravenda i els seus efectes segueixen intactes, i l'únic canvi és que la copropietat passa al règim normal de la comunitat ordinària indivisa.

Un altre argument que permet defensar la tesi de la dualitat de negocis és que les parts que intervenen en cadascun dels negocis són diferents: en la compravenda intervenen el venedor i, com a comprador, els dos cònjuges conjuntament; en el pacte de supervivència, cada cònjuge és una part en el negoci de configuració del règim de la copropietat.

La regulació de les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència parteix, per tant, del contracte, però els seus *elements tipificadors* es basen en *la configuració del règim de la propietat* que adquireixen els cònjuges, com, per exemple, els criteris que regeixen la transmissibilitat del bé adquiret (art. 231-

15.2), o l'afectació del bé com a integrant del patrimoni de responsabilitat (art. 231-17.1).

Fixades aquestes premisses, i abans d'entrar a estudiar els requisits i la configuració jurídica de la figura, cal resoldre una qüestió preliminar: si la regulació de les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència té caràcter imperatiu. La qüestió no és secundària, doncs els art. 231-15 a 231-18 estableixen un règim i uns requisits que, almenys en aparença, són bastant rígids; per tant, pot ser útil plantejar si, per acord de voluntats, les parts (els cònjuges compradors, ja que el venedor, en el que ara ens interessa, queda al marge) poden arribar a modificar alguns dels aspectes de la regulació de les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència, a fi d'ajustar aquesta figura a les seves necessitats i interessos.

Entenem que la resposta ha de ser afirmativa, i que cal donar preferència a la voluntat dels cònjuges compradors, excepte en aquells supòsits en els quals la regulació tingui un caràcter inequívocament imperatiu. En definitiva, els cònjuges han de ser lliures de configurar les conseqüències jurídiques del seu acte adquisitiu, en tot el que sigui possible (art. 551-2.1) i, en el que sigui possible, adaptar la regulació de la figura a les seves necessitats.

En conseqüència, no es pot modificar el que pugui perjudicar a tercers o vagi contra l'ordre públic (per exemple, el contingut de l'art. 231-17).

Tampoc es poden modificar els elements tipificadors de la figura, que són els que es refereixen al règim de la propietat adquirida, ja que no podríem parlar d'una adquisició onerosa amb pacte de supervivència. Així, són elements tipificadors, fonamentalment, l'adquisició de la titularitat exclusiva per part del supervivent (art. 231-15.1, *in fine*) i la configuració del règim en vida dels cònjuges que fa l'art. 231-15.2 (fixem-nos que l'article utilitza la manera imperativa: "s'han de regir"). L'alteració d'algun d'aquests elements ja no permetria identificar a la figura com una adquisició amb pacte de supervivència, sinó que ens portaria a una altra figura diferent, fruit de l'autonomia de la voluntat.

En canvi, sí que poden ser modificats els aspectes que deriven directament del títol adquisitiu o que són ocasió del mateix (així, si l'adquisició ha de ser per meitat, o si els adquirents han de ser cònjuges o contraents), doncs sens dubte seguiríem estant davant una autèntica adquisició onerosa amb pacte de supervivència. Detallem aquestes qüestions en l'apartat següent.

4.2 Els requisits o elements configuradors del tipus

En aquest apartat examinarem els requisits, elements i circumstàncies que el CCCat estableix per a les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència, i valorarem en quina mesura poden ser modulats per l'autonomia de la voluntat dels cònjuges adquirents, al no tenir la regulació un caràcter imperatiu, d'acord amb els criteris generals que hem detallat en l'apartat anterior.

4.2.1 El pacte de supervivència no ha de constar necessàriament en el títol d'adquisició

L'art. 231-15.1 diu expressament que els cònjuges o futurs contraents que adquireixin béns conjuntament a títol oneros poden pactar el pacte de supervivència *en el mateix títol d'adquisició*. Com hem indicat anteriorment, una adquisició onerosa amb pacte de supervivència és un negoci adquisitiu normal, amb el seu règim habitual, en el qual s'insereix un segon negoci que regula el règim específic d'organització de la propietat que adquireix la part compradora (els cònjuges o futurs contraents). Es tracta, per tant, d'un règim que en res afecta al transmissor, que ja ha complert el seu deure de lliurament de la cosa i hi haurà, sens dubte, exercit el seu dret al cobrament de la contraprestació. Si això és així, no té sentit imposar que el règim específic de la propietat que adquireixen els cònjuges s'hagi d'estipular necessàriament en el mateix contracte (per exemple, de compravenda), sobretot si tenim en compte que es tracta de dos negocis diferents.

En la nostra opinió, mentre no es perjudiqui a tercers (la qual cosa sembla difícil, gràcies a l'art. 231-17, com veurem més endavant), res hauria

d'impedir que el règim de la propietat sotmès al pacte de supervivència s'estipulés amb posterioritat al negoci adqisitiu.

4.2.2 El títol adqisitiu ha de ser necessàriament una adquisició a títol oneros.

En la descripció del tipus negocial, l'art. 231-15.1 deixa clar que el règim del pacte de supervivència només és possible si l'adquisició és a títol oneros. El cas més habitual serà el del contracte de compravenda, però també és possible incloure el pacte de supervivència, per exemple en un contracte de permuta, o en un de cessió de finca a canvi de construcció futura, regulat per la LCF.

D'acord amb la literalitat del precepte, no sembla possible incloure el pacte de supervivència en una adquisició a títol gratuït. No obstant això, la utilitat d'aquest criteri podria perfectament qüestionar-se, i fins i tot, pel que sembla, la figura del pacte de supervivència havia estat utilitzada, històricament, en tot tipus de negocis. En efecte, si el que tipifica una adquisició amb pacte de supervivència és el règim de la propietat adquirida, el tipus de títol, oneros o gratuït, que justifica la transmissió hauria de resultar irrellevant, encara que l'estricta literalitat de l'art. 231-15.1 limita la figura, ara com ara, només als negocis onerosos.

4.2.3 Els adquirents han de ser cònjuges, futurs adquirents o convivents en parella estable

Igual que succeïa en el cas anterior, en la descripció del tipus negocial, l'art. 231-15.1 deixa clar que el règim del pacte de supervivència només és possible si les persones que adquireixen el bé són cònjuges o, com a mínim, futurs contraents. Sens dubte, la finalitat tradicional de la figura –contribuir a crear un patrimoni, o un interès comú– justifica que les adquisicions amb pacte de supervivència se situïn en l'àmbit del matrimoni, per la qual cosa s'exigeix que els adquirents siguin cònjuges o tinguin pensat contreure matrimoni en un futur proper. En aquest últim cas, l'art. 231-15.4 concreta que “El pacte de supervivència atorgat per futurs contraents *caduca* si el matrimoni no s'arriba a celebrar en el termini d'un any”, la qual cosa significa que el pacte de supervivència esdevé ineficax, i l'adquirit passa a regir-se pel règim de

comunitat ordinària.

En relació amb la regulació anterior, el CCCat permet també als convivents en parella estable adquirir béns amb pacte de supervivència (art. 234-3.3, que remitent explícitament als art. 231-15 a 231-18).

4.2.4 No necessària igualtat de les quotes

El més habitual és que els cònjuges que adquireixen un determinat bé amb pacte de supervivència (per exemple, quan compren el pis que constitueix el seu habitatge habitual), és que l'adquisició es realitzi per meitats, de manera que a cada cònjuge li correspondrà una quota del 50 per cent.

No obstant això, l'adquisició per meitat no és un requisit tipificador de cap situació de comunitat ni, per tant, de la qual recau sobre el bé adquirit amb pacte de supervivència. En aquest sentit, l'art. 231-15, que defineix les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència i descriu el règim dels béns així adquirits, quan es refereix a la quota que correspon a un dels cònjuges en el bé comprat amb pacte de supervivència, parla de "el seu dret" o de "la participació", sense quantificar-la de cap manera; el mateix succeeix en l'art. 231-17, que es refereix a "la part" que correspon a cadascun dels cònjuges. En conseqüència, res s'oposa al fet que les participacions de cadascun dels cònjuges siguin desiguals; per exemple, el marit té una quota del 40 per cent, i a la dona correspon la quota restant, del 60 per cent.

A això no s'oposa el fet que l'art. 231-18, referent a l'extinció del pacte de supervivència, utilitza en dues ocasions el terme "meitat", doncs això ha d'entendre's com una inadvertència del legislador, fruit de la inèrcia de la regulació anterior de la figura. En efecte, en el dret anterior, el requisit de la igualtat de les quotes era imprescindible i tipificador del negoci com una compraventa amb pacte de supervivència; en aquest sentit, l'art. 44.1 CF exigia explícitament que la compraventa es fes "per meitat".

4.3 El règim de la cotitularitat

4.3.1 Efectes del pacte de supervivència en vida dels cònjuges

En vida dels cònjuges, el pacte de supervivència crea un règim de comunitat ordinària indivisa de caràcter especial, que no s'ajusta al model que, a falta de la voluntat expressada pels comuners, regeix la comunitat ordinària indivisa (és a dir, el model dels art. 552-1 a 552-12). En el cas de les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència, l'“especialitat” del tipus de comunitat ve donada, no per l'autonomia de la voluntat dels comuners, sinó perquè es tracta d'un model creat directament per la llei que, com hem vist, imposa els elements tipificadors de la figura.

Més concretament, d'acord amb l'art. 231-15.2, mentre visquin tots dos cònjuges, el règim especial de la comunitat que crea el pacte de supervivència fa que el bé objecte de la mateixa es regeixi per les següents regles:

a) *No pot ser alienat ni gravat, si no és per acord de tots dos cònjuges.* Aquest principi és concretat, en relació amb el dret real d'hipoteca, en l'art. 569-30, segons el qual la hipoteca constituïda sobre béns comprats amb pacte de supervivència requereix el consentiment de tots dos cònjuges, tret que existeixi un pacte o disposició que admeti expressament que un només d'ells disposi unilateralment dels béns immobles comuns.

b) *Cap dels cònjuges pot transmetre a tercers el seu dret sobre el bé, al contrari del que succeeix en el règim “normal” de la comunitat indivisa ordinària (art. 552-3.1).* La formulació de l'art. 231-15.2.b és clara en el sentit que el que es prohibeix és la transmissió a tercers; en conseqüència, un cònjuge pot transmetre lliurement a l'altre, per qualsevol títol, el seu dret sobre el bé adquirit amb pacte de supervivència.

c) *Ha de mantenir-se la indivisió del bé.* És a dir, la divisió no pot donar-se per decisió unilateral d'un només dels cònjuges, a diferència del cas general de l'art. 552-10.1; la divisió sí que pot produir-se, lògicament, per acord de tots

dos cònjuges, en aquest cas es produirà l'extinció del pacte de supervivència, com veurem en l'epígraf següent (art. 231-18.1.a).

4.3.2 La ineficàcia del pacte de supervivència

De manera una mica desordenada, els art. 231-15.4, 231-16 i 231-18 estableixen diferents circumstàncies que determinen la ineficàcia del pacte de supervivència. La terminologia que empren aquests preceptes no és homogènia: així, mentre l'art. 231-15.4 assenyala que el pacte de supervivència “caduca”, l'art. 231-16 diu que “esdevé ineficaç”, mentre que pel 231-18 “s'extingeix”. Les tres expressions han d'entendre's com a sinònimes que el pacte de supervivència es té per no posat i que, per tant, no produeix efectes.

Per això, quan es produeix la ineficàcia del pacte de supervivència, el règim de l'adquisició (que és definitiva) serà el de la comunitat ordinària indivisa, que podem qualificar com el règim normal, i subsidiari, de tota situació de copropietat (art. 553-1.3). En aquest sentit, l'art. 231-18.2 deixa clar que la ineficàcia del pacte de supervivència donarà lloc a una a una comunitat d'aquest tipus entre els cònjuges, o entre el cònjuge supervivent i els hereus del premort, o bé entre el cònjuge no deutor i l'adjudicatari de la meitat del cònjuge deutor, en el cas de l'embargament al fet que es refereix l'art. 231-17. Aquest règim de la ineficàcia mostra perfectament el caràcter independent del títol adquisitiu (per exemple, la compravenda “pura”) i el títol que configura el règim de la propietat adquirida (el pacte de supervivència).

Existeixen diferents causes d'ineficàcia del pacte de supervivència, que detallem a continuació.

a) *El no contreure matrimoni en el termini d'un any.* Com sabem, el règim del pacte de supervivència exigeix que els adquirents siguin cònjuges o tinguin pensat contreure matrimoni en un futur proper. En aquest últim cas, l'art. 231-15.4 concedeix als futurs contraents un termini d'un any per contreure matrimoni, passat el qual el citat precepte estableix que el pacte de supervivència “caduca”; això significa que l'adquirent passa a regir-se pel règim de comunitat ordinària.

b) *L'atorgament d'heretament universal*. D'acord amb l'art. 231-16, el pacte de supervivència esdevé ineficaç si un dels cònjuges adquirents ha atorgat amb anterioritat un heretament universal i aquest és eficaç en morir l'hereu. Aquesta causa d'ineficàcia del pacte de supervivència es justifica perquè, en aquest cas, ens trobem davant de dues institucions incompatibles, en el sentit que poden indicar camins diferents per a la titularitat del bé. Encertadament, el CCCat resol la controvèrsia a favor de la institució que, sens dubte, revesteix major transcendència, com és la institució successòria, l'heretament. Hem de precisar que no tots els heretaments són incompatibles amb el pacte de supervivència. En aquest sentit, el pacte de supervivència és perfectament compatible amb un heretament mutual, que és el que conté una institució recíproca d'hereu a favor del que sobrevisqui (art. 431-20); entre aquest tipus d'heretament i l'adquisició amb pacte de supervivència no existeix incompatibilitat alguna, doncs les finalitats d'una i una altra figura són perfectament concurrents.

c) *L'acord de tots dos cònjuges durant el matrimoni* (art. 231-18.a); en definitiva, el dissens rectifica el que es va obtenir per consens. Lògicament, i encara que no es digui de manera explícita, no s'admet la renúncia o el desistiment unilateral al pacte de supervivència durant el matrimoni, doncs això no només aniria contra la idea mateixa de la força vinculant dels pactes en general, sinó que, a més, podria perjudicar tant a l'un altre cònjuge com a tercers (art. 111-6).

d) *La declaració de nul·litat del matrimoni, separació judicial o de fet, o divorci* (art. 231-18.1.b). Aquesta causa d'extinció està plenament justificada, ja que la ruptura del matrimoni o de la convivència fa que desapareixi la base de confiança que justifica el règim que el pacte de supervivència suposa per als objectes sobre els quals recau.

i) *L'adjudicació a un tercer de la meitat del bé com a conseqüència de l'embargament o d'un procediment concursal* (art. 231-18.1.c). Aquesta causa d'extinció del pacte de supervivència té el seu punt de partida a l'art. 231-17, el

primer apartat del qual permet al creditor d'un dels cònjuges embargar el dret que aquest té sobre el bé adquirit amb pacte de supervivència. Hem d'assenyalar que la terminologia que utilitza aquest article és imprecisa, atès que segons aquest el que s'embarga és "la part que el deutor té en els béns adquirits amb pacte de supervivència". En realitat, la cosa que s'embarga és el dret que té el cònjuge en la comunitat creada; si, arran de l'embargament, es produeix l'alienació del dret, aquest queda substituït per una quota en la comunitat ordinària indivisa, en la mateixa proporció que la que el cònjuge deutor tenia en la comunitat sotmesa al pacte de supervivència. El mateix art. 231-17.1 afegeix que l'embargament ha de notificar-se al cònjuge que no és part en el litigi. La finalitat del precepte és clara, de possibilitar al cònjuge no deutor pagar el deute i, amb això, posar fi a l'execució.

Aquesta causa d'ineficàcia del pacte de supervivència es justifica perquè l'adquisició que un tercer fa arran de les conseqüències de l'embargament fa que el pacte de supervivència perdi el seu element causal i tipificador: que l'objecte comprat amb pacte de supervivència no surti de l'esfera d'aquest matrimoni. Hem de precisar que el que posa fi al pacte de supervivència no és l'embargament en si, sinó l'adquisició que del bé fa un tercer; és possible, per tant, que el cònjuge deutor pagui el deute abans de l'execució i, amb això, es mantingui el règim de pacte de supervivència sobre el bé.

f) *La renúncia del supervivent* també és una causa d'extinció del pacte de supervivència. A aquesta no al·ludeix l'art. 231-17, que és l'article dedicat a l'extinció d'aquest règim (sí que s'hi feia referència, en canvi a l'art. 46.1.b CF), però la hi esmenta, de reüll, en l'art. 231-15.3, en relació amb els efectes del pacte de supervivència després de la mort d'un dels cònjuges; per aquest motiu, tractem aquesta matèria amb major amplitud en l'apartat següent.

4.3.3 Eficàcia del pacte de supervivència a la mort d'un dels cònjuges

La mort d'un dels cònjuges participants en el pacte de supervivència obre la segona i definitiva fase en la vida i l'eficàcia d'aquesta figura, amb dos grans efectes que detallem a continuació.

a) *El cònjuge supervivent esdevé titular únic de l'adquirit amb pacte de supervivència* (art. 231-15.1). Es tracta d'una conseqüència directa del règim de comunitat especial que existia sobre la cosa adquirida amb pacte de supervivència: es produeix un acreixement sobre la participació que, en aquella comunitat, havia quedat vacant. Per això, hem de destacar que no es produeix una transmissió a títol de successió "mortis causa".

Amb tot, l'art. 231-15.3 permet encara al supervivent *renunciar* als efectes que deriven del pacte de supervivència. De manera massa escarida, atès que no resol algunes qüestions fonamentals, el citat precepte assenyala que en cas de renúncia, s'entén que el renunciant no ha adquirit mai la participació del premort. D'aquesta formulació, podem deduir que l'adquisició per part del supervivent no és automàtica, ni tampoc definitiva fins que es produeixi l'acceptació, expressa o tàcita.

Així mateix, hem de precisar que la renúncia és a la participació del premort que derivava del règim del pacte de supervivència. De cap manera es diu que el supervivent renunciï al seu propi dret sobre el mateix bé, dret que s'haurà convertit en una quota en la comunitat ordinària indivisa que substitueix a la comunitat especial derivada del pacte de supervivència; la quota del cònjuge difunt, a la qual el vidu ha renunciat, passa als hereus d'aquell.

b) *Efectes successoris de "l'adquisició de la participació del premort"*.
L'art. 231-15.3 estableix dos efectes.

En primer lloc, l'adquisició de la participació del premort ha de computar-se en l'herència d'aquest pel valor que tingui la participació en el moment de produir-se la defunció, a l'efecte del càlcul de la legítima i de la quarta vidual. Aquesta computació es justifica perquè la participació que el premort tenia en la comunitat especial era un bé que formava part del seu patrimoni i que, encara que tingués predeterminada la seva destinació (entre vius), ha de computar-se igual que succeeix, per exemple, amb determinades donacions (vegeu l'art. 451-5.b).

El segon efecte successori que l'art. 231-15.3 dóna a l'adquisició de la participació del premort és la seva imputació a la quarta vidual, pel valor que tingués la participació en el moment de la defunció. Aquesta imputació complementa els criteris que estableix l'art. 452-3.

CAPÍTOL 4: EL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

1. El concepte de règim econòmic matrimonial

Com hem tingut ocasió de comprovar als capítols anteriors, el matrimoni produeix, a més dels efectes personals, uns importantíssims efectes patrimonials. Per exemple, hem vist com el matrimoni influeix en temes com les despeses familiars i la disposició de l'habitatge conjugal; així mateix, en aquest i en els capítols que segueixen estudiarem qüestions fonamentals, com el règim dels béns que eren de titularitat de cadascun dels cònjuges abans de contreure matrimoni, i el règim dels guanys i increments patrimonials que obtenen a partir de la celebració del matrimoni.

El CCCat regula aquestes qüestions en dos nivells de normativitat. En primer lloc, en una sèrie de normes de caràcter general, aplicables a qualsevol matrimoni i que estan marcades per una important nota d'imperativitat; es tracta dels efectes legals, entre vius, del matrimoni, que hem estudiat anteriorment, i als quals, en ocasions, s'ha descrit com el "règim econòmic matrimonial primari".

En segon lloc, el CCCat conté una sèrie de normes que intenten donar resposta a qualsevol qüestió que es pugui plantejar en l'àmbit dels efectes patrimonials del matrimoni; per exemple, qui és el titular dels diners de la nòmina del marit, que s'ingressa habitualment en una llibreta d'estalvi de titularitat conjunta de tots dos cònjuges. La figura que dóna resposta a aquesta i a moltes altres qüestions és el denominat *règim econòmic matrimonial*, que podem descriure com el conjunt de regles que regulen l'organització econòmica de la societat conjugal, tant en l'aspecte intern, de les relacions patrimonials entre els cònjuges, com en l'aspecte extern, de la responsabilitat dels cònjuges enfront de tercers. En aquest àmbit, la imperativitat passa a un segon pla, doncs el CCCat permet que la principal font del règim econòmic matrimonial sigui la voluntat dels cònjuges, com detallarem a continuació; és més, el CCCat dóna als cònjuges una sèrie de models ja preparats, als quals els cònjuges

poden acollir-se si ho desitgen. Únicament en el cas que els cònjuges no hagin manifestat quina és la seva voluntat, se'ls aplicarà amb caràcter imperatiu un dels models que el CCCat regula, el del denominat règim de separació de béns (art. 231-10).

2. Les característiques del règim econòmic matrimonial

2.1 El seu caràcter necessari. El règim econòmic matrimonial legal

Del que s'ha dit en l'apartat anterior podem deduir que el règim econòmic matrimonial és un element necessari en tot matrimoni, de manera que no existeix matrimoni sense règim econòmic, ja que les qüestions i problemes que hem descrit abans no poden quedar sense solució. En conseqüència, ha d'haver-hi un règim econòmic matrimonial des que el matrimoni neix fins que es dissolgui, o es doni una sentència de separació (amb caràcter general, art. 95.1 CC; per al règim de participació i el de comunitat de béns, vegeu-se els arts. 232-16.1.a, i 232-36.1.a CCCat, respectivament).

Fixada la premissa del caràcter necessari del règim econòmic matrimonial, l'art. 231-10 estableix dues fonts del mateix. La primera d'elles és *la voluntat dels cònjuges*, expressada en un negoci jurídic específic denominat *capítols matrimonials* (art. 231-10). Això significa que els cònjuges poden acordar qualsevol tipus de règim econòmic matrimonial, sense més limitacions que la licitud de les estipulacions i pactes que adoptin (art. 231-19.1); així, per exemple, no seria lícit un pacte que limités la igualtat de drets del cònjuges.

La segona font del règim econòmic matrimonial és *la llei*. Si els cònjuges no han pactat el règim, és la llei qui ho determina, fixant el denominat *règim econòmic matrimonial legal*, o supletori. En concret, l'art. 231-10.2 estableix que si no existeix pacte o si els capítols matrimonials són ineficaços, el règim econòmic és el de separació de béns, que és el règim més freqüent a Catalunya, i respon a la tradició jurídica, històrica i social d'aquesta comunitat.

2.2 La mutabilitat del règim econòmic matrimonial

La importància que té el règim econòmic matrimonial, no només per als cònjuges, sinó també per als tercers que entren en contacte amb ells, justifica que el CCCat garanteixi una gran estabilitat del mateix. Per això, el règim econòmic matrimonial únicament varia per voluntat de tots dos cònjuges (art. 231-23.2) o per imperatiu de la llei en determinades situacions de crisi del matrimoni (art. 232-16.2, 232-34.2 i 232-36.2).

És important destacar que el règim econòmic matrimonial no varia encara que canviï el domicili familiar, o fins i tot el veïnatge civil dels cònjuges, atès que no existeix cap norma en aquest sentit. Això fa que a Catalunya existeixin molts matrimonis en els quals ambdós cònjuges són de veïnatge civil català, però el règim econòmic del qual són els guanys del Codi Civil espanyol, que és el règim que la llei els atribueix en contreure matrimoni.

Com a garantia dels drets dels creditors i altres possibles interessats, i atès que les normes de responsabilitat dels diferents règims econòmics matrimonials poden ser diferents, l'art. 231-24 estableix que la modificació del règim no afecta als drets adquirits per tercers. És a dir, el canvi de règim econòmic matrimonial és perfectament vàlid, però resulta *inoposable* a aquelles persones que tinguessin un dret adquirit o una pretensió contra algun dels patrimonis conjugals existents abans de l'esmentat canvi.

2.3 La publicitat del règim econòmic matrimonial

Quan el règim econòmic matrimonial és el pactat en capítols matrimonials, la publicitat del mateix té com a base la constància dels capítols en els diferents registres públics, la qual cosa possibilita la seva oposabilitat a tercers. En aquest sentit, l'art. 231-22, després d'exigir que els capítols matrimonials i les seves modificacions s'han d'atorgar en escriptura pública, afegeix que els mateixos no són oposables a terceres persones mentre no es facin constar la inscripció del matrimoni al Registre Civil i, si procedeix, en altres registres públics.

Més concretament, els capítols i les seves modificacions poden constar als registres que detallem a continuació. Hem de destacar que en cap cas la inscripció és constitutiva.

a) *Registre Civil* (art. 77 LRC i 266 RRC). Vegeu també l'art. 60.1 de la nova LRC (Llei 20/2011, de 21 de juliol, que entrarà en vigor el 22 de juliol de 2014), que encara sense ser constitutiva, sí sembla configurar la inscripció com a obligatòria ("s'inscriurà").

b) *Registre de la Propietat*, quan els capítols afectin a béns immobles (art. 75 RH).

c) *Registre Mercantil*, en el cas de l'empresari individual (art. 19.1, en relació amb l'art. 22.1 CCom; art. 87.6 i 92.3 RRM).

3. Els capítols matrimonials

3.1 Concepte i funció dels capítols matrimonials

L'art. 231-19.1 descriu els capítols matrimonials com aquell negoci jurídic en el que es pot determinar el règim econòmic matrimonial, convenir pactes successoris, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients, fins i tot en previsió d'una ruptura matrimonial. Del contingut descrit per aquest precepte, podem deduir que en l'atorgament dels capítols matrimonials han d'intervenir necessàriament els cònjuges (o, si encara no han contractat matrimoni, els futurs contraents, d'acord amb l'art. 231-19.2), però també altres persones com, per exemple, els ascendents, que realitzin alguna atribució a favor dels cònjuges (art. 231-23.2). Pel que es refereix a la forma, tant els capítols com les seves ulteriors modificacions s'han d'atorgar necessàriament en escriptura pública (art. 231-22.1).

Fins a ben entrat el segle XX, els capítols matrimonials van constituir l'instrument jurídic a través de qual s'articulava la conservació del patrimoni

familiar d'una certa entitat; això, no només en l'àmbit rural, on van evitar la disgregació de les explotacions agràries que s'organitzaven entorn de la "casa" o "masia", sinó també en l'àmbit urbà, on els capítols matrimonials van permetre la conservació i el desenvolupament de les explotacions industrials que van ser configurant i enfortint el teixit econòmic de Catalunya.

En aquest sentit, podem dir que els capítols matrimonials eren l'instrument jurídic que vinculava, des del punt de vista patrimonial, no només als cònjuges, sinó també a les seves famílies. Així, en ells s'establien el dot i les denominades "institucions paradotals" (per exemple, la *tenuta* i l'aixovar, regulats als arts. 38 a 42 CDCC, actualment derogats); i més important encara, en els capítols matrimonials s'inclouïa habitualment la designació contractual d'un hereu únic, en el denominat heretament, ja que fins a l'aprovació del Llibre IV de el CCCat, l'heretament o institució contractual d'hereu s'havia de pactar necessàriament en capítols matrimonials (vegeu, en aquest sentit, l'art. 67 CS, actualment derogat, i el vigent art. 431-7.1 CCCat, que exigeix l'escriptura pública com a requisit de validesa dels pactes successoris, però puntualitza que no és necessari que es tracti d'una escriptura de capítols matrimonials).

En l'actualitat, la figura dels capítols matrimonials no és molt utilitzada, no només perquè l'estructura de la família ha variat notablement, com posa en relleu l'absolut desús de la figura del dot, sinó també perquè una part important del seu contingut tradicional es pot dur a terme fora de l'estructura d'uns capítols matrimonials; així, per exemple, l'heretament o pacte successori d'institució d'hereu ja no s'ha de realitzar necessàriament en capítols matrimonials (art. 431-7.1). No obstant això, cal reconèixer que la funció econòmica i social dels capítols matrimonials segueix sent molt àmplia, ja que no només és el negoci jurídic que permet adaptar el règim econòmic matrimonial a les necessitats dels cònjuges o futurs contraents, sinó que, a més, constitueix el negoci idoni per acollir o servir de suport formal a tot un seguit de negocis i actes centrats entorn d'un determinat matrimoni. Així, per exemple, els capítols matrimonials poden incloure pactes successoris, donacions i fins i tot pactes en previsió d'una ruptura matrimonial.

A partir de les afirmacions anteriors, i a fi d'acabar de perfilar el concepte i la naturalesa dels capítols matrimonials, podem ara plantejar-nos *quin és el contingut indispensable i tipificador dels capítols matrimonials*.

La resposta no és evident, ja que l'art. 231-19.1 no sembla indicar cap contingut obligatori o essencial dels capítols matrimonials, sinó que es limita a indicar que en els capítols es *pot* determinar el règim econòmic matrimonial i tot un seguit de qüestions; és a dir, segons aquest precepte, *no s'ha d'establir cap contingut específic de manera imprescindible i tipificadora del negoci jurídic*. En la nostra opinió, no té molt sentit regular un negoci jurídic si no se li assigna un contingut mínim o essencial; per això, cal restringir l'àmbit de llibertat i flexibilitat que planteja l'art. 231-19.1 i buscar quin és el contingut mínim que necessàriament ha de contenir un determinat negoci jurídic perquè pugui qualificar-se jurídicament com uns capítols matrimonials. Arribem a la conclusió que l'únic element que necessàriament ha de constar en un negoci tipificat com a capítols matrimonials és la determinació del règim econòmic matrimonial. Així es dedueix de l'art. 231-10, quan assenyala que el règim econòmic matrimonial l'és el convingut en capítols, i que mancants capítols o si aquests són ineficaços, el règim econòmic és el règim legal o subsidiari, és a dir, el de separació de béns. L'art. 231-26 confirma aquest argument, en assenyalar que els capítols matrimonials queden sense efecte si el matrimoni és declarat nul, es dissol per divorci o si es produeix la separació judicial, casos en els quals el règim econòmic matrimonial s'extingeix.

3.2 El matrimoni com a pressupòsit del valor negocial dels capítols matrimonials

Els capítols matrimonials s'atorguen en consideració al matrimoni, tant si aquest ja s'ha celebrat com si ha de celebrar-se en un futur més o menys proper. Podem afirmar que el matrimoni és el pressupòsit del valor que els capítols poden tenir com a negoci jurídic.

Això fa que l'eficàcia dels capítols matrimonials quedi supeditada a les vicissituds del vincle matrimonial. Per això, si els capítols s'han atorgat abans

de la celebració del matrimoni, només produiran efectes a partir de que aquest hagi tingut lloc (art. 231-19.2). Així mateix, els capítols queden sense efecte en cas de nul·litat del matrimoni, divorci o separació judicial, atès que en aquests casos s'extingeix el règim econòmic del matrimoni, que és l'element tipificador dels capítols, sens perjudici que una part del seu contingut, que no depèn de la subsistència del vincle matrimonial, conservi la seva eficàcia (art. 231-26).

La vinculació dels capítols a l'existència del matrimoni es posa també de relleu en el cas que els atorgants encara no hagin contractat matrimoni entre si, sinó que es tracti dels futurs contraents, doncs en aquest cas els capítols *caduquen* si el matrimoni no arriba a celebrar-se en el termini d'un any (art. 231-19.2).

3.3 El contingut dels capítols matrimonials

L'art. 231-19.1 defineix els capítols matrimonials a partir de la descripció del seu contingut, assenyalant que en els capítols matrimonials, es pot determinar el règim econòmic matrimonial, convenir pactes successoris, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients, fins i tot en previsió d'una ruptura matrimonial. A continuació, comentarem detalladament els diferents elements d'aquesta enumeració.

3.3.1 La determinació del règim econòmic matrimonial

Com hem indicat anteriorment, l'únic element que necessàriament ha de figurar als capítols matrimonials, per ser qualificats com a tals, és la determinació del règim econòmic matrimonial. Així es dedueix de l'art. 231-10, quan assenjala que el règim econòmic matrimonial és el convingut als capítols, i que mancants capítols o si aquests són ineficaços, el règim econòmic és el règim legal o subsidiari, és a dir, el de separació de béns.

Quan ens referim a la determinació del règim econòmic matrimonial, no s'ha de pensar en una regulació completa i minuciosa de totes les regles que el configuren, sinó simplement que es tracta d'indicar totes les dades que permeten identificar el règim econòmic matrimonial en relació al qual els cònjuges o contraents que celebren els capítols es volen sotmetre o el pretenen

modificar. Així, per exemple, els cònjuges o contraents poden acordar un règim diferent del que la llei configura com a règim legal o supletori, o poden decidir sotmetre's a aquest, sense introduir cap modificació, al règim de guanys del Codi Civil espanyol; també poden acceptar el règim legal de separació de béns, si bé introduint alguna modificació, com la d'acordar que la disposició de béns immobles privatius requerirà el consentiment de tots dos cònjuges.

3.3.2 L'atorgament de pactes successoris

D'acord amb l'art. 231-19.1, als capítols matrimonials és possible "convenir pactes successoris". Aquests pactes constitueixen un negoci jurídic pel qual dos o més persones –en el nostre cas, els cònjuges–, poden convenir la successió per causa de mort de qualsevol d'elles, mitjançant la institució d'un o més hereus i la realització d'atribucions a títol particular (art. 431-1.1).

Sens dubte, el pacte successori de major transcendència és el denominat *heretament*, pel qual es confereix a l'instituit la qualitat d'hereu amb caràcter irrevocable (art. 431-18.1). Encara que en l'actualitat, la institució d'hereu feta en heretament no és molt utilitzada, ja que ha perdut pes en benefici de la institució feta en testament, cal destacar que ha jugat un paper fonamental en la història del dret civil de Catalunya, per evitar la disgregació dels patrimonis familiars. En aquest sentit, era molt freqüent que el pare, amb motiu del matrimoni del seu fill major, l'instituís hereu únic, com un dels continguts dels capítols matrimonials.

3.3.3 La realització de donacions

3.3.3.1 Donacions en general

Els capítols matrimonials poden ser utilitzats per realitzar donacions entre els propis cònjuges, entre qualsevol d'aquests i un tercer, i fins i tot entre tercers, sempre que intervinguin en els capítols. Aquestes donacions no ofereixen cap peculiaritat jurídica que les distingeixi de la regulació general que de les donacions fan els arts. 531-7 a 531-22, per la qual cosa se'ls aplica íntegrament aquest règim. En definitiva, aquestes donacions només utilitzen els capítols matrimonials com a suport o vehicle, per la qual cosa són immunes a

les vicissituds dels capítols; per exemple, encara que els capítols caduquin si el matrimoni no arriba a celebrar-se en el termini d'un any, la donació seguirà sent perfectament vàlida.

3.3.3.2 Les donacions per raó de matrimoni atorgades en capítols matrimonials

Sens perjudici del que s'ha dit en l'apartat anterior, les donacions que amb major freqüència aprofiten el suport o vehicle jurídic que constitueixen els capítols matrimonials són les denominades *donacions per raó de matrimoni*, que també poden produir-se fora d'uns capítols. La peculiaritat d'aquestes donacions és que el *motiu* que dóna lloc a aquestes –la celebració del matrimoni– es causalitza, la qual cosa fa que la llei els atorgui un règim jurídic en part diferent del règim comú de les donacions. A aquest tipus de donacions fa referència l'art. 231-25, si bé de manera una mica obscura, doncs aquest precepte es refereix només a les “donacions atorgades en capítols matrimonials”, sense que aparegui la referència expressa al fet que es tracta de donacions “per raó de matrimoni”. L'evidència que es tracta de donacions *per raó de matrimoni* es troba en la pròpia naturalesa dels capítols, que tenen com a causa legitimadora el matrimoni, actual o imminent; així ho prova l'art. 231-19.2, que disposa que els capítols atorgats abans del matrimoni produeixen efectes a partir de la seva celebració, i caduquen si el matrimoni no s'arriba a celebrar en el termini d'un any.

L'art. 231-25, únic precepte que es dedica específicament a regular les donacions atorgades en capítols matrimonials, es limita a establir que tals donacions solament són revocables per incompliment de càrregues. Això implica que el seu règim jurídic s'haurà de completar amb dos conjunts de normes: les relatives als capítols matrimonials (arts. 231-19 a 231-26), i les dedicades a la donació (arts. 531-7 a 531-22).

De la doble circumstància que es tracti d'una donació per raó de matrimoni i que el seu atorgament es faci en capítols matrimonials resulta que la ineficàcia dels capítols per caducitat determinarà també la ineficàcia de la donació. Si els capítols s'han atorgat abans del matrimoni, l'eficàcia de la

donació quedarà condicionada a la celebració del mateix, de manera que la donació no produirà efectes fins que no es contregui matrimoni, aplicant-se el que es disposa en l'art. 531-16.1, conforme al qual els fruits i rendes del bé donat pertanyeran al donant mentre no se celebri el matrimoni. En qualsevol cas, perquè la donació –i els capítols– puguin tenir eficàcia, es requerirà que el matrimoni se celebri en el termini d'un any des de l'atorgament dels capítols. Al seu torn, com diem, en cas d'ineficàcia dels capítols la donació quedarà sense efecte (art. 531-19.2), si bé, conforme al que es disposa a l'art. 531-16.2, els donataris adquiriran els fruits i rendes produïdes.

Això no es produeix, en canvi, quan la ineficàcia dels capítols s'origina en alguna de les causes de l'art. 231-26, és a dir, si es declara nul el matrimoni, si es produeix la separació judicial o si el matrimoni es dissol per divorci. En aquests casos, la seguretat jurídica exigeix que les donacions per raó de matrimoni subsisteixin, a pesar que la circumstància que les va motivar hagi desaparegut. En efecte, pensem en la situació, complicada i sens dubte ridícula, que es produiria davant l'obligació d'haver de retornar els regals de noces, com a conseqüència del divorci de la parella; això, ni tan sols en el cas que el matrimoni hagués resultat efímer. Qüestió diferent és que els cònjuges, voluntàriament, retornin aquests regals.

La forma d'aquestes donacions serà la requerida per als capítols (escriptura pública, art. 231-22.1). En matèria de capacitat, s'aplicaran cumulativament els requisits exigits per la llei per atorgar capítols i per fer la donació. Així, per acceptar la donació no serà suficient únicament la capacitat natural (art. 531-21), sinó que es requerirà la capacitat per contreure matrimoni (art. 231-21), capacitat que no serà suficient per fer la donació, que serà l'exigida per l'art. 531-10.

La revocació de la donació està prevista específicament per l'art. 231-25, segons el qual solament es podran revocar les donacions atorgades en capítols per incompliment de càrregues. Si la donació capitular és onerosa, l'art. 232-25 no ve a dir una altra cosa que el que estableix l'art. 531-15.2, conforme al qual "les donacions oneroses únicament són revocables per incompliment de

càrregues”. La diferència entre el règim general de la donació i la donació capitular la trobem, doncs, solament en el cas en què la donació no és onerosa: la capitular és irrevocable, mentre que la que no es fa en capítols es podrà revocar per les causes previstes en l’art. 531-15.1. La justificació de la regla de l’art. 231-25 es troba en la interrelació de les disposicions capitulars, interrelació que exigeix restringir al màxim les causes de revocació de la donació, mentre que la donació pot haver donat lloc a altres disposicions capitulesis que sense la mateixa no s’haguessin atorgat. En qualsevol cas, tingui’s present que la donació quedarà sense efecte en les situacions de crisi matrimonial (nul·litat, separació judicial o divorci, conforme a l’art. 231-26).

L’aplicació del règim general de la donació dels arts. 531-7 a 531-22 determina, conforme a l’art 531-15.3, que el termini per revocar la donació capitular per incompliment de càrregues és d’un any a partir del moment en què es produeix l’incompliment. I, com qualsevol altra donació, la donació capitular podrà ser reduïda si perjudica a la legítima dels hereus forçosos (arts. 451-22 et seq.).

3.3.4 L’atorgament d’altres estipulacions i pactes lícits

L’últim incís de l’art. 231-19.1 constitueix un autèntic calaix de sastre quant al possible contingut dels capítols matrimonials, ja que permet que als mateixos es puguin “establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients, fins i tot en previsió d’una ruptura matrimonial”. El precepte no concreta què s’ha d’entendre per “estipulacions i pactes lícits”, per la qual cosa resulta especialment útil l’enumeració que realitza l’art. 231-26, assenyalant alguns elements dels capítols que conserven la seva eficàcia malgrat haver-se produït la nul·litat del matrimoni, la separació o el divorci. No obstant això, aquesta enumeració no és exhaustiva, per la qual cosa els capítols poden contenir altres estipulacions i pactes lícits, a més dels allí citats. Així, en capítols matrimonials pot pactar-se un usdefruit universal a favor del cònjuge vidu, o la constitució d’un dot.

A més del requisit de la licitud, aquests pactes i estipulacions tenen com a denominador comú que la seva validesa no requereix la inclusió en uns

capítols matrimonials, per la qual cosa podrien perfectament crear-se fora dels mateixos.

3.3.5 Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial

La regulació dels capítols matrimonials conté una curiosa paradoxa. En efecte, d'una banda, les situacions de crisi matrimonial comporten la ineficàcia dels capítols (art. 231-26, l'incís inicial del qual assenyala que els capítols queden sense efecte si es declara nul el matrimoni, si existeix separació judicial o si el matrimoni es dissol per divorci). No obstant això, un dels pactes més rellevants que poden contenir els capítols matrimonials no només conserva la seva eficàcia a partir de la ruptura matrimonial, sinó que, al contrari, despleguen tots els seus efectes; es tracta dels "pactes en previsió d'una ruptura matrimonial" als quals es refereixen els art. 231-19.1, 231-20 i 231-26.b.

Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial poden atorgar-se tant en capítols matrimonials com en una "escriptura pública", sobre la tipificació de la qual l'art. 231-20.1 no proporciona més detalls. Aquest mateix precepte afegeix que si aquests pactes s'atorguen amb anterioritat al matrimoni, només seran vàlids si s'han fet amb una antelació mínima de 30 dies, en relació amb la data de celebració del matrimoni.

Cap fins i tot la possibilitat que els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial s'atorguin en plena crisi del matrimoni, quan aquest està abocat sens dubte a la ruptura. En aquest cas, el negoci jurídic celebrat pels cònjuges es limitarà a contenir, sens dubte, els pactes referents a la ruptura matrimonial, sense fer cap referència al règim econòmic matrimonial, que està cridat a extingir-se; per això, en aquest cas, el negoci que conté els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial no pot classificar-se com a capítols matrimonials, que necessàriament han de referir-se, d'una manera o una altra, al règim econòmic matrimonial, com hem vist anteriorment.

L'art. 231-20 regula amb detall i amb caràcter eminentment imperatiu els requisits que han de reunir, per a la seva validesa, els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial. La voluntat del legislador és clara, en el sentit d'impedir

que mitjançant pactes d'aquest tipus es produeixi un desequilibri en la igualtat dels drets i deures que, en principi, hauria de regir la relació entre tots dos cònjuges.

Així, en primer lloc, els pactes d'exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que limiten o als quals es renuncia (art. 231-20.3). La idea de reciprocitat ha d'entendre's en la seva justa mesura i en termes de la recerca de la igualtat i la no discriminació entre tots dos cònjuges. En aquest sentit, no seria vàlid un pacte que excloués d'un dret a un dels cònjuges, però no a l'altre, per exemple en relació amb la pensió compensatòria o la compensació per raó del treball domèstic. No obstant això, seria admissible un pacte que limités la quantia d'aquests drets en relació amb un sol dels cònjuges, la qual cosa pot ser útil i estar perfectament justificat en els casos en els quals existeix una gran diferència entre el valor dels patrimonis d'un i altre consort; això, òbviament, amb el límit del que en cada cas sigui raonable, d'acord a les concretes circumstàncies socials i econòmiques que envolten a aquest matrimoni.

Malgrat l'exigència de claredat que, com hem vist, han de tenir els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, és possible que en el moment en què es pretén el compliment, els pactes siguin greument perjudicials per a un dels cònjuges; per això, aquests pactes no són eficaços si el cònjuge perjudicat acredita que han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar (art. 231-20.5).

L'art. 231-20 mostra també un especial interès a garantir als cònjuges una informació suficient en relació amb la decisió que prendran, així com que aquesta hagi estat suficientment meditada. Així, com hem apuntat anteriorment, si els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial van ser atorgats amb anterioritat al matrimoni, només són vàlids si s'han fet amb una antelació de trenta dies en relació amb la data de celebració del matrimoni (art. 231-20.1). Sens dubte, aquest precepte pretén evitar que la imminència de la celebració del matrimoni –situació que pot donar lloc no només a desesperança i

nerviosisme, sinó també a la pressió que un cònjuge pugui exercir sobre l'altre—, puguin condicionar la correcta formació de la voluntat dels cònjuges.

El funcionament correcte i just dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial requereix que, en el moment d'acordar-los, cada cònjuge disposi d'informació suficient sobre totes les dades rellevants del patrimoni, els ingressos i les expectatives econòmiques de l'altre; això és així fins al punt que el cònjuge que pretengui fer valer un pacte d'aquest tipus té la càrrega d'acreditar que l'altre disposava d'aquesta informació en el moment de signar-ho (art. 231-20.4). Així mateix, l'art. 231-20.2 imposa al notari que autoritza uns capítols matrimonials o una escriptura específica que conté pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, un deure informació i assessorament als cònjuges que pot resultar realment efectiu; en concret, aquest precepte imposa al notari, abans d'autoritzar l'escriptura, té el deure informar per separat a cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que pretenen introduir-se amb els pactes respecte al règim legal supletori i ha d'advertir-los del seu deure recíproc de proporcionar-se la informació de tipus econòmic a la qual acabem de fer referència.

La força vinculant dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial inclosos en uns capítols matrimonials està reafirmada per l'art. 233-5.1. Assenyala explícitament aquest precepte que els citats pactes, atorgats d'acord a l'art. 231-20, vinculen als cònjuges, que l'acció per exigir el seu compliment pot acumular-se a les accions de nul·litat, separació o divorci, i que el seu contingut pot incorporar-se a la sentència; així mateix, també es pot demanar que els citats pactes s'incorporin al procediment sobre mesures provisionals, a fi que, si escau, siguin recollits per la resolució judicial. Veiem, en conseqüència, que el jutge pot decidir sobre la conveniència o no d'incloure el contingut dels pactes capitulars al conveni regulador (art. 233-3) o a les mesures definitives que ell decideixi acordar (art. 233-4).

Els exemples de pactes que, en previsió d'una futura ruptura matrimonial, es podrien incloure en uns capítols matrimonials són nombrosos; a

continuació farem una breu referència a alguns d'ells, als quals el CCCat al·ludeix de manera explícita:

a) Pactes sobre la compensació econòmica per raó de treball, tant per al seu increment, reducció o exclusió (art. 232-7, que remet a l'art. 231-20).

b) Pactes referents al règim i la forma d'exercir la guarda dels fills (art. 233-11.1.f).

c) Pactes sobre la modalitat, la quantia, la durada i l'extinció de la prestació compensatòria (art. 232-16.1, que remet a l'art. 231-20).

d) Pactes sobre l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar i sobre les modalitats d'aquest ús, si bé no són eficaços els pactes que perjudiquin l'interès dels fills, ni tampoc, si no s'han incorporat a un conveni regulador, els que comprometin les possibilitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús (art. 233-21.3).

3.4 Els requisits de validesa dels capítols matrimonials

3.4.1 Capacitat dels atorgants

Com sabem, en l'atorgament dels capítols matrimonials *han d'intervenir* necessàriament els cònjuges (o, si encara no han contret matrimoni, els futurs contraents, d'acord amb l'art. 231-19.2), però també *poden* intervenir altres persones com, per exemple, els ascendents, que realitzin alguna atribució a favor dels cònjuges (art. 231-23.2: "les altres persones que hagin atorgat els capítols").

Pel que es refereix a la capacitat dels cònjuges o futurs contraents, i atès que els capítols matrimonials constitueixen un negoci que es basa en l'existència d'un matrimoni, l'art. 231-21 estableix que poden atorgar capítols matrimonials els qui poden contreure vàlidament matrimoni, però necessiten, si escau, els corresponents complements de capacitat. Aquest precepte recull la tradicional regla "habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia". En relació amb

els requisits de capacitat per contreure matrimoni, és necessari referir-se als arts. 46 a 48, i 56 CC, dels quals es desprèn que per atorgar capítols matrimonials cal, com a principi, tenir la plena capacitat d'obrar que deriva de la majoria d'edat, o bé estar inclòs en algun dels supòsits al·ludits, en els quals la capacitat pot quedar reduïda a una exigència d'edat de tan sols 14 anys.

Quant a la capacitat de la resta de persones que, eventualment, poden intervenir en els capítols matrimonials, serà l'exigida per l'acte o negoci en el qual intervinguin; així, per exemple, la persona que en capítols matrimonials realitza una donació, ha de tenir la plena capacitat d'obrar (art. 531-10).

3.4.2 Forma

D'acord amb l'art. 231-22.1, els capítols matrimonials i les seves modificacions *han d'atorgar-se* en escriptura pública. La redacció del precepte denota el seu caràcter imperatiu, per la qual cosa l'escriptura pública constitueix un requisit de forma essencial, de *validesa* dels capítols matrimonials. Per això, uns "capítols" atorgats en document privat constituïran un mer precontracte o promesa de capítols matrimonials, sense cap altra eficàcia que la de legitimar a qualsevol dels cònjuges o contraents per demanar l'atorgament en escriptura pública (la qual cosa, de no fer-se així, únicament donarà lloc a la indemnització dels perjudicis causats).

L'exigència d'escriptura pública com a requisit de validesa resulta lògica, atès que el pacte que sobre el règim econòmic matrimonial han de contenir els capítols pot arribar a tenir una eficàcia de molts anys, fins i tot fins que el matrimoni es dissolgui per mort d'un dels cònjuges; aquesta llarga durada fa aconsellable el màxim rigor formal. Un altre argument per justificar la necessitat d'escriptura pública és que un dels continguts més freqüents dels capítols matrimonials són els pactes successoris, que necessàriament, com a requisit de validesa, han de constar en escriptura pública (art. 431-7.1).

A més del requisit essencial de la forma, l'art. 231-22.2 estableix els criteris d'oposabilitat dels pactes capitulars, de les seves modificacions i de les resolucions judicials que afectin al règim econòmic matrimonial; en concret, no

són oposables a terceres persones mentre no es facin constar en la inscripció del matrimoni en el Registre Civil i, si escau, en altres registres públics.

3.5 La modificació dels capítols matrimonials

L'art. 231-23 permet la modificació dels capítols matrimonials, i fins i tot deixar-los sense efecte. Per això cal el consentiment de totes les persones que els havien atorgat, o dels seus hereus, si la modificació afecta a drets conferits per aquestes persones. Ara bé, si la modificació afecta només al règim econòmic matrimonial, poden fer-la els cònjuges per si sols, sense la intervenció de les altres persones que hagin atorgat els capítols.

En qualsevol cas, la modificació del règim econòmic matrimonial no afecta als drets adquirits per terceres persones (art. 231-24). Aquesta mesura resulta perfectament lògica, ja que els diferents règims contenen normes de responsabilitat que varien, per la qual cosa en cap cas el canvi pot resultar perjudicial als creditors d'un o un altre dels cònjuges. En definitiva, això significa que el canvi de règim es produeix efectivament, però és inoposable als creditors.

3.6 La ineficàcia dels capítols matrimonials

Si l'objecte essencial dels capítols matrimonials és regular les relacions econòmiques produïdes durant la convivència matrimonial (recordem que l'art. 231-10 estableix que el règim econòmic del matrimoni és el convingut en capítols), és lògic que quedin sense efecte, com a regla general, quan cessi la convivència. Ara bé, atès que els capítols matrimonials poden contenir també un altre tipus de pactes, la regla general d'ineficàcia dels capítols en cas de cessament de la convivència decaurà respecte a aquells pactes que no tinguin aquesta convivència com a pressupost d'eficàcia. L'art. 231-26 regula la incidència de la separació judicial, la nul·litat del matrimoni i el divorci respecte al contingut dels capítols, establint una regla general –la ineficàcia dels capítols– i una sèrie d'excepcions a la regla general.

Si la separació no és judicial, sinó de fet, la regla general és que els capítols continuen produint efectes. No es produeix en aquesta matèria una equiparació entre la separació judicial i la separació de fet, com ocorre en matèria successòria (per exemple, vegeu l'art. 442-6). Ara bé, si la separació de fet es perllonga per un determinat temps, això no produeix la ineficàcia dels capítols, però sí que pot donar lloc a l'extinció del règim econòmic matrimonial a petició d'un dels cònjuges [arts. 232-16.2.a) i 232-36.2.a), que preveuen que si la separació de fet dura més de sis mesos, qualsevol dels cònjuges podrà sol·licitar al jutge que decreti l'extinció del règim de participació o de comunitat, respectivament].

