



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 Llibre Segon**  
**del Codi Civil de Catalunya:**  
Una perspectiva de gènere

Autors

Ariadna Aguilera Rull  
Laura Alascio Carrasco  
Laura Allueva Aznar  
Esther Farnós Amorós  
Marian Gili Saldaña  
Carlos Gómez Ligüerre  
Rosa Milà Rafel

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

Abreviatures .....	6
Presentació .....	9
Els pactes en previsió de ruptura matrimonial	
Laura Allueva Aznar .....	11
1. Introducció .....	11
2. Els pactes en previsió de ruptura matrimonial .....	12
2.1. Concepte .....	12
2.2. Àmbit subjectiu .....	13
2.3. Requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial .....	16
2.4. Àmbit objectiu .....	22
3. Eficàcia i ineficàcia dels pactes en previsió de ruptura matrimonial .....	24
4. Conclusions .....	26
5. Bibliografia .....	27
6. Taula de sentències citades .....	31
El règim econòmic del matrimoni	
Dr. Carlos Gómez Ligüerre .....	33
1. Perspectiva de gènere i relacions econòmiques entre els cònjuges .....	33
2. La igualtat entre els cònjuges en el règim legal supletori .....	37
2.1. Contribució a les despeses familiars .....	40
2.2. Disposició de l'habitatge familiar .....	41
2.3. Prova de la propietat dels béns .....	42
2.4. Administració dels béns de la família i responsabilitat per deutes .....	43
2.5. Compensació econòmica per raó de treball .....	44
3. Llibertat de disseny del règim econòmic matrimonial i igualtat .....	44
4. Coneixement sobre el resultat econòmic de la dissolució del règim econòmic: el règim de separació de béns .....	49
5. Conclusions .....	53
6. Bibliografia .....	54

## La compensació econòmica per raó de treball

Dra. Ariadna Aguilera Rull .....	56
1. Introducció .....	56
2. La funció de la compensació econòmica per raó de treball .....	58
2.1. La funció de restitució d'un enriquiment injust .....	58
2.2. La funció de compensació de pèrdues d'oportunitat .....	61
2.3. La funció de participació en els guanys .....	63
3. Els pressupòsits de la compensació econòmica per raó de treball .....	66
4. El mètode de càlcul de la compensació econòmica per raó de treball .....	69
5. Conclusions .....	72
6. Taula de sentències citades .....	73
7. Bibliografia .....	74

## La guarda compartida dels fills comuns

Laura Alascio Carrasco .....	77
1. Introducció: de la custòdia materna a la guarda compartida .....	77
1.1. Crítica terminològica .....	77
1.2. Marc normatiu .....	78
2. El pla de parentalitat .....	81
3. Sobre la preferència o l'excepcionalitat de la guarda compartida .....	82
4. Guarda compartida i efectes econòmics de la ruptura .....	84
5. Una solució alternativa: el criteri de la continuïtat .....	86
6. Taula de sentències citades .....	87
7. Bibliografia .....	88

## La prestació compensatòria

Dra. Marian Gili Saldaña .....	92
1. Introducció .....	92
2. Pensió compensatòria versus prestació compensatòria .....	96
3. Naturalesa jurídica de la prestació compensatòria .....	97
4. Pressupòsits de la prestació compensatòria: el desequilibri econòmic .....	99
5. Temporalitat de la prestació compensatòria .....	101
6. Renúncia a la prestació compensatòria .....	105

7. Conclusions.....	108
8. Taula de sentències citades .....	108
9. Bibliografia.....	109

#### L'habitatge familiar

Dra. Rosa Milà Rafel .....	113
1. Protecció de l'habitatge familiar i rellevància de les novetats introduïdes en el Llibre segon del CCCat des d'una perspectiva de gènere.....	113
2. Disposició de l'habitatge familiar .....	115
2.1. Disposició durant el matrimoni o convivència: una mesura que protegeix la part econòmicament més dèbil de la parella .....	115
2.2. Disposició amb posterioritat a la ruptura: ponderació dels interessos del cònjuge titular i del beneficiari de d'ús de l'habitatge familiar.....	116
3. Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar .....	117
3.1. Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar en cas de nul·litat del matrimoni, divorci i separació judicial.....	117
3.2. Normes especials d'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar en cas de ruptura de la parella estable: atribució limitada als supòsits de guarda de fills comuns .....	129
4. Conclusions.....	132
5. Taula de sentències citades .....	133
6. Bibliografia.....	134

#### La filiació

Dra. Esther Farnós Amorós.....	137
1. Introducció: reproducció sexual i asimetries de gènere.....	137
2. Filiació per naturalesa .....	140
2.1. Accions de filiació, possible conflicte d'interessos i interès superior del menor .....	140
2.2. Relacions sexuals de la mare amb altres homes.....	144
2.3. La filiació derivada del recurs a la reproducció assistida .....	146
3. Conclusions.....	154
4. Taula de sentències citades .....	154
5. Bibliografia.....	155

## Abreviatures

ADC	<i>Anuario de Derecho civil</i>
ALI	<i>American Law Institute</i>
AP	Audiència Provincial
art./s.	article/s
Berkeley Women's L. J.	<i>Berkeley Women's Law Journal</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BOA	Butlletí Oficial d'Aragó
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
B. U. L. Rev.	<i>Boston University Law Review</i>
CCCat	Codi civil de Catalunya
CC	Codi civil espanyol
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CE	Constitució espanyola
CEFL	<i>Commission of European Family Law</i>
CF	Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (DOGC núm. 2687, de 23.7.1998)
cfr.	confronteu amb
CJ-FA	<i>Committee of Experts on Family Law</i>
Coord./s.	Coordinador/s
DGDEJ	Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques
DGRN	Direcció General dels Registres i del Notariat
Dir./s	Director/s
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DPC	<i>Derecho Privado y Constitución</i>
Duke J. Gender L. & Pol'y	<i>Duke Journal of Gender Law &amp; Policy</i>
Ed./s	Editor/s
EUA	Estats Units d'Amèrica
et al.	i d'altres
Fam. L. Q.	<i>Family Law Quarterly</i>
FJ	Fonament jurídic
Fem. Leg. Stud.	<i>Feminist Legal Studies</i>
Fla. St. U. L. Rev.	<i>Florida State University Law Review</i>
Geo. L. J.	<i>Georgetown Law Journal</i>
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i>
IDESCAT	Institut d'Estadística de Catalunya
IFL	<i>International Family Law</i>
Ind. L. J.	<i>Indiana Law Journal</i>
INE	Institut Nacional d'Estadística
J. Econ. Surv.	<i>Journal of Economics Surveys</i>
J. Gender Race & Just.	<i>Journal of Gender, Race &amp; Justice</i>

La. L. Rev.	<i>Louisiana Law Review</i>
LAU	Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans (BOE núm. 282, de 25.11.1994)
LEC	Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (BOE núm. 7, de 8.1.2000)
Leg. Stud.	<i>Legal Studies</i>
LF	Llei catalana 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions (DOGC núm. 1441, de 10.5.1991)
LH	Text refós de la Llei hipotecària segons Decret de 8 de febrer de 1946 (BOE núm. 58, de 27.2.1946)
Llei 30/1981	Llei 30/1981, de 7 de juliol, per la qual es modifica la regulació del matrimoni en el Codi civil i es determina el procediment a seguir en les causes de nul·litat, separació i divorci (BOE núm. 172, de 20.7.1981)
Llei 15/2005	Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci (BOE núm. 163, de 9.7.2005)
Llei 3/2007	Llei 3/2007, de 15 de març, reguladora de la rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones (BOE núm. 65, de 16.3.2007)
Llei aragonesa 2/2010	Llei aragonesa 2/2010, de 26 de maig, d'igualtat en les relacions familiars davant la ruptura de la convivència dels pares (BOA núm. 111, de 8.6.2010)
Llibre quart del CCCat	Llei 10/2008, de 10 de juliol, del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions (DOGC núm. 5175, de 17.7.2008)
Llibre segon del CCCat	Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010)
LOIMH	Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, d'igualtat efectiva entre dones i homes (BOE núm. 71, de 23.3.2007)
LOPJ	Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (BOE núm. 157, de 2.7.1985)
LTRHA	Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida (BOE núm. 126, de 27.5.2006)
LUEP	Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (DOGC núm. 2687, de 23.7.1998)
Notre Dame L. Rev.	<i>Notre Dame Law Review</i>
p./pp.	pàgina/es
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RCDP	Revista Catalana de Dret privat
RD	Reial Decret
RD 3215/1982	Reial Decret 3215/1982, de 12 de novembre, pel qual es reformen determinats articles del Reglament per l'execució de la Llei hipotecària, com a conseqüència de la Llei 11/1981, de 13 de maig (BOE núm. 285, de 27.11.1982)

RDF	<i>Revista de Derecho de Familia</i>
REP	<i>Revista de Estudios Políticos</i>
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
SAP	Sentència d'Audiència Provincial
SAPB	Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona
SJPI	Sentència de Jutjat de Primera Instància
ss.	següents
Stan. L. Rev.	<i>Stanford Law Review</i>
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans
STS	Sentència del Tribunal Suprem
STSJC	Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu de Drets Humans
The Md. Bar J.	<i>The Maryland Bar Journal</i>
TRA	tècniques de reproducció assistida
TS	Tribunal Suprem
TSJC	Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
UCLA L. Rev.	<i>University of California Law Review</i>
U. Pa. L. Rev.	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
v.	<i>versus</i>
Va. L. Rev.	<i>Virginia Law Review</i>
vol.	volum
Yale L. J.	<i>Yale Law Journal</i>
Women's Rts. L. Rep.	<i>Women's Rights Law Reporters</i>
Yale J. L. & Feminism	<i>Yale Journal of Law and Feminism</i>



## Presentació

El treball “Gènere i dret de família. Una lectura a partir del Llibre segon del Codi civil de Catalunya” té per objecte l’anàlisi, des d’un punt de vista de gènere, de les reformes introduïdes per la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (DOGC núm. 5686, de 5 d’agost), en les principals institucions del Dret de família i, en particular, en els pactes en previsió d’una ruptura matrimonial, el règim de separació de béns, la compensació econòmica per raó de treball, la guarda dels fills comuns, la prestació compensatòria, l’habitatge familiar i la filiació. Es tracta d’una lectura inèdita al nostre ordenament, que té en compte la preocupació actual del legislador català per fer possible la consecució de la igualtat de gènere a través de la regulació de les diferents institucions familiars. Una preocupació que es posa clarament de manifest en el Preàmbul al Llibre segon del CCCat quan afirma que la nova regulació “(...) no s’oblida que les relacions familiars en la nostra societat mantenen encara un alt grau de masclisme” i que ha tingut en compte “(...) que el paper de la mare és qualitativament més necessari per als menors que el del pare quan les dinàmiques familiars han estat construïdes sobre models tradicionals (...)”.

L’assoliment d’aquesta igualtat comporta, però, un joc d’equilibris que obliga a tenir en compte, en més d’una ocasió, la coexistència en la nostra societat de famílies basades en models igualitaris amb altres famílies encara basades en models tradicionals. L’art. 231-1 CCCat, que porta per títol “L’heterogeneïtat del fet familiar”, es fa ressò d’aquesta realitat, que el Preàmbul del Llibre segon del CCCat explicita quan reconeix expressament “(...) les relacions familiars basades en formes de convivència diferents de la matrimonial, com les famílies formades per un progenitor sol amb els seus descendents, la convivència en parella estable i les relacions convivencials d’ajuda mútua”, així com “(...) la família homoparental, salvant les diferències que imposa la naturalesa de les coses”.

L’anàlisi conjunta de les repercussions de gènere de cadascuna de les diferents institucions de dret de família que porta a terme aquest treball permet

afirmar que, en termes generals, la regulació que se'n fa va més enllà dels aspectes formals, que també preocupen el legislador i que, com afirma al mateix Preàmbul, han fet "(...) imprescindible una tasca d'harmonització que permet assolir més neutralitat en el llenguatge en termes de gènere (...)". Aquest esforç terminològic no es pot subestimar, en tant que suposa un pas més per a la consecució de la igualtat material. En aquest sentit, a més d'inèdita, la lectura de gènere que es porta a terme en les pàgines que segueixen és del tot necessària quan, com evidencien la realitat social i moltes de les institucions regulades, les diferències existents entre dones i homes no són biològiques, sinó socials i, per tant, susceptibles de modificació.

Des d'aquest punt de vista, l'anàlisi de gènere esdevé un instrument analític idoni –un mitjà, mai un fi en si mateix– que permet posar de manifest les discriminacions directes i indirectes que pateixen homes i dones, per tal d'identificar les relacions de poder que es donen entre els gèneres i determinar si les normes reforcen els rols femenins i masculins establerts. Dit en altres paraules, la perspectiva de gènere permet proposar alternatives de regulació – quan s'ha desconsiderat algun aspecte rellevant per a la consecució de la plena igualtat de gènere– per a facilitar que homes i dones puguin formar famílies establint relacions no jerarquitzades. El gènere, per contraposició al sexe, ens permet centrar en les diferències que s'identifiquen amb construccions socials que parteixen del sexe biològic i verificar si el Dret compleix la finalitat que li és pròpia, que és precisament modificar aquestes diferències més enllà de reconeixements oficials de la igualtat d'homes i dones que massa sovint resulten en drets buits.

Barcelona, 15 de març de 2013

# Els pactes en previsió de ruptura matrimonial

Laura Allueva Aznar  
Universitat Pompeu Fabra

## 1. Introducció

Tot i que durant la segona meitat del segle XX es negava la possibilitat que els cònjuges, en ús de la seva autonomia privada, poguessin configurar negocis jurídics o relacions contractuals en previsió de la crisi familiar, en els darrers anys ha quedat constatada una clara tendència cap a la privatització de la família. Les seves conseqüències més evidents han estat, d'una banda, la prevalença de les opcions personals i la voluntat individual com una manifestació del respecte a la dignitat de la persona i dels seus drets individuals<sup>1</sup> i, de l'altra, l'aprovació de diferents disposicions legals que, tant a nivell estatal com autonòmic, han anat reforçant el poder de decisió dels cònjuges en seu de celebració i extinció del matrimoni<sup>2</sup>. Des d'aquest punt de vista, el Llibre segon del CCCat ha introduït una regulació detallada dels pactes en previsió de ruptura matrimonial<sup>3</sup>, d'aplicació supletòria a les parelles estables (art. 234-5 CCCat)<sup>4</sup>, el principal objectiu dels quals és protegir la riquesa ostentada per un dels cònjuges –habitualment, l'home– davant la seva

---

<sup>1</sup> Vegeu PARRA LUCÁN (2011, p. 1) i GASPAR LERA (2011, pp. 1042-1045). En termes similars, HERRING (2010, pp. 257 i 259).

<sup>2</sup> Alguns exemples serien la Llei 30/1981, que va introduir la figura del conveni regulador, tot permetent que els cònjuges poguessin determinar de mutu acord els efectes de la ruptura; el RD 3215/1982, que consagrà el principi de llibertat dels cònjuges per a celebrar entre ells tota classe d'actes i negocis jurídics, o la Llei 15/2005, que amplià l'àmbit d'autonomia dels casats a l'hora de posar fi a la seva convivència, en reconèixer-los la facultat de sol·licitar la dissolució del matrimoni passats tres mesos des de la seva celebració, així com la determinació dels efectes de la ruptura.

<sup>3</sup> El Preàmbul de la Llei es refereix a aquest tipus de pactes com un desenvolupament de la referència genèrica que l'art. 15.1 CF feia, en matèria de capítols matrimonials, als pactes en previsió d'una ruptura matrimonial. Amb anterioritat, al CCCat mancava una regulació en detall sobre els seus requisits (subjectius, objectius i formals) i sobre els seus efectes i límits.

<sup>4</sup> Per SERRANO DE NICOLÁS (2011b, p. 22), "(...) la remisión expresa del art. 234-5 al 231-20 no puede entenderse de aplicación indiscriminada, sino que se aplicará lo previsto para el matrimonio a la pareja estable cuando se dé identidad de razón".

possible redistribució una vegada sobrevinguda la ruptura<sup>5</sup>. En aquest sentit, es tracta d'un instrument que planteja un gran interès des d'una perspectiva de gènere<sup>6</sup>.

## 2. Els pactes en previsió de ruptura matrimonial

### 2.1. Concepte

Els pactes en previsió de ruptura són un tipus d'acord que permeten determinar anticipadament les conseqüències d'una possible crisi del matrimoni o del cessament de la convivència en una parella estable<sup>7</sup>. Estan regulats de manera general en l'art. 231-20 CCCat –que ha rebut una enorme influència dels principis de l'ALI sobre la dissolució del matrimoni–, el qual s'ha de completar amb d'altres disposicions del CCCat que delimiten el seu abast respecte d'altres institucions<sup>8</sup>.

Els pactes en previsió de ruptura matrimonial poden ser *pactes pre-ruptura o crisi*, que són aquells celebrats en previsió d'una eventual ruptura, quan aquesta encara no s'ha produït, o *pactes post-ruptura o crisi*, que són aquells

---

<sup>5</sup> En termes similars, MARSTON (1996-1997, p. 888) i EGEA FERNÁNDEZ (2002, p. 4551).

<sup>6</sup> FROMMER BROD (1994, pp. 239-239).

<sup>7</sup> Fa uns anys, aquest tipus d'acords es veien com una excentricitat nord-americana. Amb el pas del temps, i com a conseqüència de l'inexorable procés europeu d'acceptació de l'autonomia privada dels membres o futurs membres de la parella en àmbits en què tradicionalment s'havia prohibit, un major nombre d'ordenaments jurídics els han acollit. Alguns els reconeixen de manera expressa en la llei, com Alemanya (§ 1408 BGB, entre d'altres) o Catalunya (art. 231-20 CCCat) –ordenament jurídic que ja compta amb un primer pronunciament sobre la matèria des que han estat expressament reconeguts pel legislador català: STSJC 12.7.2012 (RJ 2012\10025), comentada a ALLUEVA AZNAR (2013)-, i d'altres els han anat acceptant a través de resolucions judicials, com el Regne Unit i Gal·les –des de la decisió de la *Supreme Court* en el cas *Radmacher v. Granatino* ([2010] UKSC 42) i el *Marital Property Agreements: Consultation Paper*, núm. 198–, i Espanya. En aquest sentit, EGEA FERNÁNDEZ (2002, p. 4557, n. 18) i SSTS, 1a, 22.4.1997 (RJ 1997\3251), 17.10.2007 (RJ 2007\7307) i 31.3.2011 (RJ 2011\3137), comentada per ANDERSON (2012).

<sup>8</sup> Caldrà tenir presents els arts. 232-7 CCCat –en relació a la compensació per raó de treball–, 233-5.3 CCCat – en matèria de guarda i de relacions personals amb els fills menors, i també d'aliments a favor d'aquests–, 233-16 CCCat –en relació a la prestació compensatòria– i 233-21.3 CCCat –sobre l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge i sobre les modalitats d'aquest ús.

que se celebren per autoregular una crisi ja existent. En seu matrimonial, els primers poden ser, alhora, pre-nupcials o post-nupcials, en funció de si se celebren abans o després de la celebració del matrimoni; de la mateixa manera, els segons es poden diferenciar en funció de si es mantenen fora del conveni regulador (art. 233-5 CCCat) o integren el contingut del mateix.

El pactes en previsió de ruptura, com el seu nom indica, se celebren en vista a una situació més o menys hipotètica i llunyana. En conseqüència, en el moment del seu atorgament, les parts només poden realitzar una aproximació sobre la situació en què es podrien trobar, que molt probablement s'acabarà allunyant d'allò prèviament esperat. En el cas dels pactes pre-nupcials, les parts es troben en una situació emocional que pot dur-les a prendre decisions que altrament no acceptarien i que, a més, sovint són avantatjoses per a la part forta de la relació i d'elevat risc d'explotació, manipulació o abús per a la part dèbil<sup>9</sup>.

La distinció entre pactes pre-ruptura o crisi i pactes post-ruptura o crisi ens permet delimitar l'objecte d'estudi de les pàgines següents. El treball se centrarà específicament en els pactes en previsió d'una ruptura atorgats amb anterioritat a la crisi matrimonial o el cessament de la convivència en una parella estable, ja que, pels motius esmentats amb anterioritat, són els pactes més interessants des d'una perspectiva de gènere.

## **2.2. Àmbit subjectiu**

Un pacte en el qual es determinen les conseqüències d'una possible ruptura requereix que concorrin al seu atorgament les persones que hi estan principalment interessades i, en particular, els futurs membres de la parella,

---

<sup>9</sup> El paper de les emocions a l'hora de prendre decisions ha estat àmpliament estudiat als EUA, tant des de la perspectiva del *Law and the Emotions* –vegeu, per tots, BLUMENTHAL (2004 i 2007)–, com des del punt de vista del *Law & Economics* –vegeu, per tots, POSNER (2000-2001). El Preàmbul del CCCat reflecteix aquesta idea en seu d'acords amistosos de separació: "(...) s'arriba als acords en situacions d'angoixa o estrès que fan difícil fer una valoració objectiva dels termes convinguts, en les quals hi ha un risc elevat d'explotació o abús d'una part per l'altra". Aquesta idea és, al meu parer, amb més motius, aplicable als pactes pre-nupcials.

sens perjudici de què, per falta de capacitat, puguin intervenir-hi d'altres persones –singularment, els progenitors (art. 211-7.2 CCCat)<sup>10</sup>.

La realitat sociològica –influïda per l'experiència nord-americana– ens permet afirmar que només es recorre a aquests tipus de pactes (i) quan hi ha una desigualtat evident entre els patrimonis dels cònjuges; (ii) en els casos de segones núpcies<sup>11</sup> on, novament, una de les parts és clarament més rica que l'altra, hi ha divergències –a vegades substancials– entre les edats dels cònjuges, i una de les parts sol fer front a pagaments derivats de matrimonis anteriors, i (iii) en l'àmbit de l'empresa familiar, per evitar que aquesta es vegi afectada per una eventual ruptura<sup>12</sup>.

En aquest sentit, tot i que les desigualtats entre homes i dones han minvat al llarg dels anys com a conseqüència de la incorporació de la dona al mercat de treball i la seva conseqüent emancipació i independència, encara es poden destacar diferències rellevants a nivell d'estructura salarial<sup>13</sup>. Es tracta d'una desigualtat rellevant, ja que el fet que les dones guanyin menys que els homes en el desenvolupament d'una mateixa tasca pot ser catalogat com un motiu de discriminació directa<sup>14</sup>. Dites diferències salarials encara es veuen més reforçades per la segregació del mercat laboral, que es pot concebre com una discriminació més subtil i certament perillosa.