La regla general de la ineficàcia dels capítols en cas de separació judicial, nul·litat o divorci afectarà essencialment al règim econòmic del matrimoni, que constitueix el contingut tipificador dels capítols. En efecte, la pèrdua d'eficàcia dels capítols es tradueix en l'extinció del règim econòmic matrimonial, amb la consegüent liquidació del mateix. En aquest últim cas, si després de la separació judicial els encara cònjuges reprenen la convivència, els anteriors capítols no recobren la seva eficàcia, sinó que, si escau, n'hauran de pactar uns de nous.

A la regla general de la ineficàcia dels capítols en els casos de nul·litat del matrimoni, separació judicial o divorci, l'art. 231-26 excepciona una sèrie de disposicions la constància de les quals en capítols es deu, no a la seva vinculació amb el matrimoni, sinó a la intenció d'aconseguir una constància documental de les mateixes o a cobrir unes exigències determinades de forma. En concret, conserven la seva eficàcia, malgrat la ineficàcia dels capítols:

a) El reconeixement de fills efectuat per qualsevol dels cònjuges (vegeu també art. 235-9.1.a).

b) Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, als quals hem fet referència anteriorment.

c) Els pactes successoris (vegeu també l'art. 431-17).

d) Els pactes que tenen els capítols com a “instrument merament documental”. Sobre aquesta matèria, vegeu el que s’ha dit anteriorment.

CAPÍTOL 5: EL RÈGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS

1. Concepte i qüestions generals

El règim de separació de béns es caracteritza perquè en el mateix cada cònjuge té la propietat, el gaudi, l'administració i la lliure disposició de tots els seus béns (art. 231-1), de manera que són propis de cadascun dels cònjuges tots els que tenia com a tals quan es va celebrar el matrimoni i els que adquireixi després per qualsevol títol (art. 232-2). En conseqüència, en el règim de separació de béns no es crea una massa patrimonial comuna a tots dos cònjuges.

El de separació de béns és el règim econòmic habitual dels matrimonis catalans. Històricament coexistia amb el dot i les denominades institucions paradotals, que el CCCat ja no regula. En l'actualitat el CCCat regula el citat règim fonamentalment als arts. 232-1 a 232-12, a més d'algunes referències o remissions contingudes en altres preceptes.

El règim de separació de béns s'aplica a qualsevol matrimoni que ho hagi pactat en capítols matrimonials (art. 231-10.1). A més, és el règim econòmic legal o supletori dels matrimonis sotmesos al dret civil de Catalunya, per la qual cosa s'aplica a tots els matrimonis que no hagin pactat un règim diferent en capítols matrimonials, o en el cas en què els capítols resultin ineficaços (art. 231-10.2). Hem de tenir en compte que si els capítols esdevenen ineficaços com a conseqüència de la nul·litat del matrimoni o del divorci, la noció mateixa de règim econòmic del matrimoni desapareix i com a molt entraran en joc els pactes capitulars fets en previsió d'una ruptura matrimonial, que ja coneixem (art. 231-20 i 231-26.b). Per això, l'aplicació del règim de separació de béns com a conseqüència de la ineficàcia dels capítols matrimonials només tindrà lloc en els casos en què el matrimoni subsisteix, la qual cosa fa imprescindible l'existència d'un règim econòmic; per exemple, en el cas de separació judicial (art. 231-26, incís inicial) o de nul·litat dels capítols per vici del consentiment.

Finalment, si bé no directament com a règim econòmic del matrimoni, la regulació del règim de separació de béns s'aplica també de manera supletòria al règim de participació en els guanys (art. 232-13.3).

2. El règim dels béns

2.1 La titularitat dels béns

2.1.1 La relació entre els patrimonis dels cònjuges

Com hem apuntat anteriorment, el règim de separació de béns no té cap repercussió quant a la titularitat dels béns que els cònjuges tenien abans de l'inici del règim (art. 232-1 i 232-2). Així mateix, tampoc tindrà transcendència alguna quant a la titularitat dels béns que, en el futur, puguin adquirir els cònjuges, de manera que l'iter de les titularitats sobre els béns és el mateix que en el cas que el titular de l'acte adquisitiu fos solter, doncs, a diferència del que succeeix en els règims de comunitat, el règim de separació de béns no converteix determinats béns adquirits en comuns.

En definitiva, el règim de separació de béns es caracteritza per *una neutralitat absoluta* quant a la titularitat dels béns, com es desprèn de l'art. 232-2, segons el qual són propis de cadascun dels cònjuges tots els béns que tenia com a tals quan es va iniciar el règim econòmic matrimonial i els que adquireixi després per qualsevol títol. Per tant, pertanyen i seguiran pertanyent a cada cònjuge els béns que ja tenia, els seus fruits, els salaris i, en general, tots els béns que adquireixi posteriorment per qualsevol títol, tant onerosos com a gratuït. En definitiva, en el règim de separació de béns no es crea, en cap moment, un patrimoni comú.

La separació absoluta dels patrimonis d'un i un altre cònjuge no impedeix que el CCCat introdueixi alguns mecanismes, que ja coneixem i que, amb diferents finalitats, contribueixen a mitigar el rigor del règim de separació. Així, com sabem, els béns privatis no poden sostreure's de la responsabilitat solidària que deriva de les despeses de sosteniment de la família (art. 231-8);

així mateix, en el cas que l'habitatge familiar sigui de titularitat exclusiva d'un només dels cònjuges, l'art. 231-9 estableix la necessitat del consentiment del cònjuge no titular en cas d'alienació de la mateixa.

2.1.2 Les presumpcions sobre la titularitat

Existeixen molts béns dels cònjuges en els quals no es planteja cap problema a l'hora de determinar si la seva titularitat correspon a un o a l'altre. Normalment, es tracta dels béns de valor superior, com poden ser els immobles, vehicles matriculats o accions nominatives, ja que la titularitat d'aquests béns consta suficientment documentada i pot provar-se amb facilitat. En canvi, pot resultar molt difícil demostrar la titularitat d'una infinitat de béns, l'adquisició dels quals no queda documentada i que, a més, són posseïdors conjuntament tots dos cònjuges; així, és freqüent no conservar els tiquets de compra, rebuts o factures d'un moble desmuntable o d'un electrodomèstic més enllà del període de garantia. Per aquest motiu, el CCCat estableix una sèrie de presumpcions sobre la titularitat d'aquest tipus de béns; es tracta de presumpcions *iuris tantum*, que admeten, per tant, prova en contra.

A. Presumpció de comunitat

És la presumpció que estableix el primer incís de l'art. 232-4, segons el qual si és dubtós a quin dels cònjuges pertany algun bé o dret, s'entén que correspon a tots dos per meitats indivises. Es tracta, com veiem, d'una presumpció de tipus genèric o de tancament: quan no és possible deduir la titularitat d'un bé per algun dels altres criteris o presumpcions que veurem a continuació, i el més raonable és entendre que aquest bé és comú a tots dos cònjuges.

B. Presumpció d'exclusivitat dels béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges que no siguin d'extraordinari valor i els que estiguin directament destinats a l'exercici de la seva activitat. Aquesta és la presumpció que recull la segona part de l'art. 232-4 i constitueix una excepció al règim general de la presumpció anterior, que estableix la cotitularitat per meitats indivises d'aquells béns la titularitat dels quals no consta. La presumpció d'exclusivitat dels béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges que no siguin d'extraordinari valor i els que

estiguin directament destinats a l'exercici de la seva activitat es justifica en dues dades. En primer lloc, per l'especial vinculació que existeix entre aquest tipus de béns i la persona, la qual cosa fa poc probable o inversemblant que la seva titularitat sigui aliena. En segon lloc, la presumpció es justifica pel reduït valor que normalment tindran aquests béns; observem, en aquest sentit, que el precepte exclou explícitament de la presumpció els béns mobles d'ús personal si tenen un valor extraordinari.

C. Presumpcions sobre la contraprestació pagada en les adquisicions fetes a títol onerós durant el matrimoni.

L'art. 232-3 estableix una sèrie de presumpcions referides a la titularitat dels béns que integren les diferents prestacions d'un negoci onerós. El primer apartat del precepte estableix, d'entrada, el principi que els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular, per a continuació afegir que si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, es presumeix la donació.

El supòsit de fet que planteja aquest precepte és el d'un acte adquisitiu fet per un dels cònjuges en el qual ell mateix consta formalment com a titular, és a dir, que no ha actuat en representació de l'altre. Aquest és el sentit de l'expressió "consti com a titular" que utilitza l'art. 232-3.1, aplicable a situacions com la constància registral de la titularitat, la compravenda feta en document privat o una simple factura en la qual el cònjuge consti com a pagador. Aquesta titularitat formal permet afirmar que aquest cònjuge és efectivament titular del bé adquirit ("pertanyen"), i això amb independència de l'origen de la contraprestació que va pagar.

En relació amb la contraprestació, l'art. 232-3 realitza dues presumpcions. La primera consisteix a presumir que el cònjuge que va pagar ho va fer amb diners que ja era seu amb anterioritat al contracte mateix de compravenda. Aquesta presumpció es dedueix de l'expressió "si es prova" que utilitza l'art. 232-3.1. La segona presumpció s'origina precisament quan *es provi* que els diners amb els quals el cònjuge va pagar no procedien originàriament del seu patrimoni, sinó del patrimoni de l'altre cònjuge, atès que en aquest cas

es presumeix que el cònjuge li va fer donació dels diners. Això significa que el cònjuge comprador *sempre paga amb diners propis*, bé perquè ja ho era amb anterioritat a la compra, bé perquè es presumeix que aquests diners li van ser donats per l'altre cònjuge perquè pagués el seu deute com a comprador; veiem, doncs, que aquesta segona presumpció es refereix a la donació dels diners, no a la cosa adquirida amb aquests diners.

D. Presumpció de cotitularitat dels béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, adquirits a títol oneros.

Aquesta és la presumpció que estableix el segon apartat de l'art. 232-3. Es refereix a béns com ara els vehicles, el mobiliari, els aparells domèstics o els altres béns que integren l'aixovar de la casa (Preàmbul de la Llei 25/2010, apartat III.c). En concret, es presumeix que aquests béns pertanyen a tots dos cònjuges per meitats indivises, sense que prevalgui contra aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal, ja que es considera que la mera acreditació de la titularitat formal, per exemple per mitjà de rebuts de compra, és sovint poc significativa. Aquesta presumpció exclou aquest tipus de béns del règim de l'apartat primer del mateix art. 232-3 que, com hem vist anteriorment, confirma la titularitat del "cònjuge que consti com a titular", prevalent, en conseqüència, la titularitat formal.

3. L'extinció i la liquidació del règim de separació de béns

3.1 Aspectes generals

El règim de separació de béns s'extingeix per les causes generals que determinen l'extinció del règim econòmic del matrimoni; així, si es pacta un altre règim en capítols matrimonials (art. 231-10 CCCat), per divorci (art. 95 CC) o com a conseqüència de la defunció de qualsevol dels cònjuges (art. 85 CC). El CCCat no inclou cap causa específica d'extinció del règim de separació de béns, a diferència d'altres règims (vegin-se especialment els arts. 232-16.2, 232-34.2 i 232-36.2 CCCat, i els arts. 1392 i 1393 CC). Això obeeix, sens dubte, a la neutralitat que, en l'àmbit patrimonial, té el règim de separació de

béns.

Extingit el règim de separació, és necessari procedir a la liquidació del mateix, mitjançant la realització dels oportuns càlculs i operacions que permetran determinar amb exactitud el contingut del patrimoni propi de cadascun dels cònjuges. En principi, la liquidació del règim de separació de béns no hauria de plantejar grans complicacions, perquè no cal dividir un patrimoni comú ni compensar uns guanys, operacions complicades que afecten, en canvi, als règims de comunitat i de participació, respectivament. Amb tot, també en el règim de separació de béns cal realitzar algunes operacions liquidatòries, fonamentalment les que deriven de les presumpcions dels arts. 232-3 i 232-4, que hem estudiat anteriorment. Així, per exemple, serà normalment en liquidar el règim quan es plantegi si un bé moble d'ús personal d'un dels cònjuges és o no d'“extraordinari valor”, ja que això depèn de si la titularitat és exclusiva d'aquest o és comuna a tots dos cònjuges (art. 232-4). El CCCat no es refereix a aquestes operacions liquidatòries, ja que les qüestions que es plantegen són només de tipus probatori i no requereixen cap regulació addicional.

El CCCat sí regula dues qüestions que, sense ser estrictament liquidatòries del règim de separació de béns, sí que despleguen la seva eficàcia paral·lelament a la liquidació. Ens referim a la divisió dels béns que els cònjuges tenien en comunitat ordinària indivisa (art. 232-12) i a la compensació econòmica per raó del treball (art. 232-5 a 232-11). Les estudiem a continuació.

3.2 La divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa

També en un règim de separació de béns els cònjuges tenen béns en comú, normalment en règim de comunitat ordinària indivisa. Possiblement, el tipus de bé més comú sotmès a aquest tipus de cotitularitat sigui l'habitatge conjugal adquirit per tots dos cònjuges al 50% abans o després de la celebració del matrimoni; també segueixen aquest règim aquells béns la situació dels quals de cotitularitat es presumeix, d'acord amb l'art. 232-4, que hem vist anteriorment.

En relació amb els béns que els cònjuges tenen en comunitat ordinària indivisa, l'art. 232-12 estableix les dues mesures que detallem a continuació.

En primer lloc, el paràgraf primer del citat precepte assenyala que en els procediments de separació, divorci o nul·litat i en els dirigits a obtenir l'eficàcia civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques, qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l'acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguin en règim de comunitat ordinària indivisa. Cal assenyalar que el precedent legislatiu de l'actual art. 232-12.1, és a dir, l'art. 43.1 CF, va ser objecte d'una qüestió d'inconstitucionalitat (número 5394/2006), plantejada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 1 d'Arenys de Mar, que ha estat resolta per la STC 21/2012, de 16 de febrer de 2012, declarant inconstitucional i nul l'art. 43.1 CF. El motiu d'aquesta decisió del TC és que l'acumulació d'accions que permet l'art. 43 CF suposa una vulneració de l'art. 149.1 CE, que reserva a l'Estat la competència exclusiva sobre legislació processal, i que no encaixa en l'excepció que aquest precepte admet en relació a que les Comunitats Autònomes poden legislar sobre dret processal amb "les necessàries especialitats que en aquest ordre es derivin de les particularitats del dret substantiu" de les mateixes.

Discrepem del criteri mantingut per aquesta STC, en la mateixa línia que ho fa l'interessant vot particular que a la mateixa ha formulat en Magistrat don Eugeni Gai Montalvo. No cal aquí aprofundir en els arguments per justificar una o una altra postura, ja que la inconstitucionalitat a la qual es refereix la sentència afecta només a l'art. 43.1 CF, i no es propaga a l'art. 232-12.1, que recull una bona part del seu contingut. Això ho prova el fet que en el FD 2º, el TC reconeix que l'art. 43 CF ja està derogat, i que "la nova Llei regula la qüestió en termes semblants", per afegir que encara així és convenient decidir sobre la qüestió d'inconstitucionalitat referida a l'art. 43 CF, doncs aquest precepte encara és aplicable al procediment concret del que va sorgir aquella; en canvi, el TC no fa cap comentari sobre la possible inconstitucionalitat de l'art. 232-12, per la qual cosa cal entendre que aquest precepte resta perfectament vigent.

D'altra banda, fins i tot en el cas que es mantingués –de manera injustificada, al nostre entendre– que la inconstitucionalitat de l'art. 43 CF es propaga a l'art. 232-12, la possibilitat de dividir els béns en el mateix procés de nul·litat, separació o divorci estaria perfectament justificada i emparada pels arts. 233-2.3.d i 552-11.6. El primer d'aquests preceptes és clar, en el sentit que el conveni regulador *ha de* contenir la liquidació del règim econòmic matrimonial, la qual cosa, en relació amb els béns en comunitat indivisa, significa que, o bé s'atribueix a un només dels cònjuges, o bé *es divideixen*, i això en el mateix procediment de divorci, separació judicial o nul·litat del matrimoni. En definitiva, la divisió dels béns comuns, si no es fa voluntàriament, *ha de* formar part del citat procés.

Finalment, el segon apartat del citat art. 232-12 estableix una segona mesura en relació amb la divisió dels béns que els cònjuges tenen en comunitat ordinària indivisa. En concret, si existeixen diversos béns en aquest règim i un dels cònjuges ho sol·licita, l'autoritat judicial pot considerar-los en conjunt a l'efecte de formar lots i adjudicar-los.

3.3. La compensació econòmica per raó de treball

El cònjuge que durant la vigència del règim de separació s'hagi dedicat a les tasques domèstiques, o hagi treballat per a l'altre sense retribució o amb retribució insuficient, podrà tenir dret a una compensació econòmica, conforme a les regles dels arts. 232-5 a 232-11.

3.3.1. Qüestions generals

3.3.1.1. Plantejament

El règim de separació de béns pot resultar molt perjudicial per al cònjuge que durant el matrimoni no porta a terme una activitat lucrativa, atès que ni existeixen uns guanys que es fan comuns (com en els règims de comunitat), ni es produeix a la seva extinció una anivellació dels increments patrimonials obtinguts per cada cònjuge (com en els règims de participació). En el règim de separació cada cònjuge fa propis els seus guanys, per la qual cosa el consort

que durant el matrimoni ha treballat per a la casa o ha col·laborat en l'activitat de l'altre cònjuge sense o amb una insuficient remuneració, pot trobar-se, a l'extingir-se el règim econòmic i especialment en les situacions de crisi matrimonial, en una difícil situació econòmica, atès que difícilment haurà pogut incrementar el seu patrimoni; en canvi, el cònjuge que sí desenvolupa una activitat lucrativa gaudirà, generalment, d'una millor situació patrimonial, propiciada en part pel treball del seu consort.

La injustícia que moltes vegades suposa aquesta situació ha provocat la reacció del Legislador. La Resolució núm. 37/78, de 27 de setembre, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre la Igualtat dels esposos en el dret civil, va establir en el 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 pecuniària que indemnitzés tota desigualtat financera apareguda durant el matrimoni. En la línia d'aquesta Resolució, diversos Estats europeus han modificat la regulació del règim de separació, i han introduït una compensació econòmica per raó de treball. A Espanya, després de la Reforma del Codi civil per Llei 11/1981, de modificació del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni, l'art. 1438.III CC disposa que “[e]l treball per a la casa serà computat com a contribució a les càrregues i donarà dret a obtenir una compensació que el Jutge assenyalarà, mancant acord, a l'extinció del règim de separació”.

A Catalunya, el Legislador tampoc ha estat aliè als corrents protectors del cònjuge dedicat al treball familiar, i en la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, es va introduir en l'art. 23 CDCC la que es va denominar “compensació econòmica per raó de treball”. En el Codi de Família la institució es va regular en els arts. 41 i 42, i el llibre segon CCCat li ha dedicat els arts. 232-5 a 232-11.

3.3.1.2. Concepte i característiques

Conforme a l'art. 232-5.1, la compensació econòmica per raó de treball

es pot definir com el dret que es concedeix a aquell dels cònjuges que ha treballat substancialment més per a la casa, o ho ha fet per a l'altre cònjuge sense retribució o amb retribució insuficient, de participar en els guanys obtinguts durant la convivència per la seva consort, quan aquest hagi obtingut un increment patrimonial superior.

Igual que ocorre quan els cònjuges han pactat el règim de participació, la compensació econòmica per raó de treball permet participar a un dels cònjuges del superior increment patrimonial que hagi pogut obtenir el seu consort. Existeixen, no obstant això, dues diferències molt importants: a) el dret a compensació no el té qualsevol cònjuge, sinó solament aquell que s'hagi fet "mereixedor" de la mateixa, a causa del seu treball superior per a la casa o per a l'altre cònjuge; i b) el percentatge de participació no és fix, sinó que varia en funció de les circumstàncies, amb un límit del 25% de la diferència d'increments patrimonials. Es tracta, per tant, d'un dret de participació en els guanys de quantia variable i que no és incondicionat, sinó que exigeix que concorrin els requisits apuntats.

Les notes que caracteritzen del dret a la compensació són les següents:

a. La compensació solament procedirà, si escau, si el règim econòmic matrimonial és el de separació de béns. El Legislador parteix de la base que en la resta de règims econòmic matrimonials el cònjuge "pobre" ja queda suficientment protegit o compensat per fer-se comuns els guanys (en els règims de comunitat), o pel dret de participar en les mateixes (règims de participació).

No obstant això, s'ha de tenir-se en compte que el règim de participació permet pactar un percentatge de participació molt reduït (per exemple, un 5%), el que teòricament permetria burlar la compensació.

b. A diferència del que ocorria vigent el Codi de Família, el dret a la compensació pot sorgir tant si el règim de separació s'extingeix a causa de una crisi matrimonial (nul·litat, separació i divorci), com quan el matrimoni es dissol per la mort o declaració de defunció d'algun dels cònjuges.

L'exclusió en el Codi de Família de la compensació quan el matrimoni es dissolia per la defunció d'algun dels cònjuges havia estat criticada unànimement per la doctrina. La regulació legal semblava pressuposar que els drets successoris atribuïts al cònjuge farien innecessària la compensació, però això no sempre serà així, donada la manca de drets legítims del cònjuge vidu.

c. És un dret de caràcter personalíssim, en el qual els únics legítims per a sol·licitar-lo són els cònjuges; per tant, la compensació no podrà ser demandada pels hereus si la dissolució del règim es produeix per la defunció del cònjuge que seria creditor de la compensació.

d. La compensació és compatible amb els altres drets de caràcter econòmic que corresponen al cònjuge creditor (art. 232-10). En particular, és compatible amb la prestació compensatòria de l'art. 232-14, com ja va declarar expressament la STSJC 31.10.1998. La compensació es tindrà en compte per a fixar la prestació, però no al revés, atès que mentre aquesta atén al futur, la compensació tendeix a pal·liar un perjudici que ja s'ha produït.

e. És un dret de crèdit, que perquè neixi haurà de ser reclamat per l'interessat. La llei determina, en l'art. 232-11, el moment que ha d'exercitar-se el dret a la compensació. En cas que l'extinció del règim es produeixi per la nul·litat del matrimoni, separació o divorci, la compensació econòmica per raó de treball ha de reclamar-se en el procés que causa l'extinció del règim, i en el cas de resolucions o decisions eclesiàstiques, en el procés dirigit a obtenir la seva eficàcia civil. Si el règim de separació s'extingeix per mort, la pretensió per a reclamar la compensació econòmica per raó de treball prescriu als tres anys de la defunció del cònjuge. No obstant això, 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.

3.3.2. Règim jurídic

La compensació per raó de treball es troba regulada, d'una manera més

àmplia que en els precedents de la Compilació i del Codi de Família, en els arts. 232-5 a 232-11. A més de per aquests preceptes, la compensació es regirà pel pacte entre les parts, i per les normes del règim de participació en els guanys.

Al pacte entre les parts s'hi refereix l'art. 232-7, conforme al com “[e]n previsió d'una ruptura matrimonial o de dissolució del matrimoni per mort, pot pactar-se l'increment, reducció o exclusió de la compensació econòmica per raó de treball d'acord amb l'establert per l'article 231-20”, és a dir, tenint en compte que l'exclusió o limitació de drets ha de tenir caràcter recíproc, i que el canvi de circumstàncies pot determinar la ineficàcia del pacte. El pacte podrà arribar a més a altres aspectes en què la regulació legal no és imperativa, entre ells la forma i el termini per al pagament, com estableix explícitament l'art. 232-8.

A més, i especialment pel que fa a les regles de càlcul dels increments patrimonials, es podran aplicar, amb caràcter supletori, les regles del règim de participació en els guanys. Existeix una gran analogia entre el que és “compensable”, i el que és “participable”, per la qual cosa una remissió a les regles del règim de participació per a determinar els increments patrimonials potser hagués estat el més aconsellable.

3.3.3. Fonament i naturalesa

La compensació econòmica per raó de treball s'ha emmarcat dintre del principi general de prohibició de l'enriquiment injust. L'art. 41 CF exigia explícitament, per a tenir dret a la compensació, que pel treball per a la casa o per a l'altre cònjuge s'hagués generat “una situació de desigualtat entre el patrimoni d'ambdós cònjuges que impliqui un enriquiment injust”.

La referència a l'enriquiment injust que feia l'art. 41 CF no es va interpretar de manera unànime per la doctrina i la jurisprudència. En un primer moment, la doctrina va considerar que l'enriquiment injust es produïa per la contribució excessiva a les càrregues del matrimoni, i que la mesura de la compensació es trobava precisament en la quantia de l'enriquiment produït, és

a dir, la quantia de la contribució excessiva. Aquesta tesi va ser acollida per la primera sentència que el TSJC va emetre respecte a la compensació, la citada STSJC 31.10.1998. No obstant això, la jurisprudència del TSJC va anar evolucionant fins a considerar que l'enriquiment injust no era un requisit autònom per a tenir dret a la compensació, sinó que era inherent als altres dos requisits exigits per la llei, el treball excessiu i la desigualtat patrimonial, amb independència de si es produïa o no una sobrecontribució a les càrregues del matrimoni; en definitiva, per al TSJC, la simple existència de desequilibri suposava per sí mateix un enriquiment injust (entre moltes altres, STSJC 10.2.2003, 14.4.2003, 27.2.2006 i 19.11.2009).

No obstant això, la teoria de l'enriquiment injust s'ha revelat insuficient per a explicar el funcionament de la compensació, entre altres raons, perquè la mesura de l'hipotètic enriquiment no determina la quantia de la compensació. Possiblement per això, en la nova regulació que el llibre segon CCCat ha fet de la compensació, arts. 232-5 et seq., s'ha prescindit de tota al·lusió al mateix, com destaca expressament el Preàmbul de la llei 25/2010: "la nova regulació abandona tota referència a la compensació com remei substitutori d'un enriquiment injust". Conforme a la regulació vigent, l'enriquiment injust no és un requisit de la compensació, tampoc és el seu fonament, i l'acció per a fer-la efectiva no participa de la naturalesa de l'acció d'enriquiment injust.

a. L'enriquiment injust no és un requisit de la compensació, perquè no requereix la sobrecontribució a les càrregues familiars per a tenir dret a ella.

Així ho diu el Preàmbul també expressament: "la nova regulació [...] prescindeix de la idea de sobrecontribució a les despeses familiars [...]. Per tant, 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. 232-6.1 i, a pesar d'això, podrà tenir dret a la compensació si es donen els requisits d'abans apuntats.

b. L'enriquiment injust tampoc és el fonament de la compensació, perquè aquesta pot existir a pesar que no hi hagi hagut un enriquiment per a un

cònjuge i un empobriment per a l'altre. El fet que el cònjuge "pobre" no hagi desenvolupat una activitat lucrativa pot no enriquir, sinó empobrir al cònjuge "ric", atès que aquest haurà d'haver satisfet totes les càrregues familiars. A més, el cònjuge "pobre" pot haver gaudit, gràcies al treball del seu consort, d'un nivell de vida que amb el seu propi treball mai hagués pogut aconseguir. L'enriquiment injust solament pot fonamentar el dret a la compensació si s'interpreta no en el seu sentit tècnic, sinó com a equivalent al principi general de justícia.

c. I l'acció per a reclamar la compensació ni és una acció d'enriquiment injust, ni participa de la seva naturalesa, com ho demostra el seu caràcter personalíssim i el fet que la quantia de la compensació no vindrà determinada per l'eventual quantia l'enriquiment que s'hagués pogut produir.

La norma que reconeix el dret a la compensació no s'emmarca, per tant, dintre de la teoria de l'enriquiment injust, sinó que es tracta d'una norma de liquidació del règim de separació, que permetrà a un dels cònjuges participar en els guanys de l'altre quan es donin certs requisits. El Legislador ha considerat equitatiu establir un mecanisme que equilibri –parcialment- les economies dels cònjuges quan un treballi per a la casa substancialment més que l'altre, no perquè s'hagi enriquit a costa de l'altre –com hem dit, es pot haver empobrit-, sinó per a donar transcendència jurídica a la norma de l'art. 231-2.2.fi, segons la qual els cònjuges han de compartir les responsabilitats domèstiques. En el cas del treball per a l'altre cònjuge, el fonament de la compensació es troba en què el cònjuge que treballa sense retribució o amb retribució insuficient no té per al Legislador la consideració de mer treballador, sinó de soci, i com a tal soci no tindrà dret a percebre simplement un salari, sinó a participar en els guanys.

En qualsevol cas, a pesar que com diem no estem davant una aplicació de la teoria de l'enriquiment injust, sí que es poden apreciar en la regulació de la institució certes influències d'aquell règim, en particular la regla que permet superar el límit del 25% respecte a la quantia de la participació en el cas d'incidència notablement superior en l'increment patrimonial del cònjuge "ric"

(art. 232-5.4.fi), i la que concedeix la compensació també en el cas de nul·litat del matrimoni (art. 232-5.1), cas en què pròpiament no ha existit un règim econòmic matrimonial.

3.3.4. Requisites

Conforme als dos primers apartats de l'art. 232-5, perquè procedeixi el dret a la compensació s'han de donar dos requisits: a) que un dels cònjuges hagi obtingut un "increment patrimonial superior"; i b), que el cònjuge que hagi 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".

3.3.4.1. La contribució substancialment superior al treball per a la casa

En el cas que la compensació procedeixi pel treball domèstic, l'art. 232-5.1 exigeix que el cònjuge que pretén la compensació hagi treballat "substancialment més que l'altre". No s'exigeix, com hem dit, que aquest treball impliqui una sobrecontribució a les càrregues familiars. S'admet la duplictat comptable del treball domèstic, és a dir, aquest serveix com a contribució a les càrregues i per a tenir dret a la compensació. Podrà ocórrer, per tant, que el cònjuge que desenvolupa una activitat lucrativa, a més de pagar totes les despeses domèstiques, hagi de pagar la compensació; si vol estalviar-se-la, el que haurà de fer és contribuir ell també al treball domèstic –no fa falta que ho faci personalment-, de manera no "substancialment" inferior a la contribució l'altre.

En aquest cas es produiria una sobrecontribució del cònjuge "ric" a l'aixecament de les càrregues familiars, que no serà rescabable, sinó que té la consideració d'una atribució gratuïta que un dels cònjuges fa a favor de l'altre. Queda clar, per tant, que en el llibre segon CCCat el treball domèstic rep un millor tracte que l'aportació de diners.

La comprovació de si es produeix o no aquesta contribució "substancialment" superior donarà lloc a evidents problemes, per diverses raons: a) per la pròpia imprecisió de l'expressió –tot esperant que es perfili per

la jurisprudència, una contribució “substancialment” superior podria ser del 65%-35% o del 70%-30%-.; b) per la dificultat de ponderar el treball domèstic d’ambdós cònjuges, comparança en la que podrien entrar tant criteris quantitius com qualitius; i c) per la dificultat d’acreditar el treball domèstic portat a terme, treball del que de vegades no existeixen altres testimonis que els propis cònjuges.

3.3.4.2. L’increment patrimonial superior

El segon requisit és que el cònjuge beneficiat pel treball de l’altre hagi obtingut un increment superior de patrimoni. Per tant, no sempre el treball domèstic superior es veurà recompensat; no ho serà, per exemple, quan qui treballi més per a la casa sigui al seu torn qui té un salari més elevat, o qui obté unes majors rendes del seu patrimoni.

Per a determinar els increments patrimonials obtinguts si escau per cada cònjuge, els arts. 232-5 et seq. segueixen, en general, uns principis que són en l’essencial similars als que regeixen respecte al règim de participació. Existeixen, no obstant això, algunes diferències. Una d’elles és que el càlcul de l’increment patrimonial no es realitza mitjançant la comparança entre el patrimoni final i el patrimoni inicial de cada cònjuge, sinó mitjançant la deducció d’un passiu a l’actiu que queda al finalitzar el règim. Es tracta d’una diferència merament formal –en realitat, els guanys partibles vénen a ser similars-, que té la seva justificació en què el règim de separació no requereix per a la seva existència la realització d’un inventari del patrimoni inicial (a diferència del règim de participació, art. 232-14), atès que no és segur que el règim haurà de liquidar-se a l’efecte d’exigir la compensació.

En l’actiu de cada cònjuge s’inclourà el seu patrimoni “real”, és a dir, “els béns que tingui en el moment de l’extinció del règim o, si escau, del cessament efectiu de la convivència, una vegada deduïdes les càrregues que els afectin i les obligacions” (art. 232-6.1.a). Al patrimoni “real” s’ha d’addicionar el patrimoni “fictici”, és a dir, una sèrie de béns que ja no formen part del patrimoni, però que la llei considera que han de computar-se, per a evitar la seva disminució, maliciosa o no, en perjudici del dret a la compensació;

aquests béns són:

a. els béns que hagi disposat a títol gratuït, pel seu valor calculat en el moment de la seva transmissió, excloses les donacions fetes als fills comuns i les liberalitats d'ús;

b. “el valor del detriment produït per actes efectuats amb la intenció de perjudicar a l'altre cònjuge”, expressió que inclou tant les deterioracions o destrucció de béns, com les obligacions i gravàmens constituïts fraudulentament, i també els béns dels que s'hagi disposat a títol oneros per a disminuir fraudulentament els guanys (cf. Art. 232-19.2).

En el passiu de cada cònjuge s'inclourà, segons l'art. 232-6.1.c), “el valor dels béns que tenia al començar el règim i que conserva en el moment que s'extingeix, una vegada deduïdes les càrregues que els afectin”. Una interpretació literal de la norma conduiria a l'absurd resultat que qualsevol canvi de béns implicaria un increment patrimonial (per la exigència que es conservi “en el moment que s'extingeix”). El precepte tampoc ofereix una regla clara respecte al tracte que han de rebre les plusvàlues, al no establir-se expressament que la valoració dels béns s'ha de referir al moment de l'extinció del règim. Una aplicació supletòria del previst en els arts. 232-19 i 232-20 per al règim de participació duu a la conclusió que el valor dels béns que integren el patrimoni inicial és el qual tenen al finalitzar el règim, per la qual cosa no es consideren guany les plusvàlues (com ja havia indicat, entre unes altres, la STSJC 27.5.2010), i que, respecte als béns subrogats, l'existència d'un guany o d'una pèrdua es produirà en funció de la comparança entre el valor final del bé que es tenia inicialment, i el valor final del bé que l'ha substituït.

A més, en el passiu de cada cònjuge s'inclouen també els béns que, “fictíciament”, la Llei considera que també ha de computar-se per no tenir la consideració de guany. Es tracta dels béns adquirits a títol gratuït durant la vigència del règim i les indemnitzacions per danys personals, exclosa la part corresponent al lucre cessant durant el temps de convivència” (art. 232-6.1.c.fi). L'expressió “títol gratuït” ha d'entendre's comprensiva no solament dels béns

adquirits per donació, sinó també els adquirits per títol “lucratiu”, és a dir, per successió per causa de mort.

En definitiva, igual que en el règim de participació, tindran la consideració de guanys partibles els rendiments del treball i altres activitats patrimonials, les rendes dels béns, i altres rendes, pensions, i indemnitzacions que no ho siguin per danys personals, mentre que no ho seran les plusvàlues dels béns.

3.3.4.3. Els requisits per a la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge

Quan es treballa per a l'altre cònjuge, per a tenir dret a la compensació es requereix, a més d'un increment patrimonial superior per part del beneficiat pel treball, que s'hagi treballat sense retribució o amb una retribució insuficient (art. 232-5.2). L'apreciació de si la retribució és o no suficient s'haurà de fer conforme al preu de mercat del treball, sense que, pel fet que es tracti d'un treball prestat per un cònjuge, s'hagi de presumir una retribució més elevada pel seu caràcter de “col·laborador incondicional”.

3.3.5. Quantia

A diferència del que ocorre en el règim de participació, en el qual el percentatge de participació en els guanys ja està prèviament determinat, ja sigui pel pacte entre els cònjuges o per la llei, la quantia de la compensació econòmica per raó de treball, que per regla general no podrà sobrepassar el 25% de la diferència entre els increments de patrimonis dels cònjuges, haurà de fixar-se cas per cas, atenent a una sèrie de circumstàncies.

3.3.5.1. Regles generals

Una vegada s'ha acreditat que concorren els requisits perquè procedeixi la compensació, els passos a seguir i les regles a observar seran els següents:

a. En primer lloc, haurà de determinar-se la diferència d'increments patrimonials, conforme a les regles abans assenyalades.

- b. La compensació serà un percentatge d'aquella diferència.
- c. La regla general és que aquell percentatge no podrà superar el 25% de la diferència d'increments patrimonials.
- d. El concret percentatge dependrà de les circumstàncies que assenyala l'art. 232-5.3: "la durada i intensitat de la dedicació, tenint en compte els anys de convivència i, concretament, en cas de treball domèstic, al fet que hagi inclòs la criança de fills o l'atenció personal a altres membres de la família que visquin amb els cònjuges". Per tant, el decisiu no són els anys de convivència, sinó la dedicació en relació als anys de convivència, atès que pot succeir que no durant tot el temps de convivència s'hagi produït una contribució excessiva.
- e. Amb la referència a la intensitat de la dedicació s'al·ludeix al fet que les tasques domèstiques ocupin tota la jornada o sol part d'aquesta; a més, la llei introdueix criteris qualitius, al valorar especialment la criança dels fills o l'atenció personal a altres membres de la família que visquin amb els cònjuges.

D'altra banda, ha de matisar-se que, quan es treballa per a l'altre cònjuge, si bé el dret a la compensació deriva de la retribució insuficient, aquest defecte retributiu no determina la quantia de la compensació, sinó que aquesta també es fixarà conforme a les regles que acabem d'assenyalar.

3.3.5.2. L'augment del percentatge de participació en el cas de contribució "notablement" superior

L'incís final de l'art. 232-5.4 permet que l'autoritat judicial pugui incrementar el percentatge màxim de participació del 25% "si el cònjuge creditor prova que la seva contribució ha estat notablement superior". La redacció del precepte duu a confusió, atès que per a tenir dret a la compensació s'exigeix una contribució "substancialment" superior, i no sembla que l'expressió "notablement" superior impliqui una contribució molt més elevada. Atenent a la trajectòria parlamentària, i al Preàmbul del llibre segon

CCCat, el precepte vol dir que la participació podrà superar el 25% si el cònjuge creditor prova que la seva contribució a l'increment patrimonial del cònjuge deutor ha estat notablement superior que la quantitat que li correspondria si s'apliqués el límit del 25%. És a dir, la comparança no es fa entre les contribucions d'ambdós cònjuges, sinó entre el valor del treball prestat i la quantitat que es rebria com compensació.

La regla, que tindrà aplicació sobretot quan es treballi per a l'altre cònjuge, permet sobrepassar el límit general del 25%, fins a arribar, entenem, al 50% de la diferència d'increments patrimonials. Però no implica que hi hagi d'haver una equivalència entre el benefici obtingut pel cònjuge deutor i l'import de la compensació.

3.3.5.3. Imputació

La quantitat que resulta d'aplicar a la diferència entre l'increment de patrimonis d'ambdós cònjuges el percentatge corresponent, no sempre és la quantitat que el cònjuge pobre podrà reclamar en concepte de compensació per raó de treball. Igual que succeeix en la legítima (arts. 451-7 i 451.8), s'haurien de descomptar les atribucions rebudes del cònjuge deutor que siguin imputables. Estableix 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". No fa falta per tant que la imputació sigui expressa (a diferència del disposat en l'art. 451-8.1 respecte a la legítima). I ha de tenir-se en compte que els béns donats formaran part del patrimoni final del donant, i no del patrimoni final del donatari (art. 232-6.1), el que fa incrementar la diferència de patrimonis i per tant també l'import de la compensació. La computació es fa pel valor que tenien els béns en el moment que es va fer la donació, i s'imputen pel seu valor al moment d'extingir-se la convivència; per tant, si el preu del bé donat augmenta de valor, això beneficia al cònjuge deutor, i si disminueix li perjudica.

Si l'extinció del règim de participació es produeix per la mort del cònjuge deutor, s'imputen també al crèdit de compensació els béns que corresponguin al cònjuge creditor en la successió (art. 232-5.4).

3.3.6. Pagament de la compensació

La regla general és que la compensació ha de pagar-se en diners i al comptat (art. 232-8). No obstant això, el pacte o la decisió judicial poden alterar aquesta regla general.

Les parts poden acordar que no es pagui en diners. Així mateix, “per causa justificada i a petició de qualsevol de les parts o dels hereus del cònjuge deutor, l'autoritat judicial pot ordenar el seu pagament total o parcial amb béns” (art. 232-8.1).

A petició del cònjuge deutor o dels seus hereus, l'autoritat judicial pot ajornar el pagament de la compensació o ordenar que es faci a terminis, amb un venciment màxim de tres anys. El deute reporta l'interès legal “a contar del reconeixement” del dret a la compensació, és a dir, a partir del moment de la fermesa de la sentència que concedeix la compensació. En seguretat del deute, l'autoritat judicial pot ordenar la constitució d'una hipoteca, o d'altres garanties en favor del cònjuge creditor, com per exemple una penyora o una fiança (art. 232-8.2).

També a semblança del que ocorre en matèria de legítima (arts. 451-22 et seq.), el creditor pot demanar, conforme a l'art. 232-9, la reducció i fins i tot la supressió de les atribucions que hagi fet el deutor durant la vigència del règim, en el cas que en el patrimoni del deutor no es trobin béns suficients per a satisfer la compensació econòmica. La reducció es farà començant per la donació més recent, continuarà per la següent més recent i així successivament, per ordre invers de data; si la data és la mateixa o és indeterminada, la reducció es farà a prorrata. Així mateix, el creditor també podrà impugnar els actes a títol onerosos realitzats pel deutor en frau del seu dret. Les accions de reducció, supressió i impugnació “caduquen als quatre anys de l'extinció del règim i no són procedents quan els béns estiguin en poder de terceres persones adquirents a títol onerosos i de bona fe” (art. 232.9.2).

CAPÍTOL 6: ELS RÈGIMS DE PARTICIPACIÓ

1. Introducció

Els règims de participació es caracteritzen pel seu funcionament com un règim de separació de béns durant la seva vigència, si bé atribueixen a cada cònjuge, a l'extingir-se el règim, el dret a prendre part en els guanys que hagués obtingut l'altre. El CCCat regula, en els seus articles 232-13 a 232-24, sota aquests principis, el "règim de participació en els guanys", i l'associació a compres i millores (articles 232-25 a 232-27), règim que històricament ha tingut certa importància en algunes zones de Catalunya, i que presenta algunes analogies amb el règim de participació.

2. El règim de participació en els guanys

El règim econòmic matrimonial de participació en els guanys, que requereix pacte per a la seva vigència, atribueix a qualsevol dels cònjuges, en el moment que s'extingeix el règim, el dret a participar en l'increment patrimonial obtingut per l'altre durant el temps que aquest règim hagi estat vigent (article 232-13.1).

2.1. Caracterització. Avantatges i inconvenients

El règim de participació funciona com un règim de separació de béns durant la seva vigència, mentre que a partir de la seva extinció sorgeix un dret de crèdit que permetrà anivellar els guanys obtinguts mentre el règim estava vigent. Durant la seva vigència, cada cònjuge conserva la propietat, gaudi, administració i lliure disposició dels seus béns (article 232-13.2), i al finalitzar el règim no es crea una situació de comunitat, sinó que es concedeix al cònjuge menys afavorit un dret de crèdit per a participar en els guanys de l'altre.

Es tracta d'un règim que ha merescut elogis des d'un punt de vista teòric, perquè pretén recollir els beneficis del règim de separació i del de comunitat, i eliminar els seus desavantatges. Així, del règim de separació adopta el respecte a l'autonomia patrimonial de cadascun dels cònjuges, de manera que cadascun d'ells gestionarà els seus béns per si mateix, el que

òbviament agilitza aquesta gestió; evita per tant els inconvenients que suposa l'existència d'un tercer patrimoni que pertany en comú a ambdós cònjuges. I dels règims de comunitat recull la solidaritat econòmica entre els cònjuges, evitant que, a l'extingir-se el règim, algun d'ells quedi sense recursos econòmics, com podria ocórrer en el règim de separació.

A pesar de tals avantatges, la veritat és que el règim de participació té molt poca vigència en la pràctica. Això es pot deure en part, no hi ha dubte, a què la seva existència requereix pacte en capítols matrimonials, i aquests són poc freqüents. La doctrina apunta així mateix la desconfiança amb que tal règim és observat pels principals operadors jurídics, advocats i notaris. Però també poden existir raons més de fons, entre elles la complexitat del règim, i en particular el cost que suposa la formació d'inventaris dels béns de cada cònjuge, a l'inici i al final del règim. A més, en els casos que els patrimonis dels cònjuges es troben desequilibrats, generalment perquè un d'ells es dedica a les tasques domèstiques, el règim de participació no confereix a aquest cònjuge els mateixos avantatges que els de comunitat, perquè no exerceix cap control sobre els actes dispositius que pugui realitzar l'altre –per exemple, si malgasta el seu patrimoni–, i perquè la naturalesa personal del dret que se li atribueix al finalitzar el règim ofereix moltes menys garanties que si es tractés del dret real inherent a les situacions de comunitat. I si la comparança es fa amb el règim de separació de béns, la compensació econòmica que es concedeix al cònjuge que realitza el treball per a la casa ve a complir així mateix una funció reequilibradora de la situació dels cònjuges.

Existeixen moltes coincidències entre el dret a la compensació econòmica i el crèdit de participació, que es podran anar observant al llarg d'aquest capítol, si bé hi ha una diferència de fons important entre una i altre, que és que el crèdit de participació s'obté amb independència de si s'ha treballat o no per a la casa o per a l'altre cònjuge, simplement pel fet de que s'hagi pactat el règim de participació, mentre que la compensació requereix acreditar que el cònjuge s'ha fet "mereixedor" d'aquesta, per aquest treball domèstic o per a l'altre cònjuge. A més, mentre la quantia de la participació ve fixada a priori en el règim de participació, el percentatge en la compensació serà fixat pel jutge atenent a una sèrie de factors, sense que per norma general pugui excedir del 25% de la diferència entre els increments patrimonials de cada cònjuge.

2.2. Regulació i règim jurídic

El règim de participació té a Catalunya una trajectòria relativament recent. No es trobava regulat en la redacció originària de la Compilació de 1960, i no apareix fins a la reforma de la Compilació de 1993 (articles 49 a 58 CDCC), que va prendre com referents principals, a més del Codi civil espanyol (articles 1411 a 1434, introduïts en la reforma de 1981), l'alemany, francès, suís i el de Quebec. A la normativa de la CDCC va seguir la del Codi de Família (articles 48 a 60), i després de l'aprovació del llibre segon CCCat el règim de participació apareix regulat en els articles 232-13 a 232-24.

És un règim que el Legislador català ha volgut impulsar amb força, encara que l'experiència demostra que no ho ha aconseguit. En unes primeres propostes, a principis dels anys noranta, per a la reforma dels règims econòmics matrimonials a Catalunya es va plantejar la introducció del règim de participació com a supletori de primer grau, com un mecanisme per a solucionar la situació d'aquell dels cònjuges que, per haver-se dedicat a les tasques domèstiques, no havia pogut acumular durant el matrimoni un patrimoni propi. Finalment es va optar per concedir a aquell cònjuge el dret a sol·licitar una compensació econòmica per raó del treball, i el règim de participació va quedar relegat a la condició de supletori de segon grau, de manera que requereix pacte en capítols per al seu establiment.

El règim de participació es regirà, per tant, pels articles 232-13 a 232-24. Però, a més de les disposicions comunes a tots els règims matrimonials, caldrà tenir en compte altres fonts normatives:

a. En primer lloc, el pacte entre els interessats, que poden limitar-se simplement a acordar el règim de participació, o poden també configurar-lo a la seva mesura, sempre dintre dels límits previstos en la Llei, és a dir, sempre que no vulneri preceptes de naturalesa imperativa. Així, per exemple, la pròpia Llei, en els articles 232-15 i 232-21, admet expressament els pactes sobre l'abast de la participació en els guanys, i en l'article 232-22.1.pr. els pactes sobre la forma de pagament del crèdit de participació.

b. En el cas d'absència de pacte i insuficiència de les disposicions específiques del règim de participació, l'article 232-13.3 preveu l'aplicació subsidiària de les normes del règim de separació de béns, s'entén que quan no siguin contràries a l'essència del règim de participació. Està clar, per exemple, que no seran d'aplicació els articles 232-5 et seq. relatius a la compensació econòmica per raó de treball, doncs el règim de participació ja compleix la funció a què aquella va destinada. Sí ho seran, en canvi, els articles 232-3 i 232-4, relatius al règim de les adquisicions fetes a títol oneros constant matrimoni, i a les presumpcions en cas de titularitat dubtosa, respectivament.

2.3. Constitució del règim

El règim de participació requereix el seu establiment per pacte entre els cònjuges, que haurà de constar en escriptura pública de capitulacions matrimoniales. A l'escriptura pública s'haurà d'acompanyar un inventari del patrimoni inicial de cada cònjuge, en el qual es ressenyaran els seus béns, siguin mobles o immobles, indicant el seu estat material, càrregues i obligacions (article 232-14); el valor no és rellevant en aquest moment atès que, com indica l'article 232-20.3, el valor a tenir en compte és el del moment en el qual s'extingeix el règim.

La formació de l'inventari inicial és essencial per a poder determinar els increments patrimonials obtinguts durant la vigència del règim, però també és rellevant per a proporcionar a cada cònjuge una informació precisa sobre la situació patrimonial de l'altre.

La Llei no exigeix que els inventaris es formin conjuntament pels cònjuges, pel que cadascun d'ells pot inventariar de manera separada els seus béns, però pel fet d'acompanyar-los als capítols –sigui incorporant-los a l'escriptura o no- s'entendrà en aquest últim cas que cada cònjuge accepta l'inventari aportat per l'altre.

2.4. Funcionament durant la seva vigència

Durant la vigència del règim de participació [i no durant el “matrimoni”, com resa erròniament l'article 232-13.2, atès que el matrimoni pot subsistir i el règim de participació s'ha d'haver extingit] cadascun dels cònjuges reté la propietat dels seus béns, tant dels que tenia el començar el règim com dels que pugui adquirir per qualsevol títol durant el mateix, i té el gaudi, l'administració i la lliure “disposició” dels mateixos. També fa seus els fruits que hagin pogut produir aquests béns. En definitiva, cada cònjuge administra i disposa autònomament del seu patrimoni.

No obstant això, tal autonomia no és absoluta. A més del deure de contribuir a les càrregues familiars inherents a tot matrimoni (article 231-6), existeix durant la vigència del règim no un dret de l'altre cònjuge, però sí una expectativa a participar en els guanys, expectativa que la llei protegeix de la següent manera:

a. En primer lloc, com estableix l'article 232-13.2.fi, imposant a cada cònjuge el “deure d'informar adequadament a l'altre de la seva gestió patrimonial”. Es tracta simplement d'un deure d'informació, que per si sol no proporciona una protecció substancial, atès que no determina la validesa o no dels actes dispositius; és a dir, un cònjuge no podrà impedir la realització per l'altre d'un acte dispositiu que es reveli perjudicial per als seus interessos, sinó que solament se li concedeix el dret a estar al corrent de la seva gestió amb la finalitat de què, si ho estima oportú, pugui sol·licitar l'extinció del règim conforme a l'article 232-16.2.c (per la “gestió patrimonial irregular”), extinció que també es podrà demanar per l'incompliment del dit deure d'informació.

La Llei no determina la periodicitat del deure d'informació, ni exigeix que la informació se sol·liciti a requeriment de l'altre cònjuge, ni la subjecta a exigències formals.

b. En segon lloc, i igual que passa en matèria successòria amb la legítima, les donacions podran veure's reduïdes, i fins i tot suprimides, si el cònjuge deutor

no té en el seu patrimoni suficients béns per a pagar el crèdit de participació (article 232-24.1).

c. I, a més, a pesar que no s'imposi expressament als cònjuges un deure conservar els béns, l'article 232-19.2.c) afavoreix aquesta conservació, a l'establir que els béns destruïts computaran com a guany. És a dir, cadascun dels cònjuges és lliure, dintre de la seva autonomia patrimonial, per a destruir o deteriorar els seus béns, però aquesta destrucció o deterioració no perjudicarà a l'altre, sinó a ell, atès que farà augmentar l'import del seu deute si és deutor, o disminuirà l'import del seu crèdit si és creditor.

2.5. Extinció del règim de participació

2.5.1. Causes d'extinció

Les causes d'extinció del règim de participació vénen recollides en l'article 232-16, que distingeix dos grups de causes: les que determinen l'extinció *ex lege* del mateix, i aquelles altres que precisen d'una resolució judicial.

2.5.1.1. Extinció *ex lege*

Conforme a l'article 232-16.1, el règim de participació s'extingeix per les següents causes (que són comunes a les causes d'extinció del règim de comunitat de béns previstes en l'article 232-36.1):

a. Per la nul·litat, o per la dissolució del matrimoni, és a dir, pel divorci o per la mort o defunció d'algun dels cònjuges. No pot ser d'altra manera, atès que en aquests casos no existeix el pressupost del règim econòmic, que és el matrimoni. S'extingeix per aquestes causes el règim de participació i qualsevol altre règim econòmic matrimonial.

b. Per la separació judicial. Si la separació és de fet, no s'extingeix automàticament el règim, sinó que existeix simplement el dret a sol·licitar al jutge la seva extinció a partir dels sis mesos de separació.

Pot ocórrer, per tant, que es trobi vigent un règim econòmic sense el seu pressupòsit bàsic com és la convivència. A més, seria possible reclamar uns guanys obtinguts durant el període en el qual no havia convivència (conforme a l'article 232-19, que refereix el càlcul del patrimoni final al moment d'extinció del règim, i no al de cessació de la convivència), si bé l'article 232-17 permet sol·licitar la retroacció dels efectes de l'extinció al moment que va cessar la convivència.

c. Per l'acord "dels cònjuges mitjançant el qual estipulen en capítols matrimonials un règim diferent", diu literalment l'apartat b) de l'article 232-16.1. Sembla que s'exigeixi, per tant, el canvi de règim matrimonial. No obstant això, en realitat solament es requereix l'acord dels cònjuges per a extingir el règim, sense que sigui necessari ni pactar un nou règim, ni, en cas que s'estipuli un règim matrimonial, que aquest sigui diferent. En conseqüència, és vàlid el pacte en capítols dirigit únicament a extingir el règim de participació, ja que en aquest cas regirà el règim legal supletori, és a dir, el de separació de béns. I és vàlid el pacte pel qual s'extingeixi el règim de participació i es torni a pactar el mateix, fins i tot amb el mateix contingut, és a dir, encara que no hagi cap modificació (que podria ser, per exemple, el percentatge de participació en els guanys); la utilitat d'aquest pacte tan costós (s'hauria d'acudir altra vegada al notari i fer de nou inventari dels béns) pot trobar-se en la pretensió de materialitzar en un determinat moment la participació en els guanys, és a dir, cobrar el crèdit de participació generat fins a aquest moment.

2.5.1.2. Extinció per resolució judicial

Per a substituir el règim econòmic matrimonial pactat per un altre es requereix, per regla general, el consentiment d'ambdós cònjuges. No obstant això, quan es donin certes circumstàncies, la Llei permet a qualsevol dels cònjuges sol·licitar al jutge l'extinció del règim de participació, passant a regir el règim de separació de béns. Aquestes circumstàncies són les següents (article 232-16.2):

a. La separació de fet per un període superior a sis mesos, a la qual en l'anterior apartat ens hem referit.

b. L'incompliment "greu o reiterat per l'altre cònjuge del deure informar, d'acord amb l'establert per l'article 232-13.2". S'al·ludeix simplement, per tant, a la falta d'informació, sense necessitat que existeixi una gestió patrimonial inadequada. Aquesta falta d'informació impedeix al cònjuge desinformat una valoració de la gestió de l'altre, amb la qual cosa desconeixerà si la seva expectativa podrà arribar a ser efectiva o no. La falta d'informació serà "greu" quan recaigui sobre un acte de gestió de vital importància, mentre que la "reiteració" al·ludeix a la persistència de l'ocultació, amb independència de l'entitat dels actes que es vinguin realitzant. En qualsevol cas, al no exigir-se cap forma per a complir aquest deure, es plantejarà un evident problema de prova respecte a si la informació s'ha prestat o no.

c. La "gestió patrimonial irregular o superveniència d'alguna circumstància personal o patrimonial en l'altre cònjuge que comprometi greument els interessos de qui sol·licita l'extinció". S'al·ludeix per tant a dues circumstàncies diferents, amb el denominador comú que puguin ser "greument" perjudicials per als interessos de l'altre cònjuge. D'una banda, la gestió "irregular" del patrimoni, concepte que ha d'interpretar-se en sentit restrictiu, atès que no es tracta d'una administració de béns d'altri, sinó de la gestió d'un patrimoni propi sobre la qual cada cònjuge ha de tenir autonomia; una gestió arriscada no té perquè ser "irregular", mentre que sí ho serien els actes que infringeixin alguna norma (quan es cometí alguna irregularitat), i els manifestament perjudicials. La segona circumstància és l'aparició de manera sobreenvenida d'una situació personal o patrimonial que posi en perill els interessos de l'altre, com podria ser la invalidesa, incapacitació, atur o declaració de concurs.

L'expressió "gestió patrimonial irregular" també la utilitza l'article 232-36.2.c) com a causa d'extinció del règim de comunitat, però el seu significat no ha de ser necessàriament el mateix en ambdós règims.

2.5.2. Efectes de l'extinció del règim de participació

2.5.2.1. La retroacció dels efectes de l'extinció

L'extinció del règim de participació determina l'obertura de la fase de liquidació del règim. El moment en el qual es produeix l'extinció és important, ja que és el que es té en compte a l'hora de calcular els increments patrimonials (article 232-19.1). Aquest moment és quan els cònjuges acorden l'extinció del règim, quan el matrimoni de dissol per la mort o declaració de defunció d'algun dels cònjuges, i quan té lloc la resolució judicial que declara la nul·litat, separació o divorci, o l'extinció del règim a petició d'un dels cònjuges si es donen les circumstàncies de l'article 232-16.2.

En el cas que l'extinció del règim tingui lloc per resolució judicial, pot transcórrer un cert temps des que, per exemple, es presenta la demanda de divorci o la petició d'extinció per separació de fet, i es pronuncia la sentència. Per a evitar que durant aquest temps, en el qual ja s'ha sol·licitat l'extinció, els guanys obtinguts per cada cònjuge segueixin considerant-se guanys partibles, és pel que l'article 232-17 disposa que “[s]i el règim de participació en els guanys s'extingeix per resolució judicial, els efectes de l'extinció es retrotreuen al moment de la presentació de la demanda”. Per tant, els guanys obtinguts a partir d'aquest moment ja no seran partibles. I fins i tot, afegeix l'esmentat precepte, “a petició d'un dels cònjuges o dels seus causahavents, l'autoritat judicial pot acordar la retroacció dels efectes de l'extinció a la data que va cessar la convivència”.

2.5.2.2. Efectes de l'extinció en el cas de nul·litat del matrimoni

La nul·litat del matrimoni implica la destrucció retroactiva del vincle matrimonial. Un matrimoni nul no hauria de produir cap efecte. Per això sorgeix el dubte de si, declarada la nul·litat d'un matrimoni subjecte al règim de participació, existirà o no el dret a participar en els guanys obtinguts durant el temps que va haver aquella aparença de matrimoni (tenint en compte la retroacció dels efectes de l'extinció prevista en l'article 232-17).

El CCCat diu respecte a aquesta qüestió. L'article 79 CCEsp, que diu que "[l]a declaració de nul·litat del matrimoni no invalidarà els efectes ja produïts respecte dels fills i del contraent o contraents de bona fe", permet interpretar que si el cònjuge és de bona fe tindrà el dret a participar en els guanys, amb independència de si l'altre és de bona o mala fe.

Estem davant un exemple més dels conflictes que es produeixen per la dualitat de normatives, la del CCEsp i la del CCCat, que regeixen la matèria del matrimoni. En qualsevol cas, s'ha d'advertir que la solució apuntada no és indiscutible, atès que la literalitat de l'article 79 CCEsp parla d'efectes "ja produïts" (com podria ser, per exemple, l'adquisició de la nacionalitat), però en la qüestió que ens afecta cap efecte s'ha produït, ja que el crèdit de participació no sorgeix sinó a partir de l'extinció del règim, sense que anteriorment hagi més que una simple expectativa.

2.6. La liquidació del règim

2.6.1. Aspectes generals

Una vegada extingit el règim de participació, s'obre la fase de liquidació del mateix, en el qual l'expectativa recíproca que tenien els cònjuges podrà fer-se o no efectiva. Si cap dels cònjuges ha aconseguit incrementar el seu patrimoni, o en el molt improbable que els increments patrimonials hagin estat idèntics, l'expectativa s'esvairà. Però si hi ha hagut un increment superior en el patrimoni d'algun dels cònjuges, l'expectativa es traduirà en un dret de crèdit per al menys afavorit.

La Llei no estableix cap termini per a la liquidació del règim; ha d'entendre's que podrà fer-se mentre no prescrigui la pretensió per a reclamar el pagament del crèdit, a la qual se li aplicarà el termini general de deu anys de l'article 121-20, termini que es començarà a contar a partir de l'extinció del règim.

A pesar de la literalitat de l'article 232-18 –"el règim de participació en els guanys, una vegada extingit, ha de liquidar-se"– no és obligatori portar a terme la liquidació; no existeix cap patrimoni que s'hagi de repartir entre els cònjuges,

sinó un hipotètic crèdit de participació que pot ser renunciat. Els cònjuges poden apreciar que no hi ha hagut un significatiu increment de patrimoni per cap d'ells, en aquest cas és possible que pretenguin estalviar-se les despeses que suposa el procediment de liquidació. Serà el potencial titular del crèdit de participació aquell a qui interessi la posada en marxa de les operacions liquidatòries.

El procés de liquidació inclou dues fases. En una primera, es determinaran els increments patrimonials obtinguts, si escau, per cadascun dels cònjuges, en funció de la diferència entre el patrimoni final i l'inicial de cada cònjuge (article 232-18). En la segona es compararan els increments patrimonials de cada cònjuge i, el que hagi guanyat menys, tindrà dret a un percentatge de la diferència entre l'increment de l'un i l'increment (o no increment) de l'altre.

2.6.2. Determinació dels increments patrimonials de cada cònjuge

Diversos sistemes serien possibles per a determinar els increments patrimonials obtinguts per cada cònjuge durant la vigència del règim. Un d'ells podria ser el d'enumerar el que es consideren increments partibles, de manera similar al que fa l'article 232-31 en relació al règim de comunitat, que cita, entre uns altres, els guanys obtinguts pel treball de cada cònjuge, o els fruits dels seus béns, i omet per exemple els béns adquirits a títol lucratiu. Aquest sistema, aparentment més clar, té no obstant això l'inconvenient que, en un sistema de participació, el volum d'ingressos no determina necessàriament la mesura de l'increment patrimonial, ja que és possible que una part o fins i tot tots els rendiments obtinguts per un cònjuge s'hagin consumit per al manteniment de la família, al no haver un patrimoni comú afectat a l'aixecament de les càrregues familiars.

El CCCat ha optat per calcular els increments patrimonials en funció del "que queda" a l'extingir-se el règim. Més que els rendiments de cada cònjuge, el que importa són els rendiments que conserva a l'acabar el règim. Per això, es pren com punt de partida el càlcul del patrimoni final de cada cònjuge. I com el que es pretén que sigui partible no és tot el patrimoni, sinó únicament la part

del mateix aconseguida durant la vigència del règim, al patrimoni final se li restarà el patrimoni inicial de cada cònjuge, és a dir, els béns que tenia al començar el règim.

No tot bé o rendiment obtingut durant la vigència del règim és partible; no ho són, per exemple, les donacions rebudes. Per a evitar que aquestes atribucions computessin com guanys, s'haurien de descomptar del patrimoni final. El CCCat segueix un sistema diferent, que condueix al mateix resultat: en lloc de descomptar-les del patrimoni final, les addiciona al patrimoni inicial. També es produeix una ficció amb els béns dels quals s'hagi disposat a títol gratuït que, encara que materialment no formen part del patrimoni de cada cònjuge a l'acabar el règim, el CCCat els computa dintre del patrimoni final.

En definitiva, i amb les precisions que més endavant es faran, es pot concloure que són guanys partibles els obtinguts pel treball de cada cònjuge i els rendiments dels seus béns, en la mesura que no s'hagin consumit de manera no fraudulenta.

2.6.3. Determinació del patrimoni final de cada cònjuge

Formen part del patrimoni final no únicament els béns que realment integren el patrimoni, sinó altres béns que, encara que no es troben materialment en el mateix, la Llei considera que han d'agregar-se a efectes comptables. Per això, pot distingir-se entre una part real, i una part fictícia d'aquest patrimoni.

2.6.3.1. Béns integrants del patrimoni final

La part real "comprèn tots els béns que li pertanyin en el moment de l'extinció del règim en l'estat material que es trobin, una vegada deduïdes les càrregues que els afectin i les obligacions, i exclosos els béns comprats amb pacte de supervivència" (article 232-19.1). Es tracta per tant d'un valor net, atès que a l'actiu –els béns i crèdits- se li haurà de restar el passiu –les obligacions i les càrregues que gravin aquests béns–. El concepte de càrregues ha d'entendre's com equivalent als gravàmens que recaiguin sobre els béns, alguns de relativament fàcil valoració -com podria ser un dret d'usdefruit, i uns

altres no tant, com per exemple un dret d'adquisició, o una hipoteca en garantia de deute aliè.

L'exclusió dels béns adquirits amb pacte de supervivència es fa en tant l'extinció i consegüent liquidació del règim de participació no impliquin l'extinció del pacte de supervivència. És a dir, si l'extinció del règim de participació es produeix per la declaració de nul·litat del matrimoni, la separació o el divorci, el pacte de supervivència s'haurà extingit, i els béns passaran a ser titularitat dels cònjuges en comunitat indivisa ordinària (article 231-18), per la qual cosa en aquest cas sí hauria de computar-se en el patrimoni final de cada cònjuge el valor de la seva quota.

A més, el patrimoni final de cada cònjuge comprèn una part "fictícia", que recau sobre una sèrie de béns que ja no es troben materialment en el patrimoni dels cònjuges, però que la Llei considera que han de computar-se. Es tracta dels següents béns (article 232-19.2):

a. Els "béns dels quals s'hagi disposat a títol gratuït durant la vigència del règim, d'acord amb l'estat material que es trobaven en el moment de disposar d'ells, amb l'excepció de les liberalitats d'ús i de les donacions que l'altre cònjuge hagi consentit". Igual que ocorre amb els drets legítims, i per a evitar que la disposició a títol gratuït de part del patrimoni faci disminuir la quantia de la participació, s'imposa la computació dels béns dels quals s'hagi disposat a títol gratuït, tret que es tracti de liberalitats d'ús –no hi haurà en aquest cas cap intenció fraudulenta- o que intervingui el consentiment de l'altre cònjuge –aquest renúncia a comptabilitzar-les i accepta l'eventual disminució del seu crèdit de participació–. També és lògic que la valoració es faci segons l'estat del bé en el moment de la disposició, ja que el donant no pot fer-se responsable per les vicissituds que el bé experimenti després de l'acte dispositiu.

b. "El valor dels béns dels quals s'hagi disposat a títol onerosos durant la vigència del règim per a disminuir fraudulentament els guanys, d'acord amb l'estat material que es trobaven en el moment d'alienar-los i amb independència del

preu que s'hagi fet constar". El precepte no es refereix a la donació encoberta – donació sota l'aparença d'una compravenda, en la qual hi ha un preu simulat, total o parcialment, i que computaria com un acte a títol gratuït-, sinó a aquells actes en els quals s'ha fet constar un preu inferior a l'efectivament percebut amb la intenció d'ocultar la quantitat no reflectida.

c. "El valor de les obligacions o dels gravàmens constituïts fraudulentament". La disminució dels guanys es pot aconseguir no solament reduint l'actiu, sinó augmentat el passiu, el que podrà fer-se de manera fraudulenta simulant una obligació o un gravamen inexistent, acte contra el qual es podrà reaccionar conforme a les regles generals, o bé constituint realment una obligació a canvi d'una contraprestació fàcilment ocultable, que és el supòsit al que es refereix el precepte.

d. I, finalment, també es computa en el patrimoni final de cada cònjuge el valor dels béns destruïts o deteriorats, quan aquesta destrucció s'hagi portat a terme per a disminuir fraudulentament els guanys, i pel valor que aquests béns tenien en el moment de la destrucció o deterioració. Es tracta aquest d'un supòsit que és difícil que es doni en la realitat, ja que amb la destrucció o deterioració el primer que surt perdent és el propi titular del bé.

2.6.3.2. Valoració dels béns

Conforme a l'article 232-19.3, "el valor dels béns és el que tenen en el moment que s'extingeix el règim. En cas de béns alienats, deteriorats o destruïts, es pren per valor el que tenien en el moment que es van transmetre, van deteriorar o van perdre". Coincideix per tant el moment en el que s'aprecia el valor del bé, i el moment en el que es pren en consideració el seu estat. Respecte als béns que integren la part "real" del patrimoni final, resulta lògic que es consideri l'estat i el valor en el moment d'extinció del règim (i no el moment que es faci l'operació de valoració). Quant als béns que integren fictíciament el patrimoni final, es considera l'estat i el valor en el moment de la transmissió, pèrdua o deterioració.

Tingui's en compte, respecte als béns que integren de manera fictícia el patrimoni final, que la lògica del sistema exigeix que l'hipotètic valor real que puguin tenir aquests béns no consti en la part "real" del patrimoni final, atès que ja computen dintre del patrimoni fictici; d'altra manera computarien dues vegades. Imaginem, per exemple, que es disposa fraudulentament d'un bé per valor de 1000, i solament es declara un valor de 200, ocultant els 800 restants. Als 200 que integren la part "real" del patrimoni, no se li han d'afegir els 1000, de la part "fictícia", sinó que aquells 200 no s'haurien de computar.

2.6.4. Determinació del patrimoni inicial

Per a determinar el patrimoni inicial de cada cònjuge, la Llei assenyala els béns que integren dit patrimoni final i la valoració que ha de fer-se dels mateixos.

2.6.4.1. Béns integrants del patrimoni inicial

El patrimoni inicial està integrat pels béns que els cònjuges tenien al començar el règim, juntament amb altres béns adquirits durant el mateix que la Llei entén que no han de tenir la consideració de guanys.

a. En primer lloc, conforme a l'article 232-20.1, formen part del patrimoni inicial de cadascun dels cònjuges tots els béns que li pertanyien en el moment d'iniciar el règim (actiu), deduïnt-se les càrregues que els afectaven i les obligacions (passiu). Si el passiu del patrimoni inicial és superior a l'actiu, ha de computar-se el valor negatiu, tret que les parts acordin altra cosa.

b. I es computen també alguns béns que no es tenien al començar el règim, sinó que s'han adquirit de manera sobrevinguda: els béns adquirits a títol lucratiu durant la vigència del règim, una vegada deduïdes les càrregues que els afectaven; i les indemnitzacions per danys personals, exclosa la part corresponent al lucre cessant durant el temps de vigència del règim. I ha de tenir-se en compte que aquests béns no constaran en l'inventari del patrimoni inicial, el que originarà dificultats probatòries.

Per tant, no són guanys partibles els béns adquirits per donació, herència o llegat. Tampoc aquelles indemnitzacions obtingudes exclusivament

per “danys personals”, com podria ser la indemnització aconseguida pel trencament d'una cama en un accident de tràfic. En canvi, sí tenen la consideració d'increment patrimonial, i per tant no computen en el patrimoni inicial, les indemnitzacions per danys produïts en el patrimoni de la persona (per exemple, la indemnització pagada per l'assegurador per l'incendi de la casa), atès que el valor de la indemnització se subroga en el lloc del bé perdut; tampoc computen les indemnitzacions pel lucre cessant, perquè en realitat vénen a substituir el que seria un rendiment laboral o professional que no s'ha pogut obtenir. Així mateix, les pensions d'aliments, o les de jubilació, fins i tot la d'invalidesa, no s'inclouen en el patrimoni inicial, pel que es consideren un guany partible.

2.6.4.2. Valoració dels béns

Conforme a l'article 232-20.3, “el valor dels béns és el que tenen en el moment que s'extingeix el règim”. En conseqüència, els increments –o disminucions- de valor produïts pel simple transcurs del temps no es tenen en compte. Les hipotètiques plusvàlues dels béns no són, per tant, guanys partibles.

Però és important matisar que la valoració es farà “tenint en compte l'estat material en què es trobaven a l'inici del règim i, quant als adquirits a títol gratuït, l'estat material que es trobaven en el moment d'adquirir-los” (article 232-20.4.fi). Per tant, si un bé que es tenia al començar el règim es conserva fins al final, i aquest bé es deteriora pel transcurs del temps, es produirà una pèrdua patrimonial, al produir-se la comparació entre el valor del bé segons l'estat que tenia quan es va adquirir, i el valor del bé segons el seu estat al finalitzar el règim; i si el bé augmenta de valor a causa de les inversions o millores fetes en el mateix, no tindrà lloc, per la mateixa raó, un increment patrimonial.

Posem un exemple. Un dels cònjuges tenia, al començar el règim, un apartament nou, amb un valor de 100. AL finalitzar el règim, l'apartament es valorava en 120, valor que serà el que computarà en el patrimoni final. Ara bé, en el patrimoni inicial el valor a tenir en compte no serà ni els 100 que tenia a l'inici del règim, ni els 120 que valia al

finalitzar, sinó el valor d'aquest apartament al finalitzar el règim, però com si fos nou (segons l'estat que tenia al començar el règim), valor que cap suposar seria superior a 120, posem per exemple 150. D'aquesta manera, la deterioració del bé pel transcurs del temps implicaria una disminució patrimonial, en el cas que ens ocupa de 30. Paral·lelament, si el valor final del bé no és de 120, sinó de 180 a conseqüència de les millores portades a terme pel propietari, la valoració en el patrimoni inicial no serà de 180, sinó també de 150, atès que no es tindran en compte aquestes millores al fer la valoració en el patrimoni inicial.

2.6.5. Conclusió

Són guanys partibles els rendiments del treball i altres activitats patrimonials; les rendes dels béns, tant mobles -per exemple, els interessos dels dipòsits bancaris-, com immobles -per exemple, les rendes que produeix el lloguer d'un apartament-, i amb independència de si aquests béns es tenien al començar el règim, o si s'adquireixen després per qualsevol títol, encara que sigui lucratiu; també ho són altres rendes, les pensions, i les indemnitzacions que no ho siguin per danys personals. En canvi, no són guanys partibles els augmentos de valor produïts pel simple transcurs del temps.

Si en lloc d'un increment es produeix una pèrdua patrimonial, són computables únicament les produïdes per la deterioració dels béns, mentre que no ho són les disminucions de valor del bé pel transcurs del temps.

Quant als béns subrogats, no es conté norma expressa alguna. En el patrimoni inicial figuraran uns béns, que haurien de valorar-se segons l'estat que tenien al començar el règim i pel valor al final del mateix, i en el patrimoni final constaran altres béns diferents. D'això es dedueix que si el bé subrogat experimenta un augment de valor superior al del bé que es tenia inicialment, existirà un guany partible, i inversament, és a dir, si el bé subrogat augmenta de valor en menor mesura que el bé substituït, hi haurà una pèrdua.

L'exemple següent aclarirà la qüestió. Suposem que un dels cònjuges té en el patrimoni inicial un apartament que val 100, i que, al finalitzar el règim, aquest bé, conforme a l'estat que tenia inicialment, val 150. Però durant la vigència del règim aquest apartament és intercanviat per un altre, del seu mateix valor, per exemple per un pis. Si aquest pis, a l'acabar el règim, té un valor de 180, s'haurà obtingut un guany de 30. Per

contra, si el valor del pis a l'acabar el règim és de 110, s'haurà produït una pèrdua de 40. Ha de tenir-se en compte que la regla de l'article 232-19.3, que estableix que el valor dels béns (integrants del patrimoni final) és, en el cas de béns alienats, el que tenien quan es van transmetre, es refereix únicament als béns transmesos a títol gratuït.

2.6.6. Determinació del crèdit

Una vegada calculats els increments patrimonials de cada cònjuge per la diferència entre el patrimoni final i l'inicial, la determinació del crèdit de participació és senzilla. L'article 232-21 estableix que si únicament un dels cònjuges ha obtingut un increment patrimonial, l'altre té dret a la meitat del valor d'aquest increment; si ambdós cònjuges han obtingut un increment patrimonial, qui n'hagi obtingut menys, té dret a la meitat de la diferència entre el valor del seu propi increment i el de l'altre cònjuge; i si cap dels cònjuges ha obtingut un increment patrimonial, no existeix crèdit de participació.

Suposem, per exemple, que un dels cònjuges obté un increment patrimonial de 200, i l'altre un de 40. La diferència d'increments patrimonials és 160, per la qual cosa el cònjuge que ha obtingut el menor increment tindrà dret a la meitat d'aquesta quantitat, és a dir, 80. D'aquesta manera, el resultat final serà que a cada cònjuge li quedaran 120.

Aquestes regles generals han de ser objecte de diverses matisacions:

a. Encara que l'article 232-21 prevegi una participació del 50%, ha de tenir-se en compte que, conforme a l'article 232-15.1, s'admet la validesa dels pactes que atribueixin una participació en els guanys diferent a la meitat de l'increment patrimonial, sempre que s'estableixin "amb caràcter recíproc i igual en favor de qualsevol dels cònjuges".

És a dir, no és vàlid el pacte que, per exemple, atribueixi al marit una participació del 40% si l'esposa és qui obté un increment patrimonial superior, mentre que si és el marit qui té més guanys la participació de l'esposa seria d'un 20%. L'usual és que, si hi ha pacte, el percentatge acordat sigui inferior al 50%. Si, per exemple, es pacta una participació del 25%, en l'exemple proposat més amunt, en què la diferència d'increments patrimonials és de 160, resultaria un crèdit de 40, per la qual cosa el resultat final seria que a un li quedaria 160 i a l'altre 80. És dubtós que, encara que es

pacti de manera recíproca, s'admeti una participació superior al 50%, pacte del que resultaria que el que hagi obtingut un increment patrimonial superior, acabi quedant-se amb menys (en l'exemple proposat, si es pacta una participació del 75%, resultaria que qui ha guanyat 200 es quedaria finalment amb 80, mentre que el qui ha guanyat 40 es quedaria amb 160). Es tractaria aquest d'un pacte *anti natura*, que entenem excedeix del concepte de règim econòmic matrimonial i que té un fort component de donació. Per la mateixa raó, no considerem admissible el pacte que atribueixi el 100% -o un percentatge superior al 50%- de la diferència d'incrementos patrimonials al cònjuge sobrevivent.

b. En el cas de disminucions de patrimoni, la literalitat de l'article 232-21 dóna a entendre que, excepte pacte en contrari, no es tenen en compte, considerant-se per tant no un valor negatiu, sinó un increment de zero.

Suposem, per exemple, que un dels cònjuges ha obtingut un increment de 100, i l'altre una disminució de 60. Atès que solament un dels cònjuges ha obtingut un increment patrimonial, l'altre tindrà dret a la meitat d'aquest increment, 50. Això implica que no s'igualaran els patrimonis, atès que el saldo final serà 50 per a un i menys 10 per a l'altre.

c. La possibilitat de pactar el percentatge de participació constitueix un mecanisme per a eludir la compensació per raó de treball del règim de separació de béns. Si bé es parteix de la idea que el règim de participació és més solidari que el de separació, i per això es fa innecessària la compensació econòmica per raó de treball, la possibilitat de disminuir el percentatge de la participació posa en dubte tal principi.

Així, per exemple, els cònjuges podrien pactar un règim de participació amb una participació no del 50%, sinó del 5%, amb la qual cosa, el cònjuge que hagués treballat per a la casa i no hagués obtingut cap increment patrimonial, veuria reduïda la seva participació en els guanys de l'altre d'un 25% que li permet aconseguir l'article 232-5, al 5% pactat. Aquesta possibilitat, que podria semblar de dubtosa admissibilitat, cobra no obstant això carta de naturalesa conforme a l'article 232-7, que explícitament admet el pacte que redueixi o exclogui la compensació econòmica.

d. El pacte pot modificar no solament el percentatge de participació, sinó també els criteris per a determinar els increments patrimonials; així, per exemple,

podia pactar-se que les plusvàlues d'immobles es consideressin guanys partibles.

e. Com no podia ser d'altra manera, en cas que l'extinció del règim de participació es produeixi per la defunció d'un dels cònjuges, el crèdit podrà ser reclamat per o als successors del mort.

f. Conforme estableix l'article 232-15.2, la invalidesa del pacte no determina la invalidesa del règim, sinó "la participació en els guanys en la meitat".

2.7. Pagament del crèdit de participació

Una vegada determinat el crèdit de participació, aquest haurà de ser satisfet, pel cònjuge deutor o pels seus hereus, conforme a les regles generals en matèria d'obligacions, solament alterades per unes disposicions específiques contingudes en els articles 232-22 a 232-24, relatives a la forma de pagament i a la protecció del crèdit.

2.7.1. Forma de pagament

La regla general és que el crèdit de participació ha de pagar-se en diners (article 232-22.1). No obstant això, i igual que ocorre amb la compensació econòmica per raó de treball (article 232-8.1), es contempla la possibilitat que pugui pagar-se d'altra manera –en béns, total o parcialment-, per acord de les parts, o per decisió judicial, sempre que, en aquest últim cas, ho sol·liciti qualsevol de les parts o els seus hereus, i concorri causa justificada; en aquest cas, haurien d'assenyalar-se els béns concrets que es proposen per al pagament.

La causa "justificada" pot trobar-se, si la petició la fa el deutor, en la falta de líquid o en la dificultat d'obtenir-lo en unes condicions raonables –per exemple, si s'han de malvendre béns-. Si la sol·licitud la fa el creditor, l'interès atencional podrà trobar-se en una especial relació amb un bé en concret (per exemple, béns en copropietat), però la seva concessió hauria de ser més

excepcional que si ho demana el deutor, en basar-se més que en la necessitat en la mera conveniència.

L'article 232-22 disposa, en el seu segon apartat, que “[s]i el règim s’extingeix per la defunció d’un dels cònjuges i al supervivent li correspon el crèdit de participació, pot sol·licitar que se li adjudiqui l’habitatge familiar en propietat o en usdefruit. Si el valor del bé o el dret adjudicat és superior al del crèdit de participació, l’adjudicatari ha de pagar la diferència en diners”. La norma ve a atribuir, per tant, un dret d’adquisició sobre l’habitatge familiar a favor del cònjuge supervivent que sigui creditor de la compensació, amb independència de la quantia del seu crèdit. No s’exigeix l’al·legació de cap “causa justificada”, sinó simplement que l’extinció del règim es produeixi per la mort del seu consort, i que es tracti de l’habitatge familiar, que se li podrà adjudicar en plena propietat o un usdefruit.

2.7.2. Ajornament i fraccionament del pagament

Una vegada el crèdit s’ha determinat, es pot exigir. Pot ocórrer, no obstant això, que existeixin dificultats per al pagament immediat, la majoria de les vegades a conseqüència de la falta de líquid suficient. Per això, l’article 232-22.3 preveu la possibilitat que, a petició del cònjuge deutor o dels seus hereus, el jutge pot ajornar o fraccionar el pagament, sempre que es donin els següents requisits:

- a. Que concorri una “causa justificada”, que es tractarà, la majoria de casos, de la falta de liquiditat.
- b. Que l’ajornament o el fraccionament del pagament no superi els tres anys, que haurien de començar a contar-se no des que el jutge ho concedeixi, sinó des de la determinació del crèdit.
- c. Que es constitueixin les garanties oportunes –no s’especifica el tipus de garantia, i per tant basta qualsevol- a favor del creditor, si així ho ha ordenat el jutge.

La quantitat ajornada o fraccionada reportarà l'interès legal "a contar del reconeixement".

2.7.3. Protecció del crèdit

Els articles 232-23 i 232-24 contempnen diverses mesures dirigides a protegir el crèdit del cònjuge creditor.

2.7.3.1. L'adopció de mesures cautelars per a assegurar el pagament del crèdit

Una de les mesures protectores és la possibilitat que té el creditor o els seus successors de sol·licitar l'adopció de mesures cautelars per a assegurar el pagament del crèdit de participació mentre es tramita la seva reclamació (article 232-23). Entre aquestes mesures ocupa un lloc destacat l'anotació preventiva d'embargament en el Registre de la Propietat o en el Registre de Béns Mobles, a la qual es refereix l'article 42.10 LH. Però també hi cap qualsevol altra mesura de les previstes en l'article 727 LEC (entre elles, per exemple, el dipòsit de cosa moble), sempre que es justifiqui el perill per a l'efectivitat del crèdit en el cas de no adoptar-se, i es presti caució suficient per a respondre dels danys i perjudicis que l'adopció de la mesura cautelar pogués causar al patrimoni del demandat (article 728 LEC).

2.7.3.2. Accions sobre els actes en perjudici del seu crèdit

Existeixen dos tipus d'actes que poden perjudicar el crèdit del cònjuge creditor, els actes a títol gratuït, i els realitzats a títol onerosos en frau al seu crèdit. La llei permet reaccionar enfront d'aquests actes, en els termes que a continuació veurem, durant un termini de caducitat de quatre anys a contar des de l'extinció del règim.

A. El cònjuge deutor pot fer donacions. Aquestes donacions no faran disminuir la quantia del crèdit de participació, en tant formaran part del patrimoni final. Ara bé, podrà ocórrer que, a conseqüència d'aquestes donacions, no quedin en el patrimoni del deutor béns suficients per a pagar el crèdit de participació. En aquest cas, igual que ocorre respecte a la legítima (article 451-22.3), el creditor pot sol·licitar la reducció o supressió de les donacions –així com també les

atribucions particulars en pacte successori- fetes pel deutor. A les donacions s'equiparen els actes en els quals se simula la onerositat (la donació encoberta).

Les donacions reduïbles no són únicament les computables. Són reduïbles les donacions fetes durant la vigència del règim, i també les realitzades una vegada extingit "fins que hagi estat liquidat" (article 232-24.1), així com també les donacions que hagin estat consentides pel cònjuge creditor.

A diferència del que succeïa conforme al Codi de Família (article 60.1), no s'exigeix perquè procedeixi la reducció que la donació no hagi estat consentida pel cònjuge creditor; ara bé, atès que la donació consentida no és computable (article 232-19.2.a), és molt possible que no sigui necessària la reducció, ja que l'import del crèdit serà menor i en principi hauria de poder satisfer-se amb els béns existents en el patrimoni del cònjuge deutor.

El moment de la liquidació del règim als efectes que ens ocupen presenta dubtes. Tècnicament la liquidació acaba amb la determinació del crèdit de participació. Però des d'aquest moment, fins que es produeix el pagament del crèdit, pot transcórrer un període de temps en el qual és possible que es facin donacions en perjudici del crèdit de participació que haurien de poder quedar afectades per la reducció, per més que el creditor pugui utilitzar les mesures cautelars de l'article 232-23.

La reducció es farà començant per la més recent, continuant per la següent més recent i així successivament, per ordre invers de data, i si la data és la mateixa o és indeterminada la reducció es fa a prorrata.

En tractar-se d'un acte a títol gratuït, els tercers adquirents no es troben protegits, per la qual cosa sempre els podrà afectar la reducció.

B. Així mateix, també en el cas que en el patrimoni del deutor no quedin béns suficients per a pagar el crèdit de participació, el creditor "pot impugnar els actes a títol onerosos realitzats pel deutor en frau del seu dret" (article 232-24.1.fi), norma que suposa una aplicació de la regla general dels articles 1111 i 1291.3 CCEsp relatius a l'acció revocatória o pauliana, amb l'especialitat que quan es produeix l'alienació pot ser que encara no hagi nascut el crèdit. La

impugnació conduirà a la rescissió de l'alienació, i no procedirà quan els béns estiguin en poder de tercers adquirents a títol oneros i de bona fe (article 232-24.2.fi).

Atès que la Llei no estableix cap jerarquia, entenem que el creditor no ha de seguir cap ordre respecte a si exercitar primer l'acció de reducció de donacions o la de rescissió per frau. L'únic ordre legal que s'estableix és l'assenyalat anteriorment respecte a la reducció de donacions.

3. L'associació a compres i millores

3.1. Introducció i règim jurídic

L'associació a compres i millores és una institució d'origen consuetudinari que s'ha vingut practicant en el Camp de Tarragona i altres comarques properes, en virtut de la qual els contraents, i en ocasions els seus ascendents, s'associen, amb o sense caràcter recíproc, en "les compres i millores" que realitzin durant el matrimoni, el que ve a significar que repartiran els ingressos que derivin de la seva professió, indústria o treball obtinguts durant la vigència de l'associació i que no s'hagin consumit en les atencions familiars, així com els béns adquirits amb aquests estalvis.

L'associació a compres i millores es va regular per primera vegada en els articles 53 a 56 de la Compilació de 1960, normativa que va ser modificada successivament per la Llei 13/1984, de 20 de març, d'adaptació de la Compilació al Text constitucional, i per la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de relacions patrimonials entre cònjuges, que va incloure el seu règim jurídic en un sol precepte (article 59). El Codi de Família la va regular en els seus articles 61 a 63, i el llibre segon CCCat en els articles 232-25 a 232-27, amb un règim pràcticament idèntic en el substancial al del Codi de Família, dintre d'una secció pròpia, situada entre el règim de participació i el agermanament.

La regulació vigent s'ha limitat a reproduir la del Codi de Família, sense resoldre els problemes ni les contradiccions que plantejava la institució. Són varis els motius de crítica, entre ells: a) La insuficiència del règim legal dels

articles 232-25 a 232-27, el que fa necessari en moltes ocasions acudir a altres fonts. b) La diversitat de modalitats de la institució, que dificulten el tractament unitari de la mateixa. c) Els dubtes que el règim legal planteja respecte a la naturalesa jurídica de l'associació, concretament en relació a la qüestió de si al costat del patrimoni privatiu dels associats existeix un tercer patrimoni pertanyent a l'associació.

3.2. Origen i raó d'ésser de la institució

L'associació a compres i millores és una institució que té actualment una molt poca aplicació pràctica. La seva inclusió en el llibre segon CCCat no es comprèn sinó és atenent a la importància que ha tingut en el passat, particularment en el Camp de Tarragona, pel que convé explicar, encara que sigui de manera succinta, l'origen i evolució de la institució.

Els autors clàssics catalans ja afirmaven l'existència en el Camp de Tarragona de l'arrelat costum d'associar a compres i millores, que va sorgir com un estímul per a tots els membres d'un grup familiar que treballaven en la consecució, conservació i millora del patrimoni. Era essencial la idea de treball per a la casa, i que els beneficis a repartir s'obtinguessin precisament en l'explotació, generalment agrària, propietat de l'associant. Per això, en realitat, moltes vegades poc importava que l'associació fos unilateral o recíproca, atès que l'associat no obtenia ingressos, sinó que emprava tota la seva capacitat productiva en l'explotació familiar. En definitiva, el tret característic de l'associació a compres i millores era el treball en l'explotació familiar. Això explicava que l'associació pogués estar constituïda exclusivament pels cònjuges, quan l'empresa pertanyia a un d'ells, o també pels ascendents, quan el contraent seguia vivint en la casa paterna i col·laborant en el negoci de la família. El pacte d'associació a compres i millores contribuïa a fomentar la solidaritat entre els seus integrants.

El pacte d'associació a compres i millores es va anar imposant en els capítols dels matrimonis celebrats en el Camp de Tarragona, regint-se en primer terme pel pacte i en defecte d'això pel costum del lloc. Una regulació

legal de la institució no es va donar sinó amb la Compilació de 1960, regulació que va ser objecte de diverses modificacions –molt supèrflues-, fins a arribar al Codi de Família i, després, al llibre segon CCCat. Actualment és un fet contrastat que el pacte d'associació a compres i millores s'estipula amb molt poca freqüència, i que en les ciutats de Reus i Tarragona té pràcticament nul·la aplicació. Això resulta lògic si es té en compte que l'associació a compres i millores va néixer en una societat eminentment agrària, així com la progressiva incorporació de la dona al mercat laboral, i la poca freqüència amb que s'atorguen capítols matrimonials. A més, el llibre segon CCCat regula altres règims matrimonials -participació i comunitat- i altres institucions -la compensació econòmica dels articles 232-5 et seq. que permeten satisfer anàlogues finalitats que les originàriament es pretenien amb l'associació. A tot això s'uneix, a més, la inseguretats jurídica que generen la discutida naturalesa jurídica de la institució, i la seva insuficient regulació legal, el que pot fer aconsellable pactar els altres règims citats, més si es té en compte que el règim de comunitat dels articles 232-30 a 232-38 dóna lloc a una comunitat d'extensió molt "variable" en funció dels pactes dels interessats.

3.3. La naturalesa jurídica de l'associació a compres i millores

La qüestió més polèmica que presenta l'associació a compres i millores és la de la seva naturalesa jurídica. Això es deu a una poc afortunada regulació legal que, d'una banda, si atenem al règim substantiu, sembla implicar l'existència d'un patrimoni pertanyent a l'associació (article 232-26.1), però, per una altra, estableix com normativa supletòria d'últim grau les disposicions del règim de participació (article 232-25.2), amb el que no existirien uns béns comuns i els guanys no apareixerien sinó a l'extingir-se el règim. La qüestió no es pot comprendre fàcilment si no es fa de nou un recorregut històric.

3.3.1. Doctrina clàssica i precedents legislatius

L'exposició que de l'associació a compres i millores feien els juristes clàssics catalans partia de la situació fàctica que el marit associava a la seva dona en les compres i millores a conseqüència del treball que aquesta realitzava per a ell, i semblava evident l'existència d'un patrimoni comú

pertanyent a ambdós cònjuges, si bé amb un règim especial que atorgava en realitat el domini efectiu al marit. Es distingia entre un domini *in actu* i un domini *in habitu*. El marit tenia el domini efectiu (*in actu*), mentre que la dona es trobava en una situació precària per la qual se li atribuïa un dret sense contingut efectiu (*in habitu*). Però, en qualsevol cas, el domini el tenien ambdós per meitat, encara que l'adquisició l'hagués efectuat únicament el marit. Aquesta distinció entre domini *in actu* i domini *in habitu* aproximava aquest règim al que després hauria de denominar-se règim de participació en els guanys, caracteritzat per l'autonomia patrimonial per part de qui generava el guany, si bé el fet que, extingit el règim, l'associat no tenia un dret de crèdit, sinó que era copropietari i es feia efectiu el seu domini *in habitu*, separava netament l'associació del règim de participació.

En l'evolució de l'associació a compres i millores s'aprecia una progressiva assimilació o fins i tot absorció per la societat a guanys. En el segle XIX eren molts els autors, i pràcticament unànimes les sentències, que consideraven l'associació a compres i millores com una variant de la societat a guanys que es practicava en les comarques tarragonines. La jurisprudència del Tribunal Suprem era clara negant substantivitat pròpia a l'associació a compres i millores i assimilant-la a la societat a guanys. La STS 17.2.1915 va afirmar taxativament que “[...] encara que en el Dret general de Catalunya no existeix la societat a guanys, per excepció i costum reconegut i de sempre acceptada, en el Camp de Tarragona la societat matrimonial es constitueix i té efecte mitjançant l'associació a compres i millores que, una vegada pactada, es regeix i està en absolut sotmesa als preceptes per a ella determinats en la legislació comuna...”. La majoria de la doctrina catalana anterior a la Compilació de 1960 es mostrava també partidària de l'assimilació de l'associació a compres i millores amb la societat a guanys, i aquesta opinió es va veure reflectida en el text definitiu de la Compilació de 1960 que incloïa els articles relatius a l'associació dintre del capítol “Dels règims de comunitat”.

No obstant això, alguns autors van qüestionar tal naturalesa, i van afirmar que la naturalesa de l'associació era més afí al règim de participació que al de la societat a guanys, proposant, davant una eventual reforma de la

Compilació, deixar de costat tot mimetisme entre associació i societat a guanys o altre règim de comunitat limitada. I la reforma de la Compilació de 1993 semblava acceptar aquesta tesi, atès que, d'una banda, la regulació de l'associació a compres i millores ja no estava emmarcada dintre la rúbrica dels "règims de comunitat", sinó en el capítol que duia per títol "Els règims econòmics en el dret local", i, per una altra, l'article 59.1.2.fi CDCC remetia, com normativa supletòria d'últim grau, no a les disposicions del Codi civil, sinó a les "disposicions del règim de participació en els guanys, mentre que ho permeti la seva naturalesa específica", règim de participació que va passar a regular-se en la Compilació, articles 49 a 58 CDCC. Ara bé, aquesta clara voluntat per part del Legislador català de configurar l'associació a compres i millores com una modalitat del règim de participació en els guanys no va ser acompanyada d'una modificació de la regulació substantiva de la institució, que era essencialment la mateixa que quan la Compilació parlava d'un règim de comunitat i es remetia al Codi civil. Això va ocasionar que no quedés resolt definitivament el tema de la naturalesa jurídica de l'associació, més si es té en compte que l'aplicació de les normes del règim de participació tenia lloc "en tant ho permeti la seva naturalesa específica".

3.3.2. Dret vigent

Davant l'apuntada discordança entre la regulació substantiva de la institució i el règim subsidiari aplicable, l'elaboració del Codi de Família era l'ocasió idònia per a resoldre, en un o altre sentit, aquesta contradicció. No obstant això, ni primer el Codi de Família, ni després el llibre segon CCCat, han solucionat la controvèrsia. I el tema no és baladí, ja que determina qüestions tan importants com per exemple si els creditors poden embargar béns de l'associació per deutes privatis d'un cònjuge, o si existeix un patrimoni comú que respongui de les càrregues del matrimoni. Es produeix una discordança entre el règim substantiu de la institució, que sembla conduir a l'existència d'un patrimoni comú (article 232-26.1 i 232-26.3), i la voluntat del Legislador, que pretén configurar l'associació a compres i millores com una modalitat del règim de participació en els guanys (article 232-25.2).

A favor de la consideració de l'associació a compres i millores com una modalitat del règim de participació en els guanys poden apuntar-se la citada remissió que l'article 232-25.2 fa al mateix. Però també hi ha arguments de pes a favor de la configuració de l'associació a compres i millores com un règim de comunitat limitada. Possiblement l'argument més contundent és la norma de l'article 232-26.1, relatiu a la persona a qui correspon l'administració de l'associació: si una característica essencial del règim de participació és que cada cònjuge administra els seus propis béns, mantenint-se una autonomia patrimonial, això falla en l'article 232-26.1, que preveu que l'administració de l'associació pugui correspondre a tots els associats. A més, l'article 232-26.3 preveu que "els deutes particulars de cada associat graven exclusivament la seva part", el que revela un paral·lelisme amb l'article 232-34.2 relatiu al règim de comunitat, al parlar de "part", que es refereix a part "en l'associació". Finalment, la pràctica jurídica ha revelat que els cònjuges, al pactar l'associació, tenen la creença que el que guanyen durant el matrimoni és comú, i el que els fa decidir-se per l'associació en comptes de per l'agermanament és que amb aquella conserven la propietat dels béns adquirits a títol lucratiu dels seus familiars.

S'aprecia, per tant, una difícilment conciliable contraposició entre la voluntat del Legislador -configurar l'associació a compres i millores com una modalitat dels règims de participació en els guanys-, i la regulació substantiva de la institució i la pràctica jurídica –que l'assimila als règims de comunitat parcial de béns-. Davant aquesta contradicció, la solució es troba a distingir l'associació unilateral de la recíproca. En la primera, que era la qual va donar origen i raó d'ésser a la institució, estaríem -seguint la tradició jurídica- davant una comunitat conjugal o familiar, en la qual la regulació dels articles 232-25 a 232-27, la tradició jurídica i el costum del lloc serien les fonts que, en defecte de pacte, regirien la institució. Per contra, l'associació recíproca -que és l'única que encaixa perfectament dintre del concepte de règim econòmic matrimonial del llibre segon CCCat, caracteritzat pel principi d'igualtat-, quedaria assimilada al règim de participació en els guanys, de manera que es regiria, mancant pacte i de les normes dels articles 232-25 a 232-27 aplicables segons la seva

naturalesa -no ho seria l'article 232-26, sí, en canvi, l'article 232-27-, per les normes del règim de participació en els guanys.

En definitiva, l'assimilació de l'associació a compres i millores al règim de participació la fa el Legislador català respecte a l'únic supòsit que es pot qualificar pròpiament de règim econòmic matrimonial: l'associació recíproca. En canvi, en l'associació unilateral seguirà existint un patrimoni comú, que respondrà de les càrregues familiars i que, respecte a la part corresponent, podrà quedar afectat pels deutes privats de qualsevol dels associats.

3.4. L'exigència de pacte en capítols matrimonials per a la vigència de l'associació

El llibre segon CCCat no admet la vigència de l'associació a compres i millores sense pacte exprés en capítols matrimonials. Quan l'article 232-25.1 diu que l'associació a compres i millores és "pròpia del Camp de Tarragona i d'altres comarques", simplement està al·ludint a l'origen de la institució, però ni vol dir que els matrimonis subjectes al Dret d'aquestes comarques queden sotmesos, en defecte de pacte, a tal règim econòmic matrimonial, ni implica tampoc que únicament tals matrimonis puguin pactar aquest règim. Tots els matrimonis regits pel llibre segon CCCat es troben en la mateixa situació: requereixen pacte exprés per a poder associar-se a compres i millores.

3.5. Les fonts per les quals es regeix l'associació a compres i millores

L'article 232-25.2 estableix: "En tot el no regulat pels pactes de la constitució del règim ni per la present secció, l'associació a compres i millores es regeix pel costum de la comarca i, en defecte d'això, per les disposicions del règim de participació en els guanys, en la mesura que ho permeti la seva naturalesa específica". Per tant, mancant pacte exprés s'aplicaran, per aquest ordre, els articles 232-25 a 232-27 CCCat, el costum i els articles 232-13 a 232-24, sense oblidar la funció integradora i interpretadora de la tradició jurídica catalana (articles 111-1 i 111-2.1 CCCat). No obstant això, l'aplicació

d'aquestes fonts variarà segons es tracti d'una associació unilateral o recíproca.

a. L'article 232-25.2, seguint els seus precedents legislatius, concedeix primacia al pacte entre els atorgants, de manera que l'associació a compres i millores es regirà, en primer lloc, pel previst per les parts. No obstant això, la seva autonomia no és absoluta, sinó que ve condicionada per dos límits, un de caràcter general i un altre d'especial. En primer lloc, els pactes entre les parts han de respectar els principis generals de tot règim econòmic matrimonial, i en concret el límit de l'article 231-2.1, que estableix el principi d'igualtat entre els cònjuges: "Els cònjuges tenen en el matrimoni els mateixos drets i deures". I, en segon lloc, han de respectar els principis fonamentals de l'associació a compres i millores, de manera que mentre, per exemple, serà vàlid el pacte que estableixi que no tindran la consideració de millores els augments de valor dels béns adquirits pels cònjuges a títol lucratiu abans del matrimoni, serà ineficax, per contra, aquell que disposi que es consideraran compres els béns adquirits a títol lucratiu.

b. En tot el que els atorgants no hagin previst, s'aplicaran en primer lloc les normes dels articles 232-25 a 232-27. No tots els preceptes substantius encaixen dintre d'ambdues modalitats d'associació, sinó que l'article 232-26 es refereix exclusivament a l'associació unilateral.

c. El costum de la comarca o localitat també és una font reguladora de la institució. Quan un determinat pacte s'estipuli de manera reiterada en els capítols matrimonials en els quals es pacti l'associació, o quan es manifesti tàcitament perquè s'observa de fet en la realitat pràctica (per exemple, quan, sense pacte exprés en capítols, l'administració dels béns de l'associació es confia a l'associant), estarem davant un costum que, sempre que resulti provat (article 1.3 CCEsp), tindrà eficàcia reguladora. Però el costum no solament té una eficàcia integradora -com element per a omplir les llacunes de llei, article 111-1.2-, i interpretativa (article 111-2.1), sinó que pot fins i tot alterar el règim legal supletori dels articles 232-25 a 232-27.

c. Finalment, l'article 232-25.2 estableix com última font reguladora "les disposicions del règim de participació en els guanys, quan ho permeti la seva naturalesa específica". Ara bé, l'aplicació de les normes del règim de participació en els guanys serà molt diferent segons la modalitat d'associació que es tracti. En l'associació recíproca entre cònjuges, presidida pel principi d'independència patrimonial, les normes del règim de participació en els guanys s'aplicaran en tota la seva extensió, a conseqüència de la no formació en aquest cas d'un patrimoni comú pertanyent a ambdós cònjuges. En canvi, si l'associació és unilateral –familiar o conjugal– i existeix un patrimoni comú que pertany a l'associació, no ha d'aplicar-se la remissió a les normes del règim de participació sinó que, conforme a l'article 111-2.1, s'acudirà a la tradició jurídica catalana.

3.6. Els subjectes que formen part de l'associació

L'article 232-25.3 estableix que "[c]ada cònjuge pot associar a l'altre a les compres i millores que faci durant el matrimoni. També pot establir-se l'associació amb caràcter recíproc o associant als cònjuges als seus ascendents, els hagin fet heretament o no". El precepte permet distingir, per tant, tres modalitats d'associació: la unilateral entre cònjuges, la recíproca entre cònjuges, i la familiar.

a) L'associació unilateral entre cònjuges és la modalitat més característica d'associació en la tradició jurídica catalana, en la qual el marit, instituit hereu en capítols matrimonials, associava a la seva esposa en les compres i millores que fes durant el matrimoni com justa correspondència pel treball prestat per aquella en la seva explotació.