---

<sup>10</sup> SERRANO DE NICOLÁS (2011c, p. 232) assenyala la impossibilitat que el propi cònjuge major d'edat sigui part del pacte i alhora completi la capacitat del l'altre cònjuge. GINÉS CASTELLET (2011a, pp. 2587-258) considera que, en matèria de capacitat, s'ha d'aplicar analògicament l'art. 231-21 CCCat, segons el qual “[p]oden atorgar capítols matrimonials els qui poden contreure vàlidament matrimoni, però necessiten, si escau, els complements de capacitat corresponents”.

<sup>11</sup> Segons les dades estadístiques de l'INE, l'any 2011 es casaren per segona vegada 4.937 homes i 4.726 dones, és a dir, un 19,78% i un 18'36%, respectivament, sobre el total de matrimonis celebrats. Aquesta dada és interessant en la mesura en què es tracta de subjectes que, amb una probabilitat elevada, optaran pels pactes en previsió de ruptura, ja que preval la consciència general de què es pot tornar a fracassar i de la necessitat de preveure'n les conseqüències: FROMMER BROD (1994, pp. 238-239).

<sup>12</sup> MARSTON (1996-1997, pp. 892-893) i SMITH (2003, pp. 208-209).

<sup>13</sup> Segons les dades facilitades per l'IDESCAT, a Catalunya, l'any 2010 els homes van guanyar una mitja de 27.601 euros bruts anuals, mentre que les dones van guanyar 21.042,14 euros.

<sup>14</sup> Existeix discriminació directa, segons el [Manual de legislació europea contra la discriminació del Consell d'Europa](#) (2010) quan, “(...) per motius racials o ètnics, una persona és tractada de manera menys favorable que una altra persona en una situació comparable”.

Encara avui en dia dones i homes tenen diferents tipus de feina, es dediquen a diferents sectors o, fins i tot dins del mateix sector, les dones solen realitzar treballs menys valorats i pitjor pagats. La segregació laboral està freqüentment lligada a tradicions i estereotips basats en què les dones opten per dedicar-se a sectors menys valorats i pitjor pagats. En conseqüència, s'espera que les dones acabin reduint la seva jornada laboral o abandonant el mercat laboral per a cuidar els fills, en perjudici de la seva pròpia carrera professional.

És aproximadament a partir dels 30 anys quan les diferències salarials comencen a ser notables, moment que coincideix amb la franja d'edat en què una parella sol casar-se o iniciar la convivència en parella estable per primera vegada<sup>15</sup>. Per tant, serà en aquest moment en el qual els futurs membres de la parella, en ús de la seva autonomia privada, podran decidir com incidirà aquesta sobre els efectes patrimonials en cas d'una eventual crisi a través dels pactes en previsió de ruptura.

La principal implicació de les diferències salarials entre homes i dones, juntament amb d'altres pautes inherents de comportament que distingeixen els uns de les altres, és la identificació de les dones amb la part dèbil de la relació. Així, pot ocórrer que, en el moment d'atorgar un pacte en previsió de ruptura, el poder de negociació i les habilitats de les dones per acordar allò que realment els beneficia es vegin, en conseqüència, reduïdes i limitades.

Plenament conscient de les desigualtats i, per tant, d'aquest biaix en matèria de gènere, el legislador català mostra en la regulació dels pactes en previsió de ruptura una constant preocupació per la protecció de la part dèbil<sup>16</sup>. Aquesta s'observa tant en el moment de celebració del pacte –en demanar el

---

<sup>15</sup> Les dades estadístiques facilitades per l'INE permeten observar que el nombre de matrimonis augmenta entre els 26 i els 36 anys, aproximadament.

<sup>16</sup> De fet, en el Preàmbul del CCCat, el legislador català "(...) no s'oblida que les relacions familiars en la nostra societat mantenen encara un alt grau de masclisme". Amb anterioritat a la promulgació del CCCat ja s'havia posat de manifest que, en la relació matrimonial, i en la negociació prèvia de la mateixa, sol existir una part dèbil, les possibilitats d'elecció de la qual es poden veure limitades o, fins i tot, eliminades: EGEA FERNÁNDEZ (2002, pp. 4559-4560).

compliment d'un seguit de requisits—, com una vegada sobrevinguda la crisi i invocat el pacte prèviament celebrat –mitjançant el control judicial<sup>17</sup>.

## **2.3. Requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial**

### **2.3.1. Requisits formals**

Els pactes en previsió d'una ruptura es poden atorgar en capítols matrimonials o en escriptura pública<sup>18</sup> (art. 231-20.1 CCCat). El legislador català defuig d'aquesta manera de la qualificació anterior d'aquests pactes com a capítols matrimonials. En altres paraules, no tots els pactes en previsió de ruptura matrimonial són capítols matrimonials<sup>19</sup>.

La forma pública és en ambdós casos un requisit constitutiu o *ad solemnitatem*<sup>20</sup>, l'incompliment del qual comportarà la invalidesa i conseqüent ineficàcia del pacte<sup>21</sup>.

En qualsevol cas, l'exigència de document públic per part del legislador català posa de manifest la seva preocupació per garantir la integritat del consentiment de les parts, en tant que una pot ser més feble que l'altra<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> SCHERPE (2012, pp. 8 i ss.) distingeix dos tipus de protecció de la part dèbil: la protecció de l'autonomia, en el moment de celebració del pacte, i la protecció respecte de l'autonomia, quan aquest és invocat per una de les parts.

<sup>18</sup> Aquest primer requisit troba el seu fonament en l'apartat 1 de la § 7.04 dels principis de l'ALI sobre la dissolució del matrimoni.

<sup>19</sup> Per a LAMARCA I MARQUÈS (2012, pp. 12-13), la previsió d'altres escriptures públiques que no siguin les de capítols "(...) podria passar per entendre que el pacte pot tenir un contingut que no sigui patrimonial, com seria la guarda dels fills. O bé més senzillament per salvar la validesa de tota mena de pactes atorgats davant de notari, tot i que no hagi estat qualificada l'escriptura pública com de capítols matrimonials".

<sup>20</sup> LAMARCA I MARQUÈS (2012, p. 13). En termes similars, SERRANO DE NICOLÁS (2011a, p. 359).

<sup>21</sup> GINÉS CASTELLET (2011b, p. 64); en contra, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2011, p. 352) i PEREDA GÁMEZ (2012).

<sup>22</sup> GINÉS CASTELLET (2011, p. 2593), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2011, p. 352), EGEA FERNÁNDEZ (2002, p. 4562), PEREDA GÁMEZ (2012), ROCA TRIAS (2006, pp. 2088-2089).



### 2.3.2. Requisits temporals

Els pactes en previsió d'una ruptura s'han d'atorgar abans de què aquesta sorgeixi (art. 231-20.1 CCCat). Cal diferenciar en aquest punt els pactes celebrats amb anterioritat al matrimoni dels celebrats amb posterioritat al mateix. Els primers estan doblement limitats: d'una banda, perquè s'han d'atorgar amb una antelació mínima de trenta dies abans del matrimoni<sup>23</sup>; d'altra banda, perquè el matrimoni s'ha de celebrar en el termini d'un any, a comptar des de l'atorgament de l'escriptura pública, en aplicació analògica d'allò que estableix l'art. 231-19.2 CCCat<sup>24</sup> per als capítols matrimonials. En canvi, els pactes atorgats amb posterioritat al matrimoni no estan subjectes a cap limitació temporal<sup>25</sup>.

La finalitat d'aquest lapse temporal, que afecta únicament als acords que se subscriuen amb anterioritat al matrimoni, és evitar qualsevol tipus d'influència sobre l'efectiva voluntat de les parts atesa la proximitat immediata de la celebració matrimonial<sup>26</sup>. Es tracta, en definitiva, de facilitar un clima propici per la conclusió de l'acord amb plena llibertat i consciència<sup>27</sup>.

La situació emocional en què es troben les parts, sobretot si es tracta de la primera vegada que es casen, pot precipitar l'acceptació d'acords no volguts,

---

<sup>23</sup> Aquest requisit troba el seu fonament en l'apartat 3 (a) de la § 7.04 dels principis de l'ALI sobre la dissolució del matrimoni. La jurisprudència mostra que és pràctica habitual que aquest tipus de pactes se celebrin pocs dies abans del matrimoni: 11 dies a la SAP Granada 14.5.2001 (AC 2001\1599); 10 dies a la SAP Girona 1.3.2004 (JUR 2004\118887); 4 dies a la SAP Madrid 27.2.2007 (JUR 2007\151411); 3 dies a la SAPB 23.3.2010 (JUR 2010\175675). Per tant, sota l'empareda del CCCat, cap d'aquests pactes seria vàlid.

<sup>24</sup> PEREDA GÁMEZ (2012) i SERRANO DE NICOLÁS (2011a, p. 356; 2011b, p. 34).

<sup>25</sup> L'informe *Marital Property Agreements: Consultation Paper*, núm. 198, emès per la *Law Commission* del Regne Unit, considera que la limitació temporal no reporta cap tipus d'utilitat específica en la protecció de les parts. Al contrari, la fixació d'un període concret de temps comporta sempre una certa arbitrarietat i que, sigui quin sigui el període imposat per l'atorgament dels pactes en previsió de ruptura matrimonial, aquest únicament desvii la pressió a un altre dia. No obstant, es tracta d'una qüestió oberta a consulta.

<sup>26</sup> LAMARCA I MARQUÈS (2012, p. 14). Per a GINÉS CASTELLET (2011a, p. 2590), alguns motius pels quals els cònjuges poden sentir-se pressionats, precipitant un consentiment no volgut, serien la situació emocional que sol envoltar aquesta fase de la vida d'una persona, sobretot si és la primera vegada; la perspectiva de cancel·lar el casament poc abans de la data prevista, amb la conseqüent pèrdua econòmica derivada de totes les despeses realitzades, etc.

<sup>27</sup> PEREDA GÁMEZ (2012).

que no vol dir irracionals<sup>28</sup>. A més, les parts solen associar una probabilitat molt baixa a la ruptura i poden actuar de forma extremadament positiva en la fixació de les seves eventuais conseqüències<sup>29</sup>.

No obstant, la peculiar naturalesa de les relacions i situacions que es pretenen regular i ordenar a través dels pactes, les característiques dels subjectes que hi participen i la situació emocional que normalment caracteritza aquesta fase de la vida de les persones, sovint fan que les pressions no puguin ser evitades, sinó simplement mitigades<sup>30</sup>.

### **2.3.3. Assessorament legal independent**

L'art. 231-20.2 CCCat estableix que el notari ha d'informar per separat a cadascuna de les parts dels canvis que produeix la proposta de pacte i del seu deure d'informar-se recíprocament respecte del patrimoni, ingressos i expectatives econòmiques futures<sup>31</sup>. Amb aquesta finalitat, el notari es reunirà amb les parts de forma prèvia a l'atorgament del pacte i per separat, per a garantir, precisament, que el consentiment prestat sigui lliure i informat, i no viciat per la influència o presència de l'altre cònjuge. No obstant, sense ànim de dubtar de la independència i imparcialitat del notari autoritzant, potser seria convenient que, amb anterioritat, cadascuna de les parts es reunís amb un advocat que vetllés de forma exclusiva pels seus interessos<sup>32</sup>. El notari pot assessorar les parts, però en la mesura en què és el mateix per a ambdues, ni

---

<sup>28</sup> POSNER (2000-2001, pp. 4-5). En contra, BLUMENTHAL (2007, p. 60).

<sup>29</sup> SMITH (2003, pp. 213-214).

<sup>30</sup> Per a BLUMENTHAL (2007, p. 60), aquest requisit temporal o *cooling-off period* està dissenyat per a contrarestar l'efecte que provoca la situació emocional que caracteritza aquest moment de la vida de la parella, tot permetent que les parts prenguin decisions amb un cert marge, i per tant, de forma més pausada.

<sup>31</sup> Aquest requisit troba el seu fonament en l'apartat 3 (b) de la § 7.04 dels principis de l'ALI sobre la dissolució del matrimoni.

<sup>32</sup> Els principis de l'ALI sobre la dissolució del matrimoni (p. 968) posen de relleu que una bona part dels pactes pre-ruptura els prepara un advocat contractat per una de les parts, però que, idealment, l'altra part hauria de poder comptar amb un altre advocat que revisés i expliqués els termes del pacte per negociar-ne els possibles canvis, si s'escauen. En aquesta línia, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2011, p. 355) i VEGA SALA (2011, p. 646).

negociarà el que sigui millor per cadascuna d'elles ni defensarà els seus interessos específics<sup>33</sup>.

#### 2.3.4. Claredat, precisió i reciprocitat

Qualsevol pacte pel qual s'excloquin o es limitin drets de les parts ha de prendre en consideració les regles de reciprocitat, claredat i precisió (art. 231-20.3 CCCat)<sup>34</sup>. Els pactes pels quals les parts renuncien als drets que els podrien correspondre legalment són els que més preocupen el legislador, sobretot si la renúncia es fa de forma anticipada o amb marge respecte de l'eventual ruptura<sup>35</sup>.

Els requisits de claredat i precisió comporten, bàsicament, que l'exclusió o la renúncia es realitzi de forma inequívoca –deixant clar a què es renuncia o què es limita i de quina forma<sup>36</sup>– i expressa<sup>37</sup>. Per la seva banda, les regles de reciprocitat impliquen igualtat de criteris per a ambdues parts en l'exclusió o limitació de determinats drets. Això no pressuposa una igualtat quantitativa en l'aplicació de percentatges o quanties, o un reflex *mirall* entre homes i dones,

---

<sup>33</sup> LAMARCA I MARQUÈS (2012, p. 15).

<sup>34</sup> La possibilitat de renúncia es veu reforçada per l'art. 111-6 CCCat, que preveu el principi de llibertat civil. Abans de l'aprovació del CCCat ho havia apuntat EGEA FERNÁNDEZ (2002, p. 4557).

<sup>35</sup> Un exemple recent el trobem en la STSJC 12.7.2012 (RJ 2012\10025). En aquest cas, els cònjuges havien subscrit, en document privat, en presència de dos testimonis i 7 anys abans de la interposició de la demanda de divorci per part del marit, uns pactes en previsió d'una eventual crisi matrimonial. En la clàusula sisena d'aquests pactes, l'esposa renunciava de forma expressa i irrevocable a qualsevol dret que pogués arribar a correspondre-li en el moment de la ruptura respecte dels béns immobles o mobles situats a qualsevol país. Tot i que el TSJC no es pronuncià sobre aquest punt en la sentència, sembla lògic pensar que estem davant d'una renúncia poc concreta o genèrica, ja que no queden clars quins són els béns específics a què es renuncia. Com exemples de pactes pels quals es renuncia anticipadament a la prestació compensatòria, admesos pels tribunals amb posterioritat, vegeu les SSAAPP Madrid 27.2.2007 (JUR 2007\151411), Màlaga 5.10.2011 (JUR 2012\195579) i València 31.1.2008 (JUR 2008\167755); i, pels declarats posteriorment ineficaços, la STS, 1a, 10.3.2009 (RJ 2009\1637) i les SSAAPP Astúries 12.12.2000 (AC 2001\151), Granada 19.5.2001 (AC 2001\1599) i Las Palmas 12.11.2004 (JUR 2004\27329).

<sup>36</sup> En aquest sentit, vegeu la SAP Girona 1.3.2004 (JUR 2004\118887).

<sup>37</sup> GINÉS CASTELLET (2011a, pp. 2598-2599; 2011b, p. 70), LAMARCA I MARQUÈS (2012, p. 15), entre d'altres.

sinó més aviat una equivalència o igualtat qualitativa i quantitativa en la fixació dels criteris o regles de la participació en els rendiments obtinguts per l'altre<sup>38</sup>.

L'exigència de reciprocitat en els pactes de renúncia o de limitació dels drets és una derivació del principi d'igualtat entre els cònjuges<sup>39</sup>. És una mostra més de la preocupació del legislador per protegir la part dèbil de la relació a fi d'evitar que la llibertat normativa concedida als cònjuges es tradueixi en una desigualtat de tracte entre ells quan un dels membres de la parella ostenti una posició de major força respecte de l'altre.

Contràriament, sembla que l'exigència de reciprocitat no afectaria les situacions en les quals els cònjuges decidissin ampliar els drets previstos expressament per la llei, sempre i quan aquesta configuració asimètrica no suposés un greu desequilibri contrari al principi d'igualtat entre cònjuges previst a l'art. 32 CE<sup>40</sup>.

### **2.3.5. Revelació de la informació patrimonial**

Els cònjuges han d'informar-se recíprocament sobre la seva situació patrimonial per a què puguin formar correctament la seva voluntat. No obstant, la situació emocional de les parts pot fer que la informació es processi de forma més superficial i, en conseqüència, la part dèbil de la relació sigui fàcilment persuadida o manipulada<sup>41</sup>.

La informació que han d'atorgar-se les parts amb anterioritat a la celebració del pacte<sup>42</sup> ha de ser veraç<sup>43</sup>, suficient<sup>44</sup> i rellevant<sup>45</sup>, si bé no és necessari presentar una relació de béns o un inventari<sup>46</sup>.

---

<sup>38</sup> SERRANO DE NICOLÁS (2011a, p. 368).

<sup>39</sup> GINÉS CASTELLET (2011a, p. 2600), REBOLLEDO VARELA (2008, pp. 742-743), LAMARCA I MARQUÈS (2012, p. 15), PEREDA GÁMEZ (2012), entre d'altres.

<sup>40</sup> Així ho considera GINÉS CASTELLET (2011a, p. 2601). MARTÍNEZ ESCRIBANO (2011, p. 356) defensa que, en aquests casos, una interpretació flexible de la norma, basada en l'equitat, permetria estendre-hi l'exigència de reciprocitat.

<sup>41</sup> BLUMENTHAL (2007, p. 38).

<sup>42</sup> Es poden establir certs paral·lelismes amb els deures precontractuals d'informació exigibles en determinats contractes comercials. L'analogia és lògica en la mesura en què tant els contractes comercials com els contractes familiars es basen en la confiança generada entre les

L'art. 231-20.4 CCCat estableix que el cònjuge que pretengui fer valer un pacte serà qui tindrà 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<sup>47</sup>, sempre que aquesta sigui rellevant en relació al contingut del pacte<sup>48</sup>. Aquesta previsió és coherent amb la idea segons la qual, per exigències de la bona fe i, tanmateix, des d'una perspectiva econòmica, la part que disposa de la informació ha d'informar l'altra part i, fins i tot, esvair-la del possible error<sup>49</sup>.

### 2.3.6. Límits d'ordre general

Els pactes en previsió de ruptura estan sotmesos a límits de diferent ordre: d'una banda, els límits generals imposats a tots els actes de l'autonomia privada, que impedeixen els acords contraris a la llei, la moral o l'ordre públic (art. 1255 CC); d'altra banda, els límits específics del dret de família, que impedeixen els pactes que no respectin la igualtat de drets entre els cònjuges (art. 32 CE), que descuidin l'atenció de les necessitats bàsiques, que no respectin l'interès superior del menor (art. 211-6 CCCat), que siguin greument

---

parts per relacions de certa durada i per la possibilitat que una de les parts es trobi en una posició desavantajosa com a conseqüència de les asimetries informatives: DE LA MAZA GAZMURI (2010, pp. 105-136).

<sup>43</sup> Per a REBOLLEDO VARELA (2008, p. 754), si aquesta informació no és veraç, el pacte no serà eficaç.

<sup>44</sup> Per SERRANO DE NICOLÁS (2011a, pp. 363-365), una informació "suficient" del patrimoni haurà de comprendre tant la de l'actiu com la del passiu; respecte els ingressos, s'hauran d'incloure tant els ordinaris com els extraordinaris i, en relació a les expectatives futures, pel fet de ser meres expectatives, hauran de ser previsibles (en el moment de la firma) i econòmiques o patrimonialitzables. També sembla exigir-se que siguin raonables.

<sup>45</sup> SERRANO DE NICOLÁS (2011c, p. 235) considera que "(...) importen les dades o fets que puguin influir en les previsions que cada cònjuge es fa per al cas de produir-se la ruptura matrimonial".

<sup>46</sup> Per a PEREDA GÁMEZ (2012), una relació de béns o inventari esdevindrà una prova del compliment del deure d'informació.

<sup>47</sup> Per a SERRANO DE NICOLÁS (2011a, p. 366), la informació relativa a les expectatives en l'interès de l'altre cònjuge preval sobre de les necessitats de restricció o secret informatiu.

<sup>48</sup> Aquest requisit troba el seu fonament en l'apartat 2 de la § 7.04 dels principis de l'ALI sobre la dissolució del matrimoni.

<sup>49</sup> DE LA MAZA GAZMURI (2010, p. 336) apunta que el deure precontractual d'informació recau sobre la part que pot accedir a la informació de manera menys costosa.

perjudicials per un dels membres de la parella o que atemptin contra els drets fonamentals. Tanmateix, com a conseqüència de la seva naturalesa contractual, es requereix la presència dels elements essencials d'un contracte (art. 1261 CC).

## **2.4. Àmbit objectiu**

L'art. 231-20 CCCat no inclou cap referència al contingut dels pactes en previsió de ruptura matrimonial, si bé sembla evident que els aspectes objecte de regulació seran els propis que resulten d'una separació o divorci i, per tant, la dissolució i la liquidació del règim econòmic matrimonial, la guarda dels fills, l'atribució i distribució de l'habitatge familiar, la prestació compensatòria i, si s'escau, la divisió dels béns comuns.

En funció del seu contingut, es poden distingir dos tipus de pactes: d'una banda, els pactes que afecten la relació entre els cònjuges, els quals es poden diferenciar, alhora, en funció de si s'ocupen de l'esfera personal del matrimoni o de la seva vessant econòmica. Els pactes relatius als aspectes personals del matrimoni no estan previstos expressament en el CCCat i es refereixen a les possibles previsions sobre la lliure elecció de domicili després de la crisi, sobre deures conjugals com ara el deure de lleialtat, o sobre la facultat d'instar la separació o el divorci. L'opinió majoritària és la seva manca de validesa, ja que es consideren contraris als drets i llibertats fonamentals dels cònjuges<sup>50</sup>. Els pactes sobre les conseqüències econòmiques de la crisi són els més comuns i se'n admet la validesa, amb la consideració dels límits esmentats amb anterioritat. En aquest sentit, el legislador preveu expressament la possibilitat de pacte respecte de la compensació per raó de treball, la prestació compensatòria i l'habitatge familiar.