Encara que pugui semblar a primera vista que la unilateralitat va contra el principi constitucional d'igualtat dels cònjuges (article 32.1 CE), la constitucionalitat de tal pacte queda salvada si s'exigeix, com requisit essencial de l'associació unilateral, el treball de l'associat en favor del seu consort, de manera que no s'haurà d'admetre com règim econòmic matrimonial una associació a compres i millores pactada amb caràcter unilateral entre dos

cònjuges que desenvolupin activitats professionals independents. Per això, en realitat, l'associació unilateral pot considerar-se com una associació recíproca en la qual un dels associats treballa per a l'altre i per tant no percep cap rendiment. I dintre d'aquest treball a favor de l'associant queda inclòs també el treball domèstic, atès que facilita l'obtenció de guanys per part d'aquell.

Això implica, lògicament, una restricció important al pacte d'associació unilateral, però entronca amb la raó d'ésser i el fonament originari de l'associació: fer partícip a la dona dels guanys obtinguts pel marit en part gràcies al seu treball. Possiblement la compensació econòmica que per al règim de separació de béns es contempla en els articles 232-5 et seq. compleix una finalitat semblant a la qual en els seus orígens va tenir l'associació a compres i millores -compensar el treball prestat sense retribució o amb retribució insuficient-, però no podem desconèixer les importants diferències entre ambdues institucions, particularment en relació a la posició del cònjuge que presta el treball. D'aquesta manera, el pacte d'associació a compres i millores podria eliminar algun dels inconvenients que per a aquell cònjuge presenta la compensació de l'article 41 CF, com són la indeterminació de la quantia de la compensació, i la seva naturalesa de simple dret de crèdit que haurà de ser declarat judicialment.

b) La segona modalitat és l'associació recíproca entre cònjuges. L'assimilació de l'associació a compres i millores a la societat a guanys en un primer moment, i més recentment al règim de participació de guanys, ha anat originant una tendència a pactar l'associació amb caràcter recíproc entre els cònjuges. A això ha contribuït, a més, la generalització de les activitats lucratives independents dels cònjuges. Aquesta associació, que de les tres modalitats és l'única que encaixa perfectament dintre del prototip de règim econòmic matrimonial, presenta no obstant això l'inconvenient de la seva falta de substantivitat pròpia, a conseqüència de la citada assimilació a altres règims. Sembla més lògic que els interessats pactin algun dels règims de comunitat o participació dels perfectament regulats per la Llei, que no un de naturalesa tan discutida i regulació tan esgarriada com l'associació a compres i millores.

Si els cònjuges s'han limitat a pactar l'associació a compres i millores, sorgeix la qüestió de quina modalitat ha d'entendre's establerta, la recíproca o la unilateral. A pesar que en la tradició jurídica catalana el supòsit característic era l'associació unilateral, i encara que l'article 232-25.3 sembli partir així mateix d'aquesta modalitat d'associació, haurà d'atendre's a cada cas concret, i limitar l'associació unilateral únicament als casos que un dels cònjuges, no percebent rendiments propis, treballa per a l'altre consort.

c) L'associació com comunitat familiar està també contemplada en l'article 232-5.3, que preveu la possibilitat que formin part de l'associació els ascendents dels cònjuges, modalitat que en els orígens de la institució era molt freqüent. Responia a la tradicional organització de la "casa" catalana, de la qual formava part més d'una generació i estava inspirada en una comunitat d'interessos que justificava que altres persones, a més dels cònjuges, integressin l'associació.

L'associació familiar pot transformar-se, per la mort dels ascendents i per tant sense necessitat d'un nou pacte, en una associació entre cònjuges. D'aquesta manera, en un primer moment el règim econòmic familiar "absorbeix" al règim econòmic matrimonial, i quan aquell decau aquest adquireix plena virtualitat.

Els ascendents que formin part de l'associació no és necessari que hagin fet heretament en favor dels contraents, tal com declara expressament l'article 232-25.3.fi. Poden formar part de l'associació els ascendents d'ambdós cònjuges; s'exclou per tant a altres parents dels cònjuges, i s'admet no solament als pares, sinó a qualsevol ascendent de qualsevol grau que sigui.

3.7. Els béns objecte de l'associació: les compres i les millores

L'article 232-25.3 diu que formen part de l'associació "les compres i millores" que es facin "durant el matrimoni", expressió aquesta última que ha d'interpretar-se en el sentit de "vigència de l'associació", donada la possibilitat de canviar el règim econòmic matrimonial durant el matrimoni. Els següents apartats de l'article 232-25 diuen què ha d'entendre's per "compres" i per "millores".

3.7.1. Les “compres”

L'article 232-25.4 estableix: “Es consideren compres els béns que, constant l'associació, qualsevol de les persones associades adquireixi a títol onerós o obtingui per la seva activitat professional o treball”. Han de fer-se una sèrie de matisacions.

a. S'exclouen implícitament les adquisicions fetes a títol lucratiu, i dintre de les adquisicions fetes a títol onerós s'inclouen tant les verificades per compravenda, com les realitzades per permuta o altre títol onerós.

b. Els béns comprats durant la vigència de l'associació amb diners “privatius” no tindran la consideració de compres. I això tant si l'associació és unilateral, en la qual existeix un patrimoni comú vigent l'associació, com si és recíproca. En el primer cas, per aplicació del principi de subrogació real; en el segon, conforme a les regles del règim de participació, que no consideren aquesta adquisició com un benefici partible.

c. L'article 232-25.4 afegeix que també es consideren compres els béns que s'obtinguin per l'activitat “professional o treball” de cada associat. El precepte suposa la no equivalència entre “compra” i “guany”, i assimila els “ingressos” amb “els estalvis” aconseguits amb aquests ingressos. Mentre les compres en sentit estricte suposen l'exteriorització d'un benefici, els béns obtinguts per l'activitat dels associats poden consumir-se en les atencions familiars, el que determinarà la seva exclusió de la massa partible.

La citada expressió sembla excloure en principi els ingressos obtinguts mitjançant jocs d'atzar. No obstant això, tot dependrà de la procedència de la contraprestació utilitzada per a obtenir aquests ingressos, de manera que si per exemple un bitllet de loteria ha estat regalat a un dels cònjuges per un parent, el premi no ingressarà en el patrimoni de l'associació, mentre que si tindrà la consideració de compra (en sentit ampli) si el bitllet s'ha adquirit per un dels cònjuges amb diners de l'associació.

d. Quant a si els rendiments de béns propis dels associats tenen la consideració de compres, ha de distingir-se entre l'associació unilateral i la recíproca. En la primera únicament s'integren en l'associació els rendiments

obtinguts en l'explotació o activitat de l'associant, i per tant queden fora els rendiments dels béns privatis dels associats. En canvi, si l'associació és recíproca, regida pels principis del règim de participació, la qüestió ja és més dubtosa. A favor del caràcter de compres dels rendiments dels béns privatis es troba el fet que la posició contrària suposaria un perjudici en favor del cònjuge que obtingués rendes del treball enfront d'aquell les rendes del qual procedissin del capital, i que en el règim de participació els fruits i rendes dels béns privatis es consideren guanys partibles. La interpretació contrària es recolza en que l'article 232-25.4 no esmenta dits rendiment, i que tampoc els augments de valor dels béns privatis són partibles.

3.7.2. Les millores

L'article 232-25.5 estableix: "Es consideren millores els augments de valor dels béns de qualsevol dels associats deguts a impenses útils i a l'alliberament de càrregues i gravàmens". Amb el nom de millores es designen els augments de valor dels béns propis de l'associant a conseqüència de la inversió de diners de l'associació. Estem davant unes despeses o pagaments que serien de compte del associant, però que es fan a càrrec del patrimoni de l'associació, pel que és lògic que sorgeixi a favor d'aquesta un dret de reemborsament. Cert és que la regulació vigent no exigeix expressament que les millores es facin amb diners de l'associació, però així ha d'entendre's no solament per seguiment de la tradició jurídica, sinó també si es té en compte que si les compres fetes amb diners privatis no formen part de l'associació, la mateixa solució ha de seguir-se respecte a les millores realitzades amb diners dels associats.

L'article 232-25.5 distingeix dues modalitats de millores: l'augment de valor dels béns dels associats a causa de "impenses útils", i el derivat de l'alliberament de càrregues i gravàmens.

a. El concepte de "impenses útils" no ha d'interpretar-se en el seu sentit literal – com increment de valor a causa de una despesa ("impensa") que es fa en la cosa posseïda–, sinó que s'inclouen tots els augments de valor obtinguts pel treball, indústria o inversions fets en la cosa; es té en compte tant la inversió

feta en forma de capital, com la feta en forma de treball, entenent-se treball en el sentit d'activitat professional del associant. En canvi, no estaríem davant una millora partible si la realitza un cònjuge en el seu temps lliure. En conseqüència, no tindran el caràcter de millores els augments de valor que experimentin els béns dels associats per circumstàncies alienes al seu esforç, activitat o inversió, com per exemple per la requalificació urbanística d'un terreny.

b. Quant a l'alliberament "de càrregues i gravàmens", el concepte inclou la redempció de censos o censals, a la qual cabria equiparar qualsevol extinció de drets reals limitatius del domini, com per exemple l'extinció d'una servitud, i el pagament de deutes que gravin béns dels associats.

3.8. L'administració de l'associació

L'article 232-26.1 estableix que "[l]a administració de l'associació a compres i millores correspon a l'associat que s'indiqui en els capítols. En defecte de designacions, correspon a tots els associats". El precepte pressuposa l'existència d'un patrimoni comú, de manera que si aquest no existeix –com és el cas de l'associació recíproca- no serà d'aplicació.

Per tant, l'article 232-26.1 s'aplica exclusivament a l'associació unilateral. L'administració dels béns de l'associació podrà correspondre a tots els associats, o a un d'ells en virtut de pacte. En aquest últim cas, l'article 232-26.2 estableix que: "[l]'administrador únic de l'associació, si escau, pot, sense que intervingui ningú més, disposar a títol oneros dels béns que la constitueixen, però no pot fiançar en nom de l'associació, si no és per a profit de la família". El precepte constitueix una altra mostra de la deficient regulació legal, motivada per la falta d'adaptació del règim jurídic de la institució en les successives reformes. La norma de l'article 232-26.2 tenia plena virtualitat quan l'administració s'encomanava *ex lege* al marit o a l'ascendent que ostentava la prefectura familiar, però requerint-se pacte per a l'administració individual, aquest pacte haurà de ser el qual determini les facultats de l'administrador.

3.9. Els deutes de l'associació i dels associats

L'article 232-26.3 estableix: "Els deutes particulars de cada associat graven exclusivament la seva part". El precepte -que es refereix exclusivament a l'associació unilateral, en la qual existeix un patrimoni comú- no ve sinó a ratificar el que és obvi: dels deutes que ha contret cada cònjuge fora de l'exercici de la potestat domèstica, responen exclusivament els seus béns, i no els de l'associació. Ara bé, si els seus béns propis són insuficients per a satisfer els seus deutes, els creditors podran dirigir-se contra el patrimoni comú.

A més, l'article 232-26.3 implica que dels deutes de l'associació sí respon el patrimoni comú. Per tant, les despeses familiars seran a càrrec del patrimoni de l'associació.

3.10. L'extinció de l'associació a compres i millores

Les causes d'extinció de l'associació a compres i millores, que no es troben regulades en els articles 232-25 a 232-27, varien en funció de si es tracta d'una associació entre cònjuges o una associació familiar.

a. L'associació de la qual també formen part els ascendents s'extingirà per les causes previstes en els capítols matrimonials, i per acord entre tots els associats. Quant a la mort d'algun dels associats, si l'associació familiar és unilateral, s'extingirà quan no quedi cap associat, o cap associant. Així, per exemple, si els sogres i el marit associen unilateralment a la dona, l'associació s'extingirà per la defunció de la dona, o per la de tots els associants. I si els pares del marit associen a aquest i a la seva dona, la dissolució es produeix quan falten ambdós pares o ambdós contraents. Però en el cas que l'associació familiar fos recíproca, no s'extingirà totalment fins que no quedi més que un sol associat.

b. A l'associació entre cònjuges se li aplicaran les causes d'extinció de l'article 232-16.1 i 232-16.2.a), així com altres diverses causes en funció de la modalitat d'associació. Tractant-se d'una associació recíproca, s'aplicaran les causes b) i c) de l'article 232-16.2, atès que el seu fonament es troba a evitar que, per una

actuació dolosa o negligent d'un dels cònjuges, l'altre estigui obligat a repartir més guanys. I si l'associació és unilateral, s'extingirà quan desaparegui el pressupòsit que dóna raó d'ésser a la institució: el treball d'un dels cònjuges en favor de l'altre (incloent-se, com hem dit, el treball domèstic).

3.11. La liquidació de les compres i de les millores

L'article 232-27 estableix: "La liquidació dels guanys de cada associat es refereix al moment de la seva mort o de l'extinció del règim i pot efectuar-se amb diners o amb altres béns de l'associació". El precepte conté, per tant, dues regles relatives al moment al que ha de referir-se la liquidació, i a la forma com s'ha de practicar.

Quant al moment de la liquidació, l'article 232-27.pr. la refereix al moment de la mort de l'associat o de l'extinció del règim. Això sembla obvi: és el moment en el qual es produeix l'extinció del règim aquell al que ha de referir-se la liquidació de l'associació a compres i millores. El precepte –que té virtualitat exclusivament en relació a l'associació familiar, però no respecte a la conjugal, en la qual mort un dels cònjuges l'associació es dissol i, per tant, s'ha de procedir a la liquidació- vol dir, a més, que encara que l'associació a compres i millores es dissolgui i la liquidació es practiqui temps després de la defunció d'algun dels associats, aquesta liquidació ha de referir-se precisament al moment de la defunció de l'associat. En qualsevol cas, l'article 232-27.pr. deixa clar que és quan té lloc l'extinció del règim, o quan mor un dels associats si aquesta mort no implica la dissolució de l'associació, el moment al que ha de referir-se la liquidació.

Pel que fa a la forma de realitzar la liquidació, l'article 232-27.fi, estableix que la liquidació dels guanys pot efectuar-se en diners o altres béns de l'associació. Estem davant d'una altra norma respecte a la qual s'ha d'atendre al seu origen per a trobar el seu correcte significat. El precepte partia de l'existència d'una situació de comunitat, és a dir, d'un patrimoni que pertanyia a la societat, i volia dir que, a pesar d'aquesta situació de comunitat, l'associant es trobava en una posició de privilegi respecte a l'associat, que li permetia fer la

liquidació en la forma que més li interessava, podent pagar en béns o en metàl·lic. Actualment, el precepte s'ha d'interpretar de la següent manera:

1. Si l'associació és recíproca, en la qual en principi s'aplicarien les normes del règim de participació, ha de considerar-se modificada la regla de l'article 232-22 i entendre que és al deutor a qui correspon l'opció de pagar en béns o en diners. És a dir, per al pagament mitjançant l'adjudicació de béns concrets que es refereix l'article 232-22.1 no es requereix l'acord dels interessats, sinó que n'hi ha prou amb la voluntat del deutor. Aquesta seria una de les especialitats de l'associació recíproca respecte al règim de participació, que li conferiria substantivitat.

2. Tractant-se d'una associació unilateral, ha d'entendre's que correspon a l'associat la facultat de pagar en diners -sigui de l'associació o privatiu- o en béns. És a dir, a pesar que l'associat sigui copropietari dels béns, es concedeix un privilegi al associat al fer-se la divisió dels béns comuns: adjudicar-se els que cregui convenient, compensant a l'associat amb diners o altres béns.

CAPÍTOL 7: ELS RÈGIMS DE COMUNITAT

1. El règim de comunitat de béns

1.1 Concepte i qüestions generals

El denominat règim de comunitat de béns és un règim de comunitat regulat als arts. 232-30 a 232-38 CCCat. Es tracta d'un règim de comunitat limitada o parcial l'aplicació de la qual requereix l'acord dels cònjuges o els futurs contraents, pactat en capítols matrimonials. Precisament, la necessitat de celebrar uns capítols matrimonials per donar lloc al règim de comunitat de béns li confereix una certa flexibilitat i mal·leabilitat, atès que el propi CCCat permet que els cònjuges o contraents modifiquin alguns aspectes de la regulació legal, sense que això alteri la tipificació del règim de comunitat de béns; vegin-se, per exemple, els arts. 232-32.a i 232-38.1.

Aquest règim es caracteritza per la creació d'un patrimoni comú al costat dels patrimonis privatis de cadascun dels cònjuges. Els arts. 232-30 i 232-38.1 descriuen, a grans pinzellades, el seu contingut, assenyalant que en aquest règim "els guanys obtinguts indistintament per qualsevol dels cònjuges i els béns als quals confereixin aquest caràcter esdevenen comuns" (art. 232-30); en extingir-se la comunitat, els béns comuns han de dividir-se, a parts iguals, entre els cònjuges o entre el cònjuge supervivent i els hereus del premort a parts iguals, tret que s'hagi convingut una altra cosa (art. 232-38.1).

1.2 Els patrimonis privatis

L'art. 232-32 realitza una enumeració dels béns privatis de cadascun dels cònjuges. A continuació, estudiarem els criteris que marquen l'atribució del caràcter privatiu, seguint l'ordre de la citada enumeració.

1º. Els que pertanyien a cada cònjuge abans d'iniciar el règim, si no se'ls ha conferit el caràcter de comuns (art. 232-32.a; concorda amb l'art. 232-31.a). El règim de comunitat de béns no altera les titularitats preexistents, per la qual

cosa els béns que, amb anterioritat al seu inici, pertanyien exclusivament a un dels cònjuges, li segueixen pertanyent, tret que voluntàriament se'ls hagi convertit en béns de titularitat comuna.

2º. *Els adquirits per donació o títol successori* (art. 232-32.b).

3º. *Els adquirits per subrogació real d'altres béns privatis* (art. 232-32.c).

4º. *Les indemnitzacions per danys personals, exclosa la part corresponent al lucre cessant durant el temps de vigència del règim* (art. 232-32.d). L'exclusió de la part que correspon al lucre cessant, és a dir, la seva consideració com un bé de titularitat comuna a tots dos cònjuges, està perfectament justificada doncs, si s'hagués produït el citat benefici, s'hauria ingressat al patrimoni comú, d'acord amb l'art. 232-31.b (segueixen aquest criteri els art. 232-6.1.c i 232-20.2.b).

5º. *Els béns d'ús personal que no siguin d'un valor extraordinari i els estris necessaris per a exercir la professió, encara que l'adquisició s'hagi fet a càrrec als béns comuns* (art. 232-32.i). L'atribució del caràcter privatiu a aquest tipus de béns constitueix una matisació al principi de l'apartat c) del mateix art. 232-32. Donada l'estreta relació amb la persona, resulta indiferent quin patrimoni ha finançat l'adquisició d'aquests béns, a l'efecte de determinar la titularitat dels mateixos. Atès que el precepte no es pronuncia, cal entendre que el cònjuge beneficiari no ha de reemborsar a la comunitat l'import pagat.

1.3 El patrimoni comú

L'art. 232-31 realitza una enumeració dels béns comuns, en els termes que detallem a continuació.

1º. *Els béns als quals els cònjuges confereixen aquest caràcter en el moment de convenir el règim o després* (art. 232-31.a). Hem de destacar que el règim de comunitat de béns permet atribuir el caràcter de comú a qualsevol bé i

en qualsevol moment. També resulta indiferent si l'adquisició va ser a títol gratuït o onerós i, en aquest cas, quina era la procedència del preu o de la contraprestació i la forma i terminis en què es va satisfer.

2º. *Els guanys obtinguts per l'activitat professional o pel treball de qualsevol dels cònjuges* (art. 232-31.b).

3º. *Els fruits i rendes de tots els béns, si no existeix pacte en contra* (art. 232-31.c). Hem de destacar la possibilitat de pacte en contra, la qual cosa revesteix un interès especial en el cas en què existeixi una gran diferència entre el valor i la rendibilitat dels patrimonis d'un i un altre cònjuge. Així, si un dels cònjuges és titular d'un patrimoni important i que genera quantiosos rendiments, és probable que prefereixi que els mateixos no es facin comuns, sinó que es mantinguin com a privatis.

4º. *Els béns adquirits per subrogació real d'altres béns comuns* (art. 232-31.d). Fixem-nos en què l'important és l'origen comú dels diners o del bé que serveix de contraprestació per adquirir el nou bé, que ingressa en el patrimoni comú. Resulta indiferent que l'adquisició es faci explícitament per a la comunitat o que formal i aparentment es faci per a un sol dels cònjuges, doncs també en aquest cas el bé adquirit tindrà naturalesa comuna.

5º. *Els guanys obtinguts en el joc per qualsevol dels cònjuges* (art. 232-31.i).

1.4 La delimitació de la responsabilitat dels béns privatis i dels béns comuns

Els art. 232-34 i 232-35 delimiten, a grans pinzellades però amb claredat, l'àmbit de la responsabilitat respectiva que assumeixen els béns privatis i els comuns. D'entrada, després de reconèixer que cadascun dels cònjuges té l'administració i lliure disposició dels seus béns privatis dins dels límits establerts per la llei, l'art. 232-34 assenyala que dels deutes contrets per qualsevol dels cònjuges, per raó de la tinença i administració dels béns

privatius, en responen aquests (apartat primer i primer incís de l'apartat segon, tots dos del citat precepte). Lògicament, en cas que els béns privatius siguin insuficients, el creditor pot demanar l'embargament de béns comuns, ja que no oblidem que una part d'aquests correspon al cònjuge deutor i resultaria innocu sostreure'ls a l'acció dels creditors. La sol·licitud de l'embargament ha de ser notificada a l'altre cònjuge, el qual pot exigir la dissolució de la comunitat i que l'embargament tingui lloc sobre la meitat dels béns que corresponen al cònjuge deutor (segon incís de l'art. 232-34.2 i art. 232-36.2.d).

En el cas que el deute hagués estat contret per atendre les despeses familiars, l'art. 232-35 assenyala que responen solidàriament els béns de la comunitat i els del cònjuge deutor, i subsidiàriament els de l'altre cònjuge.

1.5 L'administració i la disposició dels béns comuns

1.5.1 L'administració conjunta o per un només dels cònjuges amb el consentiment de l'altre

L'art. 232-33.1 estableix el que, des del punt de vista teòric, constitueix el règim normal d'administració del patrimoni comú, assenyalant que, a falta de pacte, l'administració i la disposició dels béns comuns corresponen als cònjuges conjuntament. El pacte al que es refereix aquest precepte tindrà el seu origen, normalment, en uns capítols matrimonials, però la redacció genèrica del precepte no exclou que pactes sobre aquesta matèria puguin tenir lloc fora d'aquell instrument i sense cap requisit especial de forma.

El mateix art. 232-33.1 admet explícitament que l'administració i la disposició dels béns comuns es dugui a terme per un només dels cònjuges, si per a això compta amb el consentiment de l'altre; en el mateix sentit, vegeu l'art. 569-30, referent a la hipoteca constituïda pels cònjuges sobre béns comuns. Segons quan s'atorgui aquest consentiment, estarem davant d'un supòsit de representació (si es va atorgar amb anterioritat a l'acte que es considera) o bé de convalidació (si es va atorgar posteriorment).

El tercer apartat del mateix art. 232-33 realitza una matisació al que s'ha dit, en el cas en què un dels cònjuges exerceixi una activitat professional o mercantil valent-se de béns comuns amb el consentiment de l'altre; en aquest cas, únicament pot fer els actes d'administració i disposició que siguin conseqüència de l'exercici *normal* d'aquella activitat, i això només en relació als béns *mobles* que estiguin afectes a la mateixa.

En el cas de les despeses familiars ordinàries, l'actuació individual està legitimada pel segon apartat del mateix art. 232-33 que, seguint el principi marcat per l'art. 231-4.2 CCCat, assenyala que qualsevol dels cònjuges pot contreure obligacions amb càrrec a la comunitat i disposar dels béns comuns per pagar les despeses familiars. Com vam veure anteriorment, aquesta legitimació individual es basa en la presumpció que el cònjuge que actua té el consentiment de l'altre.

D'altra banda, el propi CCCat contempla una sèrie de casos en els quals concedeix a un dels cònjuges la legitimació individual per administrar el patrimoni comú; l'examinarem més endavant.

1.5.2 L'autorització del jutge a falta del consentiment del cònjuge

D'acord amb el segon incís de l'art. 232-33.4, l'autoritat judicial pot autoritzar que un dels cònjuges faci actes dispositius, en interès de la família o si es produeix una altra justa causa, si l'altre no dóna el consentiment.

La redacció del precepte és prou flexible com per donar al jutge un ampli marge de discrecionalitat a l'hora d'autoritzar l'administració o la disposició individuals, per part d'un només dels cònjuges, per la qual cosa aquell pot acordar les limitacions o cauteles que estimi convenients.

1.5.3 Els règims especials

L'art. 232-33.4 es refereix, en el seu primer incís, al cas en què l'administració conjunta per part de tots dos cònjuges no és possible. En concret, el precepte es refereix al cas de falta de capacitat d'un dels cònjuges o d'impossibilitat de gestió conjunta; en aquests casos, l'autoritat judicial pot

conferir l'administració de la comunitat i la disposició dels béns comuns a un solament dels cònjuges. Així, la falta de capacitat d'un cònjuge comportarà, normalment, que l'altre sigui nomenat tutor seu (art. 222-10.2.a CCCat), per la qual cosa resulta evident que haurà d'assumir la gestió, no només del patrimoni comú, sinó també la del patrimoni privatiu del cònjuge incapaç.

El segon supòsit que planteja l'article, descrit lacònicament com a *impossibilitat de gestió conjunta*, resulta amplíssim i concedeix un ampli marge de decisió al jutge. En aquest s'hi poden incloure supòsits com la separació de fet o la defensa del desaparegut, és a dir, en aquest cas el cònjuge present és el candidat idoni per emparar i representar al desaparegut en els negocis que no admetin demora sense perjudici greu (art. 181 CC).

1.6 L'extinció del règim de comunitat de béns

1.6.1 Les causes d'extinció

El CCCat contempla dos grups de causes que donen lloc a l'extinció del règim de comunitat de béns: unes la produeixen automàticament (art. 232-36.1), mentre que les altres requereixen l'autorització judicial a petició d'un dels cònjuges (art. 232-36.2).

1.6.1.1 Causes d'extinció automàtica del règim de guanys

L'art. 232-36.1 enumera quatre causes que donen lloc a l'extinció del règim de comunitat de béns de manera automàtica i sense necessitat d'una declaració expressa. Les detallem a continuació, seguint el mateix ordre del citat precepte.

1º. *La dissolució del matrimoni* (art. 232-36.1.a).

2º. *Quan el matrimoni sigui declarat nul* (art. 232-36.1.a).

3º. *La separació judicial dels cònjuges* (art. 232-36.1.a).

4º. *El pacte, en capítols matrimonials, d'un règim econòmic diferent* (art. 232-36.1.b; vegeu també l'art. 231-10.1). Lògicament, també és possible un pacte en el qual els cònjuges es limitin, sense més, a excloure i declarar extingit el règim de comunitat vigent. En aquest cas, el nou règim econòmic d'aquest matrimoni serà el legal, de separació de béns (art. 231-10.2).

1.6.1.2 Causes que requereixen l'autorització judicial donada a petició d'un dels cònjuges

L'art. 232-36.2 també enumera quatre causes que donen lloc a l'extinció del règim de la societat de guanys. En aquest cas, l'extinció no es produeix de manera automàtica, sinó que es produeix per decisió judicial, a petició d'un dels cònjuges. Les detallem a continuació, seguint el mateix ordre del citat precepte.

1º. *Separació de fet per un període superior a sis mesos* (232-36.2.a).

2º. *Incompliment greu o reiterat per l'altre cònjuge del deure d'informar-lo de les seves activitats econòmiques* (232-36.2.b).

3º. *Gestió patrimonial irregular o superveniència d'alguna circumstància personal o patrimonial en l'altre cònjuge que comprometi greument els interessos de qui sol·licita l'extinció* (232-36.2.c).

4º. *Embargament de béns comuns en el supòsit de l'article 232-34.2* (232-36.2.d).

1.6.2 La divisió i liquidació de la comunitat

1.6.2.1 Del patrimoni comú a la comunitat de béns

En concórrer alguna de les causes d'extinció del règim de comunitat de béns que hem examinat en l'apartat anterior, es produeix, com a primer efecte, l'extinció del règim econòmic del matrimoni. En el cas que el matrimoni subsisteixi, haurà d'atribuir-se-li necessàriament un nou règim econòmic, que serà, tret que els cònjuges, en capítols matrimonials, n'estipulin un altre, el de separació de béns, d'acord amb l'art. 231-10.

En els casos en els quals el règim de comunitat de béns s'extingeixi perquè el matrimoni es dissol –així, per mort o per divorci– o és declarat nul, l'extinció del règim de comunitat de béns no dóna lloc a un nou règim econòmic del matrimoni.

En qualsevol cas, en extingir-se el règim de comunitat de béns, cal determinar quin és el règim o estatut jurídic dels béns que havien integrat el patrimoni comú. En última instància, aquests béns, després de formar part d'un procés de liquidació, seran repartits, normalment per meitats, entre tots dos cònjuges, si encara viuen; en el cas que el règim s'hagués extingit per mort d'un dels cònjuges, els béns es repartiran entre el cònjuge vidu (la meitat) i el conjunt dels hereus del difunt (es reparteixen l'altra meitat); això, tret que en capítols matrimonials s'hagi convingut una altra cosa (art. 232-38.1), exemple de pacte que, en previsió d'una ruptura matrimonial, és possible introduir en els capítols (art. 231-19.1 i 231-20).

En l'entremig, és a dir en el període que va des de l'extinció del règim de comunitat de béns, en concórrer una de les causes que ja coneixem, i la liquidació de la mateixa, amb el lliurament dels béns a cadascun dels cònjuges, es produeix una situació de comunitat de béns, formada pels que havien integrat el patrimoni comú. Aquesta comunitat pot assimilar-se a la comunitat hereditària, per la qual cosa cadascun dels cònjuges és titular d'una quota general sobre la totalitat dels béns que integraven l'extint patrimoni comú; no són, en canvi, titulars de quotes concretes sobre cadascun dels béns concrets. En relació amb la comunitat hereditària, vegin-se els arts. 463-1 a 463-6 CCCat.

La nova situació de comunitat creada sobre el que va ser el patrimoni comú permet a qualsevol dels comuners (els cònjuges o els seus hereus) demanar la pràctica de les operacions liquidatòries que, en última instància, conduiran a l'atribució, a uns o uns altres, dels concrets béns, igual que en el cas de l'extinció de la comunitat hereditària mitjançant la pràctica de la partició de l'herència (art. 464-10).

1.6.2.2 La determinació i la valoració dels béns

El repartiment dels béns que van integrar el patrimoni comú requereix que els mateixos siguin clarament determinats i valorats. L'art. 232-37 es refereix a aquests conceptes com a pas últim abans de procedir a la distribució del romanent del que va ser el patrimoni comú, i per a això introdueix les següents precisions:

1º. La determinació dels béns, siguin privatis o comuns, ha de fer-se amb referència al moment en què es produeix la dissolució del règim (art. 232-37.1).

2º. En canvi, el moment que ha de prendre's com a referència per fer la valoració dels béns comuns que es posseeixin en el moment de la dissolució de la comunitat és el moment d'efectuar la seva liquidació (art. 232-37.2); no, per tant, el de la dissolució del règim.

El CCCat no esmenta en absolut les operacions liquidatòries ni de divisió, com l'elaboració d'un inventari, la formació dels lots o el pagament de deutes; per això, seran aplicables, en el que sigui compatibles, les normes reguladores de la partició de l'herència (art. 464-1 a 464-16 CCCat).

1.6.2.3 La partició i l'adjudicació del romanent líquid

Una vegada practicades les operacions liquidatòries que hem detallat en l'apartat anterior, els béns comuns que constitueixen el romanent han de dividir-se entre els cònjuges o entre el cònjuge supervivent i els hereus del premort a parts iguals, excepte, com sabem, que s'hagi convingut una altra cosa (art. 232-38.1). Aquesta distribució es practica d'acord amb les normes de la partició de l'herència, la qual cosa significa que s'haurà d'observar, en la mesura del possible, la màxima igualtat en la formació i adjudicació dels lots. Aquest principi no exclou que determinats béns s'hagin d'incloure preferentment en el lot d'un dels cònjuges. En aquest sentit, els apartats 2 i 3 de l'art. 232-38 estableixen els següents criteris:

1º. Si l'habitatge conjugal i els seus mobles d'ús ordinari tenen la condició de béns comuns, el cònjuge supervivent pot sol·licitar que li sigui atribuïda la propietat d'aquests béns en paga de la seva quota. Si el valor és superior al valor de la seva quota, l'adjudicatari ha de pagar la diferència en diners (art. 232-38.2).

2º. En la divisió dels béns comuns, cada cònjuge pot recuperar els béns que eren de la seva propietat abans de l'inici del règim de comunitat i que subsisteixen en el moment de l'extinció, segons l'estat inicial. Els altres béns i les millores fetes en els béns aportats s'han d'incloure en la divisió de la comunitat i, si el valor d'aquells béns és superior al valor de la quota, l'adjudicatari ha de pagar la diferència en diners (art. 232-38.3).

2. L'agermanament o *pacte de mig per mig*

2.1 Concepte i fonts de regulació

L'agermanament o pacte de mig per mig, és un règim econòmic matrimonial propi del dret local de Tortosa. Es caracteritza, essencialment, per crear una comunitat universal, no només sobre tots els béns que tinguin els cònjuges en el moment de convenir el pacte d'agermanament, sinó també sobre els quals adquireixin, per qualsevol títol, mentre duri el règim. L'agermanament és un règim amb una llarga tradició històrica, amb origen en el llibre cinquè de les *Costums de Tortosa*, de l'any 1272 (rúbrica 1, costums 20 i 21; i rúbrica 4, costum 3); en l'actualitat, l'agermanament està escassament regulat a l'art. 232-28, i per a la seva aplicació és necessari que els cònjuges o els futurs contraents ho pactin expressament en capítols matrimonials (art. 232-28.1).

Precisament el requisit de la necessitat de pacte en capítols desnaturalitza el caràcter local de l'agermanament; en efecte, malgrat tractar-se d'un règim tradicional del dret local de Tortosa, l'agermanament pot ser adoptat com a règim econòmic per a matrimonis que no tinguin veïnatge local de Tortosa atès que, com sabem, en capítols matrimonials els cònjuges o futurs

contraents poden pactar qualsevol règim econòmic matrimonial que tinguin per convenient (art. 231-10).

L'únic cas en què el veïnatge local de Tortosa adquireix importància és en la determinació de la regulació supletòria. En efecte, d'acord amb l'art. 232-28.2, en tot el que no estigui regulat pels pactes capitulars de constitució del règim ni pel propi art. 232-28, l'agermanament es regeix, en primer lloc, pel costum del lloc. En el cas dels matrimonis amb veïnatge local de Tortosa, el costum del lloc es basarà, sens dubte, en les antigues *Costums de Tortosa*, a les quals hem al·ludit abans; en el cas de matrimonis sense el citat veïnatge local, sens dubte no existirà un "costum del lloc" que pugui cobrir les llacunes de la regulació de l'agermanament en l'art. 232-28. En aquest últim cas o quan, d'existir, el costum resulti insuficient, el mateix art. 232-28.2 considera, com a última regulació supletòria, les disposicions del règim de comunitat, és a dir, els art. 232-30 a 232-38, que hem estudiat en l'apartat anterior. No obstant això, l'aplicació a l'agermanament de les normes que regeixen el règim de comunitat no és indiscriminada, sinó que ha de fer-se "en la mesura en què ho permeti la seva naturalesa específica", doncs si bé tots dos règims són de comunitat, no responen exactament als mateixos principis, doncs l'agermanament és de comunitat universal, mentre que l'altre és de comunitat limitada.

2.2 La comunitat universal

L'agermanament crea una *comunitat universal* que inclou, no només tots els béns que tenen els cònjuges en el moment d'iniciar-se el règim, sinó també tots els que adquireixin posteriorment per qualsevol títol i els guanys o lucre de tot tipus mentre subsisteixi el règim (art. 232-28.3). Això fa que en *l'agermanament* desapareixi el concepte de béns privatis: els que eren propis dels cònjuges abans del règim passen a integrar el nou patrimoni comú, i a aquest s'integraran tots els béns que adquireixin els cònjuges durant la vigència del règim.

Observem que la comunitat patrimonial que crea l'agermanament és absoluta, atès que conjuga les dues modalitats de societat universal que

preveuen els arts. 1672 a 1675 CC –la de béns presents i la de tots els guanys– i va més enllà que qualsevol dels altres règims de comunitat que hem estudiat.

L'art. 232-38 no conté cap referència dels deutes que els cònjuges puguin contreure. En realitat, això no té gaire importància, ja que al no existir patrimonis privatis, tots els deutes podran ser cobrats a costa del patrimoni comú, únic patrimoni d'un i un altre cònjuge. Per això, a diferència del que succeeix en altres règims econòmics, en *l'agermanament* poc importa que un deute es qualifiqui com a familiar o com a privatiu. L'única repercussió que això pot tenir és l'aplicació, amb caràcter supletori, de la norma continguda en l'art. 232-24.2, referent al règim de comunitat de béns. Així, si un deute pot qualificar-se inequívocament com a privatiu d'un dels cònjuges, per no respondre en absolut a cap interès, ni tan sols remot, de la família, això possibilitaria que el cònjuge no deutor, en cas d'embargament de béns de l'agermanament, pogués demanar l'extinció del règim i que l'embargament tingui lloc només sobre la meitat que correspon al cònjuge deutor.

L'administració de la comunitat correspon a tots dos cònjuges conjuntament, d'acord a l'art. 232-28.4; això inclou, lògicament, tant els actes d'administració com els de disposició. L'operativitat de la gestió requerirà que el rigor d'aquest principi es vegi flexibilitzat pel que els cònjuges pactin, en la mateixa línia del que indicàvem anteriorment en relació a la societat de guanys.

2.3 Extinció i liquidació del règim

En relació a l'extinció del règim de l'agermanament, l'art. 232-28 es refereix només, en el seu apartat cinquè, a un aspecte de la liquidació. Al no existir cap incompatibilitat, és possible aplicar a l'agermanament les mateixes causes d'extinció que l'art. 232-36 aplica al règim de comunitat de béns.

Pel que es refereix a la liquidació del règim, d'acord a l'art. 232-28.5, ha de fer-se adjudicant a parts iguals els béns que inclogui entre els cònjuges o entre el cònjuge supervivent i els hereus del premort. Observem que en aquest

cas no es preveu la possibilitat d'un pacte que estableixi unes proporcions diferents per a cadascun dels cònjuges, o els seus hereus, a l'hora de repartir els béns de l'agermanament. Entenem que aquest pacte no és possible, ja que aniria en contra del principi de comunitat absoluta de béns que presideix l'agermanament. Aquest és un dels casos en els quals no és possible l'aplicació supletòria de les regles del règim de comunitat de béns, que sí admeten un pacte d'aquest tipus (art. 232-38.1), recordem que aquesta aplicació només és possible en la mesura en què ho permeti la naturalesa específica d'un i altre règim econòmic matrimonial (art. 232-28.2).

En canvi, no hi ha inconvenient en aplicar a l'agermanament les normes dels apartats 2 i 3 de l'art. 232-38, relatives a l'atribució preferent de determinats béns a un dels cònjuges, en el cas del règim de comunitat de béns.

3. La *convinença* o *mitja guadanyeria*

La *convinença* o *mitja guadanyeria* és un règim econòmic matrimonial propi del dret local del la Val d'Aran, regulat actualment en l'art. 232-29. Per a la seva aplicació és necessari que els cònjuges o els futurs contraents ho pactin expressament en capítols matrimonials (art. 232-29.1), la qual cosa produeix el mateix efecte de desnaturalitzar el caràcter local del règim que comentàvem en l'apartat anterior, per al cas de l'agermanament. En efecte, res impedeix que la *convinença* sigui adoptada com a règim econòmic per matrimonis que no tinguin veïnatge local aranès atès que, com sabem, en capítols matrimonials els cònjuges o futurs contraents poden pactar qualsevol règim econòmic matrimonial que tinguin per convenient (art. 231-10).

L'art. 232-29 conté, en el seu apartat segon, un inusual sistema de fonts de regulació, ja que indica que, a falta de pacte i del contingut del propi art. 232-29, la *convinença* es regeix pel costum del la Val d'Aran i el capítol X del privilegi de la Querimònia, concedit pel rei Jaume II l'any 1313.

L'art. 232-29.1 descriu el denominat pacte de *convinença* o *mitja guadanyeria* com una "associació pròpia del la Val d'Aran". Malgrat el caràcter

inconcret del terme emprat –associació–, la *convinença* sempre és, d'entrada un règim econòmic del matrimoni; en ocasions, a més, pot qualificar-se com una associació o comunitat, normalment de caràcter exclusivament familiar.

La *convinença* o *mitja guadanyeria* constitueix únicament un règim econòmic del matrimoni quan és estipulat exclusivament entre els cònjuges o futurs contraents. La qualificació com a règim es dedueix de l'ocupació d'aquesta paraula pel propi art. 232-29, encara que només s'esmenti en el seu quart i últim apartat, i, especialment, per la necessitat de ser pactat en capítols matrimonials, negoci que, com sabem, té com a element tipificador l'estipulació d'un règim econòmic matrimonial.

A més d'entre els cònjuges, l'art. 232-29.3 permet que la *convinença* o *mitja guadanyeria* s'estableixi entre pares i fills, i fins i tot entre estranys, la qual cosa significa que, a més dels cònjuges, la presència dels quals és imprescindible, en la *convinença* poden intervenir altres persones, parents o no d'aquells. En aquest cas, la *convinença* pot qualificar-se, a més de com a règim econòmic del matrimoni, com una associació o comunitat, que pot tenir o no caràcter exclusivament familiar.

Tant si la pacten exclusivament els cònjuges com si intervenen tercers, la *convinença* crea una especial comunitat de béns, que l'art. 232-29.3 descriu succintament assenyalant que pacten que “els béns guanyats i els que es guanyaran quedin en comunitat mentre subsisteixi l'associació”. A falta de pacte, aquesta formulació dona a entendre que la *convinença* crea una comunitat universal integrada per tots els béns presents (els ja “guanyats”) i futurs (els que “es guanyaran”) dels cònjuges. No obstant això, la formulació mateixa del precepte posa el centre de gravetat del sistema en el pacte, que normalment tindrà lloc, i que portarà, sens dubte i de manera més d'acord amb la tradició històrica de la figura, a situacions de comunitat limitada. En qualsevol cas, els cònjuges han de contribuir per parts iguals a pagar les despeses derivades del règim i el govern de la casa (art. 232-29.4).

Quan s'extingeix el règim de la *convivença*, en el cas que no hi hagi fills, “els guanys i els augments” es divideixen a parts iguals entre els cònjuges (art. 232-29.4). Encara que aquest precepte no precisa més, cal entendre que, si hi ha fills, la liquidació es produeix per meitats entre el cònjuge vidu, d'una banda, i els fills per una altra.

CAPÍTOL 8: LES RELACIONS DE CONVIVÈNCIA NO MATRIMONIAL

1. Concepte de parella estable

El capítol IV del Títol III del Llibre II CCCat es dedica a la “convivència estable en parella”. Catalunya va ser la primera Comunitat Autònoma que va regular les parelles de fet, mitjançant la Llei 19/1998, de 15 de juliol, d’unions estables de parella (LUEP). La LUEP va ser una llei especial aprovada el mateix dia que el Codi de Família, cosa que va suposar que la convivència *more uxorio* quedés regulada fora del text codificat dedicat al dret de família. Un cop aprovada la llei catalana, la majoria de les restants Comunitats Autònomes, inspirant-se més o menys en el model de la LUEP, van promulgar les seves pròpies lleis sobre parelles de fet, tinguessin o no competència en dret civil, mentre que l’Estat no ha legislat encara en matèria de convivència estable.

La LUEP distingia entre les parelles heterosexuales i les homosexuals, reconeixent-los diferents efectes sobre la base de la impossibilitat del matrimoni homosexual, circumstància que va variar amb la reforma del Codi Civil del 2005 que va admetre el matrimoni entre persones del mateix sexe. Un últim tret de la LUEP que convé destacar en aquesta breu introducció és que contenia una espècie de règim bàsic de la convivència *more uxorio*, a més de regular els efectes jurídics que es produïen com a conseqüència del cessament de la convivència.

Sobre aquesta base, però amb notables diferències, es construeix l’actual regulació de les parelles estables en el dret català. Cal veure, en primer lloc, la diferent denominació, ja que passa d’unions estables de parella a simplement parella estable. En segon lloc, que la regulació es troba dins del Títol III, dedicat a la família, i d’aquesta manera, amb molta més claredat que a la LUEP, s’accepta legalment que la convivència en parella és una forma de família més, en consonància amb la Constitució espanyola que a l’art. 39 no identifica de cap tipus de família amb el matrimoni, tal com reconeix l’art. 231-1

i d'això se'n desprèn l'existència d'un règim jurídic per a l'habitatge "familiar" de la parella estable (art. 234-3.2). I, en tercer lloc, que la regulació de les parelles estables es concentra ara als seus requisits personals i constitutius i en els efectes jurídics que es produeixen al cessament de la convivència, sense establir un règim jurídic bàsic de les parelles estables mentre es manté la convivència més que en un concret aspecte destinat a la protecció del convivent no titular de l'habitatge familiar (art. 243-3.2), es concedeix als membres de la parella una àmplia llibertat de pacte per, si així ho desitgen, dissenyar aquest règim jurídic, que en tot cas té un caràcter convencional i no legal.

La parella estable, indica l'art. 234-1, la formen "dues persones que conviuen en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial". S'observa, com ja s'ha anticipat, que no hi ha cap referència a l'orientació sexual dels membres de la parella, i per això hi ha un sol tipus de parella estable amb uns únics efectes jurídics, cosa que ve reforçada amb la remissió al matrimoni que, com també s'ha assenyalat, està obert a persones del mateix sexe. D'aquest concepte legal de l'art. 234-1, s'infereixen les següents idees essencials:

a) Es tracta d'una parella estable, formada necessària i exclusivament per "dues persones". No es reconeixen aquests efectes legals que es descriuen, doncs, a altres formes de convivència que estiguin integrades per un nombre diferent de persones.

b) La convivència és indispensable. Sense convivència no hi ha parella estable, per molts llaços afectius que puguin existir; la STSJC 4.9.2008 ha considerat, en efecte, que no es pot equiparar relació sentimental amb parella estable pel requisit de la convivència. Tampoc la mera convivència és suficient, ja que és necessari que concorri la qualificació d'aquesta convivència a la qual seguidament ens referirem. Òbviament, això no impedeix les separacions de caràcter temporal per motius laborals, de salut, etc. –que no suposin "ruptura de la comunitat de vida", ja que és causa d'extinció de la parella estable segons l'art. 234-4.a)–, però així com el matrimoni no exigeix convivència, sinó que la

pressuposa en forma de deure, a l'àmbit de les parelles estables la convivència és un tret definidor ineludible.

c) La comunitat de vida anàloga a la matrimonial o *more uxorio* és l'element qualificador de la convivència. No és una mera convivència, sinó una convivència per formar una família, de manera anàloga al matrimoni; per tant, ha d'estar present un projecte familiar comú inicialment encarat a perdurar en el futur. És a dir, la convivència ha d'estar impregnada de la voluntat dels membres de la parella de constituir un nucli familiar regit, com en el matrimoni, per l'ajuda i el respecte mutus.

La SAP Girona 16.1.2011 nega l'existència de parella estable malgrat els certificats de convivència aportats, per no tenir per acreditada la relació de parella. En concret, l'AP té en compte que l'home va donar d'alta la dona com a treballadora domèstica, en senyal de gratitud per la gran dedicació als quatre fills d'aquest. La SAP Barcelona, sec. 18, 2.7.2010, ha assenyalat la necessitat de "las características de habitualidad, estabilidad, afectividad, y publicidad propias de la vida marital para considerar la existencia de una convivencia marital".

2. Constitució de la parella estable

Conegut quin és el concepte legal de parella estable, hem de preguntar-nos quines circumstàncies han de concórrer perquè se'n constitueixi una. Aquestes circumstàncies s'enumeren a l'art. 234-1. Només cal que concorri una de les tres circumstàncies que es contempen en aquest precepte. Una vegada concorre una d'aquestes tres circumstàncies –en particular una de les dues primeres a què ens referirem a continuació–, automàticament queda constituïda la parella estable, amb aplicació del règim jurídic del CCCat, sense que sigui necessària una voluntat específica dirigida a la constitució o a l'aplicació d'aquest règim jurídic. A diferència del matrimoni, doncs, no és sempre imprescindible una específica voluntat constitutiva dels membres. Aquestes circumstàncies són les següents:

a) “Si la convivència dura més de dos anys ininterromputs”. El simple transcurs del temps –dos anys– de convivència –convivència en comunitat de vida anàloga a la matrimonial, òbviament, que és la que exigeix l’art. 234-1– de manera ininterrompuda té l’efecte de convertir els convivents en parella estable, encara que no tinguin una voluntat específica de constituir-se en parella estable. Per tant, no hi ha parella estable quan aquesta convivència s’interromp abans que transcorrin els dos anys, o aquesta convivència deixa de ser-ho en comunitat de vida anàloga a la matrimonial, per més que hi segueixi havent cohabitació física. No cal dir que, tenint en compte el que hem dit, les dificultats es presenten en matèria de prova. Com es prova el dia exacte en què comença la convivència en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial per, des d’aquella data, mostrar els dos anys necessaris per constituir-se en parella estable? I el mateix es pot dir per a la interrupció de la convivència o el cessament de la comunitat de vida. Certament, val qualsevol prova admissible en dret, des dels testimonis fins als documents administratius com el certificat d’empadronament que acrediti, almenys, la convivència, per crear la convicció al jutge que hagi de decidir el cas; la DA 2^a de la Llei 25/2010 es refereix expressament a l’acta de notorietat que demostrï la convivència ininterrompuda durant dos anys. No interrompen la convivència les separacions temporals per motius de salut, feina, oci, etc.

D’acord amb la DT 4^a de la Llei 25/2010 per la qual s’aprova el Llibre II, el temps de convivència anterior a l’entrada en vigor d’aquesta Llei computa als efectes de completar aquest termini bianual.

b) “Si durant la convivència, tenen un fill comú”. La fórmula legal no deixa de suscitar algunes qüestions. L’ús del verb “tenir” denota que tant pot ser que “neixi” un fill com que s’adopti, ja que en els dos casos es “té” un fill, cosa que a més encaixa amb el principi d’igualtat d’efectes jurídics per a tota classe de filiació (art. 235-2.1). Però el fill ha de néixer o ser adoptat, de manera que la sola concepció en el termini dels dos anys no és suficient per a la constitució de la parella estable ni perquè, trencada la convivència, se li apliqui el règim jurídic legal. Igualment, si el fill ha nascut abans que comencés la convivència, la

constitució de la parella estable requereix que concorri o bé la circumstància de la lletra a) –és a dir, dos anys ininterromputs de convivència– o la de la lletra c), però no s’haurà constituït per la lletra b). A més, el fill ha de ser comú, és a dir, ha d’haver quedat determinada la filiació respecte dels dos convivents, ja que si el fill ho és només d’un dels convivents tampoc es constitueix la parella estable a l’empara d’aquesta lletra b).

c) “Si formalitzen la relació en escriptura pública”. L’expressió legal mostra que l’escriptura pública “formalitza”, però no substitueix, és a dir, que l’escriptura pública només fa que constatar la voluntat dels convivents de sotmetre’s al règim jurídic de la parella estable al CCCat, però no substitueix la necessària convivència en comunitat de vida anàloga a la matrimonial. Sense aquesta, l’escriptura pública no té eficàcia constitutiva de la parella estable. L’escriptura pública atorga màxima certesa a la data de constitució, encara que si les parts estan interessades a acreditar que la parella estable va iniciar la seva convivència amb anterioritat podran recórrer als mitjans de prova admesos en dret.

3. Requisits personals

L’art. 234-2 enumera quins són els requisits personals per a formar una parella estable, qualsevol que sigui la via (lletres a, b o c de l’art. 234-1) per la qual es constitueixi.

El primer requisit que s’exigeix als convivents és de capacitat: no poden constituir una parella estable “els menors d’edat no emancipats”. Per tant, només poden constituir parelles estables els majors d’edat o, com a novetat legislativa, els emancipats. Cal observar que el requisit de capacitat s’imposa per a *constituir* una parella estable, no per convida, de manera que el menor que està convivint en comunitat de vida anàloga a la matrimonial durant dos anys, en el moment en què s’emancipa, pot constituir la parella estable, a banda d’atorgar l’escriptura pública o tenir un fill en comú després emancipar-se. No s’exigeix complement de capacitat per a constituir la parella estable, perquè es tracta d’un acte personalíssim (cfr. art. 211-7.1), però sí que serà

necessari per a convenir pactes de convivència. A diferència del matrimoni, no hi ha possibilitat d'obtenir dispensa per aquest requisit.

En segon lloc, no poden constituir una parella estable “les persones relacionades per parentiu en línia recta, o en línia col·lateral dins del segon grau”. Com passa amb els impediments per contraure matrimoni, els parents en la línia directa no poden constituir una parella estable. Tampoc els col·laterals de segon grau, però sí els de tercer grau, que per casar-se requereixen de dispensa (art. 47.2 i 48.2 CC), però no per conviure en parella estable. El parentiu per afinitat no impedeix constituir la parella estable.

En tercer lloc, no poden constituir parella estable “les persones casades, i no separades de fet”. Aquesta és una altra novetat que permet constituir una parella estable a qui no podria contraure matrimoni. La mera separació de fet permet constituir una parella estable, de manera que qui està encara casat, tot i estar separat de fet, pot passar a integrar una nova relació afectiva dotada d'eficàcia jurídica. Amb això, es pot imaginar el supòsit, si fracassa aquesta nova relació, en què alhora s'estigui liquidant la relació matrimonial i la relació de parella estable, cosa que comportaria poder establir dos compensacions per la dedicació al treball domèstic o dues pensions alimentàries, per exemple, una a favor de l'excònjuge i una altra a favor de l'exparella.

La justificació que ofereix el preàmbul de la Llei 25/2010 és la següent: “S'amplia, a més, l'àmbit subjectiu d'aplicació de la normativa, incloent-hi les parelles estables formades per persones que no podrien contraure matrimoni entre si perquè un d'ells continua casat amb una altra persona. S'estima que, tractant-se d'una regulació fonamentalment dirigida a resoldre els problemes derivats del cessament de la convivència, un tractament desigual no té justificació. Es vol evitar, així mateix, que un nombre molt important de parelles quedin fora de la regulació –segons algunes estimacions, al voltant d'un 30% de les parelles heterosexuales que hi ha a Catalunya i un nombre indeterminat de parelles homosexuals– i que les conseqüències de la ruptura hagin de determinar-se recurrent a una doctrina jurisprudencial de perfils massa

imprecisos”. L’argument, amb tot, oblida la facilitació del divorci amb la reforma del CC del 2005 amb el qual es dóna entrada a l’anomenat “divorci-exprés”.

Finalment, no poden constituir una parella estable “les persones que convisquin en parella amb una tercera persona”. La impossibilitat legal de reconèixer eficàcia jurídica a situacions de poliàndria o de poligàmia ja resulten del mateix concepte de parella estable, i per tant en realitat aquest incís no afegeix res. En efecte, si la parella estable és, com el seu nom indica, “parella” –de dos membres–, i es defineix per la convivència en comunitat de vida anàloga a la conjugal, no es pot conviure a la vegada amb dues persones, com tampoc no es pot estar casat alhora amb dues persones.

4. Règim jurídic durant la convivència

El CCCat distingeix en la regulació de les parelles estables dos moments: mentre dura la convivència i els efectes una vegada aquesta cessa i s’extingeix la parella. El nucli de la regulació afecta al segon moment, mentre que la regulació de la parella mentre dura la convivència es refereix únicament a un aspecte molt concret, a la consolidació d’una línia jurisprudencial i al reconeixement que són les parts les que han de regular les seves relacions jurídiques reconeixent a aquestes una àmplia llibertat de pacte. Dit en altres paraules, no hi ha un règim legal primari de les parelles estables mentre dura la convivència, a diferència del que succeeix al matrimoni, però no és cert que les relacions de la parella estable es regulin “exclusivament” pels pactes dels convivents, ja que se’ls imposa el règim jurídic de l’habitatge “familiar”. I això és un encert ja que les parts ja disposen d’un marc institucional com és el matrimoni, obert a totes les persones amb independència de la seva orientació sexual, i en què l’extinció del vincle és merament voluntària amb la reforma de la regulació del divorci; si les parts no es volen sotmetre a aquest marc institucional del matrimoni, no tindria sentit que se’ls imposés *ex lege* el mateix marc legal o un altre de similar sense la seva voluntat. La parella estable no ha de ser un matrimoni de segona classe, sinó una alternativa al matrimoni, en què les parts poden convenir el règim jurídic que considerin oportú –salvant, per descomptat, les relacions verticals i els drets dels fills, on apareix l’interès

superior dels fills menors que sempre ha de ser protegit– dins de la llibertat tan àmplia –però no absoluta– que els confia el legislador.

4.1. Els pactes de convivència

Els pactes de convivència són l'instrument de què han de valer-se els convivents per acordar el règim jurídic de la parella estable mentre duri la convivència. L'art. 234-3 no els subjecta a cap requisit formal, cosa que significa que es pot fins i tot pactar verbalment. Ara bé, els pactes verbals generaran evidents dificultats de prova del contingut pactat pels convivents, i així mateix sorgiran notables problemes quant a l'eficàcia jurídica d'aquests pactes davant de tercers, que difícilment podran conèixer-los per la inexistència del règim de publicitat.

En relació al contingut, no hi ha dubte que els convivents podran regular tots els aspectes econòmics de la convivència, tret de la disposició de l'habitatge, per al qual hi ha un règim legal específic. Aquí s'ha de reconèixer que tenen la mateixa llibertat que els cònjuges, de manera que poden regular la contribució a les despeses comunes, els deures d'informació recíprocs, establir una participació en els respectius guanys o pactar que determinats béns o guanys es facin comuns en la línia d'un règim econòmic de la convivència, etc. També poden pactar les conseqüències jurídiques de la ruptura a l'empara de l'art. 234-5.

Cal tenir en compte la suspensió de la prescripció de les pretensions entre convivents i del còmput del termini de la usucapió que estableixen els art. 121-16.c) i 531-26.1.b).

No es diu res respecte de la capacitat necessària per celebrar aquests pactes. Ha d'entendre's que fa falta la plena capacitat d'obrar, i per aquest motiu els emancipats, que poden constituir-se en parella estable, requereixen el complement de capacitat dels seus pares o d'un curador per acabar aquests pactes.

4.2. La disposició de l'habitatge familiar

La protecció de l'habitatge “familiar” de la parella estable es regeix pel que preveu l'art. 231-9, i per a l'habitatge conjugal segons el que disposa l'art. 234-3.2. En conseqüència, s'aplica el mateix règim jurídic relatiu a la seva disposició sense cap modificació, amb el necessari assentiment del convivent no titular. Amb tot, s'ha de tenir en compte la diferent base sobre la qual descansa l'aplicació del precepte. En efecte, en el cas de les parelles estables és molt més difícil que el tercer conegui l'existència de la parella i que aquest habitatge és el familiar de la parella, cosa que ha d'afectar la valoració de la bona fe del tercer que adquireix l'habitatge (art. 231-9.3).

El convivent que aliena o grava per si sol l'habitatge ha de manifestar en la corresponent escriptura pública que l'habitatge no té el caràcter de familiar, amb les conseqüències jurídiques conegudes en cas d'inveracitat. Així resulta, a més, de l'art. 569-31-2 i de les RDGDEJ 22.5.2006 i 22.3.2007. S'acaba aquesta última Resolució: “D'acord amb l'esmentat precepte [art. 569-31.2], qui vulgui alienar, gravar o, en general, disposar del seu dret en un habitatge no familiar de la seva propietat comproment-ne l'ús, ha de manifestar expressament, en atorgar l'escriptura, que aquest no té caràcter familiar, amb el benentès que no el té precisament quan no és l'habitatge on hi ha el domicili habitual comú del matrimoni o la parella estable. D'altra banda, l'exigència que la manifestació sigui expressa sembla excloure que n'hi hagi prou amb que la destinació no familiar es dedueixi de les pròpies circumstàncies que consten en el títol; això vol dir, fins i tot que en un cas aparentment tan clar com el que aquí ens ocupa (on les atorgants de l'escriptura manifesten que són germanes, solteres i que viuen en el mateix habitatge), caldria exigir la manifestació que no és familiar”.

4.3. Les compres amb pacte de supervivència

Conforme a l'art. 234-3.3, “els convivents en parella estable poden adquirir conjuntament béns amb pacte de supervivència”. En aquest cas, s'apliquen els articles 231-15 a 231-18, en matèria d'adquisicions oneroses

amb pacte de supervivència. L'únic que fa el precepte és codificar tot el que ja havia resolt el TSJ de Catalunya en la seva sentència del 13.2.2003, en què va dir que "si per la via d'unes compres amb pacte de supervivència es poden corregir en base al principi d'autonomia privada determinats inconvenients que pot presentar el règim econòmic matrimonial de separació de béns, en el context jurídic social i familiar que s'ha imposat després de la vigència de la Constitució, el mateix principi d'autonomia privada pot encarrilar determinats interessos patrimonials d'una unió estable de parella", sobre la base del caràcter familiar del pacte de supervivència (el mateix mostra la RDGDEJ 14.10.2005) i de la inexistència de règim econòmic de les parelles estables, cosa que suposa la independència patrimonial absoluta de cada convivent i la incomunicació entre els seus respectius patrimonis. L'única precisió que s'ha de fer a la remissió als arts. 231-15 a 231-18 és que la causa d'extinció del pacte de supervivència de l'article 231-18.1.b) s'ha de substituir per les causes d'extinció de la parella estable de l'art. 234-4.

5. L'extinció de la parella estable

5.1. Les causes d'extinció

L'art. 234-4 enumera les causes d'extinció de la parella estable. Són causes automàtiques d'extinció, que no requereixen el transcurs de cap termini en particular. Posseeixen totes caràcter voluntari, a excepció de la inevitable de la lletra b).

a) El cessament de la convivència amb ruptura de la comunitat de vida. Si la parella de fet té com a element constitutiu la convivència en comunitat de vida anàloga a la matrimonial, el cessament de la convivència amb ruptura d'aquesta comunitat de vida suposa, sense més ni més, l'extinció de la parella estable, ja que desapareix la seva base. Per tant, no qualsevol cessament de la convivència extingeix la parella, de la mateixa manera que no qualsevol convivència la constitueix: ha de cessar la convivència amb ruptura de la comunitat de vida, de manera que separacions per motius laborals, etc., no necessàriament l'extingeixen. Igualment es pot seguir convivint però sense

comunitat de vida, cosa que també condemna a l'extinció la parella estable. En tots aquests supòsits la dificultat radica en la prova, en particular quan es segueix convivint però sense ser ja parella estable. Novament s'admet qualsevol mitjà de prova, gaudint d'especial fiabilitat que un dels membres s'aculli a la lletra e) d'aquest art. 234-4 o que tots dos convivents s'acullin a la lletra d). En realitat aquesta causa comprèn totes les altres, que pressuposen el cessament de la comunitat de vida entre els convivents, com es comprovarà a continuació.

b) Mort o declaració de defunció d'un dels convivents. És una causa no voluntària d'extinció, però que fa impossible la convivència amb comunitat de vida. A la mort s'equipara la declaració de defunció, però no la d'absència, que en el seu cas s'haurà de vehicular per alguna de les altres causes, en particular la primera ja comentada.

c) Matrimoni de qualsevol dels convivents. En realitat, existeixen dues possibilitats: que els convivents contreguin matrimoni o que un d'ells es casi amb un tercer. En els dos casos s'extingeix la parella estable, en el primer cas perquè els convivents han esdevingut cònjuges –incompatibilitat institucional entre el matrimoni i la parella estable quan els integrants són els mateixos–, i en el segon cas perquè ja no existeix comunitat de vida.

d) Comú acord per part dels convivents formalitzat en escriptura pública. Respecte a la primera causa d'extinció només aporta la constància de l'acord en el cessament de la convivència i la certesa de la data.

e) La voluntat d'un dels convivents notificada fefaentment a l'altre. Aquesta causa no té virtualitat pròpia i no és sinó una concreció, un altre cop, de la primera. La notificació fefaent no és causa d'extinció, ho és el cessament de la convivència en comunitat de vida. L'únic que passa és que en aquest cas se sap amb certesa que l'extinció és unilateral i la data en què es comunica l'extinció de la parella estable.

El CCCat no esmenta una possible reconciliació de la parella estable. Res ho impedeix, però la parella estable es basa en la convivència que compleix amb el que es regula a l'art. 234-1. La reconciliació no “reconstitueix” automàticament la parella estable, sinó que hauran d'acollir-se els membres a algun dels tres supòsits d'aquest precepte per constituir-se, una altra vegada, en parella estable.

5.2. Efectes *ex lege* de l'extinció

L'apartat segon de l'art. 234-4 estableix que “l'extinció de la parella estable implica la revocació dels consentiments i poders que qualsevol dels convivents hagi atorgat a favor de l'altre”. Aquest és un efecte *ex lege* de l'extinció de la parella de fet, correlatiu a tot el que succeeix al matrimoni (art. 233-1.5, art. 102.2 CC), en el supòsit que els convivents, en ús de la seva llibertat de pactes (art. 234-3.1) s'haguessin atorgat poders. Aquesta norma de caràcter general troba algunes concrecions al llarg del CCCat; per exemple, el jutge pot prescindir del nomenament voluntari de càrrec tutelar a l'empara de l'article 222-9.2.a). És també causa de no adquisició de drets successoris, com la crida com a hereu abintestat i l'usdefruit vidual abintestat del convivent (art. 442-6), de revocació dels pactes successoris (art. 431-17) i d'ineficàcia de les disposicions testamentàries ordenades a favor seu (art. 422-13).

5.3. Pactes en previsió de la ruptura

Pel que fa als efectes de la ruptura de la parella estable, l'art. 234-5 permet als convivents pactar els efectes de l'extinció anticipadament. L'article remet als pactes prenupcials de l'art. 231-20, i permet el seu mateix contingut, encara que és evident que s'hauran de realitzar les adaptacions necessàries a la diferent realitat de la convivència estable i del matrimoni.

La primera qüestió és si és possible que els futurs convivents atorguin pactes en previsió de ruptura abans de constituir-se en parella estable. L'opinió contrària es podria fonamentar en el fet que el precepte parla de convivents, cosa que sembla excloure els que encara no conviuen. Però aquest argument literal no sembla de suficient entitat per atorgar un tracte tan diferent entre el

matrimoni i la parella estable quan el legislador català tendeix a aproximar en tot el possible totes dues realitats (pensi's, per exemple, en els drets successoris abintestat del cònjuge i de la parella estable, que són els mateixos, o en l'art. 442-3). O el que mostra aquest mateix article al remetre's a l'art. 231-20, igual que l'art. 234-6 en relació als pactes una cop ha cessat la convivència que també remet a les normes matrimonials anàlogues. Ara bé, en el cas dels pactes antenupcials, aquest art. 231-20 imposa que s'atorguin abans dels trenta dies anteriors a la celebració del matrimoni, requisit que, en atenció a la remissió, hauria de regir igualment per a les parelles estables, amb la dificultat de la fixació del dia inicial de la convivència estable quan no es constitueix la parella mitjançant escriptura pública o pel naixement d'un fill comú.

En segon lloc, la remissió requereix adequar l'aplicació de l'apartat segon de l'art. 231-20, que disposa que el notari ha d'informar a cada cònjuge de les modificacions que s'introduiran en el règim legal supletori, de manera que la funció notarial ha de tenir en compte les peculiaritats del règim jurídic aplicable a les parelles estables que no disposen de règim econòmic però sí que gaudeixen de la facultat de pactar en previsió de ruptura.

S'imposa la formalitat de l'escriptura pública, ja que d'una altra manera els pactes són invàlids. Quant a la capacitat requerida per atorgar aquests pactes, regeix el mateix que hem explicat per als pactes de convivència.

5.4. Acords sobre la ruptura després del cessament de la convivència

“Després del cessament de la convivència, els convivents poden acordar els efectes de l'extinció de la parella estable”, assenyala l'art. 234-6.1. L'àmplia llibertat de pacte que es reconeix a les parts es manifesta, finalment, en la possibilitat d'arribar a pactes sobre les conseqüències jurídiques de l'extinció de la parella estable una vegada ja ha cessat la convivència. Aquests acords poden materialitzar-se o no en una proposta de conveni regulador dels efectes de la ruptura, segons resulta de l'apartat 3, amb una remissió als arts. 233-4 i 233-5 per al matrimoni. Els acords aconseguits els poden sotmetre a aprovació

judicial tots dos convivents de comú acord o un d'ells amb el consentiment de l'altre.

Els acords es permeten [p]“els efectes de l’extinció de la parella estable” (art. 234-6.1), i això vol dir que els convivents poden pactar sobre el contingut dels arts. 234-7 a 234-14; o, el que és igual, poden presentar una proposta de conveni “que inclogui tots els efectes que l’extinció hagi de produir respecte als fills comuns i entre els convivents” (art. 234-6.2). L’amplitud de la norma –“els efectes”, “tots els efectes”– convida a pensar que tots els efectes legals previstos en els esmentats articles són merament dispositius, de manera que les parts són lliures de modificar-los mitjançant els seus acords. En cas que els convivents no arribin a acords, s’aplicaran els arts. 234-7 a 234-14, que seguidament s’analitzaran.

La literalitat del precepte sembla suggerir que el jutge aprovi o no aprovi la proposta de conveni, sense marge per alterar els acords de les parts, cosa que no sembla congeniar amb la remissió a l’art. 233-4, que confereix un marge molt més gran al jutge. La remissió a l’art. 233-5, per la seva banda, implica el reconeixement d’eficàcia vinculant als pactes dels convivents fora de conveni regulador.

6. Efectes de l’extinció de la parella estable

6.1. Efectes en vida dels convivents

El CCCat regula, en primer lloc, els efectes de l’extinció de la parella estable en vida de tots dos convivents, en l’àmbit familiar i patrimonial. Tractant-se la parella estable d’una comunitat de vida anàloga a la matrimonial, les qüestions que es regulen són comunes amb el matrimoni i això explica les habituals remissions a la regulació de les crisis matrimonials. S’ha de tenir en compte que la DT 4^a.1 de la Llei 25/2010 estableix que les normes sobre parelles estables s’apliquen a les parelles que es regien per la LUEP, i que en l’apartat 5 es disposa que, si bé es mantenen les mesures adoptades a

l'extinció de la parella estable, a petició de part es poden revisar les mesures aplicant els art. 234-7, 234-8 i 234-11 que s'expliquen seguidament.

6.1.1. Exercici de la guarda dels fills i les relacions personals

“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”, estableix l'art. 234-7. No hi ha distinció d'efectes jurídics en funció de si els fills ho són de la parella matrimonial o de la parella estable, en atenció al principi d'igualtat d'efectes de les filiacions que sanciona l'art. 39 CE, i per això el règim de guarda, el pla de parentalitat o les relacions dels fills amb els seus germans o avis no presenten diferències.

6.1.2. L'ús de l'habitatge familiar

L'art. 234-8 es dedica a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge conjugal, reconeixent la capacitat de pacte de les parts, i establint una regulació subsidiària només per al cas en què hi hagi fills menors d'edat de la parella, com resulta de les referències a la guarda. Aquesta regulació pretén essencialment protegir l'interès d'aquests fills menors, sense centrar en canvi l'atenció en si hi ha un convivent que necessita més protecció, a diferència de tot el que passa en la regulació de les crisis matrimonials (comp. art. 233-20.3). Per això, s'haurà de concloure la ineficàcia dels pactes que puguin perjudicar l'interès dels fills, així com quan no hi hagi previsió legal quant a l'atribució de l'ús de l'habitatge quan els fills són majors d'edat.

Això suposa que, sent els fills majors d'edat o no existint descendència de la parella estable, cap dels convivents té dret a l'ús de l'habitatge conjugal que és titularitat de l'altre, cosa que constitueix una diferència notable amb el matrimoni. Igualment, si els fills són majors d'edat, ni ells ni el convivent més necessitat tenen dret a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar.

La regulació del legislador català parteix de la premissa que l'ús de l'habitatge familiar té un valor econòmic, i per tant aquest valor econòmic pot ser imputat als aliments que el convivent titular de l'habitatge hagi de satisfer al beneficiari dels aliments. Si els convivents no arriben a un acord al respecte, o

si el jutge no ho aprova per ser perjudicial per a l'interès dels fills comuns menors d'edat, és la mateixa autoritat judicial la que decideix sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar conforme a dues regles:

- a) preferentment ha d'atribuir l'ús de l'habitatge al membre de la parella a qui correspongui la guarda dels fills mentre duri aquesta;
- b) si la guarda és compartida o distribuïda entre els membres de la parella, l'ús de l'habitatge s'atribueix al que tingui més necessitat.

S'ha de remarcar el diferent nivell d'intensitat d'aquestes dues regles. La primera és una regla de preferència, de manera que en atenció a les circumstàncies del cas el jutge pot, en qualsevol cas, atribuir l'ús al convivent a qui no correspon la guarda. En canvi, la segona no sembla admetre matisos: si la guarda està distribuïda o és compartida, necessàriament l'ús ha d'atribuir-se al convivent més necessitat. En tot cas, aquesta atribució de l'ús és necessàriament temporal, ja que va unida a la guarda, de manera que quan cessa la guarda s'extingeix el dret a l'ús de l'habitatge conjugal, com clarament adverteix la lletra a) de l'art. 234-8.2 ("mentre duri [la guarda]"). Aquesta és la línia que havia marcat la STSJC 3.12.2009, al considerar que la durada de l'ús de l'habitatge no ha d'anar lligada al temps durant el qual es va mantenir la convivència sinó a l'exercici de la guarda.

En qualsevol cas, el jutge ha de tenir en compte el valor econòmic de l'ús de l'habitatge familiar, i, per això, l'art. 234-8.3 indica que "ha d'ésser tinguda en compte per a la fixació dels aliments als fills i la prestació alimentària que eventualment meriti l'altre membre de la parella".

Finalment, s'efectua una remissió als arts. 233-20.6 i 7 i als arts. 233-21 a 233-25. La remissió a l'art. 233-20.6 faculta al jutge per substituir l'habitatge familiar per qualsevol altre habitatge susceptible de satisfer les necessitats del beneficiari. La crida a l'art. 233-20.7 és una reiteració innecessària, ja que la ponderació del valor d'ús de l'habitatge en el càlcul de l'import de l'obligació d'aliments ja està prevista, com hem vist, a l'art. 234-8.3. Pel que fa a la

remissió als art. 233-21 a 233-25, en temes com l'exclusió de l'ús, la publicitat, les obligacions que s'assumeixen, l'extinció i els actes dispositius, aquests preceptes són aplicables sense més dificultat, amb les adaptacions necessàries.

6.1.3. La compensació econòmica per raó de treball

D'acord amb l'art. 234-9, "Si un convivent 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, té dret a una compensació econòmica per aquesta dedicació sempre que en el moment del cessament de la convivència l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior, d'acord amb les regles de l'article 232-6". La compensació econòmica que es preveu per als cònjuges s'aplica igualment a les parelles estables, però s'ha de notar que el punt de partida difereix en un aspecte: si la compensació econòmica té l'origen en intentar buscar un pal·liatiu als desequilibris patrimonials que podien resultar del règim de separació de béns, s'ha de tenir en compte que les parelles estables no disposen de règim econòmic (SAP Tarragona 7.3.2011, per exemple).

Per tant, no hi ha cap liquidació de règim matrimonial, però es preveu igualment el dret a la compensació en el cas en què durant la convivència un convivent hagi treballat per casa substancialment més que l'altre o directament per a l'altre convivent sense retribució o sense retribució suficient. Es pot concloure, doncs, que estem davant d'una norma purament d'enriquiment injust, ja que no depèn del règim econòmic i sí del fet que un convivent hagi augmentat més el seu patrimoni "a costa" –gràcies a la seva major dedicació a la casa o a haver treballat per a l'altre en condicions diferents de les de mercat– de l'altre. Com diu la SAP Barcelona, sec. 18, 4.11.2011, "la concurrencia de un desequilibrio patrimonial, generado durante la convivencia, que implique un enriquecimiento injusto para uno de los miembros de la pareja".

La remissió als arts. 232-5 a 232-10 implica que, a part de tenir en compte aquestes normes per al càlcul de la quantia de la compensació, el dret a aquesta no neix només en els supòsits de ruptura voluntària de la parella,

sinó també en els d'extinció de la convivència per mort d'un dels membres, de manera anàloga a tot el que succeeix al matrimoni. De totes maneres, s'haurà de comprovar primer si els convivents van pactar els efectes de la ruptura anticipadament, disposant sobre la compensació (STSJC 22.3.2010), o si hi ha pactes posteriors a la ruptura. L'anteriorment esmentada SAP Barcelona, sec. 18, 4.11.2011, argumenta el següent: "teniendo en cuenta la regulación contenida en el CCC, que aun cuando no resulta aplicable al presente supuesto, constituye un criterio orientador, que fija como límite cuantitativo de la compensación una cuarta parte del desequilibrio resultante, y se remite en su valoración a la concurrencia de los demás presupuestos o requisitos, la Sala considera que la suma de 100.000 euros resulta insuficiente, pues solo el capital mobiliario adquirido, según se ha considerado probado, asciende de 1.000.0000 a 1.300.000 euros. En tales circunstancias, teniendo en cuenta la duración de la convivencia "more uxorio" de 21 años y no pudiéndose determinar cuantitativamente el incremento patrimonial de los bienes inmuebles producido durante todos estos años repercutible a efectos de fijar la compensación del artículo 113 de la LUEP, pero afirmando que se ha producido cierto incremento, no puede fijarse una cantidad superior a los 300.000 euros". Per la seva part, la SAP Barcelona sec. 12, 7.9.2010, considera que "aunque no haya entrado todavía en vigor, debe señalarse que en su artículo 234-9, por remisión a los artículos 232-5 a 232-10, la nueva regulación limita la compensación económica en estos casos a un máximo del 25% de la diferencia. Tal límite no debe superarse aquí, sino rebajarse, pues la dedicación a la familia se ha compatibilizado con la dedicación a sus propios negocios por parte de la demandante. La cantidad adecuada para paliar el enriquecimiento injusto del demandado debe cifrarse en 700.000 euros", tenint-se per provat que el patrimoni de la demandant pujava a 1.623.400,50 euros i el del demandat a 5.876.095,10 euros.

6.1.4. La prestació alimentària

L'art. 234-10 regula el que el CCCat anomena pensió alimentària, i que és la institució que reflecteix la prestació compensatòria en els supòsits de crisi del matrimoni. Com el seu nom indica, es tracta d'un dret de naturalesa alimentària: "Qualsevol dels convivents pot reclamar a l'altre una prestació

alimentària, si la necessita per atendre adequadament la seva sustentació”. S'emfatitza, així, la necessitat de la prestació i la finalitat d'atendre adequadament la sustentació del convivent. Per tant, no en qualsevol cas d'extinció de la parella estable naixerà el dret a la prestació alimentària, sinó només quan es necessiti per atendre adequadament la sustentació d'aquest convivent. I això sempre que, a més, concorri un dels següents casos:

- a) Si la convivència ha reduït la capacitat del sol·licitant d'obtenir ingressos.
- b) Si té la guarda de fills comuns, en circumstàncies en què la seva capacitat d'obtenir ingressos quedi disminuïda.

Per tant, la necessitat d'atendre una adequada sustentació ha de trobar la seva causa en el fet que la convivència hagi reduït la capacitat del sol·licitant per obtenir ingressos o si la guarda dels fills comuns disminueix la seva capacitat d'obtenir ingressos; si la necessitat existeix però es deu a una altra causa, no hi ha dret a la prestació. Així ho havia dit mentre era vigent la LUEP el TSJC en la seva sentència del 4.10.2004. Quant al contingut de la prestació, segueix sent vàlid el que va raonar la STSJC 9.5.2005: “El contenido de la pensión de alimentos habrá de incluir todo lo necesario para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica del alimentista”. Pel que fa a la quantia de la prestació, aquesta última sentència va afegir que “se determinará en proporción a las necesidades del alimentista y a los medios económicos y a las posibilidades de la persona obligada a prestarla”, cosa que és coherent precisament amb la seva naturalesa alimentària. És a dir, que s'aplicarà l'art. 237-9. En el cas de referència, es va tenir en compte l'edat de la sol·licitant –més de seixanta anys–, la seva capacitat econòmica i la falta de patrimoni i la situació del reclamat.

Si bé els convivents gaudeixen d'una àmplia llibertat de pactes, l'art. 234-10.2 conté un límit en relació amb la prestació: “Els pactes de renúncia a la prestació alimentària no són efectius en allò que comprometin la possibilitat d'atendre les necessitats bàsiques del convivent que té dret a demanar, llevat que hagin estat incorporats a una proposta de conveni presentada d'acord amb

l'article 234-6". D'aquesta manera s'introdueix la possibilitat d'establir un control judicial, ja que el jutge ha d'aprovar la proposta de conveni, amb la finalitat d'evitar que una renúncia anticipada comporti que un dels convivents no pugui atendre adequadament les seves necessitats bàsiques.

L'últim apartat de l'art. 234-10 contempla el supòsit de la mort d'un dels convivents abans del transcurs d'un any des de l'extinció de la parella estable, i estableix que l'altre membre disposa del termini de tres mesos des d'aquesta mort per reclamar als hereus del difunt el seu dret a la prestació. Amb això, el transcurs de més d'un any des de l'extinció o dels tres mesos des de la mort extingeix definitivament el dret a reclamar la prestació. També s'aplica al cas en què s'hagués promogut un procés judicial de reclamació que s'acaba per la mort del convivent demandat: l'altre convivent podrà demandar en aquests terminis als hereus del difunt.

Una cop determinada la quantia de la prestació, aquesta es pot pagar en forma de pensió o capitalitzant-la (art. 234-11.1). Són els convivents els que han de posar-se d'acord en la forma de pagament, i si no ho fan la decisió correspon al jutge en remissió a l'art. 233-17, és a dir, atenent a les circumstàncies del cas i, en particular, a la composició del patrimoni i als recursos del cònjuge deutor. Com la remissió és a les "regles" –en plural– de l'art. 233-17, cal entendre que és aplicable el segon paràgraf d'aquest precepte, conforme al qual l'autoritat judicial, a petició del cònjuge deutor, pot ajornar el pagament o ordenar el pagament a terminis amb un límit de tres anualitats i amb meritació d'interessos, així com el tercer paràgraf, segons el qual si s'ha establert el pagament en forma de pensió, ha de ser en diners i per mensualitats avançades amb possibilitat de fixar criteris automàtics d'actualització de les pensions.

La prestació alimentària és temporal. La durada varia en funció del supòsit fonamentador de la prestació. En el supòsit de la lletra a) de l'art. 234-10.1, la durada màxima és de tres anualitats, i per això es pot establir per un període inferior. En el supòsit de la lletra b) de l'art. 234-10.1, es pot atribuir com a màxim pel temps que duri la guarda dels fills, de manera que s'extingeixi

amb la guarda. Malgrat aquest caràcter temporal, adverteix l'art. 234-11.4 que la prestació en forma de pensió es pot modificar en els termes de l'art. 233-18, és a dir, si millora la situació econòmica de qui la percep o empitjora la de qui la paga.

La prestació alimentària fixada en forma de pensió s'extingeix per les mateixes causes que l'art. 233-19 preveu per a la prestació compensatòria (art. 234-12), és a dir:

- a) Per millora de la situació econòmica del creditor, si aquesta millora deixa de justificar la prestació, o per empitjorament de la situació econòmica de l'obligat al pagament, si aquest empitjorament justifica l'extinció del dret.
- b) Per matrimoni del creditor o per convivència marital amb una altra persona.
- c) Per la mort del creditor.
- d) Pel venciment del termini pel qual es va establir.

A aquestes causes s'ha d'afegir l'extinció de la guarda per la funció de la qual es va decretar la prestació. La remissió a les "regles" –en plural– de l'art. 233-19 permet ampliar la remissió no només a les causes d'extinció sinó també al paràgraf segon que contempla la transmissió de l'obligació de pagament de la pensió als hereus del pagador, amb la facultat de sol·licitar la capitalització en els termes que s'hi disposen.

6.1.5. L'exercici dels drets a la compensació i a la prestació

L'art. 234-13 conté dues normes d'exercici dels drets a la compensació per raó de treball i la prestació alimentària. Segons aquest, "els drets a la compensació econòmica per raó de treball i a la prestació alimentària 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".

La primera contempla la prescripció de l'acció de reclamació: el termini és un any i el *dies a quo* el de l'extinció de la parella estable (amb les dificultats de precisió que es poden plantejar).

La segona és que els dos drets s'han de reclamar a la vegada en el mateix procediment en què es determinen els efectes de l'extinció de la parella estable. Aquesta norma pressuposa la compatibilitat de la compensació i de la prestació, i és lògica, ja que no ha de determinar-se una aïllament de l'altra, perquè la necessitat que justifica la prestació es veu alterada per l'existència d'una compensació. Es tracta, doncs, que en un únic procés es ventilin totes les qüestions relatives a l'extinció de la parella estable, per dotar de la màxima coherència a la decisió del tribunal i evitar una successió de plets amb la possibilitat de resultats heterogenis.

6.2. Efectes de l'extinció de la parella estable per mort d'un dels convivents

L'art. 234-14 regula, parcialment, els efectes de l'extinció de la parella estable per mort. Ho fa parcialment perquè s'està referint només als efectes de dret de família, i a més s'ha de tenir en compte que els efectes purament successoris es regulen al Llibre IV del CCCat. Al CCCat hi ha una regulació unitària per a totes les parelles estables, amb independència de la seva orientació sexual, a diferència de la LUEP, que distingia en funció de si la parella era heterosexual o homosexual (vegin al respecte la STSJC 9.3.2009 sobre els efectes successoris en relació amb la convivència homosexual sense complir els requisits constitutius de la LUEP). És necessari recordar, davant d'aquest diferent règim jurídic, que la DT 4^a de la Llei 25/2010 estableix que les normes sobre parelles estables s'apliquen a les parelles que es regien per la LUEP, incloent-hi, doncs, les que regulen els efectes de l'extinció de la parella per mort.

Els drets que directament reconeix l'art. 234-14 a les parelles estables són la compensació econòmica per raó de treball també quan s'extingeix per

mort del convivent, el dret a l'aixovar de l'habitatge i l'any de viduïtat. S'observa, doncs, la plena equiparació als drets conjugals. A més, i amb la mateixa regulació novament que els cònjuges, hi ha els drets pròpiament successoris que es contempen al Llibre IV, que són el dret a succeir abintestat i l'usdefruit universal abintestat.

7. Normes processals

La DA 5^a de la Llei 25/2010 estableix algunes normes processals en matèria de ruptura de la parella estable. En essència disposa l'aplicació dels processos matrimonials de la LEC, preveient expressament la possibilitat d'anar a un procediment de mediació i recordant que el jutge pot remetre als convivents a una sessió de mediació d'acord amb l'art. 233-6.

El segon apartat d'aquesta DA conté una norma d'acumulació processal. Així, es preveu que "les reclamacions fonamentades en el que estableixen els articles 234-7 a 234-14 del Codi civil s'han d'acumular en un únic procés. En el mateix procés, qualsevol dels membres de la parella pot exercir l'acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa. Si hi ha diversos béns en comunitat ordinària indivisa i un dels membres de la parella ho demana, l'autoritat judicial els pot considerar com una massa comuna a efectes de la formació de lots i de llur adjudicació". La finalitat del precepte és procurar que en un sol procediment es ventilin el major nombre d'assumpes possibles, no només obligant a acumular totes les pretensions nascudes de l'extinció de la parella estable, sinó a més permetent l'acció de divisió de coses comunes en el mateix procés, en paral·lel amb l'art. 232-12.

8. Les relacions convivencials d'ajuda mútua

8.1. Concepte i finalitat de la figura

El CCCat dedica l'últim títol del Llibre segon a les anomenades relacions convivencials d'ajuda mútua; en concret, es tracta dels articles 240-1 a 240-7 que, tret d'alguns punts de caràcter imperatiu, s'apliquen de manera subsidiària al que hagin acordat les parts. Aquesta figura s'aplica quan dues o més

persones que conviuen en un mateix habitatge habitual i que comparteixen, sense contraprestació i amb voluntat de permanència i d'ajuda mútua, les despeses comunes o el treball domèstic, o ambdues coses (art. 240-1)

Aquesta figura pretén donar cobertura legal a moltes situacions que, malgrat tenir una vocació de durada i estabilitat, no encaixen en els altres models de convivència que contempla la llei, com ara el matrimoni o la parella estable; per exemple, la persona gran que conviu amb una altra de jove que la cuida, o dos germans solters que decideixen seguir vivint junts en el que havia estat el domicili familiar. D'acord amb l'art. 240-4.1, els convivents poden regular lliurement la organització de les seves relacions personals i patrimonials, així com els drets i deures respectius durant la convivència, amb l'únic límit que aquests acords no perjudiquin terceres persones; aquest precepte ho exemplifica assenyalant que "en particular, hom pot acordar la contribució igual o desigual a les despeses comunes i, fins i tot, que el treball domèstic i la càrrega econòmica sigui assumida íntegrament per algun dels convivents". Fins i tot, els convivents poden pactar, en previsió d'una ruptura, quins han de ser els efectes de l'extinció de la relació convivencial d'ajuda mútua (art. 240-4.2).

L'art. 240-2.1 estableix un marge molt ampli de persones que poden constituir una relació convivencial d'ajuda mútua, dins del marc següent:

1r. Els convivents han de ser persones majors d'edat.

2n. Poden ser parents en línia col·lateral sense límit de grau; el silenci del precepte exclou, per tant, els parents en línia recta, la relació entre els quals ja està perfectament estructurada per altres institucions del dret civil de Catalunya.

3r. Poden ser estranys, vinculats per relacions de simple amiatat o companyonia, sempre que no estiguin units per un vincle matrimonial o formin una parella estable amb una altra persona amb la qual convisquin.

L'art. 240-2.2 afegeix que el nombre màxim de convivents, si no són parents, és de quatre; per tant, no hi ha límit en el cas dels convivents units per un vincle de parentiu.

8.2. Constitució

D'acord amb l'art. 240-3, la constitució de les relacions convivencials d'ajuda mútua es pot produir de dues maneres. La primera és amb una declaració de voluntat expressa formalitzada en escriptura pública, moment a partir del qual tenen plena efectivitat. Cal destacar que l'escriptura pública s'exigeix només per la constitució de la relació; en canvi, el contingut concret de la relació, com ara els acords sobre la contribució a les despeses, no està subjecte a cap requisit de forma ("amb llibertat de forma", segons l'art. 240-1.1). La segona manera de constituir una relació convivencial d'ajuda mútua és pel transcurs d'un període de dos anys de convivència; en aquest cas, la relació convivencial només produirà efectes quan es compleixi aquest termini.

8.3. Extinció de les relacions convivencials d'ajuda mútua

8.3.1. Causes d'extinció

Amb caràcter general, l'art. 240-5.1 enumera les següents causes d'extinció de les relacions convivencials d'ajuda mútua:

- a) L'acord de tots els convivents.
- b) La voluntat unilateral d'un dels membres.
- c) La mort d'un dels convivents.
- d) Les causes pactades pels convivents.

El segon apartat del mateix art. 240-5 precisa que si la relació de convivència s'havia establert entre més de dues persones, la voluntat unilateral, el matrimoni, la constitució d'una parella estable o la mort de qualsevol dels convivents no extingeix la relació si els altres continuen convivint, i això sens perjudici de les modificacions que es consideri convenient de fer en els pactes reguladors de la convivència.

8.3.2. Efectes de l'extinció de la relació convivencial d'ajuda mútua

8.3.2.1. En relació amb els poders atorgats

L'extinció de la relació de convivència deixa sense efecte els poders que un dels convivents hagués atorgat a favor de qualsevol dels altres (art. 240-5.3). El mateix precepte afegeix que també queden sense efecte els poders que el convivent que s'ha apartat de la convivència tingués atorgats a favor seu; hem de tenir en compte que en aquest cas la relació convivencial d'ajuda mútua no sempre s'extingeix, com hem vist anteriorment.

8.3.2.2. En relació amb l'habitatge

L'extinció de la relació convivencial d'ajuda mútua produeix els efectes següents en relació amb l'habitatge (art. 240-6):

- a) Si l'extinció de la relació de convivència es produeix en vida de tots els convivents, els que no siguin titulars de l'habitatge l'han d'abandonar en el termini de tres mesos.
- b) Si l'extinció es produeix per defunció del propietari de l'habitatge, els convivents el poden continuar ocupant durant sis mesos, llevat que hagin pactat una altra cosa.
- c) Si la persona morta era arrendatària de l'habitatge, els convivents tenen dret a subrogar-se en la titularitat de l'arrendament pel termini d'un any, o pel temps que manqués per a l'expiració del contracte, si és inferior. Els han de notificar aquesta situació a l'arrendador en el termini de tres mesos des de la mort de l'arrendatari.

8.3.2.3. Pensió periòdica en cas de defunció

En cas que l'extinció de la relació convivencial d'ajuda mútua s'hagués produït per defunció d'un dels convivents, l'art. 240-7 concedeix als convivents que sobrevisquin el dret a una pensió alimentària, a càrrec dels hereus d'aquell, per un període màxim de tres anys. Aquest dret no té un caràcter general o indiscriminat, sinó que només correspon a aquells convivents que eren mantinguts totalment o parcialment pel premort durant l'any previ a la defunció i que no tinguin mitjans econòmics suficients per a mantenir-se (apartat 1r). La

reclamació de la pensió periòdica s'ha de fer en el termini d'un any a comptar de l'extinció de la relació de convivència (apartat 5è).

Per a establir la quantia i la durada d'aquesta pensió periòdica s'han de tenir en compte el cost del manteniment, el temps en què el convivent o els convivents supervivents van ésser mantinguts i el valor del cabal relicte (apartat 2n).

Així mateix, l'import de la pensió té uns límits quantitius basats en l'import de la capitalització de la pensió periòdica a l'interès legal del diner. En concret, aquesta capitalització no pot excedir la meitat del valor del cabal relicte si els hereus són descendents, ascendents o col·laterals fins al segon grau de consanguinitat del causant; en el cas que els hereus siguin menors d'edat o discapacitats, el límit ha d'ésser la cinquena part del valor de l'herència (apartat 3r).

Finalment, no correspon dret a pensió periòdica en cas de defunció si s'ha pactat així en la constitució del règim de convivència, i es perd si durant el temps fixat el beneficiari es casa o passa a viure maritalment amb una altra persona o ha obtingut aliments de les persones obligades a prestar-li'n (apartat 4t).

CAPÍTOL 9: EL PARENTIU I EL DRET D'ALIMENTS ENTRE PARENTS

1. El parentiu

1.1. Concepte

El parentiu és la relació que hi ha entre dos o més persones com a conseqüència de la seva respectiva posició en la família. El parentiu és susceptible de classificació en funció dels criteris que seguidament s'assenyalaran i de gradació, de manera que hi ha parents més pròxims i altres més llunyans. A aquesta relació de parentiu l'ordenament jurídic li atribueix determinats efectes com els aliments d'origen familiar; però n'hi ha molts altres escampats al llarg del CCCat, com per exemple els impediments per constituir una parella estable (art. 234-2.b)), les causes d'inhabilitat per succeir de determinats parents del notari i altres intervinents en l'atorgament d'un testament (art. 412-5.1 a) i b), les causes de desheretament (art. 451-17.e) o el pressupòsit del naixement del dret de torneria (art. 568-23), per citar únicament quatre exemples.

El parentiu –i les seves classes i graus– es regula en seu de successions, concretament als arts. 441-3 i 441-4, després d'enunciar un altre dels grans efectes que deriven del parentiu, que és el dret a succeir abintestat al causant.

1.2. Tipus de parentiu

El parentiu ho pot ser per consanguinitat, adopció o afinitat. En sentit estricte, el parentiu va lligat a la consanguinitat, és a dir, al vincle de sang perquè les persones baixen les unes de les altres per naturalesa (pares, fills, néts, etc.) o tenen un avantpassat comú (germans, oncles, nebots). El parentiu adoptiu és el que resulta de l'adopció i la subsegüent integració de l'adoptat a la família adoptiva; avui en dia gaudeix dels mateixos efectes que el parentiu per consanguinitat, ja que com diu l'art. 235-47.1, "l'adopció origina relacions de

parentiu entre l'adoptant i la seva família i l'adoptat i els seus descendents, i produeix els mateixos efectes que la filiació per naturalesa”.

El parentiu per consanguinitat –incloent-hi el derivat de l'adopció– pot ser en línia directa o en línia col·lateral. D'acord amb l'art. 441-3.2, “la línia és directa si les persones descendeixen una de l'altra”, com la que uneix pares, fills o néts; aquesta, al seu torn, pot ser descendent i ascendent. “La descendent uneix al progenitor amb els qui en descendeixen. L'ascendent uneix una persona amb aquelles de les quals descendeix”, acaba assenyalant aquest precepte. Quant a la línia col·lateral, és quan “les persones no descendeixen l'una de l'altra però vénen d'un tronc comú” (art. 441-3.3), com passa entre germans o cosins.

1.3. El parentiu per afinitat

El parentiu per afinitat és la relació que es crea entre el marit i els parents consanguinis de la dona i entre aquesta i els parents consanguinis del marit; així, aquests són els cunyats, els sogres, el gendre i la nora. Tot i ser un parentiu lligat al matrimoni, la seva subsistència depèn de la del matrimoni que el fonamenta, de manera que s'extingeix amb la dissolució del matrimoni. I no hi ha cap parentiu entre afins (els consogres, per exemple). La convivència en parella estable no crea parentiu per afinitat amb els parents consanguinis del convivent.

Ocasionalment aquest parentiu és contemplat pel Codi Civil de Catalunya per a determinats efectes:

a) Es prohibeix adoptar als parents en segon grau de la línia col·lateral per afinitat, mentre dura el matrimoni que origina aquest parentiu (art. 235-31.2.c), mentre que els orfes que són parents dins del quart grau de consanguinitat o afinitat són adoptables, encara que no es trobin en situació d'acolliment preadoptiu (art. 235-32.b).

b) Legitimació per sol·licitar l'adopció de mesures de protecció dels fills en potestat els parents per afinitat d'aquests fins al segon grau (art. 236-3.2).

c) Són inhàbils per intervenir com a testimonis en l'atorgament d'un testament els parents per afinitat dels hereus instituïts o els legataris designats i del notari que autoritza el testament (art. 421-11.2.e), així com per intervenir en condició de facultatiu, intèrpret o expert (art. 421-11.3).

d) Són inhàbils per succeir els parents per afinitat dins del segon grau del notari que autoritza el testament (art. 412-5.1.a).

e) Els parents per afinitat poden atorgar pactes successoris amb la mateixa extensió que els parents per consanguinitat (art. 431-2.c).

f) Determina el conflicte d'interessos en l'adopció d'acords d'una persona jurídica el parentiu en segon grau de la línia col·lateral per afinitat (art. 312-9.3.a).

El parentiu per afinitat no constitueix impediment per constituir una parella estable, segons resulta de l'article 234-2.b). Aquests supòsits demostren que, generalment, el parentiu per afinitat es contempla amb menys extensió que el parentiu per consanguinitat, de manera que les causes d'inhabilitat es queden en el segon grau mentre que si hi ha consanguinitat arriben fins al quart grau. En definitiva, encara que l'ordenament jurídic reconegui certs efectes jurídics al parentiu per afinitat, habitualment prohibitius, sempre és amb menys extensió que als parents per consanguinitat. En canvi, per als efectes positius, el tracte és equivalent, i així la legitimació per atorgar pactes successoris s'equipara entre una i altra classe de parents o l'adaptabilitat dels menors d'edat.

Com a colofó, cal destacar que els cònjuges no són parents, ni tan sols per afinitat, encara que certament són l'origen del parentiu que unirà els seus descendents i les seves estirps de descendents.

1.4. Càmput del parentiu

En atenció al que s'ha dit fins ara, la determinació de la proximitat del parentiu té una gran rellevància, ja que a partir d'un determinat grau cessen algunes prohibicions i inhabilitats lligades al parentiu. La proximitat del parentiu es mesura pel grau. "La proximitat del parentiu es determina pel nombre de generacions. Cada generació forma un grau", assenyala l'art. 441-3.1. El càmput és peculiar per a la línia directa i per a la línia col·lateral. Indica l'art. 441-4.1 que "en la línia directa es computen els graus pel nombre de generacions, descomptant la del progenitor"; de manera que entre pares i fills hi ha un grau, entre avis i néts dos graus, etc. Per la seva part, "en la línia col·lateral es computen els graus sumant les generacions de cada branca que surt del tronc comú", i per aquest motiu entre oncle i nebot hi ha tres graus i entre cosins quatre. Els mateixos criteris s'apliquen al parentiu per afinitat analògicament, a falta de disposició específica, i per això, per exemple, entre cunyats hi haurà dos graus de parentiu.

2. Els aliments d'origen familiar

2.1. Concepte i fonament

Els vincles familiars posen l'accent en les necessitats vitals dels membres de la família. Es tracta d'un vertader mandat legal. En aquest sentit, es parla de *dret d'aliments* des de la perspectiva de qui no té mitjans propis per satisfer les necessitats, bé sigui l'alimentista o bé l'alimentat, i *l'obligació d'aliments* des de la perspectiva de qui està obligat per la llei a proporcionar aquests aliments necessaris per a la vida (l'alimentant). La regulació dels aliments entre parents es troba a l'art. 237-1, a més de la regulació específica de certes institucions de dret de la persona, de família i de successions i en institucions familiars. D'altra banda, s'ha de tenir en compte que Espanya es constitueix en Estat social de Dret (vegin els arts. 41, 49 i 50 CE, específicament), en virtut del qual les administracions públiques desenvolupen una sèrie de polítiques i ofereixen una sèrie de prestacions encaminades, igualment, a la satisfacció de les necessitats vitals de les persones; així, es

troben les prestacions per desocupació, la renda mínima d'inserció, l'assistència sanitària pública i gratuïta, entre altres figures. Les polítiques públiques de benestar social no suprimeixen ni rebaixen el paper dels aliments entre parents, sinó que existeix una perfecta relació de compatibilitat i de complementarietat. És cert que existeix un mandat legal perquè les administracions públiques portin a la pràctica l'Estat social i, en conseqüència, posin a disposició dels ciutadans que ho requereixin una sèrie de prestacions socials públiques, però el cert és que les prestacions públiques que atenen les necessitats més vitals dels ciutadans són subsidiàries dels aliments d'origen familiar. Aquestes necessitats han de cobrir-se, en primer lloc, dins de la família. Només quan no hi ha família o la família no pot assumir el cost d'aquestes necessitats és quan s'ha de recórrer a l'Estat. Es per aquesta raó que, com veurem, es legitima a les entitats públiques a reclamar el que s'ha abonat en concepte d'aliments dels parents obligats a fer-ho com es mostra a l'art. 237-11.

Tenint en compte això, l'obligació d'aliments entre parents és una obligació de caràcter legal. És la llei que la imposa, i per això si els familiars no atenen les necessitats bàsiques voluntàriament, el familiar necessitat podrà exigir judicialment el compliment de l'obligació. Aquest caràcter legal no és obstacle a la possibilitat de pacte entre els interessats, com resulta de l'article 233-2.b), que assenyala els aliments com a contingut del conveni regulador que proposen els cònjuges en el divorci de mutu acord.

És necessari distingir des del principi el que són els aliments familiars en abstracte de la concreta prestació alimentària que es té dret a percebre. Els aliments familiars en abstracte, tant si es contempen des de la posició jurídica de l'alimentant –obligació d'aliments– com des de la de l'alimentista –el dret d'aliments–, presenten una sèrie de característiques que deriven del seu caràcter familiar i personal que els atorguen un règim jurídic peculiar. Les concretes prestacions alimentàries o, si es prefereix, els deutes d'aliments que han de pagar-se, constitueixen un dret de crèdit ordinari que manca de les característiques definitòries dels aliments familiars en abstracte i que, en conseqüència, es regeixen pel dret d'obligacions general.

2.2. Característiques

Els aliments entre parents, a més del seu caràcter legal, presenten les següents característiques:

a) Personalitat. Els aliments van lligats a la persona i a la reunió de determinades qualitats personals, la principal d'elles la de ser membre de la família en un determinat grau de parentiu, així com el compliment dels altres pressupòsits que seguidament s'analitzaran.

b) Indisponibilitat, irrenunciabilitat, incompensabilitat i inembargabilitat. Són la conseqüència immediata del caràcter personal dels aliments familiars. La seva vinculació a la persona fa que no es puguin transmetre ni disposar de cap altra manera, que no puguin renunciar ni compensar-se amb altres crèdits o deutes i que no siguin embargables per deutes de l'alimentista, ni tampoc ser objecte de transacció. Contràriament, els concrets i específics deutes alimentaris –les pensions ja meritades– constitueixen un crèdit ordinari que pot ser objecte de trànsit jurídic com qualsevol altre dret de crèdit (art. 237-12) i que prescriuen en el termini de tres anys (art. 121-21.a).

c) Reciprocitat. Si el fonament dels aliments és la relació familiar que hi ha entre alimentant i alimentista, l'obligació alimentària és susceptible de constituir-se entre qualsevol membre de la família al qual li concorre la situació de necessitat que fa néixer l'obligació d'aliments. Tots els membres de la família contemplats en l'art. 237-2 són potencials alimentants o alimentistes.

d) Relativitat. Els aliments familiars no tenen una quantia predeterminada, sinó que aquesta depèn, alhora, de les circumstàncies de l'alimentista i de les possibilitats econòmiques de l'alimentant (art. 237-9). No es tracta, per això, d'una quantitat fixa, sinó que s'ha de calcular cas per cas en atenció a les específiques particularitats. Això no és un obstacle perquè es proposin taules orientadores que facilitin la tasca als operadors jurídics i que es poden trobar fàcilment a Internet. Es tracta de meres orientacions sense cap altre valor que

el d'informar estadísticament, i que evidentment no vinculen a les autoritats judicials.

e) Variabilitat. Una vegada fixada la quantia de la pensió d'aliments, aquesta no es mostra immutable, sinó que contràriament pot i ha d'acomodar-se a les circumstàncies personals de l'alimentant i de l'alimentista, alterant aquesta quantia en funció de si augmenten les necessitats o si disminueix la capacitat econòmica de qui està obligat al pagament.

f) Mancomunitat. Si la quantia dels aliments depèn de la capacitat econòmica de l'obligat i tots els familiars, de la manera que després es veurà, i són per tant potencials alimentistes, és lògic que la responsabilitat dels obligats al pagament sigui mancomunada i no solidària, repartint-se l'esforç econòmic entre tots ells en proporció a la seva capacitat; el contrari, la solidaritat de l'obligació, és a dir, la imposició de "la prestació completa a una persona de les obligades durant el temps que calgui" i que "aquesta persona pot reclamar a cadascuna de les altres persones obligades la part que els correspongui amb els interessos legals", és una situació excepcional que el jutge només pot acordar temporal i excepcionalment (art. 237-7).