L'art. 232-7 CCCat preveu la possibilitat de pactar l'increment, la reducció o l'exclusió de la compensació econòmica per raó de treball. Es per això que

---

<sup>50</sup> GARCÍA RUBIO (2005), GINÉS CASTELLET (2011a, p. 2603), PEREDA GÁMEZ (2012), entre d'altres.

sembla admissible el pacte pel qual es modifiquen les bases de càlcul de la compensació establertes per la llei<sup>51</sup> o, fins i tot, la fixació d'una quantitat concreta, sens perjudici de què, en aquest últim cas, es pugui acreditar i provar un canvi de circumstàncies amb posterioritat.

L'art. 233-16 CCCat permet expressament el pacte sobre la modalitat, la durada, la quantitat i l'extinció de la prestació compensatòria. En relació a la modalitat, es permet pactar si aquesta es pagarà en béns o diners, a tant alçat o en forma de pensió, la periodicitat del pagament, etc. Pel que fa a la durada, es pot establir el període de temps durant el qual es satisfarà el pagament o la seva durada indefinida. Els pactes sobre la quantitat fan referència a la vinculació de la mateixa als anys de vida matrimonial o a la fixació d'un mínim i un màxim per determinar la prestació compensatòria. Finalment, en relació a l'extinció de la prestació, se'n permet, bàsicament, la modulació, la supressió o l'addició de causes d'extinció. Un altre aspecte rellevant és la possibilitat de renúncia a la prestació compensatòria. Aquesta podrà tenir lloc només en la mesura en què les necessitats bàsiques del cònjuge creditor quedin cobertes en el moment en què s'invoqui el pacte una vegada sobrevinguda la crisi (art. 233-16.2 CCCat)<sup>52</sup>. El que pretén evitar el legislador amb aquesta previsió és que un dels cònjuges es vegi abocat a una situació de penúria econòmica que no li permeti sobreviure com a conseqüència d'haver pres una decisió en un moment sovint molt anterior<sup>53</sup>.

Tanmateix, d'acord amb l'art. 233-21.3 CCCat, es permeten els pactes en previsió de ruptura matrimonial sobre l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge i sobre les modalitats d'aquest ús, sempre i quan no perjudiquin l'interès dels fills, ni tampoc, si no s'han incorporat a un conveni regulador, comprometin les possibilitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús.

---

<sup>51</sup> GINÉS CASTELLET (2011a, p. 2609) i MARTÍNEZ ESCRIBANO (2011, p. 357).

<sup>52</sup> Ja ho havien defensat, amb anterioritat a la l'entrada en vigor del CCCat, EGEA FERNÁNDEZ (2002, p. 4566) i GARCÍA RUBIO (2005). Quelcom semblant es recull a la Secció 6.b) de la *Uniform Premarital Agreements Act*, i es tracta d'una proposta recollida al citat l'informe [Marital Property Agreements: Consultation Paper](#), núm. 198.

<sup>53</sup> En aquest sentit, EGEA FERNÁNDEZ (2002, p. 4566), GINÉS CASTELLET (2011a, p. 2611) i PEREDA GÁMEZ (2012).

D'altra banda, hi ha pactes que incideixen sobre altres persones i, concretament, sobre els fills subjectes a potestat parental. Tot i que tradicionalment una part de la doctrina s'hi havia posicionat en contra, el legislador català ha optat per dotar-los de certa eficàcia [art. 233-11.1.f) CCCat]. Aquests pactes poden ser de naturalesa variada (sobre el tipus d'ensenyament que rebran els fills o el centre educatiu al que assistiran, sobre el pla de parentalitat, sobre la forma de pagament de la pensió alimentària, etc.). No obstant, només seran vàlids en la mesura en què s'adeqüin a l'interès dels fills menors en el moment en què, sobrevinguda la crisi, se sol·liciti llur execució.

### **3. Eficàcia i ineficàcia dels pactes en previsió de ruptura matrimonial**

L'art. 233-5 CCCat estableix que “[e]ls pactes en previsió d'una ruptura matrimonial atorgats d'acord amb l'art. 231-20 CCCat i els adoptats després de la ruptura de la convivència que no formin part d'una proposta de conveni regulador vinculen els cònjuges”. En altres paraules, si aquests pactes compleixen els requisits esmentats en les pàgines precedents, seran d'obligat compliment per a les parts<sup>54</sup> i els jutges no podran posar obstacles a la seva execució<sup>55</sup>.

L'acció per a exigir el compliment d'aquests pactes es pot acumular a la de nul·litat, separació o divorci, essent possible demanar la seva incorporació a la

---

<sup>54</sup> És el que SCHERPE (2012, pp. 8 i ss.) identifica com la primera fase del test d'equitat que tot pacte en previsió de ruptura ha de superar. Aquest autor considera que, des del cas *Radmacher v. Granatino* ([2010] UKSC 42), l'anàlisi de l'eficàcia d'aquests tipus de pactes s'ha de fer en dues fases. La primera, quan se celebra el pacte i, la segona, quan es pretén invocar. Així, en un primer moment –la fase de “protecció de l'autonomia” dels cònjuges–, caldrà comprovar que, en el moment de la celebració del pacte, es complien els requisits esmentats. Només quan això succeeixi, el pacte en previsió de ruptura matrimonial serà eficaç. No obstant, cal assenyalar que aquest autor pren com a referència un ordenament jurídic que no compta amb una regulació expressa dels pactes en previsió de ruptura, els quals foren admesos a partir del cas citat.

<sup>55</sup> Així ho considerava, encertadament, ROCA TRIAS (2006, p. 2111) abans de l'aprovació del CCCat. En la mateixa línia, LAMARCA I MARQUÈS (2012, p. 18).



sentència. També es pot demanar que s'incorporin al procediment sobre mesures provisionals per a què siguin recollits per la resolució judicial, si s'escau.

En la mesura que aquests acords se celebren en vista a una situació més o menys hipotètica i llunyana, pot ocórrer que una de les parts es vegi perjudicada pel contingut del pacte quan aquest sigui invocat i que, en conseqüència, decideixi combatre'n la seva l'eficàcia. Els motius d'ineficàcia d'un pacte en previsió de ruptura podran ser la vulneració de l'interès superior dels menors involucrats i l'apreciació d'un canvi de circumstàncies (art. 231-20.5 CCCat)<sup>56</sup>. Les noves circumstàncies podran ser de caràcter econòmic o personal<sup>57</sup>; a més, hauran de ser rellevants, de tal forma que entre el perjudici que pateix una de les parts i la modificació greu i imprevista de les circumstàncies s'aprecii una relació de causalitat; i, per últim, haurà de tractar-se de circumstàncies que no es van preveure en el moment de la celebració del pacte, ni es podien raonablement preveure<sup>58</sup>. Per tant, amb l'objectiu d'evitar conductes oportunistes, caldrà que l'alteració de les circumstàncies hagi estat imprevisible<sup>59</sup>, ja que si el canvi substancial de circumstàncies ha estat causat voluntàriament per les parts, no es complirà amb la condició de la imprevisibilitat<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> L'art. 231-20.5 CCCat, clarament inspirat en la § 7.05 dels principis de l'ALI sobre la dissolució del matrimoni, és una manifestació legal de la clàusula jurisprudencial *rebus sic stantibus*: DíEZ-PICAZO (1996, p. 888).

<sup>57</sup> La llei sembla estar pensant en una pèrdua imprevisible d'ingressos, la pèrdua dels negocis per causes alienes a la voluntat del cònjuge, una malaltia greu d'una de les parts o dels fills, un accident greu amb lesions de per vida, situacions sobrevingudes de violència de gènere, etc.

<sup>58</sup> SERRANO DE NICOLÁS (2011c, p. 246) entén que "(...) s'haurà d'atendre a les circumstàncies concretes de cada parella de contraents, formació personal i acadèmica, patrimonis preexistents, edats, termini transcorregut des que es pactà, etc."

<sup>59</sup> Per a SALVADOR CODERCH (2009, p. 26), serà previsible allò que pugui anticipar-se a través d'indicis o senyals, és a dir, de dades empíriques i rellevants que permetin preveure el canvi de circumstàncies. En qualsevol cas, la invocació de la imprevisibilitat reclama una acreditació raonable de què la modificació de circumstàncies no era objectivament previsible.

<sup>60</sup> SCHERPE (2012, pp. 8 i ss.) assenyala que, en el moment en què el pacte en previsió de ruptura matrimonial és invocat, cal avaluar si el pacte supera la segona fase del test d'equitat –la fase de "protecció respecte l'autonomia" dels cònjuges. En aquest sentit, el pacte serà anul·lat si es considera abusiu. El que es pretén evitar amb aquest "segon test" és un resultat injust derivat pel pas inexorable del temps, que incorpori previsions totalment allunyades de la

La càrrega de la prova pesa sobre el cònjuge greument perjudicat. Aquest haurà d'acreditar que es donen les anteriors condicions per tal d'aconseguir que el pacte en previsió de ruptura mereixi una revisió judicial i, consegüentment, no sigui incorporat en l'estat en què es troba a la sentència de nul·litat, separació o divorci. No obstant, la mera divergència entre les condicions fàctiques existents en el moment de la celebració del pacte i les que realment es donin en el moment de la crisi no pot justificar de per si el recurs a la doctrina de la imprevisibilitat. De no ser així, una bona part dels pactes en previsió de ruptura podrien quedar invalidats<sup>61</sup>.

## 4. Conclusions

Els pactes en previsió de ruptura són uns tipus d'acords molt lligats a una nova manera d'entendre les relacions familiars i, en particular, a una idea avançada i moderna d'entendre la parella. Aquests pactes permeten pactar les conseqüències d'una eventual ruptura i, des d'aquest punt de vista, contribueixen a què les decisions preses per les parts s'acostin més a les seves preferències o desitjos que no pas les derivades de les previsions legals o les decisions dels tribunals. A més, fan que els cònjuges adoptin una actitud més conscient, reflexiva i realista cap al matrimoni o la convivència en parella estable, que comporta una major seguretat jurídica i redueix, en darrera instància, el risc de decisions precipitades i no informades.

No obstant, aquests pactes també tenen inconvenients. En aquest sentit, emeten *ab initio* senyals negatives a l'altra part quan ni tan sols s'ha formalitzat un projecte de vida comú<sup>62</sup>. A més, la seva admissió pot suscitar dubtes entorn el seu compliment, ja que es fixen aspectes en vista a una situació més o menys hipotètica i llunyana. L'argument decisiu, però, és el que fa referència al

---

realitat existent en el moment en què s'invoca el pacte i que, a més, perjudiquen greument un dels cònjuges.

<sup>61</sup> GINÉS CASTELLET (2011a, p. 2616). Amb anterioritat a l'aprovació del CCCat, alguns autors havien qüestionat la incidència d'un canvi sobrevingut de circumstàncies en aquests tipus de pactes: GARCÍA RUBIO (2005, pp. 117-119) i PASTOR VITA (2003, p. 54).

<sup>62</sup> MARSTON (1996-1997, p. 893), SMITH (2003, p. 219).

fet que aquests pactes plantegen problemes de desequilibri entre les parts<sup>63</sup>. Com hem vist, les diferències entre les parts –salarials, bàsicament, o d'altres inherents al gènere– fan que el poder de negociació i les habilitats de la part dèbil es vegin reduïdes i limitades, i es produeixin situacions de manipulació per part del cònjuge fort sobre el cònjuge dèbil que incrementin la vulnerabilitat d'aquest últim.

El legislador català ha intentat mitigar aquestes desigualtats tenint en compte la perspectiva de gènere. L'establiment de mesures com ara l'exigència d'una forma determinada, la necessitat de revelació de la informació patrimonial, la limitació temporal, el respecte a determinats límits en relació al seu contingut en el moment de celebració del pacte, o el control judicial del pacte prèviament celebrat quan una de les parts l'invoca sorgida la crisi, reflecteixen la seva preocupació per la protecció de l'autonomia de la part dèbil amb independència del gènere. En aquest sentit, es pot concloure que la regulació prevista al CCCat representa un clar avenç i un esforç d'adaptació de la normativa a les noves realitats familiars.

## 5. Bibliografia

Miriam ANDERSON (2012), “Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria. Validez de la primera y nulidad de la segunda: comentario a la sentencia de 31 de marzo de 2011”, *CCJC*, núm. 88, pp. 379-406.

Laura ALLUEVA AZNAR (2013), “Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial. Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1a), de 12.7.2012”, *InDret 1/2013*.

Jeremy A. BLUMENTHAL (2007), “Emotional Paternalism”, *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 35, núm. 1, pp. 1-72.

---

<sup>63</sup> MARSTON (1996-1997, p. 894), HERRING (2010, p. 269).

--(2004), "Law and the Emotions: The Problems of Affective Forecasting", *Ind. L. J.*, vol. 80, pp. 155-238.

Íñigo DE LA MAZA GAZMURI (2010), *Los límites del deber precontractual de información*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra.

Luis DíEZ-PICAZO (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid.

Joan EGEA FERNÁNDEZ (2002), "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, pp. 4551-4574.

Gail FROMMER BROD (1994), "Premarital Agreements and Gender Justice", *Yale J. L. & Feminism*, núm. 6, pp. 228-295.

María Paz GARCÍA RUBIO (2005), "[Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia](#)", a ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA, *Nous reptes del Dret de Família*, Documenta Universitatia, Girona, pp. 95-121.

Sílvia GASPÀR LERA (2011), "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *ADC*, tom LXIV, fascicle III, pp. 1041-1074.

Núria GINÉS CASTELLET (2011a), "Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *RCDI*, núm. 727, pp. 2577-2620.

--(2011b), "Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia", a Núria GINÉS CASTELLET / M<sup>a</sup> Dolores BARDAJÍ GÁLVEZ / M<sup>a</sup> Teresa DUPLA MARÍN *et al.*, *La Familia del siglo*

*XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, pp. 51-94.

Jonathan HERRING (2010), “Relational Autonomy and Family Law”, a Julie WALLBANK / Shazia CHOUDHRY / Jonathan HERRING, *Rights, Gender and Family Law*, Routledge-Cavendish, UK, cap. 12, pp. 257-275.

Albert LAMARCA I MARQUÈS (2012), “[Pactes en previsió de crisi matrimonial i de parella](#)”, Ponència a les *Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa. Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012.

Allison A. MARSTON (1996-1997), “Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements”, *Stan. L. Rev.*, núm. 49, pp. 887-916.

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO (2011), “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *RJC*, vol. 110, núm. 2, pp. 345-370.

Francisco Javier PASTOR VITA (2003), “La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales”, *RDF*, pp. 25-55.

María Ángeles PARRA LUCÁN (2011), “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, *Diario La Ley*, núm. 7675.

Francisco Javier PEREDA GÁMEZ (2012), “Els acords entre les parts: des dels capítols matrimonials fins els acords posteriors a les sentències”, Ponència a les *II Jornades sobre el Llibre segon del Codi civil de Catalunya relatiu a la persona i la família –SCAF*, Barcelona, 23 i 24 de febrer de 2012.

Eric A. POSNER (2000-2001), “Law and the Emotions”, *Geo. L. J.*, vol. 89, pp. 1977-2012.

Ángel Luís REBOLLEDO VARELA (2008), “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: reflexiones a la luz del código civil, del código de familia y del

anteproyecto de ley del libro II del código civil de Cataluña”, a Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO (Coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. 1, Bosch, Barcelona, pp. 735-755.

Encarna ROCA TRIAS (2006), “Autonomía, crisis y contratos con ocasión de la crisis”, a Juan Manuel ABRIL CAMPOY / M. Eulàlia AMAT LLARI (Coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 2, Tirant lo Blanch, València, pp. 2107-2140.

Pablo SALVADOR CODERCH (2009), “Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *InDret 4/2009*.

Jens M. SCHERPE (2012), “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v Granatino. Equidad, libertad y ‘elementos extranjeros’”, *InDret 2/2012*.

Ángel SERRANO DE NICOLÁS (2011a), “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, a Reyes BARRADA ORELLANA / Martín GARRIDO MELERO / Sergio NASARRE AZNAR (Eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, pp. 327-399.

--(2011b), “Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, a AA.VV., *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Atelier, Barcelona, pp. 21-51.

--(2011c), “Els pactes en previsió de la ruptura matrimonial”, a Adolfo LUCAS ESTEVE (Dir.), *Dret Civil Català, Persona i família*, vol. II, cap. 13, Bosch, Barcelona, pp. 227-247.

Ian SMITH (2003), “The Law and Economics of Marriage Contracts”, *J. Econ. Surv.*, vol. 17, pp. 201-226.

Francesc VEGA SALA (2011), “Comentari a l'article 231-20. Pactes en previsió de ruptura matrimonial”, a Encarna ROCA TRIAS (Coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, pp. 642-648.

## 6. Taula de sentències citades

### Sentències del Tribunal Suprem

<b>Sala i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
1a, 31.3.2011	RJ 2011\3137	Encarnación Roca Trías
1a, 17.10.2007	RJ 2007\7307	Encarnación Roca Trías
1a, 22.4.1997	RJ 1997\3251	Xavier O'Callaghan Muñoz
1a, 10.3.2009	RJ 2009\1637	José Almagro Nosete

### Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
12.7.2012	RJ 2012\10025	Carlos Ramos Rubio

### Sentències d'Audiències Provincials

<b>Tribunal i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
Màlaga 5.10.2011	JUR 2012\195579	José Javier Díez Núñez
Barcelona 23.3.2010	JUR 2010\175675	José Pérez Tormo
València 31.1.2008	JUR 2008\167755	Carlos Esparza Olcina
Madrid 27.2.2007	JUR 2007\151411	Eladio Galán Cáceres
Las Palmas 12.11.2004	JUR 2004\27329	Julio Manrique de Lara Morales
Girona 1.3.2004	JUR 2004\118887	Carles Cruz Moratones
Granada 14.5.2001	AC 2001\1569	Klaus Jochen Albiez Dorhmann
Astúries 12.12.2000	AC 2001\151	María Pilar Muriel Fernández-Pacheco

## Sentències de la Supreme Court

<b>Cas</b>	<b>Referència</b>
Radmacher v. Granatino	[2010] UKSC 42



# El règim econòmic del matrimoni

Dr. Carlos Gómez Ligüerre  
Universitat Pompeu Fabra

## 1. Perspectiva de gènere i relacions econòmiques entre els cònjuges

El matrimoni i les relacions entre els cònjuges han canviat dràsticament en els darrers anys. L'augment en l'edat del primer matrimoni, la creixent presència de la dona en el mercat de treball, la facilitat per a dissoldre el vincle matrimonial i el retard en l'edat de procreació s'han sumat a d'altres factors, com ara l'augment mitjà de l'esperança de vida, que han provocat una adaptació progressiva de les institucions jurídiques que conformen el dret de família a les noves realitats socials que són objecte de la seva regulació<sup>64</sup>.

Malgrat aquests canvis, el matrimoni continua essent una comunitat de vida. Així el defineix, de fet, el primer apartat de l'art. 231-2 CCCat, conforme al qual “[e]l matrimoni estableix un vincle jurídic entre dues persones que origina una comunitat de vida en la qual els cònjuges han de respectar-se, actuar en interès de la família, guardar-se lleialtat, ajudar-se i prestar-se socors mutus”. El matrimoni suposa, així, un *consortium omnis vitae* amb efectes, no només personals, sinó també patrimonials. La regulació d'aquests darrers correspon al règim primari que és general per a tots els matrimonis i al concret règim econòmic matrimonial que resulti d'aplicació, les regles del qual suposen un conjunt coherent de solucions a les qüestions derivades de les contribucions econòmiques que cada cònjuge haurà de fer, en benefici mutu i de la família comuna, al llarg de la vida matrimonial<sup>65</sup>.

L'estudi que es portarà a terme analitzarà les regles dels arts. 231-10 a 232-38 CCCat des de l'anomenada *perspectiva de gènere*. La perspectiva de gènere

---

<sup>64</sup> La informació estadística referent als fets assenyalats en el text es pot trobar en l'informe de l'IDESCAT, [La nupcialitat a Catalunya a l'any 2011](#).

<sup>65</sup> Vegeu LACRUZ BERDEJO (1963, p. 236).

parteix de la desigualtat entre homes i dones, i troba en les diferències de sexe o gènere la raó de la desigualtat. Conforme a la perspectiva de gènere, el caràcter jeràrquic que condiona la relació entre homes i dones explica la posició d'inferioritat que aquestes pateixen. Un cop constatada la diferència, la perspectiva de gènere promou un nou disseny de les institucions, i entre elles les institucions legals, que corregeixi la desigualtat generada per una concepció jeràrquica de la societat que ha situat tradicionalment l'home en una posició de superioritat. Aquest és l'objectiu que persegueix la LOIMH, que al primer apartat del seu preàmbul justifica la nova regulació, atès que “[r]esulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla”.

D'aquesta forma, la perspectiva de gènere promou la igualtat efectiva entre homes i dones que, en l'àmbit que ara és objecte d'estudi, suposa la igualtat entre marit i muller en les seves relacions patrimonials derivades de la seva condició de cònjuges. L'anàlisi, per tant, exclou l'aplicació de les regles sobre el règim econòmic als matrimonis entre persones del mateix sexe, permesos a l'ordenament jurídic espanyol i en els quals, per hipòtesi, no es produeix una desigualtat derivada de la jerarquia –real, personal o institucional– que suposa la superioritat dels homes respecte de les dones<sup>66</sup>.

La perspectiva legal que imposa la LOIMH atén tant a la igualtat formal com a la que podríem anomenar *igualtat efectiva*. Ambdues es troben recollides en l'art. 6 LOIMH sota les rúbriques de *discriminació directa* i de *discriminació indirecta*: “1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros

---

<sup>66</sup> Per a un estudi sobre el reconeixement de les parelles del mateix sexe des de la perspectiva de gènere, BOTTOMLEY/WONG (2006).

pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

D'aquesta forma, és contrària a la igualtat una mesura que discrimina un sector de la població en atenció al seu gènere; però també ho pot ser una mesura que, tot i ser formalment no discriminatòria, no té en compte la situació, estructural o conjuntural, en què es troba un col·lectiu en atenció al seu sexe, de manera que l'omissió d'aquesta diferència impedeix assolir una igualtat efectiva, atès que no es té en compte la situació d'inferioritat o la necessitat especial d'ajuts que el col·lectiu oblidat hauria de menester per tal de poder optar a la igualtat albirada per la norma.

La primera accepció d'igualtat es correspon amb una igualtat merament formal, eficaç en un context en el qual la semàntica és suficient per a garantir una igualtat efectiva entre sexes. Les mesures pròpies d'aquesta concepció són les prohibicions de discriminacions negatives, ja que la discriminació sempre es defineix en relació a la posició dels homes en les relacions jurídiques i socials a les quals accedeixen les dones<sup>67</sup>.

La segona accepció d'igualtat promou mesures que en ocasions s'anomenen de *discriminació positiva* i que tenen per objecte assolir una igualtat real, no tan sols formal, i garantir que, de fet, la capacitat per a arribar a la igualtat es troba igualment repartida entre individus d'ambdós sexes. La igualtat aquí no és merament formal sinó *substantiva*, i no atén a les condicions d'entrada o de participació, sinó al resultat efectivament igualitari que ha de promoure una política de gènere<sup>68</sup>. De fet, en l'àmbit internacional és habitual referir-se a aquesta forma d'igualtat com a *substantive equality*<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> BARTLETT (1994, p. 2).

<sup>68</sup> BARTLETT (1994, p. 4).

<sup>69</sup> La igualtat formal i substantiva no esgota, però, les formes d'anàlisi de la perspectiva de gènere. En els darrers anys han tingut especial incidència les propostes procedents de la *Non-subordination theory*, en ocasions també anomenada *Dominance theory*, que promou la creació de noves estructures socials basades en la dona, atès que les polítiques d'igualtat es limiten a

D'acord amb aquesta doble perspectiva de la igualtat, la formal i la substantiva, es portarà a terme l'anàlisi de les regles sobre el règim econòmic del matrimoni previstes al Llibre segon del CCCat. Per tal de limitar l'àmbit de l'anàlisi i dotar-nos d'un esquema general que sigui útil per a avaluar la regulació catalana del règim econòmic entre cònjuges, aquest treball analitzarà en concret, i des de la perspectiva de la promoció d'una igualtat –formal i efectiva– entre homes i dones casats, (i) la igualtat entre els cònjuges, formal i efectiva, que promou el règim econòmic supletori; (ii) el grau de llibertat dels cònjuges per a escollir o modificar el règim econòmic de la seva relació matrimonial, i (iii) el grau de coneixement de què ambdós esposos disposen, vigent el vincle matrimonial, sobre les conseqüències econòmiques que ha de tenir la dissolució del seu règim econòmic.

D'acord amb aquestes variables s'analitzaran les regles sobre relacions econòmiques entre cònjuges previstes al CCCat vigent. L'estudi dedicarà una especial atenció al règim de separació de béns, supletori i per això habitualment d'aplicació a les parelles catalanes. La resta d'epígrafs d'aquest estudi tractaran conjuntament el règim de participació en els guanys i el de comunitat. No es tindran en compte els règims especials d'associació de compres i millores, propi del Camp de Tarragona (arts. 232-25 a 232-27 CCCat), d'agermanament o pacte de mig per mig del dret de Tortosa (art. 232-

---

incrementar la presència de la dona en institucions creades a la mida dels homes i, per tant, dissenyades d'acord amb les seves exigències vitals, emocionals i biològiques. D'acord amb aquesta concepció, la política de gènere ha de suposar l'adopció de noves institucions centrades en la dona, en comptes d'introduir la dona en institucions i realitats conformades segons una concepció del món marcadament masclista. La correcció ha de venir de la creació de noves institucions, no de la feminització de les estructures existents. La defensora i principal promotora d'aquesta concepció del gènere és MACKINNON (2005 i 2007). Hi ha altres formes d'entendre la perspectiva de gènere. A banda de les teories de la igualtat i de la dominació, els moviments de gènere han promogut també l'anomenada *Different voice theory*, basada en la necessitat d'incorporar les dones en tots els nivells socials per tal de fer present una forma femenina d'entendre el món i les relacions socials i professionals. El feminisme postmodernista (*Postmodern Feminism*) proposa superar el discurs tradicional de gènere en entendre que el gènere en si mateix és una construcció social que pot ser superada amb un canvi cultural. Per a una presentació general dels moviments i formes d'entendre la perspectiva de gènere, vegeu BARTLETT (1994 i 1999).

28 CCCat), ni el pacte de convinença o mitja guadanyeria, propi de la Vall d'Aran (art. 232-29 CCCat).

En tot cas, l'estudi se centrarà en les qüestions que la regulació actual planteja des de l'anomenada *perspectiva de gènere* i, en concret, en l'adequació de les normes legals vigents amb l'objectiu d'igualtat –formal i substancial– que és propi de l'esmentada perspectiva i que la LOIMH imposa assolir en tots els àmbits, també en els directament relacionats amb l'equilibri patrimonial entre els cònjuges. En aquest àmbit, l'anàlisi de gènere es presenta com a especialment rellevant, atès que –a diferència d'altres institucions del dret de família– no hi ha cap raó biològica que justifiqui un tractament diferenciat per gèneres en matèria de règim econòmic del matrimoni. Per aquesta raó, la tasca és doble: d'una banda, eliminar les diferències injustificades, per manca de fonament, en el tracte legal entre homes i dones; de l'altra, implantar polítiques legislatives que permetin assolir una situació d'igualtat efectiva quan les contribucions fetes pels cònjuges, tot i col·laborar en el sosteniment de la unitat familiar, no disposin d'un valor de mercat que permeti comptabilitzar-les directament als comptes de la família.

## **2. La igualtat entre els cònjuges en el règim legal supletori**

Segons el segon apartat de l'art. 231-10 CCCat, “[s]i no hi ha pacte o si els capítols matrimonials són ineficaços, el règim econòmic és el de separació de béns”. El precepte assenyala el caràcter supletori del règim de separació de béns que, per altra banda, és el més arrelat a la consciència col·lectiva de les parelles catalanes. Encara que es tracti del règim supletori, la seva freqüència aconsella estudiar-lo abans del règim general, que serà el pactat per les parts. Sembla evident, però, que qui canvia ho fa per modificar allò que li resultarà d'aplicació si no pacta altrament. Per aquesta raó, abans d'avaluar la bondat d'un sistema obert i que preveu el disseny individualitzat del règim econòmic, és oportú analitzar des de la perspectiva de gènere els resultats que promou el règim supletori. Només d'aquesta forma es pot avaluar si un eventual canvi pot

trobar una justificació, d'acord amb l'òptica d'aquest treball, en millorar la condició del cònjuges, des d'una perspectiva de gènere, en comparació amb la que gaudirien d'acollir-se al règim legal supletori.

La previsió legal transcrita, conforme a la qual en absència de pacte el règim aplicable a les parelles catalanes serà el de separació de béns, manifesta, en primer lloc, la necessitat de l'existència d'un règim. No és imaginable, per tant, un matrimoni sense règim econòmic. És raonable que així sigui. L'heterogeneïtat d'intercanvis patrimonials que provoca una relació conjugal, que impliquen no només intercanvis de béns sinó també de prestacions de serveis en benefici de la família, aconsella no deixar al règim general de les obligacions la solució dels problemes que poden sorgir en el moment de dissolució del vincle matrimonial que justificà els esmentats intercanvis i prestacions<sup>70</sup>. El règim econòmic és un efecte legal del matrimoni. Si hi ha matrimoni, l'ordenament obliga els cònjuges a dotar-se de regles de gestió de l'economia conjugal. En absència de pacte, el règim legal supletori, a Catalunya el de separació de béns, serà l'aplicable.

L'efecte legal suggereix una reflexió, atès que el règim que es proposa com a supletori a Catalunya és precisament el que suposa la menor implicació dels patrimonis d'ambdós cònjuges. No deixa de ser paradoxal que l'absència d'un pacte sobre la forma d'organitzar les relacions econòmiques entre els esposos porti a l'aplicació d'un règim de separació que evoca la manca de fórmules patrimonials comunes als membres del matrimoni. El règim supletori porta a un règim que, en el seu significat més radical, suposa, de fet, l'absència d'un règim

---

<sup>70</sup> Com posa de manifest LACRUZ BERDEJO (1963, p. 235), “[l]a vida en común de marido y mujer supone una serie de atenciones personales, suyas y de los hijos (alimentación, educación, crianza, establecimiento); atenciones de personas frente a las cuales están obligados los cónyuges; actividades comunes que ocasionan dispendios que no deben ser solo soportados por uno de aquéllos. Es preciso determinar, al menos, cómo ha de acudirse a estos gastos y quién debe soportarlos (problema de la contribución a las cargas del matrimonio), determinación que constituye el elemento mínimo necesario de las relaciones conyugales y la raíz del régimen matrimonial”.

comú, atès que els patrimonis de cada cònjuge mantenen la seva separació, orgànica i funcional, abans i durant el matrimoni<sup>71</sup>.

La paradoxa, com es veurà, és només aparent però porta, en segon lloc i relacionada amb la reflexió anterior, a avaluar l'extensió real de la separació de béns prevista pel legislador català. Conforme a allò previst en l'art. 232-1 CCCat, "[e]n el règim de separació de béns, cada cònjuge té la propietat, el gaudi, l'administració i la lliure disposició de tots els seus béns, amb els límits que estableix la llei". Són béns propis de cadascun dels cònjuges, d'acord amb l'art. 232-2 CCCat, "(...) tots els que tenia com a tals quan es va celebrar el matrimoni i els que adquireixi després per qualsevol títol".

El cert és que el Llibre segon matisa les conseqüències que haurien de ser pròpies del règim de separació de béns i preveu mesures de correcció de les situacions que podrien tenir lloc com a resultat de la separació absoluta de patrimonis entre els cònjuges. De fet, una separació radical podria donar lloc a injustícies, durant i després del matrimoni, en parelles els membres de les quals disposessin de masses patrimonials de valor molt diferent, essent la d'un d'ells major que la de l'altra. En una situació com aquesta, habitual històricament i en l'actualitat en moltes parelles catalanes, el règim de separació podria provocar que el cònjuge amb menys recursos, que ha deixat de generar ingressos per a atendre les necessitats personals de la família, o que ha col·laborat sense remuneració en l'activitat professional de l'altre cònjuge, es trobi empobrit en el moment de dissolució del règim econòmic.

La nova regulació de la separació de béns procura corregir aquests efectes negatius de la separació de béns i promou una comunicació entre les masses patrimonials que afavoreix el cònjuge amb un patrimoni inferior. Des d'una perspectiva de gènere, les mesures afavoreixen la igualtat formal entre els cònjuges, encara que acabin desdibuixant la realitat de la separació, que deixa

---

<sup>71</sup> Aquesta ha estat la visió tradicional del règim de separació. Segons LACRUZ BERDEJO (1963, p. 622), "[c]ree una parte de la doctrina que el régimen de separación representa la ausencia de régimen matrimonial. La posición de los cónyuges es, entonces, la de dos extraños que conviven juntos. (...) La separación supone el mínimo de relación posible".

de ser-ho per a atribuir en comunitat la responsabilitat de les despeses familiars i la titularitat dels principals actius familiars, i generar un crèdit en favor del cònjuge que ha dedicat una major part dels recursos propis a la cura de la família.

## 2.1. Contribució a les despeses familiars

En matèria de despeses familiars, el règim de separació està corregit per una norma comuna al matrimoni i la seva economia, i que resulta d'aplicació, per tant, a tots els matrimonis amb independència del seu règim econòmic. Els seus efectes, però, són més clars en un règim de separació de béns, que resulta corregit per allò previst en l'art. 231-6 CCCat:

*“1. Els cònjuges han de contribuir a les despeses familiars, de la manera que pactin, amb els recursos procedents de llur activitat o de llurs béns, en proporció a llurs ingressos i, si aquests no són suficients, en proporció a llurs patrimonis.*

*L'aportació al treball domèstic és una forma de contribució a les despeses familiars.*

*Si hi ha béns especialment afectes a les despeses familiars, llurs fruits i rendes s'han d'aplicar preferentment a pagar-les.*

*2. Els fills, comuns o no, mentre conviuen amb la família, han de contribuir proporcionalment a aquestes despeses de la manera que estableix l'article 236-22.1.*

*3. Els parents que conviuen amb la família han de contribuir, si escau, a les despeses familiars en la mesura de llurs possibilitats i d'acord amb les despeses que generen”.*

D'aquesta forma, el CCCat involucra ambdós cònjuges en la *collaboratio* a la qual tots dos estan compromesos per raó del matrimoni. La contribució a les despeses familiars, tal i com la configura l'art. 231-6 CCCat, deixa de ser un mecanisme d'imputació proporcional de despeses per a convertir-se en un procediment d'igualació de patrimonis, atès que valora com a contribució –i obliga a donar-li un valor econòmic– l'aportació al treball domèstic.



D'aquestes despeses en responen ambdós cònjuges solidàriament, posant els seus patrimonis en situació d'igualtat davant els creditors. La dinàmica pròpia de la solidaritat suposarà que els creditors reclamaran el pagament dels seus deutes al cònjuge amb un patrimoni major o més líquid, amb independència de la seva contribució efectiva a les despeses familiars. Així ho disposa l'art. 232-8 CCCat quan diu que “[d]avant terceres persones, ambdós cònjuges responen solidàriament de les obligacions concretes per a atendre les necessitats i les despeses familiars ordinàries d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família. En cas d'altres obligacions, en respon el cònjuge que les contreu”. La responsabilitat solidària equilibra, enfront dels creditors, la situació d'ambdós cònjuges, que esdevenen deutors principals del deutes concrets en interès mutu, amb independència de les seves dotacions patrimonials respectives.

## **2.2. Disposició de l'habitatge familiar**

Una altra correcció assenyalada del règim de separació prové d'una altra norma comuna a l'organització econòmica del matrimoni. L'art. 231-9 CCCat resulta d'aplicació a qualsevol règim d'organització patrimonial dels cònjuges, però la seva eficàcia més rellevant es manifesta en la qualitat de norma com a moderació del rigor que fóra propi de la separació de béns quan l'habitatge familiar és titularitat exclusiva d'un dels cònjuges:

*“1. Amb independència del règim econòmic matrimonial aplicable, el cònjuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot fer cap acte d'alienació, de gravamen o, en general, de disposició del seu dret sobre l'habitatge familiar o sobre els mobles d'ús ordinari que en comprometin l'ús, encara que es refereixi a quotes indivises.*

*Aquest consentiment no es pot excloure per pacte ni atorgar amb caràcter general.*

*Si manca el consentiment, l'autoritat judicial pot autoritzar l'acte, tenint en compte l'interès de la família, i també si es dona una altra causa justa.*

*2. L'acte fet sense el consentiment o l'autorització que estableix l'apartat 1 és anul·lable, a instància de l'altre cònjuge, si viu en el mateix habitatge, en el termini de quatre anys des que en pren coneixement o des que s'inscriu l'acte en el Registre de la Propietat.*

*3. L'acte 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, encara que sigui una manifestació inexacta. No hi ha bona fe si l'adquirent coneixia o podia conèixer raonablement en el moment de l'adquisició la condició de l'habitatge. En qualsevol cas, el cònjuge que n'ha disposat respon dels perjudicis que hagi causat, d'acord amb la legislació aplicable”.*

La regla legal, que resulta d'aplicació a tots els règims econòmics –al legal supletori i a qualsevol altre pactat entre els cònjuges– posa en igualtat a home i dona davant dels actes de disposició i gravamen de l'habitatge conjugal mentre dura el matrimoni<sup>72</sup>. Ho fa amb independència de la titularitat real de l'immoble i, en el context del règim de separació de béns, amb independència de la pertinença d'aquell actiu a un dels patrimonis privatis d'un dels cònjuges. La norma promou una efectiva igualtat entre els esposos, atès que evita que el propietari o propietària puguin, un cop contret matrimoni, decidir sobre el destí de l'habitatge familiar sense el consentiment de l'altre cònjuge.

### **2.3. Prova de la propietat dels béns**

La tercera correcció del règim de separació de béns que ha estat tradicional del dret català ve donada per la previsió continguda en l'art. 232-4 CCCat vigent, en virtut del qual “[s]i es dubtós a quin dels cònjuges pertany algun bé o dret, s'entén que correspon a ambdós per meitats. Tanmateix, es presumeix que els 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 li pertanyen exclusivament”. El precepte soluciona la qüestió de la determinació

---

<sup>72</sup> La norma no s'aplica en cas de ruptura matrimonial, sens perjudici del manteniment del dret d'ús (art. 233-25 CCCat). Vegeu, sobre aquesta qüestió, el capítol sobre l'habitatge familiar en aquest treball.

de la titularitat dels béns que, essent de fet comuns, plantegen el problema de la seva atribució jurídica, d'acord amb el règim de separació, un cop que els béns que utilitza i gaudeix el matrimoni, o són d'un cònjuge o són de l'altre. Mancant un patrimoni comú, l'única solució possible a les titularitats dubtoses és la que dóna el precepte i que passa per la creació d'una comunitat entre els cònjuges. Comunitat que haurà de tenir tots els efectes que l'ordenament atorga a aquestes situacions (vegeu els arts. 552-1 a 552-12 CCCat); també en relació als creditors d'un dels cònjuges, que només podran cobrar els seus deutes de la part indivisa del cònjuge deutor.

La solució legal, des d'un punt de vista de gènere, s'ajusta als principis de la igualtat formal, atès que adjudica per igual a ambdós cònjuges la titularitat de béns sobre els quals existeixen dubtes en relació al patrimoni privatiu al qual pertanyen. La norma no preveu de quina forma un concret bé o dret pot arribar a la situació de dubte sobre la seva titularitat que regula el precepte. De totes formes, la solució legal promou que el cònjuge interessat en evitar la situació de comunitat manifesti i demostrï la seva titularitat exclusiva sobre el bé o dret en qüestió. La regla legal fomenta, així, que els cònjuges decideixin o respectin de comú acord el destí dels béns d'un i altre, o que accedeixin a la creació d'una comunitat a la qual s'assignaran per meitats els béns o drets la titularitat dels quals no estigui assignada a cap dels esposos.

#### **2.4. Administració dels béns de la família i responsabilitat per deutes**

Els arts. 231-7 i 231-8 CCCat incorporen dues previsions addicionals, vigents en tot cas i amb independència del règim econòmic aplicable que, en el context de la separació de béns, corregeixen la desigualtat que fóra intrínseca a aquest règim.

El primer, l'art. 231-7 CCCat, incorpora un deure d'informació recíproca entre els cònjuges especialment referit a la gestió econòmica de la família: "Els cònjuges tenen l'obligació recíproca d'informar-se adequadament de la gestió patrimonial que duen a terme amb relació a l'atenció de les despeses familiars".

El segon, l'art. 231-8 CCCat, incorpora un principi que, si no fos per la seva previsió legal i el seu caràcter general, fóra impensable en un règim de separació de béns. Es tracta de la responsabilitat per despeses familiars que, segons el precepte, és solidària entre ambdós cònjuges: "Davant terceres persones, ambdós cònjuges responen solidàriament de les obligacions concretes per a atendre les necessitats i les despeses familiars ordinàries d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família. En cas d'altres obligacions, en respon el cònjuge que les contreu". La responsabilitat davant de tercers serà compatible amb la distribució del deute entre els esposos en funció del grau de benefici que cadascun d'ells hagi obtingut de la necessitat o despesa familiar. De totes formes, i en la mesura en què la despesa hagi estat veritablement familiar, és difícil d'imaginar que la distribució de responsabilitat entre els esposos pugui seguir una regla diferent a la de la divisió per parts iguals. Es tracta, en darrer terme, d'una solució que evoca l'existència implícita d'una comunitat i que ja no permet equiparar el règim de separació de béns legalment supletori a Catalunya amb un règim de separació absoluta.

## **2.5. Compensació econòmica per raó de treball**

L'art. 232-5 CCCat és, sens dubte, la innovació més rellevant del nou CCCat respecte de la concepció tradicional de la separació de béns. Aquesta, que ja no és una veritable separació vigent el matrimoni, deixa de ser un obstacle per a la posada en comú de recursos quan un dels cònjuges pateix una desigualtat econòmica en dissoldre el vincle. L'anàlisi de la compensació es deixa, però, a la part d'aquest estudi que tracta específicament de les mesures de protecció en cas de dissolució del vincle.

## **3. Llibertat de disseny del règim econòmic matrimonial i igualtat**

El règim econòmic vigent a Catalunya és el lliurement pactat pels cònjuges en capítols matrimonials. Així es desprèn de la rotunditat amb la que el primer

apartat de l'art. 231-10 CCCat es refereix a les regles que han de regir les relacions econòmiques entre esposos: "El règim econòmic matrimonial és el convingut en capítols". El precepte deixa en mans dels esposos la definició del règim econòmic matrimonial i converteix totes les regles legals sobre el funcionament dels règims típics (separació de béns, participació en els guanys i comunitat) en normes supletòries cridades a omplir els buits deixats per la voluntat dels atorgants de capítols matrimonials. L'efecte de la norma és doble: d'una banda, permet als cònjuges el disseny d'un règim particular i original que s'ajusti a les seves circumstàncies; de l'altra, permet que els cònjuges adaptin els règims legals típics a la realitat familiar. D'aquesta forma, el règim de separació de béns actua com una regla supletòria general però, un cop escollit un règim diferent al de la separació per mutu acord entre els cònjuges, serà aquest règim legal el que actui de forma supletòria respecte d'allò no previst pels atorgants.

El resultat d'aquesta llibertat de configuració es tradueix en una negociació entre els cònjuges liderada per aquell dels dos interessat en modificar el règim legal supletori, que serà el de separació de béns en cas d'absència de pacte, o el legal típic escollit en cas de pacte que modifiqui alguna de les seves previsions. Com en tot procés negociador, la voluntat d'obtenir una regulació diferent a la supletòria suposarà manifestar els motius del canvi. Així, el cònjuge amb un patrimoni major pot no estar interessat en un règim diferent al de separació de béns, o el cònjuge que disposa d'un patrimoni productiu propi pot estar interessat en limitar l'abast de la participació en els guanys. La possibilitat de pacte es tradueix, en teoria, en un exercici de manifestació de la informació rellevant a efectes patrimonials per part de cada cònjuge<sup>73</sup>.