2.3. Persones obligades a prestar-se aliments i la prelación entre aquestes

Segons l'art. 237-2, "els cònjuges, descendents, ascendents i germans estan obligats a prestar-se aliments". Per tant, l'obligació d'aliments no afecta qualsevol familiar, sinó només a aquells el parentiu dels quals és més pròxim, així com els cònjuges. Com s'ha dit abans, aquestes concretes persones estan recíprocament obligades a prestar-se aliments quan concorre el supòsit de fet que provoca el naixement del dret d'aliments.

Assenyala l'art. 237-2.2 que "Els deures d'assistència entre cònjuges i entre els progenitors i llurs fills es regulen per llurs disposicions específiques i, subsidiàriament, pel que estableix aquest capítol". És per això que, pel que fa als cònjuges, mentre es manté el vincle, estan obligats a prestar-se socors

mútuament (art. 231-2.1). En aquest deure de prestar-se socors mútuament s'enquadren els aliments entre cònjuges, i només supletòriament s'apliquen les normes dels aliments d'origen familiar segons l'art. 237-14. Trencat el matrimoni, l'obligació d'aliments adquireix protagonisme, sota la forma de la prestació alimentària (art. 233-1.1.d) en conveni regulador, 233-4 en sentència si el procés és contenciós). Si es tracta de convivents en parella estable, es pot establir una prestació alimentària conforme a l'art. 234-10. Per als descendents no hi ha límit de grau. Quan es tracta dels aliments entre pares i fills, els aliments s'emmarquen en la potestat d'aquells (art. 236-17.1: aliments en el sentit més ampli), aplicant-se la regulació dels aliments d'origen familiar supletòriament conforme a l'art. 237-14. Tampoc hi ha limitació de grau en els ascendents que poden resultar obligats a prestar aliments.

S'ha d'assenyalar una excepció a la reciprocitat dels aliments entre pares i fills en aquells supòsits en què la filiació només produeix efectes limitats. En aquests casos, no opera la reciprocitat dels aliments, sinó que únicament el progenitor està obligat a prestar aliments al fill si aquest els necessita. En efecte, l'art. 235.14.2 estableix que la filiació no produeix cap efecte a favor del progenitor i que aquest, en canvi sempre està obligat a prestar-li aliments. Passa el mateix en el supòsit de l'art. 235-12.2 quan el fill s'oposa al reconeixement de la filiació.

Finalment, hi ha els germans, sense distingir segons si són per naturalesa o adoptius, germans bilaterals o només per part de pare o mare. Indica l'apartat 3 d'aquest art. 237-2 que "els germans majors d'edat i no discapacitats només tenen dret als aliments necessaris per a la vida". Si abans hem esmentat els aliments en el seu sentit més ampli, ara ens apareixen els aliments necessaris per a la vida, el contingut del qual es pot deduir, ja que és menor, com explicarem seguidament.

En conclusió, l'obligació d'aliments només arriba fins als parents en línia directa, al cònjuge i en la línia col·lateral únicament als germans. La resta de parents no estan afectats, amb independència de la relació personal més o menys pròxima que mantinguin.

Amb tot, adverteix l'art. 237-3 que “estan exemptes de prestar aliments entre parents les persones que tenen reconeguda la condició de discapacitades, excepte en el cas que previsiblement llurs possibilitats excedeixin llurs necessitats futures, tenint en compte llur grau de discapacitació”. La discapacitat reconeguda legalment exclou de l'obligació de prestar aliments, tret que la seva situació econòmica i les característiques de la seva discapacitat permetin una situació prou còmoda com per tenir cobertes les seves previsibles necessitats futures.

Estableix l'art. 237-6 un ordre de prelación per a reclamar aliments, de manera que no han de prestar-los tots al mateix temps, sinó que s'ha de seguir el següent ordre:

1º) Al cònjuge, mentre es manté el vincle, ja que una de les causes d'extinció de l'obligació d'aliments és el divorci i la declaració de nul·litat del matrimoni (art. 237-13.1.b); en el cas de separació, l'article 233-1.1.d) permet al jutge fixar aliments provisionals per a un dels cònjuges, però no els contempen ni el conveni regulador (art. 233-2) ni les mesures definitives acordades per l'autoritat judicial (art. 233-4.2), amb la qual cosa en cas de separació tampoc hi haurà aliments entre cònjuges, tret que així ho pactin els interessats en ús de l'autonomia de la voluntat que els reconeix el CCCat.

2º) Als descendents, segons l'ordre de proximitat en el grau, de manera que primer s'exigirà als fills, i en el seu defecte als néts;

3º) Als ascendents, també segons l'ordre de proximitat en el grau;

4º) Als germans, encara que, com es veurà, en aquest cas la quantia dels aliments és menor (aliments necessaris per a la vida).

Per tant, l'obligació d'aliments no arriba als parents per afinitat ni als parents per consanguinitat més llunyans en el grau.

Ara bé, si els recursos de les persones obligades en primer terme no són suficients per a la prestació d'aliments que necessita l'alimentant, a la mateixa reclamació es pot reclamar als parents de grau posterior perquè completin la quantia. En cas de pluralitat d'obligats, com ja s'ha dit, l'obligació és mancomunada, i només excepcionalment el jutge pot, en atenció a les circumstàncies del cas, imposar tota la prestació a un dels obligats amb caràcter temporal. Entre els obligats a la prestació d'aliments no s'enumera el convivent de fet. En particular, els fills d'un convivent, extingida la parella estable, no tenen pretensió d'aliments contra l'altre convivent.

Així ho va establir la STSJC 23.2.2006 vigent el Codi de Família: "no puede acogerse la alegación de la recurrente según la cual la obligación de prestar alimentos al hijo no común (art. 4.2 CF) nace del matrimonio (convivencia) y de la necesidad del menor alimentista, pero no se extingue por la ruptura de la convivencia matrimonial, mientras subsista la necesidad del hijastro, ya que el art. 76.3.c) del Codi de Família no lo prevé expresamente. Por lo pronto, la recurrente no explica por qué razón no deban extenderse también estos efectos a los demás parientes no comunes que convivan con el matrimonio, puesto que el tratamiento legal es el mismo que el que se da para los hijos no comunes (art. 4.2 CF). Por otra parte, resulta claro que si el art. 76.3.c) del Codi de Família se interpretase en el sentido que propugna la recurrente, carecería de sentido la condición de convivencia impuesta en el art. 4.2 del mismo , máxime cuando éste no expresa ni el momento en que debiera haber surgido la misma ni tampoco la duración exigible, lo tampoco precisa en cuanto a la necesidad del alimentista. La consecuencia es que sólo pueden tener la consideración de "despesas familiares" las dispensadas en la alimentación de los hijos y demás parientes no comunes mientras convivan con el marido y la mujer y, además, mientras lo necesiten".

2.4. Pressupòsits dels aliments d'origen familiar

Perquè neixi l'obligació d'aliments és necessari que concorrin una sèrie de circumstàncies. La primera és que hi hagi una relació familiar o conjugal

entre l'alimentant i l'alimentista. La segona és la situació de necessitat de l'alimentista.

Al respecte de la situació de necessitat, assenyala el següent l'art. 237-4: "Té dret a reclamar aliments només la persona que els necessita o, si escau, el seu representant legal i l'entitat pública o privada que l'aculli, sempre que la necessitat no derivi d'una causa que li sigui imputable, mentre la causa subsisteixi". La necessitat es presumeix per a tots els menors d'edat, que no han d'acreditar-la ("necesidad de los hijos de recibir no sólo el apoyo afectivo de sus progenitores, sino también el material o económico, al no poder procurarse por sí mismos los medios necesarios para su subsistencia" és una frase habitual de la jurisprudència menor, com es troba per exemple a la SAP Barcelona, sec. 12, 14.9.2011). És per això que s'afirma que, "De ordinario, la solicitud de alimentos debe ir acompañada de la justificación de los gastos del menor, pero puede establecerse un coste mínimo para la cobertura de los gastos del menor que no precisan justificación" (SAP Barcelona, sec. 18, 19.12.2011).

Per la resta de familiars, la necessitat requereix prova. El simple fet d'obtenir una remuneració salarial no és obstacle a la reclamació d'aliments si amb els ingressos que s'obtenen no s'arriben a satisfer les necessitats legalment previstes (SsTSJC 3.11.2003, 8.5.2008).

Si hi concorren aquests dos pressupòsits, la persona necessitada té legitimació per a reclamar la prestació alimentària. Però, a més, d'acord amb aquest art. 237-4, també gaudeixen de legitimació el representant legal de l'alimentista i l'entitat pública o privada que l'aculli. El representant legal es refereix tant al progenitor que ostenta la potestat i que reclama en nom del fill davant de l'altre progenitor com al tutor, l'obligació del qual és procurar aliments al tutelat (art. 222-35.1) sense haver de prestar-los ell del seu propi patrimoni. La legitimació de l'entitat pública o privada que té acollit a la persona necessitada pressuposa que hi ha algú obligat a prestar els aliments i que, per qualsevol raó, la persona necessitada no els reclama; és una legitimació per

subrogació, que es complementa amb l'acció de repetició de l'art. 237-11 pels aliments ja prestats per l'entitat.

2.5. Tipologies dels aliments

2.5.1. Aliments institucionals i aliments autònoms

Una distinció a la qual ja ens hem referit i que és freqüent en la jurisprudència (per exemple, STSJC 16.3.2006; SAP Barcelona, sec. 12, 22.9.2011, sec. 18, 16.12.2011; Girona 16.7.2010; Lleida 17.9.2009) és la que s'estableix als aliments institucionals i els aliments autònoms. Els primers s'emmarquen en una institució del dret de família, com el matrimoni o la potestat parental. Es regeixen en primer lloc per la regulació pròpia de la institució en qüestió i, supletòriament, s'apliquen les normes dels aliments d'origen familiar de l'art. 237-1 així com els arts. 237-2.2 i 237-14. Els aliments autònoms són els que troben el seu fonament únicament en el vincle familiar, sense la cobertura d'una determinada institució del nucli de família.

2.5.2. Aliments amplis o civils i aliments naturals o necessaris per a la vida

Aquesta segona distinció es refereix a l'extensió del contingut de l'obligació d'aliments. Els aliments amplis o civils són els que es deuen recíprocament els cònjuges, descendents i ascendents. Els aliments necessaris per a la vida, que són els que normalment es deuen els germans majors d'edat i no discapacitats, són més limitats en el seu contingut (art. 237-2.3). La STSJC 8.5.2008, fent seva la sentència de l'AP Barcelona recorreguda, afirma que aquests comprenen "aquello que es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y gastos de formación en determinados supuestos, configurando así un concepto de alimentos en sentido estricto o limitado a lo indispensable, a diferencia del concepto de alimentos para los hijos menores que se entienden en sentido amplio y no sólo para cubrir las necesidades alimenticias en lo que resulta indispensable."

2.5.3. Aliments convencionals

A més dels aliments d'origen familiar legals, que són els que en virtut del parentiu i de la necessitat els familiars poden exigir dels altres per disposició legal, existeixen els aliments voluntaris o convencionals, que neixen de l'acord de voluntats entre els interessats i que, en conseqüència, es regeixen pels pactes als que hagin arribat. En aquesta categoria entren els aliments amb origen als pactes en previsió de ruptura conjugal (art. 231-30 i 233-5) o de la parella estable (art. 234-5), els establerts en disposició per causa de mort (el llegat d'aliments, art. 427-30), o els establerts en l'acolliment de persones grans (art. 2.1 de la Llei 22/2000, de 29 de desembre).

2.6. Contingut de l'obligació d'aliments

Ja s'ha dit que els aliments tenen el seu fonament en l'atenció a les necessitats vitals de la persona. Per tant, és lògic que l'art. 237-1 assenyali que els aliments comprenen tot allò que és necessari per a una vida digna: "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". De manera més abreujada, encara que obviant les despeses funeràries, la SAP Barcelona, sec. 18, el 3.3.2011 ha dit que "dentro del concepto " alimentos" se incluye todo lo indispensable para la alimentación, habitación, vestido, asistencia médica y formación".

Encara que cobreix conceptes tan variats, l'obligació d'aliments entre parents té naturalesa pecuniària, és a dir, es tradueix en una pensió periòdica pecuniària, en una quantitat de diners, i es pot satisfer almenys parcialment la prestació en forma de servei (art. 237-16).

La jurisprudència distingeix els aliments i les despeses extraordinàries. Respecte d'això, és oportú citar la SAP Barcelona, sec. 18, 27.3.2012: "los

gastos de material escolar y académico que se integran en el contenido de los alimentos. Asimismo, procede regular el sistema de las actividades extraescolares o complementarias. En esta materia esta Sala ha reiterado que los gastos extraordinarios son aquellos que exceden de la naturaleza de gasto ordinario y sean necesarios, imprescindibles, imprevistos en ese momento, no periódicos y necesarios o conocidos, así como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada. Estos gastos, cuando concurren, deben ser satisfechos por mitad por ambos progenitores, mientras que las actividades extraescolares, que no participan de los caracteres de gastos ordinarios, ya definidos, deberán ser satisfechos en un cincuenta por ciento por cada uno de los padres en caso de que no se pacte otro porcentaje, siempre que conste acuerdo sobre su realización, resolviendo la Autoridad judicial, en caso de discrepancia sobre la necesidad o conveniencia de los mismos, sin ulterior recurso". Són dos, doncs, les característiques definitòries de les despeses extraordinàries: la necessitat i la imprevisibilitat. Totes les despeses escolars, doncs, encara que es tracti d'activitats complementàries a les merament acadèmiques, no constitueixen despeses extraordinàries.

L'art. 237-1 resol també un supòsit freqüent de disputa com és el dels aliments dels fills majors d'edat. El precepte deixa clar que el mer fet d'aconseguir la majoria d'edat no extingeix l'obligació d'aliments, ni tan sols pel que fa a la formació. Així, per exemple, la SAP Barcelona, sec. 12, 23.3.2012, adverteix que "La extinció de la prestació alimentícia establida en benefici de la hija común, (...) requiere que haya desaparecido la situación de necesidad por parte de la misma y que los obligados a soportar la carga alimenticia no tengan posibilidades de obtención de ingresos presentes o futuros. Tal obligación natural, que también la tienen los hijos respecto de los padres, perdura respecto a los descendientes durante la minoría de edad con carácter absoluto, y a partir de la mayoría de edad, mientras los hijos continúen su proceso formativo y no hayan alcanzado la independencia económica por causa que no les sea imputable". Ara bé, ha de mantenir-se la situació de necessitat i, en particular, el menor ha de continuar amb el seu procés formatiu, i tot això per una causa que no sigui imputable al mateix alimentista, i d'aquí que l'art. 237-1 exigeixi un rendiment regular per conservar el dret als aliments,

és a dir, aprofitament als estudis. Com diu la SAP Barcelona, sec. 18, 24.3.2011, “se trata de un precepto aplicable a aquellos casos en que no habiéndose alcanzado la independencia económica y la emancipación propiamente dicha del núcleo familiar, el hijo continúe en el domicilio familiar finalizando la formación que le facilitará entrar en el mercado laboral”. Per això, l'abandonament dels estudis per ingressar al mercat laboral (SAP Girona 24.1.2012, SAP Barcelona, sec. 18, 31.5.2011: “la hija mayor se halla todavía estudiando en la Universidad y ha acreditado que padece determinados trastornos psicológicos que le han dificultado la normal evolución en sus estudios, sin ser incapacitantes, pero también se ha acreditado que ello no le ha impedido un acceso al mercado laboral continuado, de tal manera que la formación se ha visto interrumpida por dicho acceso al mercado laboral y reemprendida con posterioridad”) o la vida independent encara que es provi alguna activitat com a estudiant (SAP Tarragona 2.3.2012: “acreditado que la ocupación de un piso por la hija no se ajusta a la realidad de una vida dependiente del sustento de sus padres, pues ni la entidad de los estudios ni su realización en la Universidad a distancia catalana lo requiere, se impone considerar acreditado que la hija se ha incorporado al mundo laboral con la intensidad suficiente para poder vivir con independencia, por lo que se impone la supresión de su pensión de alimentos”) són causes extintives dels aliments. Qui no estudia ni treballa només pot aspirar als aliments necessaris per a la vida, però no als aliments generals d'origen familiar (STSJC 4.7.2006).

Finalment, s'ha de fer referència als aliments naturals o necessaris per a la vida, que es restringeixen a tot el que és indispensable per a la subsistència, i per això no inclouen les despeses d'educació i formació.

2.7. Quantia dels aliments

El càlcul de la quantia dels aliments depèn del doble paràmetre que indica l'art. 237-9: per una banda, les necessitats de l'alimentista, i, per l'altra, la capacitat econòmica de l'alimentant. Així, estableix aquest article: “La quantia dels aliments es determina en proporció a les necessitats de l'alimentat i als mitjans econòmics i a les possibilitats de la persona o les persones obligades a

prestar-los". Tots dos paràmetres han de coexistir, i suposen que la fixació de la quantia dels aliments es pot fer cas per cas analitzant les circumstàncies concretes. Com diu la STSJC 20.12.2010, "la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de los alimentistas y los medios económicos y posibilidades de las personas obligadas a prestarlos, proporcionalidad que debe considerar el binomio "necesidad" de quien ha de recibirlos y "posibilidad" de quien deba satisfacerlos, por lo cual, en cada caso concreto se habrán de ponderar ambos factores teniendo en cuenta, por lo que afecta al obligado, a los recursos propios, sus posibilidades, medios económicos e incluso las rentas y su patrimonio".

Per tant, pertoca a l'alimentista provar la seva necessitat i, més en concret, les despeses que requereix el seu manteniment dins dels conceptes de l'art. 237-1, i per això haurà d'aportar evidències sobre el seu estat de salut, les seves necessitats de formació, que és major d'edat i que no ha acabat per una causa que li sigui imputable, la seva edat, la seva absència de recursos i el motiu d'aquest fet, etc. L'alimentista ha d'acreditar les seves necessitats pròpies, sense que pugui al·legar les necessitats de les persones que depenguin d'aquest, que hauran de reclamar els seus aliments de qui hagi de prestar-los-hi.

Per la seva part, l'alimentant haurà de provar la seva situació econòmica, i no únicament el nivell de renda disponible, sinó també el seu patrimoni, podent invocar les seves pròpies necessitats, tant les personals com les del cònjuge o convivent i els fills en potestat. En relació amb els fills menors d'edat, per molt greu que sigui la situació econòmica de l'alimentant, difícilment serà eximit de pagar una prestació d'aliments, i en aquest cas la jurisprudència al·ludeix a un "mínim vital" que ha d'assegurar el progenitor als seus fills, encara que sigui per mitjà de pensions de molt reduïda quantia (SAP Barcelona, sec. 12, 12.12.2001 o 20.3.2012: pensió de 150 euros; id, 26.1.2012: 100 euros en un supòsit de progenitor complint condemna a presó; sec. 18, 20.12.2011: 140 euros). D'altra banda l'ús de l'habitatge conjugal o familiar, ja que suposa la satisfacció d'una necessitat vital com és la d'habitatge, en els casos de crisi matrimonial, forma part de la prestació

d'aliments, de manera que el valor de l'ús s'ha de tenir en compte en el moment de fixar la quantia de la prestació, deduïnt-lo (art. 233-20.7 i 234-8.1 i 4).

Com es dedueix de les resolucions citades, les parts poden posar-se d'acord en la quantia de la prestació alimentària, però si no ho fan, serà el jutge qui ho decideixi després d'analitzar els detalls del cas en qüestió. Els aliments constitueixen un deute de valor. Per aquest raó, l'art. 237-9 permet establir clàusules d'estabilització, habitualment connectades a les variacions de l'índex de preus al consum (IPC), perquè de manera automàtica la prestació s'adeqüi a les variacions del cost de la vida.

Dues qüestions d'indubtable interès pràctic són les relatives a la possible caducitat de l'actualització de les prestacions alimentàries si no es procedeix a la seva aplicació efectiva i la de quan ha d'operar l'actualització. Quant a la primera, la jurisprudència menor entén que l'actualització no caduca ni prescriu encara que no s'exerciti, sense perjudici que puguin prescriure les prestacions no reclamades i que no sigui admissible reclamar amb caràcter retroactiu l'import de les actualitzacions no practicades. Així, ho mostra l'AAP Barcelona, sec. 12, 1.4.2008: “[les] actualizaciones operan de forma automática al estar previsto en el título ejecutivo, es decir en la sentencia, el sistema de revalorización, de forma que la obligación va surgiendo conforme trascurren los plazos fijados para su actualización, no prescribiendo el derecho a la actualización pero sí las cantidades actualizadas”; o AAP Lleida 17.4.2009: “Una cosa es la caducidad de la acción para reclamar las sumas adeudadas y otra bien distinta los incrementos derivados de la actualización, para los que no resulta exigible requerimiento formal, pudiendo revisarse en vía ejecutiva con arreglo al índice previsto en la sentencia, y con inclusión del total actualizado (año tras año) desde la fecha en que quedó fijado el importe de la pensión”.

Quant al moment en què ha d'operar l'actualització, no hi ha una posició unànime. L'AAP Girona 8.6.2009 indica que ha de realitzar-se “a partir de la primera anualidad de pago y sucesivamente año tras año.”; l'AAP Barcelona, sec. 12, 31.5.2005, per la seva banda, entén que “la revalorización debe

realizarse desde la fecha de la sentencia, momento en el que comienzan a producirse los efectos en ella acordados”.

En atenció a la variabilitat de l'obligació d'aliments, la quantia de la pensió és susceptible de modificació. La modificació pot ser deguda al fet que augmentin o disminueixin les necessitats de l'alimentista, o al fet que minvi la capacitat econòmica de l'alimentant. L'apartat segon de l'art. 237-9 conté una novetat legislativa, introduïda en el tràmit parlamentari, que disposa que “l'alimentat ha de comunicar a l'alimentant les modificacions de circumstàncies que determinin la reducció o la supressió dels aliments tan aviat com es produeixin”. S'imposa una càrrega a l'alimentista, de manera que és ell qui ha de comunicar amb la màxima brevetat tot canvi en la seva situació de necessitat que suposi la reducció o fins i tot l'extinció de la prestació alimentària, sobre la base que en la pràctica a l'alimentant pot resultar-li difícil conèixer la situació de l'alimentista si no conviu amb ell i no manté més relació que el pagament de la prestació.

El que no resol la norma és què passa si l'alimentista no compleix la càrrega i no comunica a l'alimentant la mutació de les seves necessitats. Si es parteix del fet que es tracta d'una càrrega, la seva infracció es converteix en una conseqüència negativa per a qui no l'observa, però quines han de ser aquestes conseqüències no s'enuncia. La imposició a l'alimentista de les costes del procés l'objecte del qual sigui la revisió o l'extinció de la pensió no havent comunicat el canvi de les seves circumstàncies pot constituir una d'aquestes conseqüències negatives, però el legislador n'hauria pogut especificar altres de més severes com la restitució de les pensions percebudes des del canvi de circumstàncies.

A més de la capacitat econòmica de cada cònjuge, en els supòsits en què la guarda és compartida pels dos progenitors, el temps de convivència dels fills amb cada progenitor és un criteri per fixar la quantia dels aliments. Així ho ha assenyalat la STSJC 5.9.2008: “las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse a través de la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación, además y en su caso,

habrá de tenerse en cuenta, la diferente capacidad económica que pueda existir entre los obligados a abonarla”. En aquests casos de guarda compartida, atès que, cada progenitor assumeix el manteniment dels fills mentre conviu amb ell i la pensió d'aliments equilibra l'esforç econòmic quan el temps de convivència amb cada un no és exactament idèntic, cosa que ara es recull en l'art. 233-10.3.

2.8. Naixement del dret als aliments

Una vegada coneixem quines necessitats cobreixen els aliments d'origen familiar i com es calcula la seva quantia, és necessari saber quan l'alimentista té dret a reclamar-los. “Hom té dret als aliments des que es necessiten, però no es poden demanar els anteriors a la data de la reclamació judicial o extrajudicial”, afirma l'art. 237-5.

Per tant, el dret als aliments neix amb la necessitat de l'alimentista, però la mera concurrència dels pressupòsits ja esmentats de la necessitat i l'existència de l'alimentant amb capacitat econòmica no són suficients; es requereix, a més, que els aliments es reclamin. La reclamació tant pot ser tant judicial com extrajudicial, però aquesta reclamació és un requisit d'exigibilitat de l'obligació d'aliments; la prestació alimentària només es deu des que es reclama, encara que la necessitat de l'alimentista sigui anterior, de manera que no es pot exigir el pagament de les necessitats anteriors a la reclamació (STSJC 6.11.2003 i 14.10.2009, aplicant el Codi de Família). Ara bé, si es paguen els aliments abans de la reclamació judicial o extrajudicial, el pagament és correcte i no dóna lloc a pagar l'indegut, ja que l'obligació ja existeix amb la necessitat de l'alimentista, encara que no sigui exigible més que després de la reclamació.

Com a excepció, sí que són reclamables els aliments anteriors a la reclamació judicial, quan es tracta dels aliments deguts als fills menors i el retard no és imputable. Així ho estableix l'apartat segon de l'art. 237-5: “En el cas dels aliments als fills menors, es poden demanar els anteriors a la reclamació judicial o extrajudicial, fins a un període màxim d'un any, si la

reclamació no es va fer per una causa imputable a la persona obligada a prestar-los". Segons el preàmbul de la Llei 25/2010, aquesta norma té una "finalitat essencialment protectora i de lluita contra la xacra de la violència familiar o masclista", i va facilitar com a exemple de la causa imputable a la persona obligada a prestar-los "els casos de maltractaments a la persona que havia de reclamar-los", en què la persona maltractada necessita el transcurs d'un cert període de temps per superar la seva situació personal resultant dels maltractaments per exercitar el seu dret als aliments.

La STSJC 14.10.2009 recorda, i va citar la seva sentència de l'6.11.2003, que quan s'han sol·licitat i atorgat mesures provisionals per atendre els aliments durant el procés, la sentència posterior que posa fi al procés matrimonial substitueix les mesures provisionals adoptades amb anterioritat (art. 774.3 i 4 LEC), i per això els seus efectes són *ex nunc*, és a dir, des de la data de la fermesa de la sentència, ja que els aliments del període anterior durant la tramitació del procés ja han estat satisfets precisament amb les mesures provisionals adoptades. Això té la seva repercussió a efectes de la reducció de la pensió alimentària, que no hi cabrà ni retrotreure a la data de la demanda si la reducció sol·licitada és estimada.

2.9. El compliment de l'obligació d'aliments

La prestació alimentària suposa una obligació dinerària de caràcter periòdic en forma de pensió. Així ho disposa l'art. 237-10: "L'obligació d'aliments s'ha de complir en diners". Ha de pagar-se per mesos avançats, i si l'alimentista mor després d'haver cobrat una pensió, els seus hereus no han de tornar la pensió corresponent al mes en què ha tingut lloc la mort.

L'obligació d'aliments ha de complir-se en els estrictes termes establerts en la sentència, tret que alimentant i alimentista pactin una altra cosa, per la qual cosa qualsevol altre pagament realitzat per l'alimentant ha anat sent considerat per la jurisprudència menor com una mera liberalitat (SAP Barcelona, sec. 12, 16.1.2012; AAP Barcelona, sec. 18, 18.10.2011; AAP Tarragona, 14.6.2011). La previsió legal del pagament per mesos respon al

criteri habitual dels nostres tribunals, que solen calcular les necessitats anuals i prorratejar-les en pensions mensuals mitjançant la seva divisió per dotze mesos.

Per tant, no hi cap el pagament en espècie imposat per l'alimentant, excepte en un supòsit: "el deutor d'aliments pot optar per satisfer els aliments acollint i mantenint a casa seva la persona que té dret a rebre'ls, llevat que aquesta s'hi oposi per una causa raonable o que la convivència sigui inviable". Tècnicament, aquesta possibilitat es pot catalogar d'obligació facultativa, i permet suplir la pensió dinerària pel manteniment a la llar de l'alimentant. Però amb el límit que no hi hagi raó per oposar-s'hi o que la convivència sigui inviable; així, per exemple, si l'alimentant que no té concebuda la guarda en les mesures definitives pretén pagar la pensió acollint a casa seva el fill, o, en el cas de la SAP Barcelona, sec. 18, 25.10.2007, el fet que el fill havia marxat del domicili matern per un enfrontament amb la mare i la seva nova parella passant a viure amb l'àvia i la mare havia satisfet voluntàriament durant tres anys una pensió alimentària.

Continua dient l'art. 237-10-2, que si hi ha diverses persones obligades i hi ha més d'una que vol acollir a casa seva al creditor, el jutge ha de decidir quin l'acull després d'escoltar l'alimentat i als diferents obligats. Si el creditor d'aliments té plena capacitat d'obrar i més d'una persona vol acollir-lo a casa seva, ha de tenir en compte preferentment la voluntat del creditor. D'aquesta manera, si bé la voluntat de l'alimentista preval no obstant, no vincula el jutge, el qual pot adoptar una decisió diferent si ho considera oportú en atenció a les circumstàncies del cas.

L'autoritat judicial pot imposar garanties a l'alimentista que complirà la seva obligació, però no en el mateix moment d'establir la pensió, sinó que es requereix que hi hagi algun incompliment de l'alimentant. Així resulta de l'apartat tercer de l'art. 237-10: "L'autoritat judicial, tenint en compte les circumstàncies, pot adoptar les mesures necessàries per a assegurar el compliment de l'obligació de prestar aliments, si la persona obligada ha deixat de fer efectiu puntualment més d'un pagament". Cal, doncs, que s'hagi

incomplert el pagament de més d'una pensió, i tot i així la imposició de les garanties no és automàtica, sinó que queda a criteri del jutge en atenció a les circumstàncies concretes del cas. La llei no assenyala quina mena de garantia ha de constituir-se, per la qual cosa qualsevol que asseguri el pagament pot fer-ho, tant amb garanties personals -aval, per exemple- com reals -hipoteca- o amb l'embargament parcial del sou que percebi l'alimentant.

2.10. El compliment de l'obligació d'aliments per un tercer

Ja que l'obligació d'aliments no és personalíssima per a l'alimentant, cal el compliment de l'obligació per un tercer. En aquest cas, es faculta el tercer que ha pagat l'obligació d'aliments aliena perquè pugui repetir. No obstant, han de concórrer alguns pressupòsits, que es contenen a l'art. 237-11. El primer és que l'obligat a la prestació alimentària no hagi fet el pagament, cosa que suposa l'existència d'aquesta obligació d'aliments, ja sigui perquè s'ha acordat el pagament voluntàriament o perquè els aliments ja s'han reclamat judicial o extrajudicialment. El segon límit és quantitatiu, ja que es poden repetir "les pensions corresponents a l'any en curs i a l'any anterior, amb els interessos legals". Per això, es faculta al pagador amb l'objectiu de "subrogar-se de ple dret, fins a l'import assenyalat, en els drets que l'alimentat té contra la persona obligada a prestar-los". El tercer límit consisteix en que els aliments es donessin desinteressadament i sense ànim de reclamar-los, és a dir, que no es tracta d'un pagament per tercer, sinó de mera liberalitat del pagador; però aquesta liberalitat no es suposa, sinó que es presumeix el pagament amb la intenció de repetir-lo, pel que pesa sobre l'alimentant reclamat la càrrega de provar aquest ànim de liberalitat del pagador.

La legitimació passiva de la repetició competeix tant a l'alimentant com als seus hereus. La legitimació activa a qui hagi pagat, tant si és una persona física com una entitat pública o privada, conegui o no el pagament l'alimentant. D'acord amb l'apartat segon d'aquest art. 237-11, el tercer pagador i el Ministeri Fiscal poden instar de l'autoritat judicial les mesures que considerin pertinents per assegurar el reintegrament dels avançaments. Només cal acreditar que s'han pagat pensions alimentàries que corresponia satisfer a l'obligat. Amb

audiència de l'alimentista i de l'alimentant, el jutge pot adoptar a més les mesures que consideri pertinents per assegurar el pagament dels aliments futurs. Per tant, s'estableix una distinció quant al règim jurídic dels avançaments i de les pensions futures; per a aquestes, és possible l'adopció de garanties. Ha de tenir-se en compte també l'existència de fons públics que assegurin la percepció de les prestacions alimentàries. A Catalunya es va aprovar el Decret 123/2010, de 7 de setembre, del Fons de garantia de pensions i prestacions, mentre que a nivell estatal hi ha el Fons de Garantia del pagament d'aliments regulat pel reial Decret 1618/2007, de 7 de desembre.

2.11. L'extinció dels aliments

L'art. 237-13 enumera les causes d'extinció de l'obligació de prestar aliments. Són les següents:

a) La mort de l'alimentat o de la persona o persones obligades a prestar-los. La personalitat que caracteritza l'obligació d'aliments determina la seva extinció quan moren l'alimentat o l'alimentant. Aquesta extinció a la mort de l'alimentant suposa que l'obligació no es transmet als seus hereus, ni tampoc el dret d'aliments als hereus de l'alimentat. Si només mor algun dels alimentants, en atenció al caràcter mancomunat de l'obligació, no hi ha increment per als que no moren, sens perjudici que l'alimentista pugui reclamar un increment de la pensió si concorren els requisits abans explicats. Estableix l'art. 237-10 que, tenint en compte que les pensions es paguen per mesos avançats, els hereus de l'alimentat no han de tornar la pensió cobrada corresponent al mes en què ocorre la mort.

b) El divorci i la declaració de nul·litat del matrimoni. La dissolució del matrimoni extingeix els aliments que es deuen els cònjuges, però no la separació, ja que es manté el vincle. Si es compleixen els requisits legals podrà originar-se una prestació compensatòria, que ja no descansa en els aliments d'origen familiar sinó en el desequilibri que ocasiona el divorci o la declaració de nul·litat del matrimoni.

c) La reducció de les rendes i del patrimoni de les persones obligades, de manera que faci impossible el compliment de l'obligació sense desatendre les necessitats pròpies i les de les persones amb dret preferent d'aliments. Sabem que un dels pressupòsits del naixement de l'obligació d'aliments és la capacitat econòmica de qui està obligat a prestar-los, la disminució dels quals pot desembocar en una reducció de la quantia de la prestació. Doncs bé, si la reducció de la capacitat econòmica de l'alimentant és tan gran que ja no pot atendre les seves necessitats pròpies i les de les persones que tinguin un dret d'aliments preferent (per exemple, els fills o el cònjuge), el que passa és que s'extingeix l'obligació d'aliments.

d) La millora de les condicions de vida de l'alimentat, de manera que faci innecessària la prestació. Un altre pressupòsit dels aliments és la necessitat de l'alimentista, per la qual cosa la desaparició de la situació de necessitat com a conseqüència de la millora de les seves condicions de vida comporta l'extinció de l'obligació. De totes maneres, tractant-se dels aliments del fill major d'edat, l'extinció es pot acordar si ha completat la seva formació i es troba en condicions d'accedir al mercat laboral. Amb tot, algunes resolucions judicials han extingit la prestació d'aliments en base a la possibilitat de l'accés real al mercat laboral; així, per exemple, l'AAP Tarragona 22.2.2005 va argumentar que "dues persones graduades universitàriament, amb plena capacitat física i mental per treballar, no es troben ara per ara, dins d'una societat moderna i d'oportunitats, en una situació que es pugui definir de necessitat, que els pugui fer creditors a una prestació alimentària, el contrari seria afavorir una situació passiva de lluita per la vida"; no obstant, la realització de feines esporàdiques malgrat haver arribat amb escreix a la majoria d'edat (per exemple, SAP Barcelona, sec. 12, 27.5.2011, en un cas de fill de 26 anys) habitualment no serà suficient per decretar l'extinció.

e) El fet que l'alimentat, encara que no tingui la condició de legitimari, incorri en alguna de les causes de desheretament establertes per l'article 451-17. Les causes de desheretament estan regulades en l'art. 451-17 CCCat. D'acord amb l'apartat 2 d'aquest art. 237-13, aquesta causa d'extinció no s'aplica si hi ha

hagut reconciliació o perdó de la persona obligada pel fet que motiva de la causa de desheretament.

f) La privació de la potestat sobre la persona obligada, si l'alimentat és un dels progenitors. Es refereix al supòsit de la privació de la potestat en sentència, civil o penal, però si el progenitor recupera la potestat, en aquest cas podrà subsistir el dret a reclamar els aliments.

El CCCat no contempla la suspensió del compliment de l'obligació d'aliments, si es donés una circumstància temporal que impedís disposar de la capacitat econòmica o que alleugés la situació de necessitat, i encara que s'ha invocat, la jurisprudència menor es mostra reticent a aplicar-la (per exemple, SAP Barcelona, sec. 12, 21.12.2009, en un cas d'ingrés a la presó del progenitor alimentant). En la mesura que provoquen l'extinció d'un dret, les causes extintives de l'obligació d'aliments són taxades, les que enumera el precepte; en particular, com ja s'ha esmentat, la majoria d'edat de l'alimentant i la seva capacitat per desenvolupar un treball o una activitat remunerada no determina per si sola l'extinció de l'obligació d'aliments.

CAPÍTOL 10: LA FILIACIÓ

1. La filiació en el dret civil català: idees inicials

La filiació és la relació jurídica que s'estableix entre un o dos progenitors i el fill o filla com a conseqüència de la generació. Inicialment la relació jurídica partia de dades biològiques i genètiques: el fill o la filla descendeix no només biològicament –la gestació– sinó també genèticament –el material reproductor procedeix del progenitor– almenys de la mare. No obstant, els avenços mèdics i, en particular, les tècniques de reproducció humana assistida cal tornar a formular aquests conceptes tradicionalment assumits, ja que si bé la dada biològica de la gestació es manté –ja que sinó estaríem en els supòsits de filiació per adopció–, la dada genètica ja no és imprescindible. Amb això, la voluntat de convertir-se en progenitor ha guanyat preponderància en un sistema com el català que s'ha identificat pel principi de veracitat o de filiació real. En efecte, el dret civil català ha admès tradicionalment la lliure investigació de la paternitat i la maternitat mitjançant tota mena de proves, fent prevaldre la filiació real sobre la mera filiació formal. Però, com diem, les modernes tècniques de reproducció humana, en particular les tècniques heteròlogues – amb material genètic procedent de donant que no és progenitor– obliguen a matisar les concepcions jurídiques més assentades en matèria de filiació.

Això és degut a que són dos els grans problemes que ha d'afrontar qualsevol regulació de la filiació. El primer és la determinació de la filiació. La determinació de la maternitat sempre s'havia considerat senzilla, pel fet de la gestació, però ara s'ha de tenir en compte el fenomen de la maternitat subrogada, més popularment coneguda com les “mares de lloguer”. Més dificultats ha presentat la determinació de la paternitat, que s'ha basat històricament en presumpcions davant la impossibilitat de la certesa absoluta (l'art. 235-22.1 es refereix sense embuts al “presumpte pare”), circumstància que avui dia també s'ha de revisar davant de les proves genètiques que ofereixen pràcticament resultats infal·libles. A més, altres fets afecten la paternitat. Un, igual que amb la maternitat, és l'auge de les tècniques de

reproducció assistida, que mitjançant la fecundació heteròloga –és a dir, amb material reproductor de persona diferent de qui assumirà la paternitat legal– permet que no existeixi relació biològica ni genètica entre pare i fill. En altres paraules, el pare no té perquè ser el verdader progenitor del fill, ja que aquest pot ser concebut amb material reproductor d'una persona diferent; la mare ha de ser biològica per la gestació, però pot ser que no ho sigui genèticament si igualment s'ha utilitzat gàmetes femenins del donant. L'altre és l'admissió del matrimoni homosexual, que provoca que la relació paternofilial pugui quedar establerta per dos progenitors del mateix sexe, sense que tampoc sigui necessari que existeixi relació genètica. De tota aquesta problemàtica se'n parlarà amb més detall a l'hora d'abordar la determinació de la filiació i la filiació derivada de tècniques de reproducció assistida humana. D'altra banda, la regulació de la filiació ve marcada per la Constitució espanyola. D'una banda, l'art. 14 CE prohibeix qualsevol discriminació per raó de naixement –el mateix que la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea al seu art. 21 i el Conveni Europeu de Drets Humans al seu art. 14–, i l'art. 39.2 CE obliga a la protecció integral dels fills, que són iguals davant la llei amb independència de la seva filiació. Diverses sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans han obligat a modificar normes d'ordenaments jurídics nacionals que discriminaven entre els diferents tipus de filiació (per exemple, Marckx contra Bèlgica, Mazurek contra França), i el mateix ha defensat el nostre Tribunal Constitucional en sentències com la 200/2001, de 4 d'octubre, o 154/2006, de 22 de maig (en aquesta s'assenta el següent: “La condició extramatrimonial no podria acceptar-se com a causa de desigualtat de tracte perquè seria l'expressió d'una menysteniment al qual Constitució vol posar barrera, ja que és notòria la posició de desavantatge i, en essència, de desigualtat substancial que històricament han comportat les relacions extramatrimonials davant de les matrimonials, així com els efectes desfavorables per als fills nascuts en aquestes”). D'aquestes normes fonamentals es poden destil·lar alguns principis que regeixen la regulació de la filiació: l'interès superior del fill, en especial quan és menor d'edat, la lliure investigació de la paternitat i la maternitat, el caràcter imperatiu de la majoria de preceptes, de manera que no és possible la transacció o l'arbitratge sobre els aspectes de filiació, i el principi d'igualtat dels fills amb independència del tipus de filiació (art. 39 CE).

La filiació és una qualitat personalíssima, que permet identificar i individualitzar la persona en el trànsit jurídic, a través d'un dels seus efectes que són els cognoms. Es tracta d'una qualitat que està fora del comerç de les persones i és irrenunciable –únicament es pot limitar els efectes de la filiació, que en qualsevol cas queda determinada, en els supòsits excepcionals de l'art. 235-14 que després ens referirem– i imprescriptible –sens perjudici que algunes concretes accions de filiació s'hagin d'exercir, cosa que s'explica per la recerca d'un equilibri entre la veritat de la filiació i el respecte a la intimitat de les persones i a l'estabilitat familiar–, i presenta un indubtable interès públic, cosa que determina la intervenció del ministeri fiscal en els processos de filiació.

2. Classes de filiació

L'art. 235-1 ens diu que hi ha dues classes de filiació: la filiació per naturalesa –a la qual el CCCat dedica la secció primera del capítol V del Llibre II– i la filiació per adopció –a la qual dedica la secció segona–. La filiació per naturalesa és la que sorgeix de la generació, amb els matisos que es faran en el moment oportú; la filiació per adopció la constitueix l'autoritat judicial mitjançant una resolució que posa fi a un procés sense que hi hagi generació. Al seu torn, la filiació per naturalesa pot ser matrimonial o no matrimonial, segons existeixi o no i de la manera en què després s'explicarà en el matrimoni entre progenitors. Els progenitors no han de ser necessàriament els que aportin el material genètic. Per això, la filiació derivada de les tècniques de reproducció humana assistida no és una classe de filiació, sinó que es reconduïx cap a la filiació per naturalesa, i és així mateix matrimonial o no matrimonial.

Aquestes classes de filiació es distingeixen per la manera com es determinen, però no pels seus efectes que, en principi, són els mateixos (art. 235-2.1), sense perjudici dels efectes especials de la filiació per adopció, i sense perjudici del diferent règim jurídic per a cada filiació com a conseqüència, precisament, de la manera en què es determina prenent com a base

l'existència o no de matrimoni entre els progenitors en la filiació per naturalesa i del procediment judicial de la filiació per adopció.

Una classe de filiació exclou l'altra, mentre aquella no sigui deixada sense efecte per resolució judicial; així, la filiació és per naturalesa o per adopció, i sent per naturalesa és matrimonial o no matrimonial. Només extingint-ne una es pot determinar l'altra, i això únicament es pot fer mitjançant un pronunciament judicial.

3. La determinació de la filiació

La determinació de la filiació es regeix per normes diferents en el cas del pare i de la mare –“Resulta”, diu en relació a la mare, i “estableix” en relació al pare, l'art. 235-3–, i segons si la filiació és matrimonial o no matrimonial. Respecte a la mare, la filiació resulta del naixement; respecte al pare i la mare, s'estableix per reconeixement, per consentiment a la fecundació assistida de la dona, per expedient registral i per sentència; i amb exclusivitat respecte del pare, per matrimoni amb la mare.

3.1. Determinació de la filiació respecte de la mare

La filiació per naturalesa, en relació a la mare, resulta del naixement. En els supòsits normals en què no s'amaga el fet del part, la filiació respecte de la mare té lloc pel part, el que es correspon amb la naturalesa i amb el principi de veracitat que tradicionalment ha informat el dret civil català. És per això que segueix tenint sentit l'aforisme *mater semper certa est*. I això, avui, amb independència de l'origen dels gàmetes, no només els masculins, sinó també dels femenins (embaràs amb fecundació d'òvuls de donant). S'ha de tenir en compte, a més, que el dret espanyol veda la maternitat per subrogació, ja que l'art. 10 de la Llei 4/2006, de 26 de desembre, de tècniques de reproducció humana assistida (LTRHA) declara radicalment nuls els contractes de gestació per substitució i explica que la filiació dels fills nascuts per gestació per substitució serà determinada pel part. Per tant, la maternitat ve determinada per la gestació i el part, i la “mare de lloguer” és mare a tots els efectes legals.

La maternitat matrimonial es determina per la inscripció del naixement al Registre Civil en el termini legal, sempre que coincideixin la declaració de qui promou la inscripció i el comunicat mèdic que constata el naixement (art. 47 LRC i 181 RRC, i art. 44.3 LRC 2011). El termini legal comprèn des de les 24 hores del naixement fins als vuit dies (art. 42 LRC), o fins a trenta dies si hi ha justa causa (art. 166 RRC). En cas de contradicció entre la declaració i el part correspon a l'Encarregat del Registre portar a terme les investigacions necessàries per aclarir la realitat del part i la identitat de la mare i del nascut. Si es pretén inscriure la maternitat un cop transcorregut el termini legal, ha de tramitar-se un expedient registral en què es comprovi que no hi ha prèvia inscripció del naixement, la identitat del nascut i les altres circumstàncies que hagin de constar en la inscripció (art. 312 RRC).

Pel que a la maternitat no matrimonial s'hi refereix l'article 235-9.1.d), el qual remet a la forma que la legislació del Registre Civil preveu per a la inscripció, cosa que ens remet una altra vegada a la declaració de qui promou la inscripció i el comunicat mèdic; només quan això no sigui possible, com en els supòsits de nounats que són abandonats, la filiació es determinarà de la mateixa manera que la paternitat no matrimonial.

3.2. El període legal de concepció

Abans d'entrar en l'anàlisi de la determinació de la paternitat, s'ha de fer esment al període legal de concepció. Dèiem abans que la determinació de la paternitat ha plantejat tradicionalment dificultats més grans, pel caràcter privat de les relacions sexuals origen del naixement. Per això, s'ha operat a base de presumpcions que parteixen de coneixements científics relatius a la durada de la gestació de la dona, per des de la dada certa de la data del naixement retrocedint fins al moment de la concepció. Així, es presumeix que la durada màxima d'un embaràs és de 300 dies, excepte que mitjançant proves mèdiques s'acrediti una durada superior de l'embaràs. Doncs bé, disposa l'art. 235-4 que el període legal de concepció comprèn els primers 120 dies del període de gestació, i s'assumeix que 180 dies de gestació és el període mínim d'un embaràs viable. Sobre aquesta base científica i de l'experiència –que admet

prova en contrari, ja que els avenços mèdics fan possible, per una banda, que sobrevisquin alguns nascuts abans dels sis mesos de gestació, i, per l'altra, fixar amb prou exactitud la data de la concepció d'un concret nounat– es construeixen les presumpcions de paternitat que a continuació s'exposen.

3.3. La determinació de la paternitat matrimonial

La determinació de la paternitat al fet que abans ens referíem, a causa de la dificultat que la prova directa de la concepció té en el cas de la filiació matrimonial el suport que proporciona l'existència del matrimoni i, alhora, l'obligació de convivència i de fidelitat que pesa sobre els cònjuges (art. 68 CC, art. 231-2.1 i 232-2.1 CCCat). D'aquí ve que es formulés l'aforisme *pater is est quem nuptiae demonstrant*, en definitiva, la presumció que el pare és el marit de la mare. Però aquesta presumció presenta les seves matisacions en funció de la data en què s'ha contractat el matrimoni i la pràctica de fecundació assistida, entre altres qüestions.

3.3.1. La presumció de paternitat matrimonial

D'acord amb l'art. 235-5.1, “es tenen per fills del marit els nascuts després de la celebració del matrimoni i dins els tres-cents dies següents a la separació, judicial o de fet, dels cònjuges o a la declaració de nul·litat o a la dissolució del matrimoni”. Es suposa, doncs, que són matrimonials els fills nascuts al matrimoni, així com els concebuts mentre els pares estaven casats.

Aquesta presumció es fonamenta, com ja s'ha assenyalat, en el deure de cohabitació dels cònjuges durant el període legal de concepció. Aquesta presumció és un mitjà de determinació legal de la filiació, de manera que desplegarà els seus efectes mentre no es dicti una resolució judicial ferma en exercici d'una acció de filiació (la STSJC 1.6.1995 ens diu que “es tracta d'un supòsit especial de distribució de l'*onus probandi*, o regla d'assignació o atribució probatòria”, no d'una presumció *iuris et de iure*). Sobre la base de la cohabitació i del període màxim de gestació, que l'art. 235-4 fixa en 300 dies, són fills del marit les persones nascudes fins als tres-cents dies següents a la separació dels cònjuges, al seu divorci o a la declaració de nul·litat del

matrimoni.

En cas que el fill hagi nascut un cop transcorreguts 300 dies de la separació, la presumpció no opera, però la paternitat es pot establir a la sentència si s'acrediten les relacions sexuals entre els pares (art. 235-5.2; no cal, doncs, provar que el fill ha nascut fruit d'aquestes relacions, sinó que per a la determinació només cal provar que hi va haver relacions sexuals). Si hi ha una crisi matrimonial, continua dient el precepte que "la mateixa regla s'aplica en el cas de nul·litat o de dissolució del matrimoni si es prova que les relacions han tingut lloc abans de produir-se aquests efectes"; ara no és suficient provar les relacions sexuals, sinó que serà necessari acreditar que el nascut és conseqüència de les relacions sexuals, ja sigui demostrant una durada de l'embaràs anòmala superior als 300 dies o, el més freqüent, mitjançant les proves biològiques.

L'apartat 3 de l'art. 235-5 contempla el supòsit d'un nou matrimoni de la mare dins dels 300 dies a la dissolució o a la nul·litat i el naixement d'un fill dins d'aquest espai temporal. En aquest cas, competeixen dues presumpcions a favor de pares diferents, supòsit que es resol presumint que "els nascuts després de la celebració d'aquest matrimoni són fills del segon marit". La presumpció opera a favor de la paternitat del segon marit per la probabilitat que si la mare embarassada contreu matrimoni amb ell, aquest sigui el pare. Ara bé, el segon marit podria desconèixer la seva paternitat invocant l'art. 235-6, al qual seguidament ens referirem i deixar sense efecte la presumpció, amb la qual cosa en aquest cas regiria la presumpció a favor del primer marit.

3.3.2. El fill concebut abans de contraure matrimoni i el desconeixement de la paternitat

En efecte, l'art. 235-6 disposa que "si el fill neix dins dels cent vuitanta dies següents a la celebració del matrimoni, el marit pot deixar sense efecte la determinació de la filiació que resulta de l'article 235-5 declarant que en desconeix la paternitat". S'ha de recordar que 180 dies és el període mínim de gestació en aquest sistema de presumpcions basades en l'experiència mèdica, i d'aquesta manera es tracta d'un fill concebut abans de la celebració del

matrimoni, i això significa que no té la base que proporciona el deure de cohabitació dels cònjuges. Això no suposa que la presumpció de paternitat no operi, però sí que aquesta presumpció és molt més feble, fins al punt que cedeix davant la declaració unilateral de desconeixement que fa el marit. Cal observar que no s'exigeix que el matrimoni continuï en el moment del naixement, sinó que només cal la celebració del matrimoni i que el fill neixi després de la celebració, encara que sigui l'endemà.