El punt de partida és una manifestació clara del procés de progressiva contractualització del dret de família del qual la llibertat dels cònjuges per a dissenyar el règim que millor s'adapta a les seves necessitats n'és un dels millors exemples. El procés és reflex d'una concepció creixentment privada del dret de família que el considera com un conjunt de regles al servei dels

---

<sup>73</sup> AYRES/GERTNER (1989).

interessos i de les necessitats dels membres d'un nucli familiar entorn del qual uns determinats individus organitzen les seves vides. La família, cada cop menys, és objecte d'una atenció pública que motiva la imposició de normes imperatives que la regulen des del seu inici fins a la seva dissolució, reglamentant, en interès del bé comú, les seves normes de funcionament. L'autonomia privada ha entrat en el dret de família i, en matèria matrimonial, aquesta autonomia ja no es limita a la decisió sobre contreure matrimoni i a la persona amb la qual es crea el vincle, sinó que incorpora la llibertat de configuració d'aspectes tan propers al vincle com les normes econòmiques de la parella i els seus béns<sup>74</sup>. De fet, el punt de partida de la regulació del règim econòmic del matrimoni evoca el principi legal que l'art. 234-3 CCCat preveu en matèria de convivència estable de parella i en virtut del qual "[l]es relacions de la parella estable es regulen exclusivament pels pactes dels convivents, mentre dura la convivència".

El pacte entre esposos pot suposar la creació d'un règim propi i atípic, o la modificació d'algun dels elements del règim regulats pel Codi. La llibertat de pacte no sembla tenir més límits que els generals de l'autonomia privada i els imposats pels arts. 231-2 a 231-9 CCCat, que incorporen normes imperatives, algunes de les quals ja s'han referit en apartats anteriors i que configuren un règim primari aplicable a tot matrimoni. El fonament d'aquestes limitacions sembla trobar-se en la previsió continguda en l'art. 231-2.2 CCCat, en virtut de la qual "[e]ls cònjuges tenen en el matrimoni els mateixos drets i deures (...)".

De fet, les limitacions que incorporen els preceptes indicats troben el seu sentit últim en el manteniment de la igualtat, encara que només formal, entre ambdós cònjuges. La contribució comuna a les despeses familiars i la responsabilitat solidària enfront de tercers, la disposició de l'habitatge familiar, que requerirà sempre el consentiment del cònjuge no titular, la presumpció de comunitat en els comptes bancaris indistints, entre d'altres, s'imposen com a limitacions a la llibertat de pactes que l'art. 231-10 CCCat reconeix als matrimonis catalans.

---

<sup>74</sup> SCOTT/SCOTT (1998, pp. 1233-1234).

En aquest sentit és oportú destacar els elevats costos de transacció que poden existir entre els cònjuges quan la parella es planteja la solució del seu règim econòmic. Costos que, en no superar-se, poden conduir a un règim atípic o a l'adopció de règims legals no supletoris més o menys adaptats a les necessitats d'un dels cònjuges, però perjudicials per a l'altre. Es tracta d'un risc propi de l'autonomia privada, que només funciona correctament en situacions –habitualment contrafàctiques– de simetria entre les parts, tant en el coneixement del contingut i de les conseqüències del pacte com en el poder per a negociar-lo<sup>75</sup>.

En situacions de simetria negociadora i de simetria d'informació, hom pot pressuposar que els cònjuges pactaran el règim que més els convingui<sup>76</sup>. Si els costos de transacció són tan elevats que la negociació en termes d'igualtat no és possible, la solució legal serà la separació de béns que, tret de les prevencions destacades en l'apartat anterior, sempre serà perjudicial per al cònjuge amb un patrimoni inferior<sup>77</sup>.

Convé, per tant, preguntar-se en quina mesura aquesta igualtat ha de mantenir-se en els pactes que, en dissenyar el seu règim econòmic, acordin els esposos. Així ho imposa la perspectiva de gènere que segueix l'anàlisi que es porta a terme. En aquest sentit s'han de destacar els esforços del legislador per a promoure una igualtat formal entre els esposos en el procés de contractació. El CCCat vol protegir ambdós cònjuges i pren prevencions per tal de fer palesa la llibertat en el procés de negociació previ a l'atorgament dels capítols matrimonials que incorporaran el nou règim. De totes formes, no ho fa amb caràcter general, sinó només quan els capítols incorporen pactes en previsió de ruptura matrimonial, que són objecte d'estudi en un altra part d'aquest treball. En aquest cas, l'apartat segon de l'art. 231-20 CCCat preveu que “[e]l notari, abans d'autoritzar l'escriptura a què fa referència l'apartat 1, ha d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir amb els pactes respecte al règim legal supletori i els ha d'advertir de

---

<sup>75</sup> TREBILCOCK (1993, p. 126).

<sup>76</sup> ELLICKSON (2008, p. 23).

<sup>77</sup> Glendon (1989, pp. 124-125).

llur deure recíproc de proporcionar-se la informació a què fa referència l'apartat 4".

És difícilment justificable que el Llibre segon no hagi adoptat la mateixa prevenció amb caràcter general, atès la rellevància que els capítols poden tenir en altres aspectes de la vida econòmica del matrimoni. Així, per exemple, els capítols podrien incorporar un règim de separació absoluta de béns en perjudici de la part de la parella amb un patrimoni inferior<sup>78</sup>.

Tampoc ha incorporat el Llibre segon una clàusula general de control del contingut de l'acord que dissenya el règim econòmic lliurement acordat. Hi ha vestigis d'una clàusula en aquest sentit en l'art. 232-15 CCCat que, en seu de pactes de modificació del règim de participació dissenyat legalment, preveu el següent: "1. Els pactes que atribueixin una participació en els guanys diferent de la meitat de l'increment patrimonial solament són vàlids si s'estableixen amb caràcter recíproc i igual a favor de qualsevol dels cònjuges. 2. La invalidesa del pacte determina la participació en els guanys en la meitat".

És cert que una limitació d'aquest tipus, incorporada amb caràcter general, suposaria la fi de la llibertat de pacte entre els cònjuges, atès que aquesta llibertat ha d'incorporar també la possibilitat de sortir voluntàriament del perjudicat d'un pacte, sense altres limitacions que la protecció dels tercers. Incorporar una obligació de reciprocitat en els pactes assolits en el disseny del règim econòmic plantejaria molts problemes, teòrics i pràctics. Els primers referits a l'absència d'un règim que serveixi de model per a determinar en quina mesura s'ha trencat la reciprocitat. Els segons derivats de la ingerència d'un tercer en l'anàlisi de l'oportunitat dels pactes que, al cap i a la fi, han assolit persones capaces d'obligar-se.

En tot cas, és cert que la combinació de la manca de mecanismes previs encaminats a assegurar la llibertat en el procés de pacte i la manca de criteris

---

<sup>78</sup> Efecte que pot provocar que cristal·litzi la diferència entre gèneres analitzada per alguns dels millors analistes contemporanis de l'economia conjugal. Vegeu, per tots, BECKER (1991, pp. 335-336).



d'adequació del contingut pot generar situacions d'injustícia vers el cònjuge amb un menor coneixement i poder de negociació. Injustícies que, al cap i a la fi, no trobaran cap altra solució que una eventual crida al principi genèric d'igualtat en els drets i en les càrregues derivades del matrimoni que l'art. 231-2 CCCat imposa a ambdós cònjuges.

#### **4. Coneixement sobre el resultat econòmic de la dissolució del règim econòmic: el règim de separació de béns**

El darrer dels aspectes que serà analitzat en aquest estudi de la regulació de les relacions econòmiques del matrimoni des de la perspectiva de gènere es refereix al grau de certesa que l'esmentat règim dona als cònjuges sobre el resultat de la seva liquidació. La qüestió té a veure, per tant, amb la seguretat jurídica que tenen els cònjuges sobre el resultat de la liquidació del règim un cop aquest s'ha dissolt.

La qüestió és rellevant per dos motius: en primer lloc, perquè el coneixement que cada cònjuge tingui d'allò que rebrà en dissoldre's el règim pot modificar les seves decisions en inversions familiars; en segon lloc, i com a conseqüència del que s'acaba d'esmentar, perquè poder anticipar el resultat promou l'adopció dels pactes necessaris per a modificar el règim que hauria de suposar, a la seva dissolució, una situació no desitjada per ambdós esposos o per al cònjuge que disposa de més patrimoni o aporta més capital o treball a l'economia familiar.

És cert, de totes formes, que constant matrimoni no és habitual que els cònjuges es plantegin els efectes que haurà de tenir la dissolució del seu règim econòmic. La comunitat de vida que genera el vincle matrimonial porta de fet a què, amb independència del règim que resulti d'aplicació, els béns consorcials s'utilitzin indistintament per ambdós cònjuges, sense que la seva titularitat sigui un obstacle.

En aquest sentit, és oportú destacar que en la regulació del Llibre segon és manifesta la intenció del legislador d'introduir una major grau de comunitat en el règim de separació de béns i una major autonomia en la gestió en els règims de comunitat. L'art. 232-4 CCCat, sobre titularitats dubtoses en el règim de separació de béns, al qual s'ha fet referència en pàgines anteriors, és un bon exemple de l'aplicació de la lògica de la comunitat al règim de separació. De la mateixa manera, la regla general de l'art. 231-13 CCCat, sobre comptes indistints, també pot abocar a un règim formal de separació en una comunitat respecte dels actius financers en comú. Per la seva banda, les regles contingudes en l'art. 232-33 CCCat, sobre administració dels béns comuns en el règim de comunitat, evidencien que el caràcter comú de la titularitat és compatible amb la seva gestió i administració autònomes per part de cadascun dels cònjuges.

En la fase prèvia a la dissolució del règim econòmic són els creditors dels cònjuges els que poden estar més interessats en conèixer les regles del règim econòmic, atès que per a ells pot ser molt rellevant saber si disposen d'un o de dos patrimonis potencialment responsables per a cobrar els deutes d'un dels cònjuges<sup>79</sup>.

En tot cas, és possible que un cònjuge, bé perquè és el que disposa d'un patrimoni major, bé perquè és qui aporta més temps a la família, es plantegi la qüestió de què rebrà a la dissolució del règim. En els règims de comunitat i de participació de guanys, el problema no sembla especialment greu. En primer lloc, perquè els cònjuges hauran arribat per pacte a un d'aquests règims i serà normal que, en la decisió de la seva adopció i en el procés de determinació de les seves regles, ambdós tinguin l'oportunitat d'anticipar, amb major o menor exactitud, el resultat de la liquidació del règim. De fet, serà precisament aquesta liquidació la que motivarà, vigent el matrimoni, que un o ambdós cònjuges es plantegin abandonar el règim legal supletori per a substituir-lo per alguns dels règims voluntaris. En segon lloc, perquè la pròpia dinàmica dels esmentats règims dificulta conèixer exactament el resultat de les atribucions

---

<sup>79</sup> Glendon (1989, p. 116).

que resultaran a la seva liquidació. En el règim de comunitat s'hauran de descomptar el béns privatis i els derivats d'aquests, a banda dels pactes al respecte entre els cònjuges. En el règim de participació s'hauran de fer les operacions comptables que permetin determinar el crèdit de participació del qual serà titular cada cònjuge.

De la mateixa manera, és evident que els cònjuges coneixeran la seva situació un cop s'hagi liquidat el règim si, en virtut d'allò previst en l'art. 232-7 CCCat, han modificat el règim de separació de béns per a incorporar a les regles econòmiques del seu matrimoni un pacte en previsió de la compensació. També si s'han acollit a la possibilitat de pactar amb antelació les conseqüències de la ruptura matrimonial. En general, en tots els casos en què els cònjuges hagin pactat el règim econòmic o el seu abast, és impensable que no hagin calculat la seva situació un cop es produeixi la liquidació.

El problema, per tant, es planteja en relació al règim de separació de béns que, atesa la seva condició de supletori, resulta d'aplicació a les parelles que no han optat per una alternativa, bé perquè ja estan d'acord amb la separació, bé perquè no saben que poden modificar-la.

En principi, les regles en previsió de la liquidació del règim de separació no haurien de ser més complexes que les previstes per al seu funcionament. Els actius de cada cònjuge mantenen la titularitat abans, durant i després del règim. L'únic element que distorsiona la simplicitat ve donat per l'existència de les correccions introduïdes al règim, que ja s'han esmentat i que tenen per objectiu evitar la injustícia que podria patir el cònjuge que entra en el matrimoni amb un patrimoni menor i que no ha pogut incrementar-lo com a conseqüència de la seva dedicació a la família. Tot i que aquest tema ja és objecte d'anàlisi en una altra part d'aquesta obra, sembla oportú destacar els efectes que pot tenir una d'aquestes regles de correcció de la separació de béns. Es tracta de la previsió continguda en l'art. 232-6 c) CCCat, en virtut de la qual, per a calcular l'import de la compensació per raó de treball, "[s]"ha de descomptar del patrimoni de cadascun dels cònjuges el valor dels béns que tenia en començar el règim i que conserva en el moment en què s'extingeix, una vegada deduïdes les

càrregues que els afectin, i també el valor dels 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”.

Per tal de calcular les masses patrimonials de cada cònjuge abans i després de l'inici del règim de separació, la regla obliga a descomptar el valor dels béns que cada cònjuge tenia en el moment d'inici del règim. La regla, però, no especifica si el descompte s'ha de fer pel valor que els referits béns tenien en el moment d'inici del règim de separació o si s'ha de descomptar el valor actual, és a dir, en el moment de dissolució del règim, dels béns que cada cònjuge tenia en el moment d'inici del règim de separació.

La lectura del precepte pot tenir repercussions rellevants quan s'aplica a patrimonis productius, per exemple una empresa. En aquest cas, és possible que el valor del bé en el moment d'inici del règim de separació fos molt inferior al que el bé té quan els cònjuges decideixen dissoldre'l i es planteja el càlcul de la compensació per raó de treball d'un d'ells.

La lògica de la compensació per raó de treball està en la retribució de la dedicació que, entre d'altres coses, haurà permès al cònjuge que no s'ha dedicat en la mateixa mesura a la casa incrementar el seu patrimoni. La compensació opera com una retribució diferida i el que es retribueix és la dedicació, valorada en relació al que ha guanyat l'altre cònjuge, a la unitat familiar o a l'altre. D'aquesta forma, té sentit detreure el valor dels béns privatis abans de l'entrada en vigor del règim i també en té atribuir l'increment de valor que aquests béns han experimentat durant la vigència del règim si aquest increment es deu, com presumeix el precepte, a la dedicació de l'altre cònjuge. Resulta, però, que aquesta regla assimila en certa manera el règim de separació de béns al règim de participació en els guanys, atès que atribueix al cònjuge amb una major dedicació a la casa els guanys obtinguts per l'altre, fins i tot amb l'explotació de béns privatis i adquirits amb anterioritat a l'inici del règim.

## 5. Conclusions

El legislador català ha incorporat normes de correcció al règim de separació de béns que limiten les injustícies que es podrien derivar de la igualtat merament formal que el règim promou en considerar els cònjuges autònoms i independents per a gestionar i beneficiar-se dels patrimonis privatis de cadascun dels esposos. Aquesta igualtat formal, que és el punt de partida del règim de separació, ha cedit davant de la constatació que el cònjuge amb menys recursos, o que deixa d'incrementar el seu patrimoni propi per a dedicar-se a la casa o al negoci familiar, mereix que l'ordenament promogui una igualtat en el resultat de la liquidació del règim. Les regles d'igualació efectiva, encara que no expressament explicitades amb caràcter general, evoquen les normes de liquidació del règim de participació en els guanys. Malgrat la separació de béns, el legislador considera que la diferència entre patrimonis pot generar en un dels cònjuges un crèdit enfront de l'altre si aquest ha experimentat un increment patrimonial durant el matrimoni a costa de les activitats del cònjuge més dedicat a les tasques domèstiques.

La llibertat de pacte en la configuració del règim econòmic, amb les limitacions imposades pel règim primari, promou que els cònjuges puguin dissenyar el règim que millor s'ajusta a les seves necessitats. Es troben a faltar, però, mesures legals de protecció de la llibertat contractual que corregeixin l'asimetria informativa i de capacitat negociadora que un dels cònjuges pot patir enfront de l'altre. En aquest sentit, la previsió normativa en virtut de la qual el notari ha d'informar per separat cadascun dels cònjuges quan aquests atorguen un pacte en previsió de ruptura matrimonial podria haver-se previst amb caràcter general cada cop que els cònjuges modifiquessin el règim econòmic del seu matrimoni.

## 6. Bibliografía

Ian AYRES / Robert GERTNER (1989), "Filling Gaps in Incomplete Contracts", *Yale L. J.*, núm. 99, pp. 97-130.

Katharine BARTLETT (1994), "Gender Law", *Duke J. Gender L. & Pol'y*, vol. 1, pp. 1-20.

--(1999), "Feminism and the Law", *Fam. L. Q.*, vol. 33, núm. 3, pp. 475-500.

Gary S. BECKER (1991), *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge.

Anne BOTTOMLEY / Simone WONG (2006), "Shared Households: A New Paradigm for Thinking About the Reform of Domestic Property Relations", a Alison DIDUCK / Katherine O'DONNOVAN, *Feminist Perspectives on Family Law*, Routledge-Cavendish, Oxford, pp. 39-57.

Robert C. ELICKSON (2008), *The Household. Informal Order Around the Hearth*, Princeton University Press, Princeton.

Mary Ann GLENDON (1989), *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago.

José Luis LACRUZ BERDEJO (1963), *El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona.

Catharine MACKINNON (2005), *Women's Lives, Men's Laws*, Harvard University Press, Cambridge.

--(2007), *Sex Equality*, 2<sup>nd</sup> ed., Thomson West, New York.

Elizabeth S. SCOTT / Robert E. SCOTT (1998), "Marriage as Relational Contract", *Va. L. Rev.*, vol. 84, núm. 7, pp. 1225-1334.

Michael J. TREBILCOCK (1993), *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge.

# La compensació econòmica per raó de treball

Dra. Ariadna AGUILERA RULL  
Universitat Pompeu Fabra

## 1. Introducció

El treball domèstic ha estat una preocupació constant del legislador català des del 1993, quan va introduir per primer cop la compensació econòmica per raó de treball. També ho ha estat del feminisme, que ha denunciat que el patriarcat està basat en una divisió del treball que assigna les tasques reproductives i de cura a la dona, i el treball remunerat a l'home. Malgrat que estudis més recents han qüestionat que l'anomenada família tradicional, basada en l'assignació de dos rols estancs, estigués tan generalitzada com se sol pensar<sup>80</sup>, la realitat no és menys amarga. Durant l'Edat Mitjana, les dones contribuïen al patrimoni familiar, no només amb el treball domèstic i el treball al camp, sinó també amb rendes familiars i, després de la industrialització, amb el seu treball a les fàbriques. El treball femení era considerat, si de cas, secundari i, per tant, estava justificat remunerar-lo pitjor<sup>81</sup>. No hi ha, però, indicis d'implicació masculina en les tasques de cura. Fins i tot ara, després de la incorporació massiva de la dona al mercat laboral, no s'ha produït una assumpció parella del treball domèstic per part de l'home. Les dones segueixen duent a terme, en major mesura que els homes, el treball familiar no remunerat<sup>82</sup>.

Això pot tenir com a conseqüència que el matrimoni –o altres formes de convivència en parella– es converteixi en una institució molt perjudicial per a la

---

80 Diduck/Kaganas (2012, p. 237).

81 Diduck/Kaganas (2012, p. 239).

82 D'acord amb les dades de l'INE, actualitzades a 22 de febrer de 2013: "El 91,9% de las mujeres (de 10 y más años) realizan tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y personas dependientes durante 4 horas y 29 minutos diarios, frente al 74,7% de los varones que dedican en promedio 2 horas y 32 minutos. Respecto a las personas que realizan las actividades de hogar y familia según tipo de hogar, es superior la dedicación media diaria de las mujeres en todos los tipos de hogar, pero especialmente en el caso de hogar formado por pareja con hijos, en que la dedicación diaria de la mujer casi duplica la dedicación del varón (4 horas y 37 minutos la mujer, 2 horas 34 minutos el varón). Esta diferencia de dedicación es casi la misma en el caso de pareja sola (4 horas y 45 minutos la mujer, 2 horas y 34 minutos el varón)".



dona, especialment quan la liberalització del divorci permet que aquesta perdi les expectatives que li garantia la continuïtat del matrimoni de participar en els ingressos del seu marit<sup>83</sup>. De fet, hi ha estudis que demostren dues coses: els efectes positius que, d'una banda, té el matrimoni en la carrera dels homes casats, que no troba el seu correlat en les dones casades<sup>84</sup>, i els efectes econòmics devastadors que el divorci té en la vida de les dones<sup>85</sup>.

D'aquí la rellevància de preveure respostes que –conscients que l'estesa assumpció de què la majoria de dones divorciades reben suport econòmic dels seus ex-marits no es correspon amb la realitat<sup>86</sup>– garanteixin una sortida justa del matrimoni també per a les dones. Aquí juga un paper essencial l'adequada valoració del treball domèstic en el moment de la dissolució del vincle, ja que encara que aquesta valoració es produeixi a posteriori, és a dir, quan la distribució de tasques ja ha tingut lloc, una regulació adequada dels efectes del divorci afecta també els incentius que, mitjançant el matrimoni, tenen els cònjuges a assumir el treball familiar. El marit que sap que el treball realitzat per la seva dona, si es divorcien, no li sortirà gratis, tendirà a buscar un repartiment més equitatiu de les càrregues familiars<sup>87</sup>. En l'intent de revaloritzar el treball familiar és vital establir de manera adequada tant la finalitat com els pressupòsits i el mètode de càlcul de la compensació econòmica per raó de treball, que en el nostre ordenament jurídic és la institució que pretén remunerar aquest treball.

La compensació econòmica per raó de treball es troba regulada, en l'actualitat, en els arts. 232-5 i seg. CCCat –en el Dret espanyol, amb un contingut més limitat, en l'art. 1438 CC– i, per a les parelles estables, en l'art. 234-9 CCCat. Segons l'art. 232-5.1 CCCat, “[e]n el règim de separació de béns, si un cònjuge ha treballat per a la casa substancialment més que l'altre, té dret a una compensació econòmica per aquesta dedicació sempre que en el moment de

---

83 Brinig (2000-2001, p. 1320).

84 Brinig (2000-2001, pp. 1316-1317).

85 Mather Saul (2003, p. 11).

86 D'acord amb les dades de l'INE sobre nul·litats, separacions i divorcis elaborada el 2011, en un total de 103.290 divorcis, els marits només pagaven prestació compensatòria a les seves dones en 10.261 casos (9,93%).

87 A aquesta mateixa idea però duent-la al límit feia al·lusió Brinig (2000-2001, pp. 1322-1324).

l'extinció del règim per separació, divorci, nul·litat o mort d'un dels cònjuges o, si s'escau, del cessament efectiu de la convivència, l'altre hagi obtingut un increment patrimonial superior d'acord amb el que estableix aquesta secció". El segon apartat del mateix precepte estén el dret a la compensació al cònjuge que hagi treballat per a l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient. Per les seves majors implicacions des del punt de vista del gènere, el treball se centrarà en els casos en què un dels cònjuges ha treballat per a la casa substancialment més que l'altre.

## **2. La funció de la compensació econòmica per raó de treball**

Ni la doctrina ni els tribunals semblen posar-se d'acord sobre la finalitat que ha de perseguir la compensació econòmica per raó de treball en un règim econòmic de separació de béns. Es barregen fonamentalment tres possibles funcions –restitució d'un enriquiment injust, compensació de pèrdues d'oportunitat, participació en els guanys– respecte de les quals el Llibre segon del CCCat sembla haver-se posicionat, optant per configurar la compensació que preveu l'art. 232-5 CCCat com un instrument de participació en els guanys del cònjuge. Amb aquesta decisió, el Llibre segon del CCCat s'aparta de la regulació anterior, que atribuïa a la compensació, tot i que incorrent en certes contradiccions, una naturalesa restitutòria. Suposa aquesta modificació legislativa un pas en la direcció correcta? Mirem abans les diferents opcions i la repercussió que aquestes tenen sobre la valoració del treball familiar.

### **2.1. La funció de restitució d'un enriquiment injust**

La primera finalitat que s'ha atribuït a la compensació per raó de treball és la *restitutòria*<sup>88</sup>. En la mesura que el cònjuge creditor ha treballat per a la família

---

<sup>88</sup> Es mostren partidaris d'aquesta interpretació en la doctrina catalana Solé Resina (2001, p. 671) i Para Martín (1999, p. 322). En la doctrina espanyola, i referint-se a l'art. 1.438 CC, Bercovitz Rodríguez-Cano (2006, pp. 135-154).

sense percebre un salari i això ha suposat un estalvi per a l'altre cònjuge, aquest haurà de remunerar aquest treball en el moment de dissolució del matrimoni. Aquesta obligació de restitució tindria el seu fonament en l'enriquiment injust del cònjuge deutor a costa de l'altre. No obstant, perquè l'enriquiment es pugui considerar injust, el treball per a la casa ha d'haver suposat una sobrecontribució a les càrregues del matrimoni, atès que la contribució a les càrregues del matrimoni (art. 231-6.1 CCCat), en tractar-se d'una obligació, no es remunera.

Una aplicació coherent d'aquesta interpretació porta a quantificar la compensació tenint en compte el salari que una tercera persona cobraria per a realitzar la prestació, sostraiant-ne la part corresponent a l'obligació de contribuir al sosteniment de les càrregues familiars. Ara bé, el mateix TSJC, en la seva sentència de 14.4.2003 (RJ 2003\4579), estableix que “no hi ha la més mínima dada argumental que permeti sostenir, en contra del cònjuge menys afavorit, que la seva contribució al matrimoni hagi de ser extraordinària o excepcionalment gravosa per tal de tenir dret a ser compensat per l'altre quan en la crisi matrimonial es produeix un desequilibri econòmic (...). La relació entre l'art. 41 i el 5.1, ambdós del Codi, és artificial i només se sosté per la literalitat dels seus termes”. Encara més, com ja va apuntar el mateix Tribunal en la seva sentència de 27.4.2000 (RJ 2000\4125), “[i] fins i tot es podria dir, en abstracte, que sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment en favor de l'altre”.

En pronunciar-se d'aquesta manera, el Tribunal mostrava les limitacions d'aquesta concepció i posava de manifest que el que estava en joc no era mantenir l'equilibri en l'assumpció de les obligacions matrimonials per part dels cònjuges, sinó corregir que el rol assumit per un d'ells li havia reportat i li reportaria uns recursos econòmics, mentre que el rol assumit per l'altre havia estat una inversió específica, que no tenia cap valor un cop dissolt el vincle matrimonial. Amb independència que les contribucions d'ambdós haguessin estat equivalents, no hauria existit un repartiment just dels costos personals associats a l'assumpció de les càrregues del matrimoni.

D'altra banda, tampoc s'ha d'oblidar que els conflictes derivats de la realització del treball familiar resulten difícilment subsumibles en la figura de l'enriquiment injust, ja que no hi ha necessàriament una equivalència entre l'empobriment patit per un dels cònjuges i l'enriquiment experimentat per l'altre. El treball familiar no remunerat pot haver suposat una pèrdua econòmica –que es podria quantificar com el salari que s'hagués obtingut al mercat per serveis equivalents– molt inferior als beneficis que, fruit d'aquest treball, ha obtingut el cònjuge deutor. La prosperitat dels homes casats a la qual em referia al començament d'aquest treball sembla indicar que aquest és justament el supòsit més estès.

En tot cas, la categorització de la compensació com un supòsit d'enriquiment injust obliga a quantificar l'empobriment, atorgant al treball familiar un valor de mercat, i aquesta és precisament una de les majors dificultats d'aquesta concepció. Si aquesta operació es porta a terme prenent com a referència el sou d'una treballadora domèstica, com ha proposat una part de la doctrina<sup>89</sup> i ha acceptat el Tribunal Suprem en una sentència recent<sup>90</sup>, això és summament reduccionista. Ho ha posat de relleu el propi TSJC en les seves sentències de 28.1.2008 (JUR 2009\296310) i 9.1.2012 (RJ 2012\4203) en afirmar: “Aquest Tribunal ha rebutjat tant la retribució d'un treball no pagat, donat que la qüestió es més complexa en incidir-hi contribucions de caràcter emocional i la dedicació i recolzament al cònjuge i a la resta de la família, que difícilment es pot incloure en un sou de treballadora de la llar”. I és que ni tan sols caldria apel·lar a la naturalesa incommensurable de la cura per a demostrar que una treballadora domèstica no sol ser tan polifacètica com sol ser-ho una esposa.

---

<sup>89</sup> A favor d'aquesta forma de valoració s'han pronunciat Albaladejo (2007, p. 194) i Solé Resina (2001, p. 674); en contra, De los Mozos (1985, p. 378).

<sup>90</sup> SSTS, 1a, 14.7.2011 (RJ 2011\5122) i 14.7.2011 (RJ 2011\5122).

## 2.2. La funció de compensació de pèrdues d'oportunitat

La segona funció que s'assigna a la figura és la de compensar les *oportunitats perdudes*<sup>91</sup> del cònjuge que, per dedicar-se a treballar a casa i per a la família, ha compromès “les seves expectatives de formació professional, promoció professional o laboral i [ha perdut l'oportunitat] d'incrementar, amb el treball o l'activitat realitzada fora de la llar, el patrimoni propi”<sup>92</sup>.

A aquesta funció se li ha donat més importància en l'ordenament jurídic espanyol<sup>93</sup> que en el català<sup>94</sup>. No obstant, els tribunals espanyols que l'han tingut en compte n'han fet una interpretació molt restrictiva, limitant-se a concedir la compensació per pèrdues d'oportunitat en aquells supòsits en què “un dels cònjuges o bé no va tenir activitat laboral durant el matrimoni per a dedicar-se a les tasques de la llar, o bé va abandonar aquella activitat amb aquesta finalitat”<sup>95</sup>.

La idea que s'hagi de compensar a un cònjuge per les oportunitats laborals que s'ha vist obligat a sacrificar en benefici de la família és temptadora. Això és així especialment en aquells casos en els quals en el moment del cessament de la convivència el cònjuge que ha treballat fora de casa no ha obtingut un increment patrimonial rellevant, bé perquè els guanys no s'han materialitzat encara –el cas d'una dona que financi amb el seu treball, fora i dins de casa, els estudis o la carrera d'un marit que encara no s'ha enlairat professionalment però que ho farà–, bé perquè aquests s'han obtingut però perdut –per exemple,

---

<sup>91</sup> Roca Trias (2007, p. 425).

<sup>92</sup> SAPB 9.2.2010 (JUR 2010\147538).

<sup>93</sup> SSTS, 1a, 12.9.2005 (RJ 2005\7148) i 14.7.2011 (RJ 2011\5122).

<sup>94</sup> S'hi fa referència, tot i que de forma col·lateral, en la STSJC 27.2.2006 (RJ 2006\2384) quan diu que, “[e]n conclusió, res no obsta a la concessió d'una compensació econòmica (...) quan es provi l'existència d'una vida en comú de parella, que s'hagi produït la seva ruptura, que s'hagi perdut per part d'un dels convivents l'oportunitat d'accedir a un patrimoni propi o d'incrementar-lo precisament per l'opció adoptada en aquesta convivència (...)”, i en la STSJC 27.5.2010 (RJ 2010\5128) quan afirma que “(...) als efectes de reconèixer el dret del Tribunal haurà d'analitzar les circumstàncies personals i professionals dels cònjuges el temps de dedicació de cada un d'ells als treballs no retribuïts o, el que és igual el grau de pèrdua d'oportunitat econòmica”.

<sup>95</sup> SAP Madrid 17.4.2007 (JUR 2010\67704). De fet, confirma aquesta aplicació la STS, 1a, 14.7.2011 (RJ 2011\5122), que consagra com a requisit per a què es pugui meritjar la compensació “que s'hagi contribuït a les càrregues del matrimoni només amb el treball realitzat per a la casa” (FJ 7è).

com a conseqüència de males inversions, d'un fracàs empresarial o d'una crisi econòmica–, o bé perquè aquests senzillament no s'han generat –el marit que es queda en una eterna promesa o el que es gasta una bona part del que guanya–.

En aquestes constel·lacions sembla summament injust que la dona que ha realitzat el treball familiar renunciant a d'altres oportunitats es vegi obligada a sortir del matrimoni sense cap tipus de compensació econòmica. No obstant, al primer dels casos que plantejava se li podria donar resposta a través de la prestació compensatòria, que compensa el “desequilibri econòmic que s’origina i que troba la seva causa en la convivència matrimonial, (...) essent definitori que un dels cònjuges s’hagi pogut desenvolupar patrimonialment i/o professionalment, mentre que a l’altre cònjuge per la seva major implicació en la cura de la família, (...) se li ha ocasionat un desequilibri econòmic que es projecta cap al futur i després de la ruptura matrimonial”<sup>96</sup>. En els altres supòsits caldria admetre senzillament que, en realitat, “la inversió” que va fer la dona a favor del seu marit fou probablement una mala inversió.

La dificultat d'assumir que el treball familiar ha de donar dret, si el matrimoni es trenca, a reclamar les oportunitats laborals perdudes, sembla partir d'una prioritat de rang entre el treball al mercat i la cura que considera una pèrdua haver dedicat temps i esforç al treball familiar. Al meu entendre, aquesta concepció no està en realitat tan lluny d'una de les crítiques més importants del feminisme, que denuncia que una divisió entre dues esferes, la pública –en la qual els homes, autònoms i lliures, decideixen sobre les qüestions rellevants– i la privada –ahistòrica i intemporal, en la qual les dones se centren en la reproducció–, condemna les dones a ser senzillament el que l'home no és<sup>97</sup>.

Per això sembla molt més adequat plantejar el treball familiar com una inversió<sup>98</sup>. La dona que ha optat per invertir temps en la família hauria de poder participar, si aquesta es desmembra, en els fruits que dita inversió ha generat,

---

<sup>96</sup> STSJC 31.1.2011 (RJ 2011\2858).

<sup>97</sup> Benhabib (1992, p. 157).

<sup>98</sup> Brinig (2000-2001, p. 1327).

que no són només econòmics, però que, si ho són, s'han de repartir equitativament. Al problema de què les dones paguin el fet de tenir una família a costa de perdre oportunitats laborals se li hauria de donar resposta amb una reestructuració del treball, que no presumeixi i exigeixi una dedicació incompatible amb la implicació en la família.

### **2.3. La funció de participació en els guanys**

La tercera funció que la compensació pot perseguir és la de garantir la *participació en els guanys* obtinguts pel cònjuge deutor<sup>99</sup>. La dedicació del cònjuge creditor a les tasques de la llar, en tant que ha permès a l'altre cònjuge concentrar tots els seus esforços en la seva carrera professional, ha estat també la causa de l'increment patrimonial del qual aquest darrer s'ha pogut beneficiar. No garantir al cònjuge la participació en un patrimoni a la generació del qual ha contribuït i que, en conseqüència, ha de ser vist com a propietat d'ambdós cònjuges, seria equiparable a una expropiació.

Aquesta funció ha estat objecte de dures crítiques<sup>100</sup> que apuntaven a què la compensació interpretada en aquest sentit desnaturalitzava el règim de la separació de béns convertint-lo en un règim de participació en els guanys. S'hi poden fer dues objeccions.

Per començar, caldria puntualitzar que el règim de separació de béns tenia un sentit molt diferent en un moment històric en què el CC atribuïa el marit la facultat d'administrar els béns propis de la seva dona i aquesta requeria de llicència marital per a poder adquirir o alienar. En aquest context, el reconeixement a cada cònjuge de la propietat, gaudi, administració i disposició dels béns propis resultava fins i tot molt beneficiosa per a la dona, ja que li garantia una igualtat de tracte que no tenia en l'ordenament jurídic espanyol<sup>101</sup>. Dita separació estricta adquireix un significat completament diferent després de la supressió de la llicència marital, la generalització del divorci i el pas a un

---

<sup>99</sup> En l'ordenament jurídic català es mostra partidari d'aquesta funció Ferrer Riba (2005, pp. 89-91).

<sup>100</sup> Brancós Núñez (1998, p. 679).

<sup>101</sup> Brancós Núñez (1998, pp. 673-674).

Estat social. Si la separació de béns va resultar pionera en el seu moment, en l'actualitat genera situacions de desigualtat de fet poc compatibles amb el principi d'igualtat material incorporat per l'art. 9.2 CE. Si el que la CE pretén aconseguir és la realització efectiva del valor *igualtat*<sup>102</sup>, aquest objectiu difícilment es complirà en un règim econòmic matrimonial que produeix l'efecte d'enriquir els homes a costa d'empobrir les dones.

D'altra banda, una compensació que garanteixi la participació en els guanys generats conjuntament pels cònjuges respecta el principi subjacent a la separació de béns segons el qual s'ha d'atribuir a cada cònjuge el que li pertany. En el règim de participació en els guanys, el marit o la dona tenen dret a la meitat de l'increment patrimonial que hagi experimentat l'altre sense necessitat de provar que han contribuït a generar-lo. El repartiment es produeix automàticament per la mera dissolució del vincle matrimonial. Ara bé, la participació a què dóna dret la compensació econòmica està sempre condicionada al fet que el patrimoni sigui atribuïble al cònjuge creditor. La causa de l'atribució és el treball familiar o per a l'altre cònjuge que aquest ha realitzat. Així, en un matrimoni en el qual el treball domèstic i de cura es reparteixi equitativament, no hi haurà dret a la compensació ni, per tant, a la participació, amb independència que un dels cònjuges guanyi molt més que l'altre.

El legislador català s'ha decantat per aquesta darrera opció, consagrant la compensació per raó de treball com una institució de comunicació dels guanys generats durant el matrimoni. Aquesta elecció l'evidencien tant els pressupòsits de la compensació (art. 232-5 CCCat)<sup>103</sup> com les regles de càlcul (art. 232-6 CCCat), i el límit en la quantia d'aquesta, que ascendeix a una quarta part de la diferència d'increments patrimonials.

---

<sup>102</sup> Carmona Cuenca (1994, p. 281)

<sup>103</sup> L'art. 232-5 CCCat condiciona el dret a la compensació a què el cònjuge deutor hagi obtingut un "increment patrimonial superior" i, en fer-ho, planteja com a requisit indispensable que el treball domèstic hagi generat un patrimoni en el qual pugui participar el cònjuge creditor. Si el legislador hagués fet prevaler la funció rescablatòria d'un enriquiment injust, no hagués configurat com a pressupòsit l'increment patrimonial, ni tampoc ho hauria fet d'estar perseguint la compensació de pèrdues d'oportunitat, ja que aquestes s'haurien donat igualment, amb independència de què hi haguessin hagut uns guanys patrimonials.



Aquesta decisió és perfectament coherent amb el sistema català, que dona resposta per separat a la liquidació del règim econòmic matrimonial i als efectes de la ruptura de la convivència. El treball familiar s'ha de tenir en compte en dos moments. Primer, en repartir l'excedent matrimonial mitjançant la fixació d'una compensació econòmica que doni raó de la contribució que el treball domèstic ha suposat i, després, a l'hora de concedir una prestació compensatòria (art. 232-10 CCCat).

L'única concepció que reconeix el valor del treball familiar és justament la que instaura la compensació com a mecanisme corrector de la separació de béns. Així, com establia la *House of Lords* en els casos *Miller v. Miller* i *McFarlane v. McFarlane* ([2006] UKHL 24 [151]), una solució justa a la ruptura matrimonial ha de repartir uns fruits, els del matrimoni, que tot i que puguin tenir el seu origen més evident en el treball remunerat d'un cònjuge, han estat generats gràcies a la contribució d'ambdós<sup>104</sup>.

*El matrimoni de la Sra. i el Sr. Miller era un matrimoni sense fills que va durar dos anys i nou mesos. Abans de contraure matrimoni, la Sra. Miller havia estat guanyant 85.000 lliures l'any i, en el moment del divorci, tenia 100.000 lliures. El marit, que es dedicava a la gestió d'actius financers, havia acumulat un patrimoni que ascendia a 17,5 milions de lliures, a banda d'un paquet d'accions valorat aproximadament en 15 milions de lliures. Durant el matrimoni, el seu patrimoni va augmentar de 16,7 a 17,5 milions de lliures i fou també en aquest període quan les accions es van revaloritzar de manera important. En aquest context, el jutge del districte atorgà a la Sra. Miller una compensació de 5 milions de lliures. El recurs d'apel·lació presentat pel Sr. Miller fou desestimat pel tribunal d'apel·lació.*

*El Sr. i la Sra. McFarlane van estar setze anys casats i van tenir tres fills. Abans de casar-se, la Sra. McFarlane treballava com a advocada i el seu marit com a auditor. Després del naixement del seu segon fill, la parella*

---

<sup>104</sup> Incideix ja en aquest aspecte Silbaugh (1997, p. 118).

*acordà que la Sra. McFarlane deixés la seva feina a Freshfields, on treballava quatre dies a la setmana des del naixement del seu primer fill i on havia guanyat, durant un temps, un salari superior al del seu marit. Durant el matrimoni, els ingressos del marit van augmentar considerablement, arribant a guanyar després de la separació 1.286.000 lliures l'any. A banda del domicili conjugal, valorat en un milió i mig de lliures, la parella tenia una casa d'estiueig i un altre pis. Després de la separació, les parts van acordar dividir el patrimoni existent, valorat en 3 milions de lliures, per la meitat. Ara bé, en la mesura que el capital no era suficient per arribar a un clean-break, la Sra. McFarlane sol·licità la concessió d'una pensió sobre el muntant de la qual les parts no es posaven d'acord. El jutge del districte va concedir 60.000 lliures anuals als fills en concepte d'aliments i 250.000 lliures anuals a la dona. El Sr. McFarlane va presentar un recurs, que fou estimat pel jutge del districte, acordant que aquest havia de pagar als seus fills 20.000 lliures anuals i 180.000 a la seva dona. La Sra. McFarlane va presentar un recurs, que fou estimat pel tribunal d'apel·lació, concedint-li la quantitat inicialment acordada pel jutge però només per un període de cinc anys.*

### **3. Els pressupòsits de la compensació econòmica per raó de treball**

L'art. 232-5 CCCat consagra el dret a una compensació econòmica del cònjuge que ha treballat per a la casa substancialment més que l'altre –o per a l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient– si, en el moment d'extinció del règim, aquest darrer ha obtingut un *increment patrimonial superior*.

El primer pressupòsit de la compensació planteja certs dubtes interpretatius, essent vital la manera com s'aplicarà l'expressió “substancialment més” que l'altre. El TSJC ha assenyalat en la seva jurisprudència que la compensació no requereix d'una dedicació exclusiva al treball per a la casa<sup>105</sup> o que sigui un

---

<sup>105</sup> Entre d'altres, SSTSJC 10.2.2003 (RJ 2003\4464), 12.1.2004 (JUR 2004\65164), 6.11.2008 (JUR 2009\296042), 22.12.2008 (RJ 2009\3267), 13.7.2009 (RJ 2009\5672).

treball especialment penós<sup>106</sup>, ni que l'esposa que treballi fora de casa ho faci a jornada completa<sup>107</sup>. Una dona que treballi a temps complet com el seu marit, o fins i tot que tingui un horari laboral molt similar, pot haver treballat “substancialment més” a la llar.

Aquesta idea vindria corroborada per les dades estadístiques que demostren que els homes fan més hores extraordinàries que les dones i que, per tant, la jornada laboral pactada no ha de coincidir necessàriament amb les hores efectivament dedicades al treball<sup>108</sup>. També ho corroboren les estadístiques que apunten a què els homes dediquen el seu temps lliure, en major mesura que les dones, a les seves aficions, l'esport i la vida social, i la diversió. De fet, les dones dediquen una mitjana de dues hores diàries més que els homes al treball familiar<sup>109</sup>. En realitat, aquesta diferència de dedicació ja hauria de ser suficient per a què es pogués considerar que es compleix el requisit d'haver treballat substancialment més que l'altre cònjuge per a la casa. D'aquesta manera, la concessió d'una compensació per raó de treball hauria de ser més la regla que l'excepció. Ara bé, fins ara, en la major part de pronunciaments judicials en què es concedeix la compensació, la dona o bé havia treballat per a la casa en règim d'exclusivitat o bé ho havia fet compatibilitzant-ho amb un treball no remunerat en el negoci de l'altre cònjuge<sup>110</sup>.

El segon pressupòsit de fet de la compensació és que el cònjuge deutor hagi experimentat durant el matrimoni un increment patrimonial superior al del creditor. L'exigència d'un desequilibri patrimonial entre els cònjuges no encaixa

---

<sup>106</sup> Vegeu, entre d'altres, les SSTSJC 21.10.2002 (RJ 2003\698), 29.5.2007 (RJ 2007\4858), 4.9.2008 (RJ 2009\644), 8.7.2011 (RJ 2011\6406), 19.12.2011 (RJ 2012\2768), 16.1.2012 (RJ 2012\4207), 1.3.2012 (RJ 2012\5928), 10.5.2012 (RJ 2012\8782)

<sup>107</sup> STSJC 15.12.2011 (RJ 2012\256).

<sup>108</sup> D'acord amb les dades de l'INE, 378.700 homes enfront de 250.400 dones havien realitzat hores extraordinàries en el segon trimestre del 2012. D'aquests, 59.000 homes enfront de 25.100 dones havien realitzat 16 o més hores extraordinàries per setmana.