Aquesta declaració de desconeixement no suposa l'exercici d'una acció d'impugnació de la filiació, sinó que és extrajudicial, encara que se li imposa un requisit formal: que sigui autèntica –document notarial o davant de l'Encarregat del Registre Civil– i que tingui accés al Registre Civil en els sis mesos subsegüents al naixement.

Es tracta d'una declaració de voluntat personalíssima del pare i irrevocable, que com a declaració de voluntat pot ser objecte d'impugnació si hi ha algun vici de la voluntat. Si no es declara el desconeixement o no té accés dins del termini al Registre Civil, la presumpció de paternitat desplega tota la seva eficàcia jurídica, encara que això no és obstacle a un posterior exercici de l'acció i impugnació de la paternitat pel pare. Si es desconeix la filiació, i no es tracta del supòsit del segon matrimoni de la mare dins del termini màxim de gestació, respecte del nascut només es determinarà la maternitat, de manera que serà un supòsit de fill no matrimonial de la mare. Amb tot, el desconeixement no té eficàcia en els supòsits que enumera l'art. 236-6.2:

a) “Si el marit ha conegut l'embaràs abans de contreure matrimoni, llevat que la declaració a què fa referència l'apartat 1 s'hagi fet amb el consentiment de la muller”. Es parteix de la màxima de l'experiència que qui contreu matrimoni amb una dona embarassada assumeix la paternitat del concebut, encara que només s'exigeix el coneixement de l'embaràs i no la creença de ser el pare.

b) “Si el marit ha admès la paternitat de qualsevol forma”. Qualsevol forma, expressa o tàcita, de reconèixer la paternitat impedeix la declaració de

desconeixement (per exemple, si s'ha permès la inscripció del cognom patern o qualsevol celebració del naixement com a fill propi).

c) "Si la mare demostra l'existència de relacions sexuals amb el marit durant el període legal de la concepció". Amb la prova de les relacions sexuals, que ha d'aportar la mare, se supera l'absència de presumpció de cohabitació resultant del matrimoni, amb la qual cosa l'efecte ha de ser el mateix d'impedir desconèixer aquesta filiació.

3.3.3. La filiació del nascut abans del matrimoni dels pares

L'art. 235-7 contempla el supòsit del naixement abans del matrimoni i sanciona la matrimonialitat –sobrevinguda– del nascut. És necessari que la filiació hagi quedat determinada respecte del pare i la mare –"Fills comuns", diu l'art. 235-7– i el matrimoni dels pares amb posterioritat al naixement, i és indiferent quan quedi determinada la filiació, si abans o després de contraure el matrimoni. Amb això, es produeix un canvi automàtic en la filiació del nascut, que amb el matrimoni esdevé matrimonial sense necessitat de cap altre requisit. Ara bé, atès que en el moment de néixer no havien contret núpcies els progenitors, adverteix l'apartat segon d'aquest art. 235-7 que la impugnació de la filiació es regeix per les regles de la filiació no matrimonial.

3.4. Determinació de la filiació no matrimonial

La filiació no matrimonial té lloc quan els pares no estan casats ni en el moment de la concepció, ni en el del naixement, ni contrauen matrimoni amb posterioritat al naixement. La filiació no matrimonial, per tant, no té el suport institucional del matrimoni i els deures de cohabitació i fidelitat o lleialtat que en resulten, i per això els seus mecanismes són més complexos que en la filiació matrimonial. De fet, l'art. 235-9 recorre als mecanismes del registre o judicials i formals que a continuació es detallen.

3.4.1. El reconeixement

3.4.1.1. Concepte

El reconeixement és un mitjà legal de determinar la paternitat no matrimonial per la declaració de ciència que efectua qui reconeix, admetent les relacions sexuals amb la mare i la seva creença que el nascut és fruit d'aquestes relacions. És un mitjà legal perquè d'aquesta afirmació la llei fixa la paternitat amb caràcter retroactiu al moment del naixement. Com a declaració de ciència, és un acte unilateral i no receptici, personalíssim, formal, pur i irrevocable, que no necessita ser acceptat pel reconegut per desplegar la seva eficàcia jurídica.

El reconeixement no és eficaç si la paternitat o la maternitat estan determinades d'una altra manera, ja que l'art. 235-19 estableix que la determinació de la filiació no produeix efectes mentre hi hagi una altra filiació contradictòria.

3.4.1.2. La persona que reconeix: capacitat

Com a acte personalíssim, l'única persona legitimada per reconèixer la paternitat és qui es creu pare o mare del nascut. No es pot actuar per representant. Encara que pot ser que els dos progenitors reconeixin alhora la filiació, es tracta de la suma de dos actes unilaterals.

La capacitat per reconèixer va lligada a la capacitat per procrear i, per això, al principi de veracitat que informa el dret català. Així, conforme a l'art. 235-11, els més grans de catorze anys tenen capacitat per reconèixer la paternitat. Per la seva part, la mare té capacitat per reconèixer des que s'acredita el part, amb independència de la seva concreta edat. A més, s'exigeix la capacitat natural en un i altre cas, és a dir, la capacitat de discernir sobre les conseqüències resultants del reconeixement.

Precisament en atenció a aquestes conseqüències, i per garantir l'interès superior del menor (AAP Barcelona, sec. 18, 20.7.2005), s'introdueix una cautela: la validesa del reconeixement realitzat per menors no emancipats o

incapacitats requereix aprovació judicial, amb audiència del Ministeri Fiscal. No es tracta d'un complement de capacitat, sinó d'un requisit legal de validesa, que s'obté en procés de jurisdicció voluntària. La decisió del jutge s'ha de basar, a més de amb la concurrència dels requisits legals, en la versemblança de la filiació que es reconeix (trets racials, diferència d'edat, altres dades que pugui disposar el jutge), sense que hagi d'investigar-se científicament la veracitat de la filiació. El reconeixement es pot fer no només de qualsevol fill no matrimonial ja nascut, sinó també dels que només estan concebuts, segons resulta de l'art. 235-9.2.

3.4.1.3. Aspectes formals del reconeixement

La declaració de coneixement que comporta el reconeixement ha d'expressar-se per alguna de les formes que contempla l'art. 235-9.1.

a) En primer lloc, és possible el reconeixement en testament i també en un codicil, i en qualsevol de les seves formes –notarial o hològraf–, ja que la llei no ho distingeix. S'haurà de tenir en compte l'edat necessària per a testar vàlidament, catorze anys en el cas del testament notarial i la majoria d'edat o l'emancipació pel testament hològraf (art. 421-4 i 421-17.1).

b) En segon lloc, l'escriptura pública, específica per al reconeixement o aprofitant la formalització d'un altre negoci (per exemple, un pacte successori, de l'art. 431-7).

c) En tercer lloc, és possible el reconeixement davant la persona encarregada del Registre Civil. D'acord amb l'art. 49 LRC, el reconeixement s'inscriu al marge de la inscripció de naixement.

L'art. 235-9.2 disposa que “en el reconeixement fet en testament o escriptura pública o davant la persona encarregada del Registre Civil no es pot manifestar la identitat de l'altre progenitor si no ha estat ja determinada legalment. Aquesta regla no s'aplica al cas del reconeixement del concebut i no nascut fet en testament o escriptura pública”; sent el motiu la protecció del dret a la intimitat de l'altre progenitor, cal entendre que està igualment vedat

proporcionar qualsevol altra dada o circumstància que permeti identificar-lo. Però es pot observar que no es diu que el reconeixement no sigui vàlid ni eficaç, sinó que simplement aquesta identitat o aquestes dades no han de ser objecte de la publicitat registral. De manera diferent, la prohibició no afecta el reconeixement de concebuts no nascuts.

3.4.1.4. El reconeixement de majors d'edat

“Per a l'eficàcia del reconeixement d'un fill no matrimonial major d'edat o menor emancipat, cal el seu consentiment exprés o tàcit”, adverteix l'art. 235-12.1. Aquest consentiment actua com un requisit d'eficàcia del reconeixement, que és vàlid tant si és consentit com si no ho és; en aquest últim cas, el que passa és que, almenys inicialment, no produirà els seus efectes per al fill. No hi ha termini legal per manifestar el consentiment, de manera que quan s'emeti, la filiació queda determinada amb tots els seus efectes des que es va manifestar el reconeixement. El consentiment pot ser exprés –sense cap formalitat exigida– o tàcit –el que es dedueix del comportament: actuar com a fill del reconeixedor–, i una vegada exterioritzat esdevé irrevocable, sense perjudici del possible exercici de les accions de filiació oportunes. En atenció al principi de veracitat i per evitar que la determinació de la filiació quedi a expenses de les parts, la falta de consentiment del fill no impedeix l'exercici de les accions de reclamació de la paternitat o la maternitat (art. 235-12.2).

3.4.1.5. El reconeixement de menors o incapaços

El reconeixement de persona menor d'edat o incapacitada que tingui lloc fora del termini per a la inscripció del naixement requereix, segons l'art. 235-12.3, aprovació judicial, i havent de concedir audiència al Ministeri Fiscal, al representant legal del menor i, si es coneix, a l'altre progenitor. La raó consisteix en la protecció dels interessos del menor o incapacitat reconegut. Novament l'aprovació judicial ha de descansar sobre la versemblança de la paternitat o la maternitat. L'aprovació judicial, per a la qual no es preveu termini, funciona també com a requisit d'eficàcia i els seus efectes es retrotreuen a la data del reconeixement.

Contràriament, si el reconeixement té lloc dins del termini per a la inscripció del naixement, l'aprovació judicial no és necessària. Això s'explica per l'espontaneïtat i rapidesa del reconeixement, que no ho fa sospitós d'altres interessos a diferència del reconeixement més llunyà al naixement.

3.4.1.6. El reconeixement del fill ja mort

Conforme a l'art. 235-12.4, "el reconeixement d'un fill ja mort només és eficaç si deixa descendents i els de grau més pròxim el consenten". Per tant, s'ha de reconèixer com a fill a qui ja ha mort, però sempre que concorrin els següents requisits:

- a) que hi hagi descendents del fill que es pretén reconèixer, amb la finalitat d'evitar un reconeixement que tingui com a única finalitat heretar al difunt;
- b) que els descendents del grau més pròxim ho consentin, ja sigui de manera expressa o tàcita, ja que no es diu res al respecte.

Es pot qüestionar si, dins dels més pròxims en grau, han de consentir tots, i la resposta ha de ser negativa, encara que evidentment el reconeixement només tindrà efectes en relació amb els que expressin el seu consentiment. Si els descendents són menors d'edat o incapacitats, es requereix l'aprovació judicial, en els termes abans expressats, amb audiència del Ministeri Fiscal. La falta de consentiment o d'aprovació no impedeix l'exercici de les oportunes accions judicials de filiació.

3.4.2. La determinació de la filiació a expedient registral

L'article 235-9.1.b) preveu que la filiació no matrimonial s'estableixi mitjançant resolució judicial dictada en un expedient tramitat conforme a la legislació del Registre Civil. El procediment es detalla en els art. 49.2 LRC i 189 RRC. Ha de concórrer alguna de les següents circumstàncies:

- a) Un escrit indubtable del pare o de la mare en què expressament reconegui la filiació;

b) La possessió contínua d'estat del fill del pare o de la mare, és a dir, una situació de fet caracteritzada, segons la jurisprudència, per l'"nomen" "tractatus", fama o "reputatio" (ús del nom, comportament del pare amb la filla, el coneixement públic de la situació)" (STS 10.11.2003).

c) respecte de la mare, la prova del part i de la identitat del nascut. L'expedient el resol l'Encarregat del Registre Civil i és impugnable davant la jurisdicció ordinària.

3.4.3. La determinació judicial de la filiació

A ella es refereix l'article 235-9.1.c): "Sentència ferma en un procediment civil o penal". En procediment civil es poden exercitar les accions de reclamació i d'impugnació, que s'estudien més endavant. Pel que fa als procediments penals, mereix destacar-se l'art. 193 del Codi Penal, on manifesta que "en les sentències condemnatòries per delictes contra la llibertat sexual, a més del pronunciament corresponent a la responsabilitat civil, es faran, en el seu cas, els que procedeixin en ordre a la filiació i fixació d'aliments". Per això, el tribunal penal aplicarà la corresponent legislació civil segons el veïnatge civil de la víctima, de manera que si el seu veïnatge és la catalana haurà d'aplicar-se el Codi Civil de Catalunya. La sentència absolutòria penal no és obstacle per al posterior exercici d'accions civils de filiació.

3.4.4. La presumpció de paternitat no matrimonial

Amb una clara intenció d'aproximar la filiació matrimonial amb la no matrimonial, l'art. 235-10 estableix una presumpció de paternitat no matrimonial, basada en l'existència de relacions sexuals amb la mare i la probabilitat del naixement del fill d'aquestes relacions sexuals. Per tant, la clau està en la prova de les relacions sexuals, cosa que no és necessari en la presumpció de paternitat matrimonial pel deure de cohabitació. En concret, es presumeix la paternitat no matrimonial en els tres supòsits següents:

a) Convivència amb la mare en el període legal de la concepció; provada la convivència, es pot assumir l'existència de relacions sexuals hàbils per la procreació del nascut.

b) Les relacions sexuals –provades– amb la mare en el període legal de la concepció (STSJC 19.6.1997, SAP Barcelona, sec. 12, 11.11.2009 i 8.4.2009).

c) El reconeixement tàcit o de forma diferent de la de l'art. 235-9 de la paternitat; per exemple, el derivat de fets concloents o en escrit privat.

Com que es tracta d'una presumpció, pot ser rebutada mitjançant qualsevol mitjà de prova –amb especial intensitat la prova biològica– en l'exercici de l'oportuna acció de filiació; però la càrrega de la prova passa sobre el presumpte pare, sense que sigui suficient la mera invocació de les relacions sexuals amb altres homes (SAP Girona 16.1.2012). En tot cas, la presumpció de paternitat constitueix un mecanisme legal de determinació de la filiació, i amb això un cop opera, la paternitat no matrimonial queda determinada, i s'haurà de destruir la presumpció en judici, si es vol alterar la filiació determinada.

4. La filiació resultant de la reproducció assistida

Els arts. 235-8 i 235-13 regulen la filiació quan la concepció procedeix de tècniques de reproducció humana assistida; però a més s'ha de tenir en compte la LTRHA, necessària per completar el marc normatiu. Les tècniques de reproducció assistida, especialment quan s'utilitzen gàmetes de donants, combinades amb fenòmens com la maternitat subrogada i l'admissió del matrimoni homosexual, han transformat algunes idees que ja estaven establertes en matèria de filiació.

Així, és possible que un nascut tingui dos pares i cap mare, si l'ordenament jurídic admet la maternitat subrogada, o dues mares, si és possible el matrimoni entre persones del mateix sexe, donant un protagonisme inesperat a la voluntat dels interessats i, més en concret, al consentiment del marit o de l'home, així com al del cònjuge en el supòsit de matrimoni homosexual. És per això que es pot afirmar que la filiació resultant de reproducció assistida segueix el patró de la filiació per naturalesa, de manera

que pot ser matrimonial o no matrimonial, reduint la seva particularitat a la manera en què es realitza la concepció, que són les diverses tècniques de reproducció assistida humana (vegin l'art. 1 LTRHA).

4.1. La fecundació assistida de la dona casada

És el supòsit que regula l'art. 235-8, en el seu primer apartat, la que té lloc en vida de marit i muller, i en el seu segon apartat, la fecundació assistida practicada després de la mort del marit. Aparentment, el precepte només es dedica a la determinació de la paternitat, oblidant la de la maternitat. No obstant, com ja hem advertit abans, la maternitat resulta del fet del part (art. 235-3), amb independència de l'origen dels gàmetes femenins –supòsits de donació d'òvuls– utilitzats per a la concepció. Cal tenir en compte que la maternitat per subrogació no és admesa en dret espanyol (art. 10 LTRHA), i per aquest motiu la “mare de lloguer” és mare a tots els efectes legals i no qui l'ha contractat per gestar.

El consentiment del cònjuge a la fecundació assistida de la dona es converteix en títol de determinació de la filiació, encara que el cònjuge no aporti els gàmetes masculins necessaris per a la concepció. El consentiment, doncs, s'imposa a la veracitat biològica. El consentiment del cònjuge determina la irrellevància del moment en què es produeix la concepció, sent els elements clau el matrimoni entre la gestant i el seu cònjuge i el consentiment d'aquest a la fecundació.

Aquest consentiment ha de ser exprés, és a dir, s'exclou qualsevol consentiment tàcit, i formalitzat en document estès davant un centre autoritzat per a la pràctica de tècniques de reproducció assistida o en un document públic, encara que vigent el Codi de Família el TSJ Catalunya havia admès el consentiment merament verbal (sentències de 27.9.2007 i 22.12.2008). En tot cas, aquest consentiment ha d'estar lliure de vicis de la voluntat. Prestat en forma el consentiment, adverteix l'art. 235-28.2 que “si la filiació deriva de la fecundació assistida de la mare, l'acció d'impugnació no pot prosperar si la persona la paternitat o maternitat de la qual s'impugna va consentir la

fecundació d'acord amb els articles 235-8 o 235-13, i tampoc, en cap cas, si és progenitor biològic del fill"; de manera que no es pot impugnar la filiació derivada de fecundació assistida consentida, ni tampoc si s'és el pare biològic.

Cal destacar que el precepte parla de "cònjuge", no de "marit" com en l'apartat 2 del mateix art. 235-8. Admès el matrimoni homosexual, és possible que el cònjuge sigui una altra dona, amb la qual cosa la maternitat pot quedar determinada respecte de dues dones, la gestant i el seu cònjuge que ha consentit la fecundació assistida òbviament heteròloga, ja que la concepció requereix gàmetes masculins.

Què passa si el cònjuge no ha consentit o no ha consentit en la forma exigida la fecundació assistida? Cal distingir dos supòsits. El primer seria que s'hagués utilitzat material reproductor del marit. En aquest cas, i malgrat la falta de consentiment, l'art. 235-28.2 condueix a considerar el nascut és fill del marit, ja que recordem que no es pot impugnar la filiació si s'és "el progenitor biològic". Solució diferent mereix el segon supòsit: si la fecundació assistida s'ha dut a terme amb gàmetes de donant i no ha estat consentida pel marit, la seva paternitat no queda determinada.

4.2. La fecundació assistida *post mortem* amb gàmetes del marit

L'art. 235-8.2 regula la filiació del nascut de fecundació assistida practicada després de la mort del marit –que no cònjuge, perquè s'ha de tractar de fecundació homòloga–. La paternitat s'atribueix al marit mort si concorren els següents requisits:

a) que s'hagi fet servir gàmetes del marit; no hi cap la fecundació assistida heteròloga, amb gàmetes masculins de donant, ja que expressament ara l'article exigeix que sigui homòloga, encara que res impedeix que el material reproductor femení sigui de donant, ja que per a la mare el que compta és la gestació.

b) consentiment exprés i fefaent a la fecundació assistida *post mortem*.

c) que es limiti a un sol embaràs que finalitzi a part, encara que sigui múltiple.

d) que la fecundació tingui lloc en el termini màxim de nou mesos des de la data de la mort del marit –amb independència de quan es verifiqui el naixement–, per evitar la prolongació dels dubtes sobre qui són descendents del marit i els problemes hereditaris que d'això es podrien derivar (l'article 464-2.d suspèn la partició de l'herència quan el marit ha expressat el seu consentiment a la fecundació assistida *post mortem* fins que tingui lloc el part o transcorri el termini legal que s'acaba d'esmentar), termini que amb causa justa el jutge pot prorrogar tres mesos més.

Si hi concorren tots els requisits, “el nascut es té per fill” del difunt marit, és a dir, queda determinada la filiació matrimonial. En cas contrari, només quedarà determinada la maternitat respecte de la mare amb el part.

4.3. La fecundació assistida de la dona no casada

En el cas de la dona no casada, novament el consentiment adquireix el màxim protagonisme, i per això l'art. 235-13.1 assenyala que “els fills nascuts de la fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que l'ha consentida expressament en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic”. Un altre cop el consentiment és determinant: encara que no hi hagi ni tan sols convivència, el consentiment d'un home i d'una dona, amb independència de si la fecundació és homòloga o heteròloga, converteix aquesta dona en mare amb el part i l'home en pare, o a l'altra dona en mare a la vegada que la gestant (doble maternitat sense pare). Es requereix que el consentiment exprés es manifesti en el document estès davant el centre autoritzat per a la pràctica de la reproducció assistida o en un document públic, que ara no s'exigeix que sigui fefaent.

Tot i això, la STSJC 22.12.2008 (abans la STSJC 27.12.2007), en un supòsit en què la mare exerceix en nom del fill l'acció d'impugnació de la

paternitat de l'home amb qui vivia al temps de la fecundació, sobre la base de l'absència de consentiment formal, desestima la demanda en base a l'acceptació de la inseminació heteròloga –encara que el consentiment no complís els requisits formals legalment exigits–, l'interès del fill, i l'acceptació de la filiació mentre la parella va viure.

La fecundació *post mortem* de la dona no casada opera amb els mateixos criteris abans examinats, i el nascut és fill de l'home amb qui la mare vivia si es compleixen els requisits ja vistos a l'art. 235-8.2, és a dir, l'ús de gàmetes del convivent, el consentiment exprés manifestat de forma fefaent, el termini i la fecundació única.

4.4. Fecundació assistida amb maternitat subrogada i determinació de la filiació dels convivents homosexuals

Fins ara s'han analitzat els supòsits en què hi ha mare gestant i com la filiació es determina respecte del cònjuge o del convivent, que en els dos casos pot ser una altra dona quan no s'exigeix la fecundació homòloga. I sabem que a Espanya la maternitat subrogada no està admesa, de manera que, conforme a l'art. 10.2 LTRHA, la gestant és la mare i no qui ha contractat la gestació per subrogació. No obstant, no en totes les legislacions hi ha interdicció de la maternitat subrogada, cosa que obre la porta al fet que les parelles d'homosexuals puguin proposar-se tenir fills mitjançant una gestació per substitució. L'assumpte s'ha plantejat a Espanya amb el cas d'una parella homosexual que va contractar una gestació per substitució a Califòrnia, on sí que s'admet i on van aconseguir ser inscrits com a pares, i va admetre després la Direcció General de Registres i del Notariat la inscripció de la paternitat de tots dos al Registre Consular de Los Angeles o, el que és el mateix, amb efectes a Espanya (RDGRN 18.2.2009, seguida per la Instrucció del 5.10.2010 sobre règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant gestació per substitució, en què es recordava que "la inscripció de naixement d'un menor, nascut a l'estranger com a conseqüència de tècniques de gestació per substitució, només es podrà realitzar presentant, al costat de la sol·licitud d'inscripció, la resolució judicial dictada per Tribunal competent en la qual es

determini la filiació del nascut”). La SAP València 23.11.2011 confirma la sentència de primera instància que deixa sense efecte la inscripció del naixement dels menors d'aquest cas. És evident que si s'hagués practicat la fecundació a Espanya la filiació no hauria quedat determinada respecte de la parella homosexual d'homes, per prohibició de la gestació per substitució i la determinació de la maternitat pel part, però la Instrucció del 5.10.2010 obre la porta a la inscripció derivada de maternitats subrogades fetes en sistemes jurídics on sí que s'admeti aquesta tècnica.

5. Les accions de filiació

5.1. Característiques

Les accions de filiació es regulen als arts. 235-15 a 235-29. Mitjançant les accions de filiació s'obté un pronunciament de la jurisdicció civil sobre la relació de filiació, ja sigui establint-la o negant la que consta oficialment. Però s'ha de tenir en compte, a més, com ja s'ha indicat, que els tribunals penals que jutgen delictes sexuals decideixen, aplicant la legislació civil d'altra banda, sobre la filiació resultant de l'acte tipificat com a delicte.

Els principals trets de les accions de filiació són:

- a) El seu caràcter personal, pel que habitualment el seu exercici està reservat als que formen la relació de filiació, però no són personalíssimes, ja que es comprovarà més endavant que algunes es poden exercir pels representants legals i fins i tot s'admet el seu exercici pels descendents o hereus.
- b) Són indisponibles i irrenunciables i no susceptibles de violació, transacció o de submissió a l'arbitratge.
- c) Estan presidides per l'interès públic, i això es tradueix en la intervenció del Ministeri Fiscal.

Les accions de filiació poden classificar-se en tres grups:

a) Les de reclamació de la filiació, la finalitat de la qual és la determinació de la filiació, establint-la amb tots els seus efectes jurídics o amb eficàcia merament declarativa de la filiació.

b) Les d'impugnació de la filiació, la finalitat de la qual és la negació d'una filiació determinada legalment, provant que no és la vertadera.

c) Les accions mixtes, en què s'acumulen la reclamació i la impugnació. La legitimació passiva en les accions de filiació correspon a les persones amb una paternitat, maternitat o filiació que sigui reclamada o estigui legalment determinada si es tracta d'una acció d'impugnació, i si ha mort, s'ha de demandar als seus hereus (art. 235-16.1 i 2); si són diversos els demandats, entre ells es constitueix un litisconsorci passiu necessari, és a dir, han de ser demandats tots (STSJC 22.6.1998 i 27.7.1998).

El triomf de qualsevol d'aquestes accions produeix eficàcia jurídica contra qualsevol persona encara que no hagi estat part en el procés a partir de la seva inscripció al Registre Civil (art. 222.3 LEC). És per això que l'art. 235-19.2 recordi que no es pot reclamar una filiació que contradigui una altra que ha estat establerta en sentència ferma.

Poden indicar-se alguns principis informadors comuns a les diverses accions de filiació:

a) El principi de veracitat, clau de volta de la regulació de la filiació al dret català que ja es va recollir als arts. 4 i 5 del Compilació del 1960. El principi de veracitat no es limita a l'àmplia llibertat probatòria de les parts, sinó que va més enllà; com diu la SAP Barcelona, sec. 12, 28.10.2009, el principi de veracitat evidencia la "preocupació per la vertadera relació biològica, la recerca de la veritat real, i, per tant, de la real paternitat en tots els casos". Una mostra de la importància del principi de veracitat és que no s'exigeix l'aportació de cap principi de prova amb la demanda, malgrat que es poden veure afectats altres drets com el dret a la intimitat (art. 235-15.1, que ha de comparar-se amb l'art.

767.1 LEC –i l’art. 127.1 CC derogat per aquest– que sí que ho exigeix); així, per exemple, SAP Girona 16.1.2012, SAP Barcelona, sec. 12, 11.11.2009).

b) Lligat amb el principi de veracitat es presenta el principi, ja anunciat, de llibertat probatòria, ja que es reconeix la més àmplia facultat d’aportar proves a les parts, i així destaca l’art. 235-15.2 que als processos de filiació s’admet tota mena de proves, tret dels supòsits als que ja ens hem referit d’impugnació de la filiació derivada de la fecundació assistida consentida amb material reproductor heteròleg.

c) El principi *favor filii*, de manera que ha de protegir-se l’interès preeminent del fill, especialment si és menor d’edat, en particular l’interès superior del fill en què quedi determinada la seva filiació; d’aquest principi n’és una concreció l’art. 235-17 que disposa la possibilitat d’adopció de mesures cautelars de protecció de la persona i béns del fill, així com ho és la possibilitat de limitar els efectes de la filiació a la seva mera declaració, cosa que no obstant no és un obstacle al fet que el progenitor es mantingui sempre obligat a vetllar pel fill i prestar-li aliments. Per la mateixa raó s’ha de nomenar un defensor judicial al fill quan aquest actua pel seu representant legal, que normalment serà un progenitor amb el que hi pot haver algun tipus de contraposició d’interessos (art. 235-16.3 i SAP Barcelona, sec. 12, 9.2.2011).

d) El principi d’incompatibilitat entre filiacions contradictòries constitueix una concreció del principi del *favor filii*, en la mesura que es proscriu una filiació que quedi determinada i produeixi els seus efectes mentre n’hi hagi una altra de contradictòria. Només cal tenir determinada una filiació, i per això s’ha d’impugnar tota filiació contradictòria, tret que, com s’ha indicat abans, hagi estat establerta en sentència ferma, ja que en aquest cas esdevé inatacable.

5.2. Mesures cautelars

L’art. 235-17 estableix que l’autoritat judicial pot adoptar, mentre dura el procés de reclamació o d’impugnació de la filiació, les mesures de protecció convenients sobre la persona i béns del fill menor o incapacitat. Dels termes

generals amb què s'expressa el legislador català s'han obtingut dues conclusions: la primera és que el jutge disposa d'àmplia discrecionalitat per a l'adopció d'aquelles mesures que ell consideri oportunes; i la segona que, com anota Rivero Hernández, aquestes mesures les pot adoptar d'ofici, ja que no s'especifica que hagi d'adoptar-les a petició de part. Així, és admissible que acordi la suspensió de relacions amb algun dels progenitors o encomani l'administració dels seus béns a una altra persona. Només es concreta en aquest precepte que en els processos de reclamació el jutge pot acordar aliments provisionals a favor del fill, a càrrec de la persona la paternitat o maternitat de la qual es reclama. Si l'acció triomfa, aquests aliments, al quedar constituïda la relació paternofamiliar, es convertiran en definitius; en cas contrari, s'haurà produït un enriquiment injust del reclamant pels aliments percebuts al llarg del procés que podrà ser objecte de reclamació judicial.

5.3. La reclamació de la filiació

Mitjançant la reclamació de la filiació, es pretén la determinació d'una filiació que no consta, constituint una relació paternofamiliar o maternofamiliar inexistente però vertadera. Si ha quedat determinada una filiació que no és la vertadera, haurà d'acumular-se a l'acció de reclamació d'una d'impugnació de la filiació determinada, però no vertadera (art. 235-22).

5.3.1. L'acció de reclamació de la filiació matrimonial

L'acció de reclamació de la filiació matrimonial la regula l'art. 235-20. El seu objecte és que es determini la paternitat, la maternitat, o totes dues a la vegada, quan no estiguin fixades, o si estan legalment determinades, però no són vertaderes, amb acumulació de l'acció d'impugnació (art. 235-22). Pot tractar-se d'un supòsit en el qual el pare hagi desconegut la seva paternitat a l'empara de l'art. 235-6 o simplement que la filiació no estigui inscrita al Registre Civil, entre altres supòsits. Perquè triomfi l'acció o bé es prova directament la veracitat de la filiació mitjançant la prova biològica o bé s'acrediten els fets base perquè operi la presumpció de paternitat matrimonial, segons el supòsit que es tracti.

La legitimació activa correspon al pare i la mare –individualment o conjuntament– i als fills, per si mateixos o mitjançant els seus representants legals en cas de minoria d'edat o incapacitació (art. 235-20.1). Aquesta acció la poden exercitar durant tota la seva vida. Una vegada interposada l'acció pels fills, a la seva mort aquesta pot ser continuada pels seus descendents o hereus (l'ús de la conjunció disjuntiva amplia la legitimació tant als descendents com als hereus que no siguin descendents, sense cap prelació entre ells). A més, els descendents i els hereus dels fills poden exercir l'acció de reclamació de la filiació matrimonial, en el temps restant fins a completar dos anys des del descobriment de les proves en què es fonamenti la reclamació, cosa que suposa que el fill va descobrir aquestes proves –qualsevol, ja que el precepte no distingeix– i mor sense haver interposat l'acció; dos anys després, l'acció caduca. Finalment, si quan el fill mor no han transcorregut quatre anys des que va arribar a la majoria d'edat o des de la recuperació de la plena capacitat, els seus descendents o hereus poden continuar o exercir l'acció en el termini restant fins a completar els quatre anys, si aquest termini és superior al de dos anys de l'art. 235-20.2 (art. 235-20.3). Novament es tracta d'un termini de caducitat.

Si l'acció és estimada, queda determinada la filiació, que pot inscriure's al Registre Civil, i queda determinada amb efecte retroactiu i amb caràcter definitiu, ja que aquesta filiació ja no es podrà impugnar (art. 235-19.2); si a més hi havia una filiació legalment determinada, queda sense efecte ja que hi haurà, degut a que s'acumulen, l'acció d'impugnació (art. 235-19 i 235-22).

5.3.2. L'acció de reclamació de la filiació no matrimonial

La regula l'art. 235-21 de manera similar a l'acció de l'art. 235-20. El seu objecte és, també, la determinació de la vertadera filiació, només que en aquest cas els progenitors no havien ni han contret matrimoni. L'objecte de la prova és la veritat biològica o les relacions sexuals que permeten presumir la paternitat no matrimonial (art. 235-10).

La legitimació activa correspon, en primer lloc, al fill, per si mateix o per mitjà dels seus representants legals. L'acció dura tota la seva vida. S'apliquen

els apartats 2 i 3 de l'art. 235-20. També amb caràcter vitalici el pare i la mare poden exercir en nom i interès propi l'acció de reclamació, però només en el supòsit que no puguin reconèixer els fills o el reconeixement no hagi estat eficaç per no haver-lo consentit els fills o aprovat el jutge. La sentència estimatòria estableix la filiació, amb les mateixes característiques abans assenyalades per a l'acció de reclamació de la filiació matrimonial, però no sempre la filiació establerta produirà els seus efectes plens, ja que haurà d'acreditar-se una causa justificativa del retard en el reconeixement (art. 235-14.1.c), ja que d'una altra manera hi cabrà sol·licitar els efectes limitats de la filiació que contempla aquest art. 235-14.

5.4. La impugnació de la filiació

Les accions d'impugnació de la filiació pretenen la declaració d'inveracitat de la filiació determinada legalment -en paraules de l'art. 235-28.1, que el presumpte pare no és el progenitor de la persona la filiació de la qual s'impugna- i també la impugnació del reconeixement que va actuar com a títol de la determinació. La prova de la inveracitat ha de ser concloent, i la impugnació no es pot basar en la fecundació assistida de la mare si aquesta es va consentir o si s'és el pare biològic (art. 235-28.2).

5.4.1. La impugnació de la paternitat matrimonial

La impugnació de la paternitat matrimonial és la que fa el marit per negar la filiació, i va negar que és el pare del fill; la que realitza la mare, en nom propi o en representació i interès del fill, negant que el marit sigui el pare; o la que fa el propi fill, negant que el marit de la seva mare sigui el pare. La impugnació ha de demostrar que no va poder regir la presumpció de paternitat o directament la falta de veracitat de la filiació determinada.

a) Quan impugna el marit, la legitimació pot ser pròpia si és ell mateix el demandant, però també tenen legitimació els seus fills o descendents i els seus hereus si el pare mor després d'haver interposat l'acció o abans que venci el termini de caducitat de l'acció; qualsevol fill o hereu està legitimat per exercitar l'acció mentre no es compleixi el termini de caducitat (art. 235-23.2). Finalment,

l'art. 235-23.3 legitima extraordinàriament per exercir l'acció a qualsevol dels descendents o hereus si el marit va morir sense conèixer el naixement –supòsit de fill pòstum– o les proves en què havia de fonamentar la seva acció d'impugnació. La legitimació passiva correspon al fill i la mare (art. 235-16.1).

L'acció està sotmesa a un rigorós termini de caducitat de dos anys. Pel marit, el *dies a quo* d'aquest termini és la data en què conegui el naixement del fill –no només del fet del naixement, sinó també de les circumstàncies que fan operar la presumpció de paternitat determinant de la filiació– o el descobriment de les proves amb les que fonamenta la impugnació. Quan són els fills o descendents i els hereus els que actuen, han d'interposar la demanda dins del termini de caducitat dels dos anys, ja que la mort del pare no altera el transcurs del termini. I si el pare va morir ignorant els fets, els dos anys es compten des de la data en què el legitimat coneix el naixement o les proves en què ha de fonamentar l'acció. L'acció d'impugnació també la pot exercitar el vertader pare si l'acumula a la seva acció principal que és la de reclamació, en aplicació de l'art. 235-22.

b) La impugnació per la mare pot ser en nom propi –sense cap requisit imposat pel legislador– o en interès i en representació del seu fill, i per això ha de ser titular de la potestat parental. La referència a l'interès del fill no suposa que la mare hagi d'acreditar algun benefici de l'exercici de l'acció per aquest fill. La regula l'art. 235-24, que no preveu la transmissió de l'acció com en el cas del marit als seus descendents i hereus. Aquesta acció està sotmesa igualment a un termini de caducitat de dos anys, el *dies a quo* del qual és el naixement del fill o el descobriment de les proves que fonamenta l'acció.

c) Quant a la impugnació pel fill, d'acord amb l'art. 235-25, aquest pot exercir l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial en els dos anys següents després de complir la més gran, recuperar la plena capacitat d'obrar o descobrir les proves que fonamenten la impugnació. Es tracta d'una legitimació pròpia del fill, que exerceix per si mateix, sense que es contempli la transmissió de l'acció als seus hereus ni la continuació per aquests de l'acció ja interposada pel fill.

5.4.2. La impugnació de la paternitat no matrimonial

L'art. 235-26 regula la impugnació de la paternitat no matrimonial amb unes premisses semblants a la impugnació de la paternitat matrimonial, tret que no existeixi el matrimoni, que és la base de les presumpcions, cosa que determinaria petites variacions en el règim jurídic i en la legitimació. Així, el pare, la mare i el fill, per si mateixos o per mitjà del seu representant legal, en els mateixos termes vistos per la paternitat matrimonial, estan legitimats per impugnar en el termini de caducitat de dos anys des que ha quedat establerta aquesta filiació, des que es conegui l'establiment o des de l'aparició de les proves en què es fonamenti l'acció. Si és el fill qui exercita l'acció, l'acció caduca al cap de dos anys d'haver arribat a la majoria d'edat, de la recuperació de la plena capacitat o l'aparició de les proves contràries a la paternitat establerta. Mentre el fill és menor o està incapacitat, la mare pot exercir l'acció d'acord amb l'art. 235-24.

5.4.3. La impugnació de la maternitat

L'art. 235-29 regula la impugnació de la maternitat, sense fer distincions entre la matrimonial i la no matrimonial. La impugnació exitosa de la maternitat provoca un efecte reflex sobre la paternitat determinada per mitjà de presumpcions basades en la maternitat (la presumpció que el pare és el marit de la mare no qui va tenir relacions amb la mare en el període legal de la concepció). Ja que no es pot impugnar la filiació derivada de fecundació assistida si ha estat consentida, la mare gestant per substitució no podrà impugnar la seva maternitat al·legant que els gàmetes no eren seus.

La legitimació activa correspon al fill i a la mare. Els fills, per si mateixos o mitjançant els seus representants legals, poden exercir l'acció d'impugnació de la maternitat durant tota la seva vida, sempre que provin la suposició del part o la falsedat de la identitat del fill, és a dir, la prova de la no maternitat (que la mare no és la mare perquè no va donar a llum o el fill no és el fill realment nascut). Quant a la legitimació de la mare, té legitimació directa en els dos anys següents –termini de caducitat, com sempre– des que coneix les proves que fonamenten la impugnació. La mare transmet aquesta acció als seus

descendents o hereus si mor abans d'haver interposat l'acció o abans que s'acabi el termini bianual que s'acaba d'indicar, de manera que qualsevol d'ells pot exercir l'acció. Finalment, si la mare ha mort sense conèixer les proves que fonamenten la impugnació, els dos anys corren des de la data en què la persona legitimada en té coneixement.

A més, els arts. 93, 94 i 95 LRC o 91 LRC 2011 permeten per mitjà d'un expedient governatiu rectificar els errors que constin en la inscripció de la maternitat en el Registre Civil.

5.4.4. La impugnació del reconeixement

Hi ha una acció específica per impugnar el reconeixement, i es regula a l'art. 235-27. El seu objecte és privar d'eficàcia al reconeixement com a títol de determinació de la filiació, sense entrar a discutir –i provar– si la relació de filiació constituïda amb el reconeixement és vertadera o no, ja que per a això ja hi ha les altres accions. Els motius de la impugnació són la concurrència d'algun vici de la voluntat, la falta de capacitat del reconeixedor o l'absència d'aprovació judicial del reconeixement. Per tant, l'objecte de l'acció no és la mateixa relació de filiació, és a dir, no es discuteix la veracitat de la filiació sinó únicament si hi ha algun dels motius d'impugnació i continua sempre obert l'exercici de les accions de reclamació. D'aquesta manera, poden ser impugnats tots aquells supòsits en què es realitzen reconeixements formals o aquells en què es consent el fet originari de la filiació (la fecundació assistida).

Els concrets vicis que es reconeixen com a legitimadors de la impugnació són l'error, la violència, la intimidació i el dol (art. 235-27.1). L'error suposa la ignorància de la veracitat de la relació de filiació, error que pot haver estat causat maliciosament per una altra persona, cosa que constitueix un cas de dol; la violència i la intimidació denoten la falta de llibertat en l'expressió de la declaració de coneixement. La legitimació per impugnar correspon a qui ha reconegut i als seus representants legals –supòsits de minoria d'edat o d'incapacitació–, i han de ser demandats el fill i la mare si qui va reconèixer va ser el pare o el pare i el fill si qui va reconèixer va ser la mare; no es preveu la transmissió de l'acció als descendents o hereus. El termini de caducitat de

l'acció és igualment de dos anys, però el *dies a quo* varia: en el cas de l'error, el termini s'inicia a la data del reconeixement, mentre que a la resta de casos des de cessa el vici.

La que l'art. 235-27.2 titlla d'"acció de nul·litat" és una acció d'impugnació basada en la falta de capacitat del reconeixedor. Recordem que per a l'home es requereixen catorze anys i tant per a l'home com la dona capacitat natural i aprovació judicial. Del tenor d'aquest precepte resulta que només té legitimació activa la persona que reconeix, amb un termini de caducitat de dos anys des de la majoria d'edat o des de la recuperació de la capacitat, sense que s'esmentin els representants legals, a diferència de l'acció de l'art. 235-27.1. Aquesta acció de nul·litat sí que es preveu que la puguin continuar o exercir els descendents i els hereus, si el reconeixedor mor durant els dos anys del termini i pel temps de termini que quedi per transcórrer.

També es preveu la impugnació del reconeixement fet en frau de llei, expressió en què s'ha incloure la impugnació del reconeixement de complaença. La STSJC 16.12.1997 ho ha concebut com el "reconeixement inveraç per qui no és progenitor", habitualment realitzat amb el propòsit d'agradar –d'aquí ve la denominació– a la mare amb qui el reconeixedor s'ha casat, planeja casar-se o manté relació de parella o afectiva; és a dir, es reconeix sabent que no és el progenitor. L'art. 235-27.4 estableix que el reconeixement de la paternitat fet en frau de llei és nul, que l'acció per obtenir la declaració de nul·litat és imprescriptible i que la legitimació per exercitar-la correspon al Ministeri Fiscal "i a qualsevol altra persona amb un interès directe i legítim".

Per l'amplitud d'aquesta fórmula es podria incloure el mateix reconeixedor com a persona legitimada (així ho va determinar la STSJC 29.6.1998, a més d'admetre la legitimació de la mare en el cas en qüestió), encara que fins a la promulgació d'aquest art. 235-27.4 –sense cap precedent I Codi de Família– la via processal era l'acció d'impugnació de la filiació basada en l'absència de veracitat.

5.5. L'acumulació de l'acció de reclamació i d'impugnació

Com ja s'ha indicat, quan la filiació està legalment determinada, no és possible establir una altra filiació contradictòria amb la ja determinada (art. 235-19.2), i per això és necessari acumular l'acció de reclamació amb la d'impugnació d'aquesta filiació contradictòria, i sempre amb la diferència que ho hagi estat per sentència ferma, supòsit en el fet que és inatacable per la força de cosa jutjada material. L'acció principal és la de reclamació i la d'impugnació és accessòria, i per això el règim jurídic aplicable –a efectes de legitimació i terminis, en particular– és el de l'acció de reclamació. És per això que si prospera l'acció de reclamació s'ha d'estimar també la d'impugnació com a conseqüència necessària. Si és desestimada l'acció de reclamació també ho és la d'impugnació, tret que qui demanda gaudeixi també de legitimació per impugnar i l'acció no hagi caducat, cas en què es podria estimar la d'impugnació i declarar la no veracitat de la filiació sense que a la vegada es declarés una nova filiació.

5.6. La *exceptio plurium concubentium*

En un sistema en què la determinació de la paternitat, matrimonial i no matrimonial, es basa en presumpcions fonamentades en la cohabitació matrimonial o en l'existència de relacions sexuals, i que regeix el principi de veracitat, és necessari plantejar què passa quan hi ha constància que la dona ha mantingut relacions sexuals amb diferents homes i, per tant, existeix la possibilitat de la paternitat d'aquests altres homes. El punt de partida de l'art. 235-18.1 és que “la prova de les relacions sexuals de la mare amb un home diferent del demandat durant el període legal de concepció no és suficient per destruir les presumpcions de paternitat” (SAP Barcelona, sec. 12, 8.4.2009, Girona 16.1.2012). Les presumpcions es mantenen malgrat la prova de les relacions sexuals amb altres homes durant el període legal de la concepció, i per això la qüestió s'haurà de resoldre mitjançant l'exercici de les accions de filiació. Per això, l'apartat segon d'aquest art. 235-18 permet que intervinguin al procés aquells homes que han mantingut relacions sexuals com a demandats, cosa que suposa que aquests homes estan identificats, de manera que no és

suficient una menció genèrica de les relacions sexuals amb altres homes. Una vegada en el procés, “ha de declarar-se pare aquell la paternitat del qual resulti més versemblant”, cosa que es correspon amb el principi de veracitat. La versemblança pot ser total si s’han practicat les proves biològiques, però si no ha estat així es tractarà d’un judici de probabilitat de la paternitat.

5.7. La negativa a sotmetre’s a les proves biològiques

En un sistema basat en el principi de veracitat, amb amplíssima llibertat probatòria de les parts, i amb una prova de total fiabilitat com és la prova biològica –la prova basada en la comparació de l’ADN de les parts ofereix una fiabilitat mínima del 99,99%–, podria arribar-se al convenciment total de la veracitat de la filiació reclamada o impugnada en tots els casos. No obstant, no es pot fer sotmetre físicament ningú a les proves biològiques en un plet civil, malgrat que la ponderació amb el dret a la intimitat, a les conviccions morals i religioses i a la integritat física sigui favorable a la pràctica d’aquestes proves.

Però això no significa que la filiació no es pugui determinar igualment. Hi ha una jurisprudència consolidada, ratificada pel Tribunal Constitucional (vegin la STC 29/2005, de 14 de febrer, que resumeix tant la doctrina constitucional com la del TS objecte de la ratificació), en virtut de la qual s’entén que la negativa a la submissió a les proves biològiques no constitueix una “*ficta confessio*”, en el sentit que la negativa del demandat equivalgui a l’admissió de la paternitat, encara que sí un indici especialment rellevant que, posat en relació amb la resta de les proves aportades al judici, pot ser un factor determinant en la declaració de la relació de filiació, i en aquest sentit s’ha orientat l’art. 767.4 LEC. En definitiva, com diu la SAP Barcelona, sec. 18, 2.12.2011, “el demandat no pot impedir, amb la seva simple obstrucció, la prova decisiva, i si ho fa, ha de carregar amb les conseqüències. Sotmetre’s a la prova biològica no és un deure però sí una càrrega. En altres paraules, el demandat pot practicar la prova i provar que no és el pare, desestimant-se d’aquesta manera la demanda, i si es nega a practicar-la, no pot carregar a la part demandant les conseqüències de la seva negativa”. Aquesta sentència té en compte, a més de la negativa de la demandada, que diversos testimonis van

declarar que convivia amb l'actor, que va acompanyar la demandada al ginecòleg i la prova documental consistent en correspondència que rebia l'actor al domicili de la demandada. Per la seva part, la SAP Girona 25.5.2011 valora al costat de la negativa a la prova biològica la no contestació de la demanda i la testifical de la mare.

En aquesta línia s'ha manifestat, igualment, el TSJ de Catalunya, per exemple en la seva sentència del 14.7.2003, i per això s'ha de concloure que la negativa a la submissió a les proves biològiques no només no impedeix la declaració judicial de la filiació, sinó que a més, en particular quan no té tota justificació –per exemple, si pogués suposar una pèrdua de la salut del demandat–, constitueix un indicatiu d'especial transcendència que ha de ser valorat com a tal pel jutgador juntament amb la resta de material probatori que hi ha en les actuacions, de manera que la negativa no acompanyada de la prova de com a mínim la probabilitat de les relacions sexuals idònies pot no ser suficient per al tribunal (per exemple, SAP Barcelona, sec. 12, 26.2.2009).

6. Efectes de la filiació

6.1. Efectes generals de la filiació

“Tota filiació produeix els mateixos efectes civils, sens perjudici dels efectes específics de la filiació adoptiva”, sentència l'art. 235-2.1. Amb independència de la seva naturalesa, matrimonial o no matrimonial, biològica o assistida, la filiació produeix els mateixos efectes –però això no significa, com ja hem vist, que el règim jurídic sigui exactament el mateix, ja que les realitats són diferents en els diversos supòsits–, com a manifestació dels principis d'igualtat i de prohibició de discriminació dels arts. 14 i 39 de la Constitució. Només en el cas de l'adopció es preveu la possibilitat d'alguns efectes jurídics diferents i peculiars. Els efectes de la filiació són variats i amplis, i afecten ja que el dret privat es refereix al dret de la persona, al dret de família i al dret de successions. En concret, els efectes que enuncia l'art. 235-2 són:

a) La potestat parental dels pares respecte dels seus fills menors d'edat o incapacitats, que es regula a l'art. 236-1.

b) Els cognoms. La filiació determina els cognoms, ja que els fills porten els dels seus pares. Respecte d'això, assenyala l'apartat 3 d'aquest art. 235-2 que "el pare i la mare poden establir de comú acord l'ordre dels cognoms en la inscripció del naixement o de l'adopció del primer fill". Si el pare i la mare no arriben a un acord –que determina l'ordre dels cognoms de tots els seus fills–, regeix el que disposa la legislació del Registre Civil. Així, si la filiació només està determinada respecte a un progenitor, el fill porta els seus cognoms, mentre que si estan determinats els dos progenitors, el fill porta un cognom de cadascú. En defecte de pacte quant a l'ordre dels cognoms, d'acord amb els arts. 55 ss. LRC, i 194 ss. RRC primer s'imposa el del pare i després el de la mare; però l'art. 49.2 LRC 2011 preveu que si requerits els pares perquè proporcionin l'ordre dels cognoms no responen en el termini de tres dies, l'Encarregat del Registre civil acordarà l'ordre dels cognoms atenent a l'interès superior del menor. En tot cas, acaba dient l'art. 235-2.3 que "els fills, a l'arribar a la majoria d'edat o en l'emanciparse, poden alterar l'ordre dels cognoms".

c) Els aliments, el contingut dels quals es regula als art. 237-1.

d) Els drets successoris, que s'han d'entendre referits als de caràcter legal –legítima i successió intestada–.

e) L'assumpció de responsabilitats parentals, ja que per un costat els pares encara que no tinguin la potestat parental han de vetllar pels seus fills, com veurem a continuació, i per un altre conforme a l'art. 1903 CC, els pares responen civilment dels danys causats pels seus fills.

f) Qualsevol altre efecte establert per les lleis, com per exemple el règim de visites i comunicació (art. 233-9.d), la representació de l'absent i del desaparegut (art. 181 i 194 CC), la continuació de determinades accions de filiació, la protecció de l'honor del progenitor mort (art. 4.2 HO 1/1982, de 5 de maig), etc.

6.2. Efectes limitats de la filiació

Per les especials circumstàncies de la filiació, el legislador preveu que aquesta només pugui generar uns efectes limitats. Així ho estableix l'art. 235-14, quan indica que en determinats casos l'eficàcia de la filiació queda reduïda a la mera determinació d'aquest estat. Es tracta d'una sanció civil davant la conducta del progenitor, que es veu privat de qualsevol dret i, en canvi, sí que assumeix deures. Però és una sanció de caràcter privat amb finalitat protectora del fill, cosa que suposa que només pot aplicar-se si ho sol·licita en el procés en què es declara la filiació –tant si és civil o penal– el fill major d'edat o emancipat o el representant legal del fill menor d'edat o incapacitat, sense que es contempli la transmissió de la facultat de limitar els efectes als descendents o hereus.

Els casos en què es pot limitar els efectes generals de la filiació són els següents:

- a) La condemna en sentència ferma en un procediment penal per causa de les relacions que han donat lloc a la filiació. Es tracta, doncs, d'un procés penal en què es fa declaració de paternitat derivada de la relació sexual (delictes contra la llibertat sexual i altres delictes en què càpiga una relació sexual apta per la procreació).
- b) La declaració judicial de la filiació reclamada amb oposició del progenitor demandat. Només cal l'oposició al procés civil, encara que estigui basada en la convicció de la no paternitat o maternitat. Com que el pare o la mare no han acceptat la declaració de la filiació, es permet al fill que exclogui el progenitor de qualsevol dret derivat de la filiació.
- c) El reconeixement fet amb mala fe o abús de dret, és a dir, aquell en què el reconeixedor només busca el seu propi benefici. La bona fe és la de l'art. 111-7. Ja que el reconeixement s'atorga fora de procés, serà necessari un procés civil en què es faci valer l'eficàcia limitada de la filiació.