<sup>109</sup> Vegeu les dades de l'INE, actualitzades a 22 de febrer de 2013.

<sup>110</sup> Poden servir d'exemple les següents SSTSJC: 21.10.2002 (RJ 2003\698), 1.3.2012 (RJ 2012\5928), 16.1.2012 (RJ 2012\4207), 19.12.2011 (RJ 2012\2768), 22.12.2008 (RJ 2009\3267), 3.11.2008 (RJ 2009\3141), 27.2.2006 (RJ 2006\3996), 27.10.2005 (RJ 2006\1010), 19.11.2009 (RJ 2010\1641), 19.10.2006 (RJ 2007\5292), 29.12.2003 (RJ 2004\1930), 26.3.2003 (RJ 2003\4654), 10.3.2003 (RJ 2003\4653).

bé amb la finalitat perseguida per la figura. Si el que es pretén és remunerar adequadament la contribució que suposa el treball domèstic a la generació d'uns guanys, el lògic seria que s'exigís només l'existència d'un patrimoni acumulat pel cònjuge creditor durant la convivència. La dona que, a banda de treballar fora de casa i obtenir un patrimoni comparable al del seu marit, hagués assumit la major part del treball per a la família, també hauria de poder participar dels guanys del seu marit.

De no ser així es cauria en la contradicció a la qual feia referència *Baroness Hali* en els casos *Miller v. Miller* i *McFarlane v. McFarlane*, segons la qual el cònjuge que havia treballat fora i dins de casa sortia més perjudicat després de la ruptura que aquell que s'havia especialitzat en el treball familiar. Perquè no es tracta de comparar en termes absoluts com de ric o pobre se surt del matrimoni, sinó si es té en compte, en el moment de repartir els fruits del matrimoni, la contribució que ha representat el treball familiar. En aquest punt és molt important no caure en l'error de plantejar com a ideal que ambdós cònjuges surtin formalment iguals, en termes econòmics, del matrimoni. Si la dona ha treballat fora i dins de casa, si aquesta ha obtingut un salari igual o superior al seu marit –quelcom que hauria de succeir cada vegada més sovint, si tenim en compte el fet que les dones ja estan a dia d'avui més qualificades que els homes<sup>111</sup>–, res hauria d'impedir que després de la ruptura estigués econòmicament millor posicionada.

Al respecte, el feminisme de la diferència ha posat de relleu com en realitat i en moltes ocasions la compatibilització de la cura i del treball remunerat obeeix a un desig de les dones. Aquest corrent ha denominat a aquest desig “el doble sí de les dones a la maternitat i l'ocupació”<sup>112</sup>, creant un concepte nou que posa l'accent en l'elecció i, per tant, en la llibertat, a diferència de la idea de “conciliació” –que proposen les polítiques de la igualtat- que segueix

---

<sup>111</sup> D'acord amb l'informe “[Dones i homes a Espanya](#)”, realitzat conjuntament per l'INE i l'Institut de la dona, l'any 2010 el percentatge de dones de 25 a 34 anys amb nivell d'educació superior i doctorat a Espanya era del 44,8% i, el percentatge d'homes, del 33,7%. A la UE, aquests percentatges eren del 37,5% en el cas de les dones i del 28,9% en el cas dels homes.

<sup>112</sup> Cigarini (2006, p. 55).

pressuposant la suma de dues obligacions<sup>113</sup>, la de ser mare i la de treballar. La idea del “doble sí” tracta de demostrar que moltes dones trien treballar dins i fora de casa amb la mateixa intensitat i dedicació, que per a elles les dues coses són igual d'importants. De ser així, no té gaire sentit penalitzar les dones que aconsegueixen compatibilitzar, amb èxit, ambdues coses.

#### **4. El mètode de càlcul de la compensació econòmica per raó de treball**

El legislador català estableix, en l'apartat 4 de l'art. 232-5 CCCat, que “la compensació econòmica per raó de treball té com a límit la quarta part de la diferència entre els increments dels patrimonis dels cònjuges (...)”.

Fent una proposta de quantificació de la compensació, el legislador vol acabar amb la discrecionalitat judicial que, en aquest punt, consagrava la legislació anterior. En establir que aquesta ha d'ascendir, com a màxim, a una quarta part de la diferència entre els patrimonis dels cònjuges, el CCCat s'aparta dels règims de participació en els guanys que pren com a model. Aquests divideixen per la meitat la diferència d'increments patrimonials (arts. 232-18 i ss. CCCat)<sup>114</sup>, o fins i tot de part del patrimoni anterior al matrimoni<sup>115</sup>. Òbviament, el legislador català, en limitar el percentatge de participació en els guanys de l'altre cònjuge, ha intentat mantenir-se fidel al règim de separació de béns. No obstant, el mateix art. 232-4 CCCat preveu una clàusula d'obertura segons la

---

<sup>113</sup> Cigarini (2009, p. 83). Això també resulta evident en una notícia que apareixia l'1.12.2009 a la pàgina de l'Institut de la dona titulada [“Igualdad inicia una campaña de sensibilización en radio sobre corresponsabilidad familiar”](#). La notícia plantejava el següent: “Con el lema ‘¿Si somos iguales?, ¿Cuál es la diferencia?’, la campaña pretende incidir en un cambio de actitudes sociales, dirigido a eliminar la tradicional diferencia en la asignación de “roles” sociales a hombres y mujeres y *transmitir que las tareas del hogar y el cuidado de personas dependientes no es una obligación natural y exclusiva de las mujeres*, y que compartirlas supone que éstas puedan desarrollar otras actividades en igualdad de condiciones”.

<sup>114</sup> Pot servir d'exemple la *Zugewinnngemeinschaft* alemanya, que reconeix al cònjuge que ha obtingut un menor increment patrimonial un dret de crèdit pel valor de la meitat de l'excés patrimonial del qual s'ha beneficiat l'altre cònjuge. Vegeu, en aquest sentit, el § 1378 (1) *BGB*, que estableix el següent: “Si els guanys d'un cònjuge són majors que els de l'altre, li correspon a aquest darrer la meitat de l'excés com a crèdit de participació” [*Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu*; traducció d'Albert Lamarca i Marquès (2008)].

<sup>115</sup> Vegeu, sobre els sistemes escandinaus, Pintens (2011, p. 28).

qual “(...) si el cònjuge creditor prova que la seva contribució ha estat notablement superior, l'autoritat judicial pot incrementar aquesta quantia”.

En aquest sentit, com va afirmar la *House of Lords* a *White v. White* ([2001] 1 AC 596), “[h]i ha un principi d'aplicació universal que es pot afirmar sense cap mena de dubte. En l'intent d'arribar a un resultat just, cal evitar qualsevol discriminació entre marit i esposa i els seus respectius rols. [...] No s'ha de donar cap biaix a favor del cònjuge que guanya els diners i en contra del que assumeix el treball per a la casa i la cura dels nens”.

*Els fets que van donar lloc al famós pronunciament de la House of Lords van ser els següents: els White es van casar el setembre de 1961, ella amb 26 anys i ell amb 24. Van tenir tres fills, dels quals un va morir en un accident aeri. El matrimoni es va divorciar el maig de 1997. Tant el Sr. com la Sra. White van sol·licitar ancillary relief (una compensació econòmica). Durant tot el matrimoni, el Sr. i la Sra. White van portar conjuntament el negoci de producció de llet i ella va assumir, a més, el treball familiar. El negoci fou un èxit. Al principi, tots dos van aportar una quantitat similar de capital, al voltant de 2.000 lliures. Un any després del seu casament van comprar, amb l'ajuda del pare del Sr. White, la seva pròpia granja, que van posar a nom dels dos. El Sr. i la Sra. White regentaven també la granja Rexton, finca que el pare del Sr. White va comprar i posar a nom dels seus tres fills. Posteriorment, el Sr. White va adquirir la participació dels seus germans, passant la granja Rexton a ser de la seva propietat exclusiva. En el moment de dissolució del vincle matrimonial, i després de la deducció dels passius, el patrimoni net del Sr. i la Sra. White ascendia a 4,6 milions de lliures. Eren propietat de la Sra. White 193.300 lliures (en fons de pensions) i la seva part dels béns de propietat conjunta, que tenien un valor de 1.334.000 lliures. Per la seva banda, el Sr. White tenia 1.334.000 lliures i la granja Rexton (1.783.500 lliures). El jutge del districte va concedir a la Sra. White una compensació que ascendia a 800.000 lliures i representava al voltant d'1/5 part del patrimoni total. El Tribunal considerarà que dita quantitat permetia a la Sra. White mantenir el seu nivell de vida i que aquesta no*

*podia aspirar a tenir la seva pròpia granja. El tribunal d'apel·lació va corregir la decisió i va elevar la compensació de la Sra. White de 800.000 lliures a 1,5 milions de lliures, el que suposava un increment d'1/5 a 2/5 parts del patrimoni total. El tribunal d'apel·lació afirmà que no era un resultat just que la Sra. White hagués de transferir part de la seva participació en la copropietat al Sr. White. El tribunal li concedí una quantitat superior a la quota que li corresponia com a copropietària en reconeixement del seu treball per a la casa. La Sra. White va presentar un recurs davant la House of Lords, que va resoldre que, si ambdós cònjuges havien contribuït a la prosperitat de la família, era indiferent qui d'ells havia guanyat els diners.*

Com posa de relleu el Preàmbul del Llibre II del CCCat, "(...) 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 tots dos cònjuges i que en força casos l'activitat laboral i professional d'un dels cònjuges se supedita encara a la de l'altre, fins el punt que, en determinats nivells educatius i de renda, continua essent habitual que un dels cònjuges, típicament la dona, abandoni el mercat de treball en contreure matrimoni o en tenir fills (...)". En un matrimoni tradicional, estructurat al voltant d'una clara divisió de rols, caldria respectar l'estàndard d'igualtat en la divisió en el moment de decidir sobre la destinació de l'excedent patrimonial. En cas contrari s'estaria desvalorant la contribució femenina a la riquesa familiar. La inadequada valoració del treball familiar podria constituir una discriminació indirecta<sup>116</sup>, ja que es tractaria en aquest cas d'una decisió judicial que, tot i ser aparentment neutra respecte del sexe, posaria en situació de desavantatge particular a la dona sense estar justificada per una finalitat legítima. L'únic motiu en què es podria pensar seria la protecció de la propietat privada del cònjuge titular. Ara bé, aquest fi teòricament legítim decauria davant l'evidència que l'excedent patrimonial ha de ser vist com a propietat d'ambdós cònjuges.

---

<sup>116</sup> Sobre el concepte de discriminació indirecta, vegeu Aguilera Rull (2007, pp. 9-16; 2012, pp. 154-185), Rey Martínez (2004, p. 55-69).

## 5. Conclusions

En aquest treball he tractat de demostrar com només una regulació de la compensació econòmica que garanteixi l'adequada participació del cònjuge que ha assumit el treball familiar en els guanys generats durant el matrimoni valora en la seva justa mesura les tasques de cura. En aquest sentit és benvinguda la modificació legislativa que suposa l'art. 232-5 CCCat, que abandona definitivament aquells elements que apuntaven a una funció restitutòria d'un enriquiment injust.

Respecte dels pressupòsits de la compensació econòmica per raó de treball, he defensat que el dret a aquesta compensació no pot dependre ni de què el treball familiar s'hagi dut a terme de manera exclusiva, ni de què aquest s'hagi compatibilitzat amb un treball remunerat a temps parcial, ni de què la dedicació del cònjuge creditor al treball en el mercat hagi estat menor que la del cònjuge deutor. Els tribunals, a l'hora de concedir compensacions econòmiques, haurien d'estar senzillament al nombre d'hores treballades i, si les estadístiques no menteixen, la mitjana de dones treballa "substancialment més" per la família que les seves parelles masculines.

Respecte del segon pressupòsit de fet de la norma, l'exigència d'un increment patrimonial superior, he sostingut que aquest requisit és contradictori i he advocat per exigir tan sols que el cònjuge que s'ha vist beneficiat pel treball familiar hagi obtingut uns guanys, en els quals el cònjuge creditor hauria de poder participar.

Pel que fa a la quantificació de la compensació, es valora molt positivament que el legislador hagi permès augmentar el límit de la quarta part de la diferència entre els increments dels patrimonis dels cònjuges en aquells casos en què la contribució del cònjuge creditor hagi estat superior a la de l'altre cònjuge.



## 6. Taula de sentències citades

### Sentències del Tribunal Suprem

<b>Sala i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
1a, 14.7.2011	RJ 2011\5122	Encarnación Roca Trías
1a, 12.9.2005	RJ 2005\7148	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

### Sentències i interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
10.5.2012	RJ 2012\8782	Nuria Bassols Muntada
1.3.2012	RJ 2012\5928	Nuria Bassols Muntada
16.1.2012	RJ 2012\4207	María Eugenia Alegret Burgues
9.1.2012	RJ 2012\4203	Enrique Anglada Fors
19.12.2011	RJ 2012\2768	María Eugenia Alegret Burgues
15.12.2011	RJ 2012\256	María Eugenia Alegret Burgues
8.7.2011	RJ 2011\6406	María Eugenia Alegret Burgues
31.1.2011	RJ 2011\2858	José Francisco Valls Gombau
27.5.2010	RJ 2010\5128	María Eugenia Alegret Burgues
19.11.2009	RJ 2010\1641	María Eugenia Alegret Burgues
13.7.2009	RJ 2009\5672	Enrique Anglada Fors
22.12.2008	RJ 2009\3267	Nuria Bassols Muntada
6.11.2008	JUR 2009\296042	Carlos Ramos Rubio
3.11.2008	RJ 2009\3141	María Eugenia Alegret Burgues
4.9.2008	RJ 2009\644	María Eugenia Alegret Burgues
28.1.2008	JUR 2009\296310	María Eugenia Alegret Burgues
29.5.2007	RJ 2007\4858	Carlos Ramos Rubio
19.10.2006	RJ 2007\5292	María Eugenia Alegret Burgues
27.2.2006	RJ 2006\3996	Guillermo Vidal Andreu
27.2.2006	RJ 2006\2384	Guillermo Vidal Andreu
27.10.2005	RJ 2006\1010	Nuria Bassols Muntada
12.1.2004	JUR 2004\65164	Nuria Bassols Muntada
29.12.2003	RJ 2004\1930	Lluís Puig i Ferriol
14.4.2003	RJ 2003\4579	Guillermo Vidal Andreu
26.3.2003	RJ 2003\4654	Antonio Bruguera Manté
10.3.2003	RJ 2003\4653	Lluís Puig i Ferriol
10.2.2003	RJ 2003\4464	Guillermo Vidal Andreu
21.10.2002	RJ 2003\698	Nuria Bassols Muntada
27.4.2000	RJ 2000\4125	Guillermo Vidal Andreu

## Sentències d'Audiències Provincials

<b>Tribunal i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
Barcelona 9.2.2010	JUR 2010\147538	Margarita Blasa Noblejas Negrillo
Madrid 17.4.2007	JUR 2010\67704	Juan Martínez Pérez

## Sentències de la House of Lords

<b>Cas</b>	<b>Referència</b>
Miller v. Miller i McFarlane v. McFarlane	[2006] UKHL 24 [151]
White v. White	[2001] 1 AC 596

## 7. Bibliografia

Ariadna AGUILERA RULL (2007), "Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *InDret* 1/2007.

--(2013), *Contratación y diferencia. Las prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia (en premsa).

Manuel ALBALADEJO (2007), *Curso de derecho civil*, tom IV, 11a ed., Edisofer, Madrid

Seyla BENHABIB (1992), *Situating the self: gender, community and postmodernism in contemporary ethics*, Polity Press, Cambridge.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2006), "Comentario a la Sentencia de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1407)", *CCJC*, núm. 70, pp. 135-154.

Esteve BOSCH CAPDEVILA (2010), "L'evolució del règim de separació de béns en el Dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball", *RJC*, vol. 109, núm. 4, pp. 1075-1098.

Enric BRANCÓS NÚÑEZ (1998), “Separació de béns o participació. Comentari de l’art. 23 de la Compilació”, *RJC*, núm. 4, pp. 665-704.

Margaret BRINIG (2000-2001), “The influence of *Marvin v. Marvin* on housework during marriage”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. 76, pp. 1311-1346.

Encarnación CARMONA CUENCA (1994), “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REP*, núm. 84, pp. 265-285.

Lia CIGARINI (2006), “El doble ‘sí’ de las mujeres o la maternidad y al empleo”, *DUODA. Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 30, pp. 51-58.

--(2009), “La pasión por la política: pensar las relaciones y el trabajo”, *DUODA. Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 37, pp. 81-99

José Luis DE LOS MOZOS (1985), a Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tom XVIII, vol. 3, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Alison DIDUCK / Felicity KAGANAS (2012), *Family Law, Gender and the State*, 3<sup>rd</sup> ed., Hart Publishing, Oxford and Portland.

Josep FERRER RIBA (2005), “Separació de béns i compensació en la crisi familiar”, a VV.AA. *Nous reptes del Dret de Família: Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català de Tossa de Mar*, Edicions Apeticio, Girona, pp. 77-94.

Albert LAMARCA I MARQUÈS (Dir.) (2008), *Código civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

Jenifer MATHER SAUL (2003), *Feminism Issues & Arguments*, Oxford University Press, Oxford.

Antonio PARA MARTÍN (1999), “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, *RJC*, núm. 2, pp. 313-350.

Walter PINTENS (2011), “Matrimonial property law in Europe”, a Katharina BOELE-WOELKI / Jo MILES / Jens M. SCHERPE (Eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, pp. 19-46.

Fernando REY MARTÍNEZ (2004), “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, a Ángeles VIVAS LARRUY (Dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 23-108.

Encarna ROCA TRÍAS (2007), *Institucions de dret civil de Catalunya*, vol. III, 6a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Katherine SILBAUGH (1997), “Commodification and women’s household labor”, *Yale J. L. & Feminism*, vol. 9, pp. 81-121.

Judith SOLÉ RESINA (2001), “La compensació econòmica per raó de treball en el regim de separació de béns”, *RJC*, núm. 3, pp. 661-689.

# La guarda compartida dels fills comuns

Laura Alascio Carrasco  
Universitat Pompeu Fabra

## 1. Introducció: de la custòdia materna a la guarda compartida

En els processos de nul·litat, separació judicial i divorci, una de les mesures a adoptar és l'atribució de la guarda dels fills, és a dir, cal determinar en companyia de qui quedaran aquests i, si s'escau, el règim de visites de l'altre progenitor. Des d'aquest punt de vista, en els darrers anys s'ha pogut observar que el percentatge de divorcis que acaben en guarda compartida dels fills ha augmentat a Catalunya, mentre que el percentatge de divorcis on s'atribuïa la guarda individual a la mare ha disminuït<sup>117</sup>.

Fins l'aprovació del Llibre segon del CCCat, la guarda dels fills després del cessament de la convivència de la parella es regulava en els arts. 76 i 82 CF, i 15 LUEP. El Llibre segon recull aquests aspectes d'una manera molt més exhaustiva en els seus arts. 233-8 CCCat i ss., per a les parelles casades, i 234-7 CCCat, per a les parelles estables. Ara bé, l'anàlisi de la figura en el Llibre segon no estaria completa sense fer referència a la Llei 15/2005, que fou la primera llei de l'Estat que va preveure expressament la modalitat de la guarda compartida. La Llei catalana, aprovada més endavant, en milloraria la regulació i la tècnica legislativa, i seria una de les primeres lleis autonòmiques en eliminar l'excepcionalitat de la mesura<sup>118</sup>.

### 1.1. Crítica terminològica

El terme *guarda i custòdia compartida* ha estat criticat per alguns autors, que entenen que, donat que els progenitors ja no viuen junts, seria més apropiat

---

<sup>117</sup> Segons les dades de l'INE, el percentatge de divorcis en els quals es va atribuir la guarda compartida dels fills fou d'un 7,36% l'any 2009, d'un 8,7% l'any 2010 i d'un 10,87% el 2011.

<sup>118</sup> La primera va ser la Llei aragonesa 2/2010, que predicà la preferència de la guarda compartida.

l'adjectiu *alternativa* en comptes de *compartida*<sup>119</sup>. Així mateix, es discuteix la conveniència d'utilitzar els termes *custòdia* pel fet de cosificar el menor i *dret de visites* per ser intrínsecament pejoratiu, atès que tracta el progenitor que únicament té aquest dret com si fos un progenitor de segona<sup>120</sup>.

## 1.2. Marc normatiu

Ni el CF ni l'antiga redacció del CC feien una referència expressa a la guarda compartida<sup>121</sup>. Ni la permetien expressament ni tampoc la prohibien. En tot cas, calia estar a l'acord dels progenitors i, a falta d'aquest, a la decisió de l'autoritat judicial. Amb caràcter general, els tribunals eren contraris a dita modalitat de guarda, que se solia atribuir a la mare<sup>122</sup>.

El Llibre segon del CCCat, tal com feia el CF i fa el CC –en la nova redacció donada per la Llei 15/2005–, prioritza les solucions convencionals dels progenitors de manera que, tret que siguin contraris a l'interès dels menors, els pactes que adoptin les parts hauran de ser aprovats per l'autoritat judicial (en general, art. 233-3 CCCat i, per a la guarda dels fills en particular, art. 233-10.1 CCCat). El Llibre segon incentiva d'aquesta manera l'acord entre els progenitors –respecte de la guarda dels fills, però també en d'altres aspectes de la ruptura de la parella– i, en particular, l'accés a la mediació familiar per a resoldre els conflictes que en puguin sorgir (en general, arts. 233-6 CCCat i, per al pla de parentalitat, art. 233-9.3 CCCat).

La guarda dels fills es pot configurar (i) com una guarda exclusiva a favor d'un dels progenitors amb dret de visita de l'altre o (ii) com una guarda compartida dels fills per ambdós progenitors, amb una configuració molt diversa (per dies

---

<sup>119</sup> Guilarte (2008) i Ivars (2010).

<sup>120</sup> Lauroba (2010, p. 1495). Bayo (2000, p. 370) entén que, a banda de pejoratiu, és un terme mal emprat, ja que és el fill qui visita el progenitor i no a l'inrevés. Addicionalment, com que els progenitors han de ser iguals en drets i deures, no és apropiada aquesta concepció de la guarda de *guanyadors/perdedors*: Fineman (1988, p. 732).