Quins són aquests efectes limitats ho especifica l'apartat 2 d'aquest art. 235-14: la filiació no produeix cap efecte a favor del progenitor, que no obstant sempre està obligat a vetllar pel fill i a prestar-li aliments. "Vetllar" és una expressió comuna al CCCat lligada a determinats càrrecs que no atribueixen potestat ni tutela (art, 226-2.2, 228-9.1, 235-34.4) que denota la cura per l'esfera personal del fill, que completa el vessant patrimonial amb l'obligació de prestar aliments sempre. Els efectes generals a favor del progenitor no es produeixen, de manera que, a més de no tenir la potestat parental, el progenitor no té drets successoris legals –encara que res impedeix que voluntàriament el fill li faci atribucions *mortis causa*–, el fill no porta els cognoms d'aquest progenitor ni tenen lloc els altres efectes previstos en les lleis.

No es preveu que aquesta eficàcia limitada de la filiació s'extingeixi i la relació de filiació passi a desplegar els seus efectes generals, ni tan sols a petició del fill, pel que sembla que els seus efectes són immodificables, tot i que es tracta d'una sanció que no té caràcter *ope legis* sinó que únicament té lloc a instància de part.

L'art. 235-12.2 (i per remissió a aquest l'apartat 3 d'aquest mateix article) contempen un altre supòsit d'eficàcia limitada: "La sentència que l'admeti [la demanda de declaració judicial de la paternitat o la maternitat quan el fill major d'edat o emancipat no consent el reconeixement] ha de determinar la filiació sense cap altre efecte, llevat que es provi la raó que justifica el retard en el reconeixement". Cal destacar que no hi ha una remissió als efectes limitats de l'art. 235-14, sinó que s'emfatitza la mera declaració de la filiació "sense cap altre efecte", cosa que exclouria el deure de vetllar pel fill i l'obligació de prestar aliments, conclusió que s'hauria d'evitar ja que aquests supòsits no són més greus que els de l'art. 235-14 en què el progenitor sí que assumeix deures a favor del fill.

CAPÍTOL 11: LA FILIACIÓ ADOPTIVA

1. Concepte

L'adopció és una de les dues classes de filiació, perquè l'art. 235-1, la rúbrica del qual és, precisament, classes de filiació, ens diu que la filiació pot tenir lloc per naturalesa o per adopció. Aquesta disjuntiva ja ens indica que la filiació adoptiva no té res a veure amb la filiació per naturalesa, sinó que aquesta filiació requereix l'existència d'una voluntat de constitució i d'una resolució judicial que la constitueixi. Per tant, la filiació adoptiva és un acte solemne, amb intervenció de l'autoritat judicial sota el compliment d'uns requisits previs que s'han de succeir al llarg del procediment –l'expedient d'adopció–, però que creen un vincle de filiació que, malgrat ser merament jurídic, gaudeix de la mateixa eficàcia jurídica que la filiació per naturalesa, ja que, com diu l'art. 235-2, tota filiació produeix els mateixos efectes jurídics (vegin també l'art. 235-47.1 que equipara els efectes de la filiació adoptiva als de la filiació per naturalesa). Amb tot, aquest caràcter merament jurídic i no biològic de la filiació adoptiva provoca alguns efectes jurídics específics.

Això explica perquè l'admissió de la filiació adoptiva i, per al cas que s'admeti, la seva eficàcia jurídica, varien de país a país, i fins i tot dins de cada país depèn del concret moment històric: perquè es basa en la decisió del legislador. A Espanya, el Codi Civil del 1889 només reconeixia efectes molt limitats a l'adopció –la pàtria potestat sobre el menor adoptat i els aliments–, la reforma mitjançant la Llei del 24 d'abril del 1958 va introduir la distinció entre l'adopció plena i la menys plena, i només amb la Llei de l'11 de novembre del 1987 es van equiparar els respectius efectes legals reconeixent una única adopció. El dret islàmic, per exemple, no reconeix efectes jurídics a l'adopció.

L'actual regulació catalana està notablement influïda pels principals instruments internacionals en la matèria, el Conveni de l'Haia relatiu a la Protecció de la Infància i a la Cooperació en matèria d'Adopció Internacional de 1993 i el Conveni de l'Haia de relatiu a la Competència, la Llei Aplicable, el

Reconeixement i la Cooperació en matèria de Responsabilitat Parental i Mesures de Protecció de la Infància de 1996.

La regulació de l'adopció té com a centre de gravetat a l'adoptat. Per això, l'interès que preval és sempre el del menor adoptat (art. 235-39 en general i art. 235-44.2.c) quant a l'adopció internacional. Aquest interès prevalent es tradueix en una sèrie de cauteles que envolten el procés de l'adopció, amb una marcada intervenció de l'administració pública amb finalitat garantista. Com que el menor adoptat no té progenitors o bé els seus progenitors no exerceixen les funcions resultants de la potestat parental, fa que es vegi com l'objectiu de l'adopció és la creació d'un nou estatus familiar per al menor adoptat, que integra tots els efectes legals –amb les excepcions mínimes que s'indicaran– respecte de la família adoptiva (art. 235-47.1) trencant els vincles jurídics amb la família biològica d'origen (art. 235-47.2).

L'adopció crea un vincle paternofilial de caràcter jurídic entre l'adoptat i l'adoptant o adoptants, amb la mateixa intensitat jurídica que la filiació per naturalesa. L'adoptat es converteix, de manera irrevocable, en un membre més de la família adoptiva amb els mateixos deures i drets que els fills per naturalesa.

2. Els subjectes de l'adopció

Els subjectes de l'adopció són l'adoptant o adoptants i l'adoptat. Entre aquests es constitueix el vincle de filiació adoptiva. Els progenitors biològics poden intervenir en el procediment d'adopció o estar-hi exclosos, però encara que intervinguin el seu paper no és determinant. En atenció a l'interès del menor i al desig que la filiació adoptiva no sigui en aparença diferent de la filiació per naturalesa (*adoptio natura imitatur*), el legislador estableix determinats requisits per ser adoptant i per ser adoptat. En canvi, sembla que l'adopció es concep unilateralment com a regla, ja que l'art. 235-30.2 presenta com a excepció (“només”) l'adopció per més d'una persona, i ha de ser en aquest cas la dels cònjuges o membres d'una parella estable en els termes de l'art. 234-1 ss CCCat.

Això no significa que les persones casades o que conviuen en parella estable hagin d'adoptar conjuntament, ja que és possible l'adopció individual, si bé en aquest cas es requereix l'assentiment del cònjuge o del convivent (art. 235-41.1.a).

2.1. L'adoptant o adoptants

2.1.1. Requisits

L'art. 235-30 enumera els requisits personals per adoptar. Hi ha uns requisits absoluts, que afecten qualsevol persona que desitgi adoptar, i uns requisits relatius, ja que a continuació l'art. 235-31 apunta una sèrie de prohibicions per adoptar. Els requisits absoluts són:

- a) Un de capacitat: la plena capacitat d'obrar.

- b) Dos d'edat: ser més gran de vint-i-cinc anys –tret de les excepcions que seguidament s'assenyalaran– i tenir com a mínim catorze anys més que la persona adoptada, perquè amb això externament no s'hagi de distingir necessàriament de la filiació per naturalesa.

El requisit de la plena capacitat d'obrar exclou de l'adopció a les persones incapacitades, tant les que ho estan totalment com les que ho estan parcialment, i fins i tot a les quals sense estar incapacitades tinguin alguna institució de protecció, com seria el cas de les persones en assistència. També s'impedeix adoptar als menors d'edat, encara que estiguin emancipats, fins i tot si ho estan per raó de matrimoni, amb la qual cosa tampoc poden emparar-se a l'excepció que seguidament s'assenyala.

Però no és suficient tenir plena capacitat. A més, s'ha d'haver complert una edat mínima, que el legislador fixa en vint-i-cinc anys. Aquest és un requisit absolut que ha de complir tot adoptant individual i, a més, com a mínim un dels cònjuges o dels convivents en parella estable quan l'adopció és conjunta. Com

a excepció, no s'exigeix aquesta edat mínima, amb la qual cosa serà suficient ser major d'edat, quan sigui l'adopció del fill, d'un convivent en parella estable o d'un parent orfe. En l'adopció conjunta es requereix aquest mínim d'edat per a l'altre cònjuge o convivent si l'altre membre de la parella sí que ha arribat als vint-i-cinc anys d'edat.

Ni el CCCat ni les normes reglamentàries estableixen cap límit màxim d'edat a l'adoptant, encara que una edat avançada pot provocar que no s'obtingui la idoneïtat per adoptar o que el jutge no acordi l'adopció, ja que és una circumstància a tenir en compte per valorar les persones que vulguin adoptar "la salut física i psíquica que permeti l'atenció al menor" (art. 71.1.c RPMDA). Tot i això es podria establir un límit d'edat, ja que el Tribunal Europeu de Drets Humans en la seva sentència *Schwizgebel v. Suïssa* del 10.6.2010 ha considerat que la fixació d'una edat màxima no suposa cap discriminació. La referència a les parelles estables no significa que els que visquin sense constituir-se en parella estable no puguin adoptar individualment, però sí que no poden fer-ho conjuntament ni es poden acollir a aquestes excepcions que es refereixen a l'edat per adoptar.

Un altre requisit relatiu és la diferència d'edat mínima que hi ha d'haver entre adoptant i adoptat, que ha de ser com a mínim de catorze anys. Aquesta diferència d'edat no presenta cap atenuació en el cas de l'adopció del fill del consort ni de parents orfes, ni tampoc quan s'adopten persones majors d'edat.

2.1.2. Prohibicions a l'hora d'adoptar

No és suficient complir els requisits anteriors, ja que addicionalment el legislador estableix unes determinades prohibicions per adoptar. Algunes d'aquestes prohibicions són absolutes, ja que impedeixen adoptar a qualsevol persona, i altres són relatives, ja que impedeixen adoptar a determinades persones.

Les prohibicions absolutes per adoptar afecten a les persones que han estat suspeses o privades de la potestat parental i les que han estat remogudes d'un càrrec tutelar. Aquestes prohibicions no són necessàriament definitives, ja

que si s'atura aquesta situació (per exemple, deixa d'estar suspesa la potestat o els progenitors la recuperen d'acord amb l'art. 236-7) cessa també la prohibició per adoptar. La suspensió o la privació de la potestat i la remoció de la tutela evidencien un mal exercici previ de les funcions de protecció dels fills o altres persones, i per això s'assumeix que hi ha un risc que aquesta conducta es repeteixi sobre algú especialment necessitat de protecció com és un menor en adopció, de manera que aquest risc s'atura prohibint que siguin adoptants.

Cal destacar que es parla de càrrec tutelar i no de tutor, i per això la prohibició s'estén al tutor, a l'administrador patrimonial, al curador, al defensor judicial i a l'assistent, ja que tots ells són càrrecs susceptibles de remoció. Les prohibicions relatives descansen essencialment en el parentiu. Així, no es poden adoptar descendents –fills, néts, etc., per naturalesa o adopció–, germans ni parents dins del segon grau de la línia col·lateral per afinitat, en aquest últim cas mentre es manté el matrimoni que origina aquest parentiu; la filiació pretén crear un vincle jurídic, i entre descendents i germans ja hi ha parentiu per consanguinitat, assimilant-s'hi el que deriva del matrimoni, i, com diu l'AAP Barcelona, sec. 18, 12.5.2005, “l'adopció crea un estatus familiar que no podria ser contrari al propi de la naturalesa biològica”. Finalment, hi ha una prohibició relativa temporal que pretén protegir l'interès patrimonial de la persona en tutela: el tutor no pot adoptar el seu pupil fins que no s'aprovi el compte final de la tutela, tal i com es deriva de l'art. 235-32.1.c).

Diferent de la capacitat és la idoneïtat. La idoneïtat per adoptar constitueix un judici sobre l'aptitud personal –la valoració dels sol·licitants, en expressió del RPMDA– per ser adoptant, que pressuposant la capacitat per adoptar, es decideix en l'expedient d'adopció fet per l'entitat col·laboradora (art. 68 ss. RPMDA).

2.2. L'adoptant

Es poden adoptar menors d'edat i majors d'edat. El que no es pot és l'adopció de *nascituri*, en primer lloc perquè no són menors d'edat ni majors d'edat, i en segon lloc per l'exigència que l'assentiment de la mare biològica per

a l'adopció del seu fill, ja que només es pot produir sis setmanes després del part (art. 235-41.2), amb la qual cosa únicament es pot adoptar després del naixement.

2.2.1. L'adoptant menor d'edat

Poden ser adoptats els menors d'edat no emancipats, però sempre que concorrin en aquests unes determinades circumstàncies (art. 235-32):

- a) Ser menors desemparats en situació d'acolliment preadoptiu.

- b) Ser fill del cònjuge o convivent en parella estable. En aquest cas es tracta que l'adoptat tingui un segon progenitor, el cònjuge o el convivent del seu pare o de la seva mare, que evidentment no deixaran de ser-ho. Això requereix que el segon progenitor per naturalesa no estigui determinat –el menor només té determinada la filiació respecte d'un progenitor– o que estigui privat de la potestat parental, així com si incorre en una causa de suspensió o que presti el seu assentiment a l'adopció. En aquest cas, seguint la terminologia de l'art. 235-47.2, el pare o mare adoptiu “substitueix” el progenitor privat de la potestat, suspès d'aquesta o que assenteix l'adopció.

- c) Ser orfe i parent de l'adoptant fins i tot de quart grau de consanguinitat o afinitat; s'ha de recordar la prohibició d'adoptar dins del segon grau de parentiu.

- d) Les persones tutelades per qui vol adoptar, un cop aprovat el compte final de la tutela.

- e) Ser menors desemparats en situació d'acolliment simple dels qui volen adoptar, sempre que s'hagi produït un canvi en les circumstàncies i no sigui possible el retorn a la família d'origen. L'acolliment simple és una mesura inicialment de caràcter provisional, en la mesura en què es preveu que la situació de la família d'origen permetrà que el menor sigui reintegrat a aquesta. Si aquesta cosa no passa, en particular si concorren les circumstàncies per constituir un acolliment preadoptiu, de manera que ja no sigui possible el retorn

a la família d'origen, es pot iniciar l'expedient d'adopció per part dels acollidors simples.

f) Els menors d'edat prèviament en procés d'adopció, si l'adoptant individual o els dos adoptants en el cas d'adopció conjunta moren, ja que aleshores es permet obrir un nou procés d'adopció (adopció successiva). Això s'explica perquè si bé l'adopció crea un vincle de filiació, aquest vincle de caràcter legal no ha arribat a constituir-se per la mort de l'adoptant (encara que després veurem que, a pesar de la mort, l'adopció pot constituir-se igualment, art. 235-32.3), i a més els menors adoptables provenen de situacions de desemparament, d'orfandat o de tutela, i per aquest motiu permetre una nova adopció és en interès seu.

2.2.2. L'adoptant d'edat avançada

Els requisits per adoptar majors d'edat o emancipats són més restrictius. D'aquesta manera, només és possible l'adopció si hi ha hagut convivència ininterrompuda amb l'adoptant des d'abans que complís l'adoptant els catorze anys o si ha estat en situació d'acolliment preadoptiu almenys durant els sis mesos anteriors a la seva majoria d'edat o a l'emancipació, i en tots dos casos ha continuat convivint sense interrupció fins al moment de constituir-se l'adopció (art. 235-33). Aquests requisits no presenten cap flexibilització, ni tan sols en el supòsit de l'adopció del fill del cònjuge o convivent ja major d'edat.

En contrapartida, el procés és més senzill, perquè ja no s'exigeix la intervenció de l'entitat col·laboradora que formula la proposta d'adopció (art. 235-38.1), de manera que només queda el control de l'autoritat judicial que és qui constitueix l'adopció. En aquest cas, l'adopció no s'encamina a la protecció de la persona sinó a la integració legal de l'adoptant a la família de l'adoptant, que acostuma a ser el cònjuge o convivent del progenitor de l'adoptant major d'edat, cosa que pot donar lloc a canvis a l'*status filii* per mera voluntat i prescindint de la voluntat del progenitor biològic (per exemple, AAP Murcia, sec. 5^a, 16.3.2010, que constitueix l'adopció de la filla del cònjuge malgrat l'oposició del pare biològic).

3. L'acolliment preadoptiu

S'ha indicat que, com a regla general, només són adoptables els menors d'edat desemparats que es troben en situació d'acolliment preadoptiu (art. 235-32.1). És per això que resulta convenient assenyalar les principals característiques d'aquesta institució.

L'acolliment preadoptiu és la mesura més dràstica davant una situació de desemparament que no és transitòria, ja que implica, sempre en interès del menor, la separació del menor del seu entorn familiar –en el cas que ho tingui– que, en principi, es preveu definitiva, en atenció a la gravetat de les causes del desemparament o a les altres circumstàncies d'aquest cas. Aquesta gravetat ve determinada per la previsió de la impossibilitat del retorn del menor a la seva família d'origen i, per això, la conveniència de la seva integració en un nou nucli familiar, o perquè són els mateixos progenitors els que sol·liciten l'acolliment preadoptiu a l'entitat pública competent i abandonen els drets i deures inherents a la condició de progenitors (art. 325-34.1 CCCat i 147 LDOIA).

No es tracta d'una renúncia a la potestat parental, que no està admesa, però sí que és una manifestació de la incapacitat per tenir cura dels seus fills, sol·licitant a l'administració que s'ocupin d'ells. La integració del menor adoptat en una nova família planteja una sèrie de problemes d'adaptació tant del menor com de la seva família adoptiva a la situació derivada de l'adopció, ja que aquest s'integra plenament en la vida familiar amb una equiparació total d'efectes amb la filiació per naturalesa (art. 235-47.1), motiu pel qual s'ha d'intentar que aquesta integració sigui el menys traumàtica possible i el més beneficiosa per a tothom. Una de les solucions que apareix com idònia per aconseguir aquest objectiu és establir un període previ de convivència del menor amb la seva previsible família adoptiva, amb la finalitat de comprovar que les relacions que s'estableixin augurin un bon desenvolupament dels vincles familiars que s'originaran. I és que no tot acolliment preadoptiu ha de necessàriament finalitzar en la constitució de l'adopció, bé sigui perquè els

acollidors desisteixin de l'adopció (art. 77.2 RPMDA), o perquè l'entitat competent desaconselli l'adopció.

L'acolliment preadoptiu es constitueix mitjançant una resolució de l'organisme competent, sense necessitat que ho consentin els progenitors i s'ha d'escoltar al menor, si té suficient criteri (art. 235-35 CCCat i 148.1 LDOIA). La resolució haurà d'acreditar la concurrència d'alguna de les causes que donen lloc a l'adopció de la mesura, i raonar que la mesura és la més convenient en atenció tant a l'interès del menor com a les circumstàncies de la família d'origen. La resolució pot ser impugnada judicialment pels progenitors no privats de la potestat i el tutor no remogut del càrrec tutelar, sempre que no haguessin consentit prèviament la mesura, i la mare que ha abandonat els seus drets i deures abans del transcurs de trenta dies des del part del menor acollit; el termini per impugnar és de dos mesos (art. 148.2 LDOIA). Una cop sigui ferma la resolució, és procedent formalitzar per escrit l'acolliment, i s'ha recollir el consentiment dels acollidors i del menor acollit que sigui més gran de dotze anys (art. 149 LDOIA). La selecció dels acollidors es regeix per l'art. 68 ss. RPMDA, i és evident que han de complir els requisits exigits per adoptar, si no just en el moment de constituir-se l'acolliment, sí que almenys en el moment en què es prevegi que es pugui constituir l'adopció.

En relació als efectes jurídics de l'acolliment preadoptiu, el menor s'integra a la família acollidora, de manera que pesen sobre els acollidors els deures de vetllar per ell, alimentar-lo, tenir-lo sota la seva companyia i educar-lo, assumint totes les funcions parentals. Aquests deures que s'imposen a la persona o família acollidora, que són similars als que integren la potestat parental, s'emmarquen en una institució, com és l'acolliment, que no crea vincle de parentiu entre acollidor i acollit, encara que certament la modalitat preadoptiva està destinada a crear-lo, com a període de prova, i tampoc extingeix el parentiu amb la família d'origen. No obstant això, sempre en interès del menor, es poden suspendre les visites i les relacions amb la família d'origen, amb la finalitat d'una millor integració a la família acollidora. En conclusió, el contingut de l'acolliment se centra de manera exclusiva en els

aspectes personals, deixant de banda la vessant patrimonial i sense que s'atorgui la representació legal de l'acollit.

El CCCat i la LDOIA només es refereixen a l'existència de deures que corresponen als acollidors, deures que són similars als que s'estableixen en seu de potestat parental i de tutela. En canvi, no es fa cap menció als possibles deures del menor acollit. No obstant això, sembla clar que, tenint en compte la similitud assenyalada, així com la finalitat de l'acolliment preadoptiu i la necessària integració, aquest període del menor en la vida familiar i amb els seus deures és una contrapartida al que assumeixen els acollidors. Així, el menor ha d'obeir i respectar els acollidors i és possible que sigui corregit moderadament per aquests, amb la facultat de sol·licitar l'auxili judicial en l'exercici de les seves funcions de guarda, però havent d'escoltar-lo si té la maduresa suficient en la presa de decisions que puguin afectar-lo (argument arts. 236-17.3, 4 i 5 i 236-19).

L'acolliment preadoptiu, per si mateix, no modifica ni la relació de parentiu ni els drets de la família d'origen respecte del menor acollit, especialment pel que fa als titulars de la pàtria potestat. Per tant, qualsevol alteració o supressió d'aquests drets constitueix una decisió autònoma que pren el jutge en interès del menor. Així, l'acolliment preadoptiu no priva als pares de la potestat, però el jutge pot acordar la seva privació en atenció a l'incompliment dels deures que li són inherents (art. 236-6). De la mateixa manera que no impedeix als pares comunicar-se, visitar i relacionar-se amb el seu fill acollit, excepte que l'acolliment es fonamenti en el desemparament i s'estimi més convenient per al menor la seva separació completa de la família d'origen, un dret a relacionar-se que els acollidors hauran d'acceptar i permetre (art. 116 LDOIA).

L'acolliment s'anota al Registre Civil conforme als arts. 154.3º LRC i 40.3.9º LRC 2011. L'acolliment s'extingeix per les següents causes (art. 235-36 CCCat i 124 LDOIA):

a) L'adopció de la persona acollida.

- b) La mort i la incapacitat de les persones acollidores o de la persona acollida.

- c) Per voluntat de les persones acollidores. No es requereix cap causa que ho justifiqui, i serà suficient que es comuniqui a l'organisme competent. El que no és admissible és una extinció *de facto* unilateral, ja que comportaria el desemparament del menor.

- d) Per voluntat del menor acollit més gran de dotze anys.

- e) Per decisió de l'organisme competent basat en un informe de seguiment desfavorable.

- f) La majoria d'edat de l'acollit sense que s'hagi constituït l'adopció.

- g) Per resolució judicial que consideri l'oposició dels progenitors, el tutor o la mare impugnants.

- h) Per la desaparició de les circumstàncies que van motivar la mesura de l'acolliment preadoptiu.

D'aquestes causes, n'hi ha que extingeixen la mesura de protecció acordada sense que se'n pugui adoptar una altra que la substitueixi, mentre que altres causes el que en realitat provoquen és la modificació o substitució de la primera mesura protectora. De les causes d'extinció que no comporten la substitució per una altra mesura s'ha de destacar, en primer lloc, a causa de la finalitat institucional de l'acolliment preadoptiu, l'adopció, que és la causa que, d'una manera natural o lògica, hauria d'extingir aquesta modalitat d'acolliment i, en general, la protecció del menor, ja que s'integra amb la condició de fill en la seva nova família. Tampoc comporta una nova mesura l'extinció de l'acolliment preadoptiu per la majoria d'edat o l'habilitació d'edat de l'acollit sense que s'hagi procedit a adoptar-lo.

Pel que fa a les causes d'extinció que provoquen una substitució de la mesura protectora, els arts. 235-36.2 CCCat i 150 LDOIA adverteixen que en els casos de mort de l'acollidor o acollidors i de sol·licitud d'extinció pels acollidors o pel menor més gran de dotze anys, amb la decisió de l'autoritat competent s'ha d'acordar una nova mesura de protecció en benefici del menor, que serà alguna de les que contempla l'art. 120 LDOIA.

4. La constitució de l'adopció

L'adopció es constitueix per mitjà d'una resolució motivada que, d'acord amb els arts. 235-39, posa fi al procés d'adopció. Aquest procés es regula als arts. 781 LEC i de 1829 a 1832 LEC 1881 seguint els tràmits de la jurisdicció voluntària, i és indispensable la intervenció del Ministeri Fiscal. El procés està presidit per l'interès del menor, que és el que ha de guiar el jutge en el moment de dictar la resolució que constitueix l'adopció.

Conforme a l'art. 235-38, el procediment d'adopció es pot iniciar de dues maneres diferents:

- a) A instàncies de l'entitat pública competent, mitjançant la proposta prèvia, en els casos d'adopció de menors desemparats;
- b) A instàncies dels adoptants, en els supòsits de l'adopció del fill del cònjuge o convivent, de parents orfes, del pupíl o de majors d'edat.

4.1. La proposta d'adopció

En cas d'acolliment previ a l'adopció, el procediment d'adopció s'inicia amb la proposta d'adopció de l'entitat pública competent (la DGAIA). En aquesta proposta ha de contenir-se (art. 235-38):

- a) La idoneïtat raonada de l'adoptant o adoptants. El certificat d'idoneïtat resulta d'un procés de valoració dels sol·licitants d'adopció (art. 68 ss. RPMDA) en què han de quedar acreditades les seves condicions personals, socials, familiars i econòmiques i les seves aptituds educadores. Es tracta de garantir

que l'adoptant o adoptants puguin satisfer les necessitats del menor adoptat i complir les obligacions no només de l'acolliment preadoptiu, sinó també del vincle paternofilial que es crearà. La valoració dels sol·licitants les realitza en les anomenades Institucions Col·laboradores d'Integració Familiar –que són entitats sense ànim de lucre que han de ser acreditades per la Generalitat de Catalunya–, i el certificat d'idoneïtat l'emet l'Institut Català d'Acolliment i Adopció. La denegació de la idoneïtat és susceptible de recurs en via administrativa, i una vegada esgotada aquesta, és possible la impugnació davant la jurisdicció civil seguint els tràmits de la jurisdicció voluntària.

b) L'últim domicili, si es coneix, dels progenitors, dels tutors o dels guardadors adoptants, ja que han d'intervenir, de la manera que després es dirà, en el procés.

4.2. L'inici del procés a sol·licitud de l'adoptant o adoptants

Sense necessitat de proposta prèvia de l'entitat pública competent, l'adoptant o adoptants poden sol·licitar l'inici del procés d'adopció quan es tracta de l'adopció del fill del cònjuge o convivent, de parents orfes, de pupils i de majors d'edat, conforme a l'art. 235-38.1. La jurisprudència ha estès el supòsit del pupil al del menor resident a Espanya en concepte de "kafala" – institució islàmica similar a l'acolliment per a menors declarats abandonats– decretada per les autoritats marroquines competents, i per tant en aquest cas tampoc es precisa la proposta prèvia (AAP Barcelona, sec. 18, 27.6.2011). En aquests casos, la sol·licitud s'haurà d'acompanyar dels documents que enumera l'art. 1829 LEC 1881.

4.3. Les declaracions de voluntat necessàries per a la constitució de l'adopció

La constitució de l'adopció exigeix l'expressió de diferents voluntats dels subjectes intervinents. Es distingeix entre el consentiment, l'assentiment i l'audiència. La distinció entre consentiment i assentiment ve determinada per la condició de part en la relació paternofilial que es constituirà amb la resolució judicial: han de consentir aquelles persones entre les que es crearà el vincle de

filiació adoptiva. L'assentiment l'han d'expressar els que, sense esdevenir part en la relació de filiació que es constituirà, sí que es veuran afectats per ella; a més, l'assentiment és prescindible en alguns supòsits. Tret d'aquests supòsits, consentiment i assentiment són imprescindibles per a la constitució de l'adopció, que d'una altra manera és nul·la. Contràriament, l'audiència és simplement l'expressió d'una opinió que no condiona a l'autoritat judicial. De fet, cap declaració de voluntat vincula al jutge, el que passa és que sense els necessaris consentiment i assentiment no es constitueix vàlidament; dit en altres termes, a pesar de consentir els interessats, podria succeir que el jutge denegés l'adopció, ja que la seva única vinculació és l'interès superior del menor. Totes aquestes declaracions de voluntat s'han d'emetre davant del jutge.

La resolució que posa fi al procediment revesteix la forma d'interlocutòria, i és apel·lable, gaudint de legitimació per interposar el recurs totes les persones que han estat cridades al procediment i han comparegut. Han de consentir l'adopció l'adoptant o els adoptants i l'adoptant que hagi complert els dotze anys d'edat (art. 235-40). Sense aquests consentiments no es pot constituir l'adopció. El consentiment han d'expressar-lo els adoptants i l'adoptant més gran de dotze anys per si mateixos, sense que sigui admissible utilitzar un representant. Han d'assentir, tret que hi hagi impossibilitat per fer-ho, supòsit que és prescindible i l'adopció es pot igualment constituir per les següents persones:

a) El cònjuge de l'adoptant, tret que hi hagi separació judicial o de fet, o la seva parella estable (art. 235-41.1.a).

b) Els progenitors de l'adoptant, tret que estiguin privats de la potestat o implicats en alguna causa de privació o si és ferma la resolució que va acordar l'acolliment preadoptiu (art. 235-41.1.b). Els progenitors poden manifestar al jutge la necessitat del seu assentiment conforme a l'art. 781 LEC; en aquest cas, el jutge ha de suspendre la tramitació de l'expedient i concedir un termini d'entre vint i quaranta dies. La concurrència d'una causa de privació de la potestat s'ha d'apreciar en el mateix procediment d'adopció, mitjançant una

resolució motivada, i l'autoritat judicial ha d'advertir als progenitors d'això i els ha de donar l'oportunitat de defensar-se (art. 235-42). Si no es concedeix als pares la possibilitat de fer valer el dret a assentir l'expedient queda viciat (STC 58/2008, de 28 d'abril). Tampoc han d'assentir els progenitors en el cas de l'adopció del major d'edat o emancipat (AAP Barcelona, sec. 18, 31.3.2011). La mare no pot prestar el seu assentiment fins que no hagin transcorregut sis setmanes des del part, amb l'objectiu d'aquesta manera d'assegurar que el seu assentiment no està condicionat per les circumstàncies del naixement. L'assentiment dels progenitors no es pot referir a un concret adoptant, sinó que s'ha de referir a l'adopció, tret que alguna causa ho justifiqui (art. 235-41.2); per exemple, l'adopció del fill pel cònjuge o convivent.

Han de ser escoltats, sense que la seva opinió sigui determinant de la constitució de l'adopció:

- a) Els progenitors dels majors d'edat o emancipats, els pares immersos en causa de privació, però no privats –si estan privats, no intervenen de cap manera en l'expedient–, els pares del menor en acolliment preadoptiu amb resolució ferma i el cònjuge de l'adoptant separat legalment o de fet, ja que l'article 245-43.a) esmenta les persones que no és necessari que s'assentint a l'adopció.
- b) Els tutors, els curadors i els guardadors de fet de l'adoptant (art. 245-43.b).
- c) L'adoptant de menys de dotze anys però que tingui suficient judici, a criteri del jutge (art. 245-43.c).
- d) Els fills dels adoptants, si conviuen aquests fills i els adoptants i és possible, cosa que s'explica perquè l'adoptant s'integra en aquest nucli familiar i és aconsellable conèixer l'opinió de tots els integrants de la família de la que formarà part l'adoptant. Així mateix també si n'hi ha, tenen suficient judici i és possible, els fills de l'adoptant, ja que també s'integraran en aquesta nova família (art. 245-43.d).

e) Finalment, el jutge pot recollir l'opinió d'altres persones si ho considera pertinent, com per exemple els avis del menor adoptat o el cònjuge de l'adoptant.

4.4. L'adopció *post mortem*

Tot i la mort de l'adoptant o d'un dels adoptants –i per extensió, dels dos adoptants, ja que no s'observa cap raó perquè la solució sigui diferent en el cas d'adopció individual i d'adopció conjunta–, el jutge pot constituir l'adopció si aquest –o aquests– va expressar el seu consentiment davant seu o en testament, codicil o escriptura pública (art. 235-32.3). La qüestió que es pot plantejar és qui està legitimat per sol·licitar la constitució de l'adopció. Sens dubte ho estan el mateix jutge i el Ministeri Fiscal; s'hauria de reconèixer també legitimació a l'entitat pública competent a proposta de la qual s'hagi iniciat l'expedient, així com a l'adoptant que tingui prou capacitat.

5. L'adopció internacional

L'escassetat de menors nacionals adoptables durant els dos últims decennis va motivar un auge de les adopcions internacionals. Són aquelles en què l'adoptant és estranger o resideix a l'estranger, i es regeixen per la Llei estatal 54/2007, de 28 de desembre, d'adopció internacional, i també pels arts. 235-44 a 46 CCCat que regulen els aspectes relatius a la intervenció de l'administració catalana. Aquesta llei especial sorgeix per garantir l'interès superior d'aquests menors, que habitualment procedeixen de països subdesenvolupats o en vies de desenvolupament. El seu objectiu és regular, pel que aquí interessa, els efectes jurídics de les adopcions constituïdes a l'estranger, la intervenció de les entitats públiques competents en matèria d'adopció i de les entitats de col·laboració en les adopcions internacionals, així com el règim jurídic dels casos internacionals d'acolliment de menors i altres institucions protectores.

En aquesta línia, l'art. 235-44 enumera una sèrie de garanties que ha de procurar l'administració catalana com a autoritat central als efectes del Conveni de l'Haia en matèria d'adopció internacional del 1993, i que són, a més del

respecte a l'interès superior del menor, la intervenció de l'autoritat competent, en especial al país d'origen, l'adoptabilitat del menor, l'expressió lliure i voluntària de tots els consentiments necessaris, l'absència de beneficis econòmics i l'audiència del menor quan tingui suficient judici, i es prohibeix expressament que s'iniciïn tràmits per a l'adopció en països on hi hagi conflictes bèl·lics o desastres naturals. Més en concret, l'entitat pública competent només ha de tramitar les adopcions de menors originaris de països en què estigui prou garantit el respecte a les normes de l'adopció internacional (art. 235-45.1).

Les funcions que desenvolupa l'entitat pública competent són l'assessorament, la facilitació i el seguiment de les adopcions, així com la selecció dels menors adoptables i les persones adoptants. Aquesta selecció dels adoptants en termes d'idoneïtat es regeix pels articles abans assenyalats que són els 66 ss. RPMDA, i els arts. 87 a 92 RPMDA, que s'ocupen en particular de les entitats de col·laboració en l'adopció internacional. Aquestes entitats no poden tenir ànim de lucre i es regeixen pel Decret 97/2001, de 3 d'abril. Actuen com delegades de l'entitat pública competent en el procés de selecció, estant generalment acreditades per tramitar les adopcions en un o més estats concrets.

6. Efectes de l'adopció

En general, els efectes que produeix la filiació per adopció són els mateixos que els que produeix la filiació per naturalesa, diu l'art. 235-47. Amb tot, hi ha alguns efectes especials, als quals ens referirem seguidament.

6.1. Parentiu

L'adopció crea relacions de parentiu entre l'adoptant i la seva família i l'adoptat i els seus descendents, amb els mateixos efectes que la filiació per naturalesa; així, per exemple, estaran afectats pels impediments per contraure matrimoni. Igualment, l'adopció extingeix el parentiu entre l'adoptat i la seva família d'origen, amb l'excepció dels supòsits de l'adopció del fill del cònjuge o de la parella estable i de l'adopció del parent orfe, casos en què es conserva el

parentiu ja existent amb el progenitor cònjuge o convivent de l'adoptant –no amb l'altre progenitor, si n'hi hagués– o amb l'adoptant perquè l'adoptat no surt de la seva família d'origen. Excepcionalment, es manté el vincle de parentiu –tant si fos per naturalesa com adoptiu– amb la família d'origen a efectes dels impediments per contraure matrimoni –de manera que l'adoptat no pot contraure matrimoni, per exemple, amb la seva germana per naturalesa, encara que pertanyin a diferents famílies després de l'adopció– i dels efectes successoris que excepcionalment es puguin mantenir.

De totes maneres, i sense alterar l'anterior, és a dir, sense que es modifiqui l'extinció del parentiu d'origen, disposa l'art. 235-47.4, que, de manera excepcional, l'autoritat judicial pot acordar, a proposta de l'entitat competent o del Ministeri Fiscal, que, en els supòsits d'adopció internacional de l'art. 235-44.4 o aquells en el fet que hi hagi vincles afectius la ruptura dels quals pugui causar un perjudici greu a l'adoptat, es mantinguin les relacions personals de l'adoptat amb la família d'origen.

6.2. Cognoms

L'adoptat porta els cognoms de l'adoptant o adoptants (art. 245-48). En el cas de l'adopció conjunta, si la parella ja tenia fills en comú, l'ordre dels cognoms serà el mateix que aquests, perquè no s'apreciïn els diferent tipus de filiació. En cas de no existir fills comuns, els adoptants han de decidir l'ordre dels cognoms, i si no ho fan, s'aplicarà el que disposa la norma vigent. Si es tracta d'una parella d'adoptants homosexual sense fills anteriors, l'ordre dels cognoms el decideix l'autoritat judicial dins del procés d'adopció.

Si l'adopció és individual, llavors l'adoptat porta els cognoms de l'adoptant, encara que es pot alterar l'ordre si ho sol·licita en el moment que es constitueixi l'adopció, i s'ha de mantenir aquest ordre per la resta de fills (art. 235-48.2). Amb tot, en el cas de l'adopció del fill del cònjuge o convivent, l'adoptat conserva el cognom d'aquest, al que suma el de l'adoptant; l'ordre es determina conforme a les regles indicades al paràgraf precedent. A més, s'introdueix una norma per al supòsit en què l'altre progenitor hagués mort i

concorri la voluntat de conservar els dos cognoms d'origen; en aquest cas, els dos cognoms d'origen s'uneixen mitjançant un guionet, formant-ne un de sol, i l'altre cognom serà el de l'adoptant, essent necessari que l'adoptant més gran de dotze anys ho consenti.

Si l'adoptat és un major d'edat o emancipat, pot optar per conservar els seus cognoms d'origen malgrat l'adopció.

En qualsevol d'aquests casos d'elecció, inversió o conservació de cognoms, la resolució judicial constitutiva de l'adopció ha de contenir en la seva part dispositiva els cognoms que portarà l'adoptat.

6.3. Informació sobre el mateix origen

L'art. 235-49 s'ocupa del dret de l'adoptat a la informació sobre el seu propi origen. El punt de partida és el reconeixement de l'adoptat del dret a ser informat sobre el seu origen. Per això, se li concedeixen tres accions diferents.

D'una banda, obtinguda la majoria d'edat o l'emancipació, pot exercir les accions conduents a esbrinar la identitat dels seus progenitors biològics, cosa que només té valor informatiu, ja que no afecta a la filiació adoptiva. D'altra banda, a petició de l'adoptat, les administracions públiques han de facilitar-li les dades de què disposin sobre la seva filiació biològica; cal tenir en compte, a aquests efectes, que l'adopció consta mitjançant nota marginal a la inscripció de naixement al Registre Civil (art. 46 LRC; en la LRC 2011 l'adopció és objecte de publicitat restringida, art. 44.4), i en tot cas sempre cal dirigir-se a l'organisme competent en matèria d'adopció.

Per això, es preveu un procés previ de mediació confidencial perquè tant l'adoptat com els seus progenitors biològics siguin informats de les seves respectives circumstàncies familiars i socials i de l'actitud recíproca en relació a un possible retrobament. Finalment, i en interès de la seva salut, l'adoptat i els adoptants mentre l'adoptat és menor d'edat poden sol·licitar les

dades biogenètiques dels seus progenitors, sense que se'ls faciliti la identitat d'aquests.

A més, l'art. 235-40 imposa un deure d'informació als adoptants. D'acord amb aquest precepte, els adoptants han de fer saber a l'adoptat, en el moment en què tingui la maduresa suficient o, com a màxim, quan compleixi els dotze anys, la seva condició de fill adoptiu, excepte que aquesta informació sigui contrària a l'interès superior del menor.

7. Extinció de l'adopció

L'adopció és irrevocable (art. 235-51.1), de manera que els efectes de l'adopció són definitius (STSJC 14.4.2000). El caràcter irrevocable de l'adopció impedeix als pares adoptius renunciar a l'adopció un cop aquesta ha estat constituïda (vegin la SAP Girona 7.3.2002 en què els adoptants instaven la nul·litat de l'adopció per error al consentiment a l'ignorar les greus perturbacions psíquiques dels menors adoptats).

D'altra banda, el caràcter irrevocable de l'adopció ha motivat que no s'hagi acordat una nova adopció per la persona adoptada un cop obtinguda la major edat. És el cas de l'AAP Barcelona, sec. 18, 20.2.2004, en què s'argumenta que no és possible l'extinció de la filiació adoptiva per una altra de posterior. La solució és discutible, ja que això sí que es pot donar en la filiació per naturalesa; pensem, en particular, en la mort dels pares adoptius, que motivaria l'orfanat permanent de l'adoptat.

L'irrevocabilitat de l'adopció es manifesta en particular en el fet que el vincle de filiació constituït és immune, com ja s'ha comentat, a l'exercici de les accions declaratives destinades a conèixer als progenitors biològics de l'adoptat, de manera que encara que es descobreixin els pares per naturalesa, la filiació adoptiva es manté i no s'extingeix.

Amb tot, amb caràcter excepcional, l'art. 235-41.2 obre la porta al fet que, sempre en interès del menor, el jutge acordi l'extinció de l'adopció, si concorren les següents circumstàncies:

a) Que els progenitors que havien d'intervenir en l'expedient d'adopció, assentint l'adopció o havent-los de ser concedit el tràmit d'audiència, no ho van fer per una causa no imputable, sempre que impugnin l'adopció en el termini de dos anys des de la seva constitució, de manera que si transcorre aquest termini de caducitat, no cap l'extinció (AAP Barcelona, sec. 18, 29.12.2009);

b) O si es produeixen les causes que la llei preveu per a la revisió de sentències fermes (art. 509 ss. LEC, que exigeix l'obtenció de documents decisius dels que no es va poder disposar per força major o per acció de la part beneficiada per la sentència, que els documents en què es va basar la sentència siguin falsos, que hagi existit condemna per fals testimoni en les declaracions que van servir de base a la sentència o que aquesta s'hagués guanyat injustament per suborn, violència o maquinació fraudulenta).

L'extinció de la filiació té com a efecte el restabliment de la filiació per naturalesa, ja sigui pels dos progenitors o només per al qual ha exercitat l'acció (art. 235-52), i la desaparició dels efectes personals de l'adopció (de manera que cessen els impediments matrimonials, no hi ha drets successoris, es recuperen els cognoms previs a l'adopció, etc.). Aquesta última opció encara ha de ser més excepcional i estar reservada per als supòsits en què l'altre progenitor no accionant hagi mort o hi hagi alguna causa especialment greu que desaconselli restituir la filiació per naturalesa respecte d'aquest o d'aquesta.

L'extinció de l'adopció, en tot cas, no repercuteix en els efectes patrimonials que va produir, que es mantenen sense excepció, de manera que no hi cabran reclamacions pels aliments prestats, els estudis pagats, etc. Cal tenir en compte que, a més, existeixen causes de nul·litat de l'adopció, diferents d'aquestes causes d'extinció i que, per tant, no estan sotmeses al termini de

caducitat bianual. Així, per exemple, la mare que va prestar el seu assentiment dins dels trenta dies següents al part.

BIBLIOGRAFIA

ALGARRA PRATS, Esther, "El régimen de participación", a Mariano YZQUIERDO TOLSADA – Matilde CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 117-330.

ANDERSON, Míriam, "Los efectos del matrimonio (arts. 1 a 8 CF)", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 329-348.

ARNAU I RAVENTÓS, Lúdia, "Los capítulos matrimoniales (Sección I, Disposiciones Generales, del Capítulo III del Código de Familia; arts. 15 a 20)", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 387-394.

ARNAU I RAVENTÓS, Lúdia, "Les adquisicions amb pacte de supervivència en la Llei 22/2003", a *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 4 (2004), pp. 121-168.

ARNAU I RAVENTÓS, Lúdia, "Les adquisicions amb pacte de supervivència en la Llei 22/2003", a *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 4 (2004), pp. 121-168.

ARNAU I RAVENTÓS, Lúdia, *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2006.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, "El régimen de separación de bienes", a Mariano YZQUIERDO TOLSADA - Matilde CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi - Thomson Reuters, 2011, p. 253 - 281.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, "Las compras con pacto de supervivencia (artículos 44 a 47 del Código de Familia)", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER

VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 465-471.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2006.

BARRAL, Immaculada, *La compra-venta amb pacte de supervivència*, Barcelona, Fundació Jaume Callís, 1992.

BARRÓN ARNICHES, Paloma de, "La posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero de una madre de alquiler", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 31, 2009, p. 29 ss.

BODAS DAGA, Eugenia, "Una reflexió sobre la renúncia prèvia a la pensió compensatòria i a la compensació econòmica per raó del treball, regulades en els articles 84 i 41 del Codi de Família", a *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 10 (2009), pp. 211-234.

BODAS DAGA, Eugenia: "El régimen de separación de bienes", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 439-457.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, "El règim jurídic de l'associació a compres i millors en el Codi de Família", a *Libro Homenaje al Profesor Dr. Luis Puig Ferriol*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 479-521;

BROCÁ, Guillermo M^a de, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia*, Barcelona, Herederos de Juan Gili, Editores, 1918.

CASANOVAS MUSSONS, Anna, "A propòsit de l'art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d'aliments entre parents: la distinció entre "aliments institucionals" i "aliments autònoms" i les seves interferències", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998, p. 9 ss.

CASAS VALLÉS, Ramon, "Arts. 232-13 a 232-24, a Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 720-764;

CASAS VALLÉS, Ramon, "Arts. 48 a 60 CF", a Joan EGEA I FERNÁNDEZ – Josep FERRER I RIBA (dirs.), *Comentarios 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, pp. 278-320

CORTADA CORTIJO, Neus, "El régimen de comunidad de bienes", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010. pp. 503 - 518.

CORTADA CORTIJO, Neus, "La protección de los acreedores de los cónyuges en el Derecho Civil de Cataluña: los artículos 231-11 y 231-12 del Código Civil de Cataluña", a Reyes BARRADA - Martín GARRIDO - Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 219-232.

EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, "L'acció de repetició contra el deutor dels aliments. Solidaritat i prestacions assistencials públiques", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, Barcelona, 1997, p. 617 ss.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, "Artículos 232-28 y 232-29 CCCat", a Encarna ROCA TRÍAS i Pascual ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011, pp. 773 - 777.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, "Arts. 232-25 a 232-27", a Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 765-771;

ESPIAU ESPIAU, Santiago, "La disposición de la vivienda familiar en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña", a Reyes BARRADA - Martín GARRIDO - Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 409-427.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992.

FARRÉ TREPAT, Elena, art. 235-39 a 235-43, a ROCA TRIAS, Encarnación (Dir.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid: SEPIN, 2011, p. 1144 ss.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN FERNÁNDEZ, María Luisa, "La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis", a GARRIDO MELERO, Martín – FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria (coords.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. 2, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 195-266.

GARRIDO DE PALMA, Víctor M., "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", a DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador general): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, vol. 1º (*Familia*, coordinado por Víctor Garrido de Palma), Civitas, Madrid, 2001, pp. 203-268.

GARRIGA GORINA, Margarita, art. 235-47 a 235-42, a ROCA TRIAS (Dir.), *Persona y Familia*, 1178 ss.

GETE-ALONSO, María del Carmen, "Reconocimiento de complacencia, impugnación de la filiación e impugnación del reconocimiento", *Tribunal*, 1997/III, p. 13 ss.

GETE-ALONSO, María del Carmen, BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *La nueva regulación de la filiación en el derecho catalán*, Valencia, 1992.

GÍMÉNEZ COSTA, Ana, "El usufructo universal capitular", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 409-422.

GINEBRA MOLINS, Esperança, "La disposición de la "vivienda familiar" y de los "muebles de uso ordinario" en derecho catalán", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (dirs.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010. pp. 349-364.

GINEBRA MOLINS, M. Esperança: "El régimen de comunidad de bienes", a Mariano YZQUIERDO TOLSADA - Matilde CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi - Thomson Reuters, 2011, pp. 293 - 322.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: "Las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia", a Reyes BARRADA - Martín GARRIDO - Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011. pp. 807-826.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, art. 235-44 a 235-46, s ROCA TRIAS (Dir.), *Persona y Familia*, p. 1166 ss.

JAURENA I SALAS, Francesc Xavier, "Famílies i parelles", *Revista Catalana de Dret Privat*, 2009, nº 10, p. 77 ss;

LAMARCA MARQUÈS, Albert, "Pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència", (Ponència presentada a les XVII Jornades de Dret Català a Tossa, en premsa).

LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín María, "Comentari a l'article 9 del Codi de Família", a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan – FERRER I RIBA, Josep (directors): *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 123-134.

LAUROBA LACASA, Elena, "Cuentas corrientes bancarias y régimen económico matrimonial", a P. del Pozo Carrascosa, M. Díaz Muyor (coord.), *Contratación bancaria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998

LLABERÍA SAMPER, Sergio, comentari als art. 234-1 a 234-6, en ROCA TRIAS, Encarna (dir.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 935 ss;

LUCAS ESTEVE, Adolfo, "L'agermanament", *RCDP*, vol.. 10 (2009), pp. 157-179.

MARSAL GUILLAMET, Joan, "Artículos 232-30 a 232-38 CCCat", a Encarna ROCA TRIAS i Pascual ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011. pp. 778 - 803.

MARTÍN CASALS, Miquel, Informe de Dret comparat sobre la regulació de la parella de fet, *ADC*, 1995, p. 1709 ss;

MONSERRAT VALERO, Antonio, "Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia", a Reyes BARRADA - Martín GARRIDO - Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 401-408.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, "Régimen jurídico de la vivienda familiar", a GARRIDO MELERO, Martín – FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. 2, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 267-361.

MUÑOZ PLANAS, J.M., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 2003.

NASARRE AZNAR, Sergio, "La división de los bienes en proindiviso", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 459-464.

NASARRE AZNAR, Sergio, *La divisió dels béns en proindivís en el règim de separació de béns de Catalunya*, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 10 (2009), pp. 115-156.

PÉREZ TORMO, María José, comentari art. 237-1 ss, a Roca Trias, Encarna (dir.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid: SEPIN, 2011; Ribot Igualada, Jordi, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

PUIG FERRIOL, Luis - ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, Tomo II (*Derecho familiar catalán*), Barcelona, Bosch, 1979.

PUIG I FERRIOL, Lluís, "Régimen jurídico de la contratación entre cónyuges en el Derecho Civil Catalán", a Reyes BARRADA - Martín GARRIDO - Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 199-217.

RIBOT IGUALADA, Jordi, "L'obligació legal d'aliments entre parents en el nou Codi de Família", *La Llei de Catalunya i Balears*, nº 242, 1999, pp. 1 ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d'impugnació de la paternitat (comentari a la STSJC 44/2008, de 22 de desembre)", *RCDP*, 2010, núm. 11, p. 225 ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "La filiación en el Derecho Civil de Cataluña", a YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de derecho de la familia*, vol. VII, Cizur Menor, 2011, pp. 335 ss;

ROCA TRIAS, Encarna, "La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya", *RJC*, 2008 (vol. 3), pp. 651-676.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, "Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña", a Reyes BARRADA - Martín GARRIDO - Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 327-399.

SIMÓN MORENO, Héctor: "Las donaciones por razón de matrimonio en el Codi de Família", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (dirs.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 395-407.

SOLÉ RESINA, Judith, "La regulación de la convivencia estable en pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Actualidad civil*, 2011, nº 8.

VAQUER ALOY, Antoni, "Relaciones económicas entre los cónyuges", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (dirs.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp. 365-386.

VAQUER ALOY, Antoni, "El acogimiento preadoptivo", i "La constitución de la adopción", a ESPIAU ESPIAU, Santiago, VAQUER ALOY, Antoni (ed.), *Protección*

de menores, acogimiento y adopción, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 117 ss i 163 ss.

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 Cataluña)", *Anuario de Derecho Civil*, 1999, pp. 1491 ss.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., "Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *La Ley*, núm. 7608, de 11 de abril de 2011.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, art. 235-30 a 235-48, a ROCA TRIAS (Dir.), *Persona y Familia*, p. 1114 ss.

VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Uniones Estables de Pareja. Regulación procesal y uso del domicilio", *InDret*, 2007/1.

ZAHINO RUIZ, María Luisa, "Los efectos patrimoniales *post mortem* del matrimonio: los derechos viudales familiares (arts. 35 y 36 del Código de Familia de Cataluña)", a Francisco LLEDÓ YAGÜE - Pilar FERRER VANRELL (directores), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pp.423-438.