<sup>121</sup> De fet, molt encertadament, no emprava els termes *guarda* ni *custòdia* sinó que es referia al progenitor amb qui havia de conviure el fill

<sup>122</sup> Alascio/Marín (2007, p. 5).

de la setmana, per setmanes alternes, per mesos alterns, etc.). A més, la tendència a ampliar progressivament el règim de visites del progenitor no guardador<sup>123</sup> obliga a plantejar-se si realment es tracta d'un veritable règim de visites, o bé, *de facto*, d'una guarda compartida<sup>124</sup>.

Pel que fa la regulació concreta del Llibre segon, l'art. 233-8.1 CCCat disposa que “[l]a nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial no alteren les responsabilitats que els progenitors tenen envers els fills d'acord amb l'art. 236-17.1 CCCat. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen el caràcter compartit i, en la mesura que sigui possible, s'han d'exercir conjuntament”. A partir d'aquí, la determinació del model de guarda es fa preferentment, com s'ha dit, amb l'acord dels progenitors i, a manca d'aquest, mitjançant la decisió de l'autoritat judicial, que ha de tenir en compte els criteris i les circumstàncies previstes en l'art. 233-11 CCCat<sup>125</sup>:

*“1. Per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, cal tenir en compte les propostes de pla de parentalitat i, en particular, els criteris i les circumstàncies següents ponderats conjuntament:*

---

<sup>123</sup> Guilarte (2010, p. 5).

<sup>124</sup> En Dret espanyol, la STS, 1a, 28.9.2009 (RJ 2009\7257) rebutja la tesi de què l'establiment d'un règim de visites ampli per al progenitor no guardador sigui equivalent a una guarda compartida *de fet*.

<sup>125</sup> Abans de l'aprovació del Llibre segon, el TS es pronuncià sobre els criteris a seguir per l'autoritat judicial en matèria de guarda dels fills (en relació al CC) en diverses ocasions, totes elles amb ponència de la Magistrada Encarna Roca. La primera d'aquestes sentències, la STS, 1a, 8.10.2009 (RJ 2009\4606), tot i que per motius processals no es pronuncià sobre el règim de guarda, lamentà la falta de criteris legals en la matèria i oferí una sèrie de pautes per a guiar l'autoritat judicial a manca de pacte dels progenitors, que es basaven en els criteris adoptats per l'aleshores projecte de Llibre segon, la qual cosa explicaria la referència al *dret comparat*. “Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como (1) la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; (2) los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; (3) el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; (4) los acuerdos adoptados por los progenitores; (5) la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; (6) el resultado de los informes exigidos legalmente, y, (7) en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

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.*

b) *L'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d'acord amb llur edat.*

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 tots dos progenitors<sup>126</sup>.*

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 procurar-los el benestar.*

e) *L'opinió expressada pels fills.*

f) *Els acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciarse el procediment.*

g) *La situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors.*

2. *En l'atribució de la guarda, no es poden separar els germans, llevat que les circumstàncies ho justifiquin.*

3. *En interès dels fills, no es pot atribuir 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 ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes”.*

Evidentment, un criteri essencial a tenir en compte és l'interès del menor, que preveu l'art. 211-6 CCCat, amb caràcter general, l'art. 233-8.3 CCCat, pel que

---

<sup>126</sup> Respecte les relacions entre els progenitors, la interlocutòria del TSJC 11.4.2011 (RJ 2011\3964), citant les SSTSJ 31.7.2008 (RJ 2009\643) i 25.6.2009 (RJ 2010\2369), estima la “procedència de la guarda i custòdia compartida tot i estimar com a fet provat les males relacions entre els progenitors que han transcendit als menors, si bé afegeix que aquesta conflictivitat (...) per si sola no pot donar lloc a què un sistema de guarda i custòdia sigui perjudicial per als menors (...), amb aquesta finalitat, la Sala pondera que és precisament l'interès dels menors el que determina l'establiment de la guarda i custòdia compartida”.



fa a les responsabilitats parentals, i els arts. 233-10 i 233-11, per l'exercici de la guarda.

Encara que aquests criteris han estat introduïts normativament amb l'aprovació del Llibre segon, els tribunals catalans ja havien atorgat amb anterioritat guardes compartides, fins i tot no acordades pels progenitors, i sense aplicar l'art. 92.8 CC –que veurem més endavant–, atès que el CF ja contenia una norma en matèria d'atribució de la guarda perfectament compatible amb el mandat constitucional de protecció de la família i els fills previst en l'art. 39 CE<sup>127</sup>.

## 2. El pla de parentalitat

El Llibre segon del CCC regula per primer cop l'anomenat *pla de parentalitat*, que es defineix en el Preàmbul com “l'instrument per concretar la manera com ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills. Sense imposar una modalitat concreta d'organització, encoratja els progenitors, tant si el procés és de mutu acord com si és contenciós, a organitzar 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 (...)”. Entre els aspectes que, segons l'art. 233-9 CCCat, han de constar en el pla de parentalitat s'hi troben alguns directament relacionats amb la guarda dels fills: “a) El lloc o els llocs on viuran els fills habitualment. S'hi han d'incloure regles que permetin determinar a quin progenitor correspon la guarda en cada moment (...); c) La manera com s'han de fer els canvis en la guarda i, si escau, com s'han de repartir els costos que generin; d) El règim de relació i de comunicació amb els fills durant els períodes en què un progenitor no els tingui amb ell; e) El règim d'estades dels fills amb cadascun dels progenitors en períodes de vacances i en dates especialment assenyalades per als fills, per als progenitors o per a llur família (...)”. En aquest sentit, com posa de relleu la [Guia i Model del pla de parentalitat](#) facilitats per la

---

<sup>127</sup> Vegeu, per totes, la STSJC 31.7.2009 (RJ 2009\643).

DGDEJ de la Generalitat de Catalunya, “[I]a guarda conjunta va lligada a un cert grau de cooperació entre els progenitors –malgrat l’existència d’inevitables tensions– i el pla de parentalitat permet preveure o programar com funcionarà aquest règim, en precisar amb un cert grau de concreció les responsabilitats que cada progenitor pensa assumir en relació als principals aspectes de la vida dels fills”.

La proposta de pla de parentalitat és obligatòria tant si la separació o divorci són de mutu acord com contenciosos. Així, és possible que cada progenitor presenti el seu propi pla de parentalitat pel cas que no arribin a un acord. En aquests casos serà l’autoritat judicial qui decidirà el que més convingui als fills. Per aquest motiu, les solucions consensuades sempre seran més properes als interessos de totes les parts implicades que no pas les judicials.

### **3. Sobre la preferència o l’exceptioalitat de la guarda compartida**

Un dels punts més debatuts en matèria de guarda compartida és si aquesta ha de ser la regla de defecte o ha de tenir caràcter excepcional. La Llei 15/2005 donà resposta a aquesta qüestió entenent que l’atribució de la guarda compartida sol·licitada a instància d’una sola de les parts era possible quan “només d’aquesta manera es protegeix l’interès del menor”. La redacció de l’article és criticable per diversos motius<sup>128</sup>, però aquí ens interessa la idea d’exceptioalitat que predica la Llei amb l’adverbi *només*.

---

<sup>128</sup> D’una banda, perquè la llei pressuposa que el desacord prové del fet que un progenitor sol·licita la guarda individual mentre que l’altre demana la compartida, quan el desacord també pot provenir del fet que ambdós sol·licitin la individual. D’altra banda, perquè l’art. 92.8 CC requeria de l’informe favorable del Ministeri Fiscal per a què l’autoritat judicial pogués acordar la mesura. Aquest precepte fou objecte de dues qüestions d’inconstitucionalitat interposades per les AAPP Las Palmas de Gran Canaria i Navarra. La primera fou resolta per la STC 17.12.2012 (RTC 185\2012), que declarà inconstitucional el fet que calgués informe *favorable* del Ministeri Fiscal, ja que la funció jurisdiccional i, en concret, la verificació de què concorrien els elements per a adoptar el règim de guarda compartida, corresponia a l’autoritat judicial.

Declarar l'excepcionalitat de la mesura quan un dels progenitors s'hi oposa implica que, si un dels pares no hi està d'acord, la mesura serà, en principi, perjudicial per al menor, de manera que caldrà provar que sí que és beneficiosa<sup>129</sup>. Dit en altres paraules, quan tots dos progenitors no estan d'acord en la mesura, la Llei identifica l'interès del menor amb l'interès dels pares. Encara que això pugui ser cert en alguns casos, no ha de ser necessàriament així. És a dir, de l'oposició del progenitor no se segueix que, en tots els casos, l'interès del menor es protegeixi millor amb la guarda individual<sup>130</sup>. En aquest sentit s'ha pronunciat la STS, 1a, 1.10.2010 (RJ 2010\7302) en un procediment de divorci en el qual s'havia establert la guarda a favor de la mare amb un ampli règim de visites per al pare, el qual interposà un procediment de modificació de mesures per a què s'acordés la guarda compartida. El TS, amb encert, va entendre que, per a totes les decisions relatives als menors, el principi rector era l'interès del menor i, per tant, s'havien de valorar tots els elements per a decidir. En aquest sentit, els criteris històrics de la Sala no formaven part d'aquests elements i, per tant, s'havien d'obviar.

Pel que fa la regulació catalana, l'art. 233-10.2 CCCat disposa que “[l]’autoritat judicial, si no hi ha acord o si aquest no s’ha aprovat, ha de determinar la manera d’exercir la guarda, atenint-se al caràcter conjunt de les responsabilitats parentals, d’acord amb l’article 233-8.1. Tanmateix, l’autoritat judicial pot disposar que la guarda s’exerceixi de manera individual si convé més a l’interès del fill”. D’aquest precepte, juntament amb la declaració més general de l’esmentat art. 233-8.1 CCCat, es desprèn que, encara que no s’hagi previst expressament, l’opció preferent per al legislador català és també la guarda compartida, ja que l’adversativa *tanmateix* denota que

---

<sup>129</sup> Alascio (2011, p. 7).

<sup>130</sup> Ivars (2010). Vist des d'un altre punt de vista, que *només* es protegeixi l'interès del menor amb la guarda compartida significarà que, si els pares no estan d'acord, l'adopció d'aquesta mesura queda condicionada a què no hi hagi cap alternativa: que el menor no estarà bé convivint únicament amb la seva mare, ni tampoc convivint només amb el seu pare. Així formulat, l'art. 92.8 CC seria contradictori, ja que si es protegeix l'interès del menor si conviu amb els dos, també es protegiria convivint amb un d'ells, de manera que la guarda compartida com a única mesura de protecció del menor, per definició, mai es podria assolir.

l'excepcionalitat es predicarà de la guarda individual i no de la compartida encara que no hi hagi acord dels progenitors.

El caràcter preferent de la guarda compartida no s'ha d'interpretar com la mesura per defecte i subsidiària de la guarda individual, ja que això suposaria caure en l'altre extrem de pensar que hi ha una solució general que funciona per a tots els casos i que, excepcionalment, pot haver-hi d'altres. En la determinació de la guarda no hi ha fórmules generals sinó que caldrà estar a la realitat del cas concret. Així doncs, l'opció preferida no seria que la regla de defecte fos acordar sempre la guarda compartida, sinó que, si en el cas en concret, tan bona és la compartida com la individual, s'optés per la compartida. Per tant, en acordar mesures sobre la guarda dels fills, el principi de l'interès superior del menor s'ha d'aplicar de forma casuística, sense que es puguin derivar principis generals que impliquin afirmar quina mesura –guarda individual o compartida– és *a priori* més beneficiosa per als menors. L'autoritat judicial ha de motivar les seves decisions al respecte, amb els elements probatoris de què disposi i sense recórrer a màximes o principis generals per a fonamentar l'adopció d'una o altra mesura.

#### **4. Guarda compartida i efectes econòmics de la ruptura**

Encara que l'estudi dels efectes econòmics de la ruptura és farà de forma exhaustiva en d'altres apartats del treball, cal fer-hi alguna referència, ja que l'ús de l'habitatge, a manca d'acord entre els progenitors, sol estar lligat a la guarda dels fills<sup>131</sup>.

L'establiment d'una modalitat de guarda compartida per defecte implica que la mare, a qui s'havia assignat històricament la guarda dels fills menors, perdi la seva posició negociadora més forta, generant al seu torn els següents incentius

---

<sup>131</sup> L'art. 83 CF atribuïa preferentment l'ús de l'habitatge al progenitor que tingués atribuïda la guarda. El mateix succeeix en l'art. 96 CC, segons el qual l'ús de l'habitatge correspon en tot cas al progenitor que tingui atribuïda la guarda. A diferència del CCCat, el CC no va modificar aquesta disposició en introduir expressament la possibilitat d'atorgar la guarda compartida i, per tant, en aquest punt hi ha una llacuna legal.

perversos: (i) que el pare sol·liciti la guarda compartida per tal que no s'atorgui a la mare l'ús de l'habitatge familiar<sup>132</sup>, o (ii) que la mare cedeixi part dels actius patrimonials per a què se li atorgui la guarda exclusivament a ella<sup>133</sup>. Per evitar aquests problemes, alguns autors han afirmat que cal desvincular les qüestions econòmiques de la guarda dels fills, de manera que les primeres s'acordin conforme al principi del cònjuge més dèbil<sup>134</sup>. Aquesta és la solució adoptada pel Llibre segon que, en cas de guarda compartida, resol que l'ús de l'habitatge s'haurà d'atribuir al cònjuge més necessitat (art. 233-20.3 CCCat).

Pel que fa als supòsits en què s'atribueix la guarda individual a un dels progenitors i l'altre està obligat a pagar una pensió d'aliments, el cessament de la convivència de la parella produeix una asimetria informativa, ja que el deutor dels aliments no pot conèixer el destí exacte d'aquesta pensió. Aquesta situació pot provocar la sensació de què està pagant més del necessari<sup>135</sup> o de què el seu paper com a progenitor queda relegat a la de deutor de la pensió d'aliments<sup>136</sup>. En aquest sentit, encara que s'atorgui una pensió d'aliments per a quan el fill està sota la guarda del progenitor menys afavorit econòmicament, la guarda compartida acaba amb l'asimetria informativa, ja que ambdós progenitors passen aproximadament el mateix temps amb el menor i poden col·laborar en la seva educació, sense que cap dels dos hagi de supervisar en principi l'altre<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> Alascio/Marín (2007, p. 16).

<sup>133</sup> BriniG/Buckley (1998, p. 397), Aguilera Rull (2012, p. 194).

<sup>134</sup> Lathrop (2008, p. 375).

<sup>135</sup> Brinig/Buckley (1998, p. 409) l'anomenen *monitoring theory* i és una manifestació del denominat problema del principal-agent, segons el qual és difícil dissenyar un sistema efectiu d'incentius quan l'agent rep un encàrrec del principal i no és possible verificar la seva execució: Stiglitz (1988).

<sup>136</sup> Lathrop (2008, p. 375).

<sup>137</sup> En la jurisprudència, tot i que anterior al Llibre segon, vegeu les SSTSJ 3.3.2010 (RJ 4016), 31.7.2008 (RJ 2009\643) i 5.9.2008 (RJ 2009\1449): "en les situacions de custòdia compartida, fins i tot amb repartiment igualitari del temps, és procedent assenyalar una pensió compensatòria a càrrec del progenitor en millor situació econòmica i a percebre per l'altre, ja que, essent inalterable la necessitat dels alimentistes, seria contrari a la regla esmentada més amunt (art. 82.2 CF) no procurar un cert equilibri i una raonable estabilitat en la qualitat i intensitat de la seva cura integral, en comptes de sotmetre'ls als vaivens derivats de la diferent capacitat adquisitiva dels seus progenitors custodis, ja que l'article 76.1 c ) CF és plenament aplicable als casos de custòdia conjunta o compartida, en què, òbviament, procedeix la fixació

## 5. Una solució alternativa: el criteri de la continuïtat

Pel que fa al dret del menor a relacionar-se amb ambdós progenitors, el Llibre segon incentiva l'exercici conjunt de les responsabilitats parentals<sup>138</sup>, però també reconeix en el seu Preàmbul que hi ha famílies basades en rols tradicionals: “També s’ha tingut en compte que el paper de la mare és qualitativament més necessari per als menors que el del pare quan les dinàmiques familiars han estat construïdes sobre models tradicionals, tant en la idiosincràsia de Catalunya com en la realitat d’altres cultures que s’han incorporat a la societat catalana. Per aquest motiu, es destaquen com a criteris per a determinar la guarda individual la vinculació especial dels fills amb un dels progenitors i la dedicació als fills que la mare o el pare hagin tingut abans de la ruptura”.

La guarda compartida *per defecte* genera el risc de què no es valori la conducta anterior dels progenitors pel que fa la cura dels fills. Per aquesta raó, una de les alternatives tant a la guarda individual com a la compartida és l’anomenat criteri de la continuïtat o regla de l’aproximació, segons la qual la mesura de guarda que s’adopti ha de respectar els rols dels progenitors abans de la ruptura<sup>139</sup>. Evidentment, l’adopció d’aquest criteri porta aparellada, en cas de desacord dels progenitors, la dificultat de provar quines tasques assumia cada progenitor i quin percentatge de temps passava amb els fills<sup>140</sup>. Per a evitar-ho, el Llibre

---

d'aliments -el contrari aniria en contra del fonamental principi del 'favor filii'-, atenent el binomi possibilitat-necessitat previst en l'article 267.1 CF”.

<sup>138</sup> En aquest sentit, el Llibre segon és coherent amb l’anomenada *funció expressiva del dret*, segons la qual el dret representa una declaració de valors de la societat: Sunstein (1996). Les normes tendrien a canviar les conductes dels individus a través d’aquesta funció expressiva, en la mesura que aquests interioritzarien els valors que les lleis volen reflectir, o, dit d’una altra manera, la llei senyalitzaria les actituds subjacents de la comunitat: McAdams (2010).

<sup>139</sup> Lathrop (2008, p. 307), Garriga (2008, p. 9). Aquesta postura és compatible amb l’anomenada teoria del vincle (*bonding theory*), segons la qual l’anticipació per part dels progenitors de l’adopció d’una mesura de guarda compartida, o que segueixi el criteri de continuïtat, farà que adoptin actituds més cooperatives i s’impliquin més en la cura dels fills per tal de què, si es produeix la ruptura, puguin continuar amb la relació: Brinig/Buckley (1998, p. 402).

<sup>140</sup> Garriga (2008, p. 12).

segon afirma que les responsabilitats parentals s'hauran d'exercir conjuntament "en la mesura del possible" i estableix com a criteri d'atribució de la guarda "el temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per procurar-los el benestar" <sup>141</sup> [art. 233-11.1.d) CCCat]. Aquesta mesura reproduïx les dinàmiques familiars que s'havien establert abans del divorci i, d'aquesta manera, garanteix l'estabilitat dels fills<sup>142</sup>. Alhora, afavoreix el compliment dels drets i deures dels progenitors, ja que seran similars als que s'havien dut a terme fins al moment de la ruptura<sup>143</sup> encara que, en certa manera, pugui reintroduir els biaixos personals de l'autoritat judicial a l'hora de valorar l'interès superior del menor<sup>144</sup>.

## 6. Taula de sentències citades

### Sentències del Tribunal Constitucional

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
17.12.2012	RTC 185\2012	Encarnación Roca Trías

<sup>141</sup> Segons les dades de l'INE, actualitzades a 22 de febrer de 2013, "[e]l 91,9% de las mujeres (de 10 y más años) realizan tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y personas dependientes durante 4 horas y 29 minutos diarios, frente al 74,7% de los varones que dedican en promedio 2 horas y 32 minutos. (...) [E]n el caso de hogar formado por pareja con hijos (...) la dedicación diaria de la mujer casi duplica la dedicación del varón (4 horas y 37 minutos la mujer, 2 horas 34 minutos el varón)".

<sup>142</sup> Per un anàlisi exhaustiu dels avantatges i inconvenients, vegeu Garriga (2008).

<sup>143</sup> En aquest sentit, en una família tradicional, on la mare, per conveniència o eficiència, s'ha dedicat amb més intensitat a la cura dels fills (i, per tant, ha aportat menys recursos econòmics) i el pare s'ha dedicat a treballar en horaris molt amplis, no es dedueix necessàriament que aquest darrer no vulgui passar més temps amb els seus fills, sinó que ambdós progenitors han convingut en organitzar-se així. En aquesta situació, un cop produïda la ruptura, és possible que el progenitor que dedicava més temps a la casa, normalment la mare, s'hagi de reincorporar al mercat de treball o estendre la seva jornada laboral, mentre que el progenitor que es dedicava més intensament al treball remunerat, normalment el pare, intenti reduir la seva jornada per a poder participar més activament en la cura dels fills: Garriga (2008, p. 11).

<sup>144</sup> Aguilera Rull (2011, p. 189) duu a terme un interessant anàlisi jurisprudencial on posa de manifest que el criteri decisiu a l'hora de ponderar els factors a tenir en compte per atribuir la guarda de fills és la capacitat econòmica dels progenitors i que, igualment, l'estàndard d'excel·lència que s'exigeix a les mares és molt superior al que s'exigeix als pares (per exemple, el fet que la mare hagi de comptar amb l'ajut dels avis es valora negativament, mentre que si és el pare a qui ajuden, és un element positiu).

### Sentències del Tribunal Suprem

Sala i data	Referència	Magistrat Ponent
1.10.2010	RJ 2010\7302	Encarnación Roca Trías
1a, 8.10.2009	RJ 2009\4606	Encarnación Roca Trías
1a, 28.9.2009	RJ 2009\7257	Encarnación Roca Trías
1a, 17.9.1996	RJ 1996\6722	Eduardo Fernández-Cid de Temes

### Sentències i interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Data	Referència	Magistrat Ponent
21.11.2011	RJ 2012\2251	Carlos Ramos Rubio
11.4.2011	RJ 2011\3964	José Francisco Valls Gombau
26.6.2011	RJ 2011\6106	María Eugenia Alegret Burgues
8.3.2010	RJ 2010\4018	José Francisco Valls Gombau
3.3.2010	RJ 2010\4016	Carlos Ramos Rubio
31.7.2009	RJ 2009\643	Carlos Ramos Rubio
25.6.2009	RJ 2010\2369	José Francisco Valls Gombau
5.9.2008	RJ 2009\1449	Enrique Anglada Fors
31.7.2008	RJ 2009\643	Carlos Ramos Rubio

### Sentències d'Audiències Provincials

Tribunal i data	Referència	Magistrat Ponent
València 22.4.1999	AC 1999\4941	Vicente Ortega Llorca

## 7. Bibliografia

Ariadna AGUILERA RULL (2012), "Un análisis feminista de la atribución de la custodia", *Derecho de familia*, núm. 54, pp. 181-195.

Laura ALASCIO CARRASCO (2011), "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)", *InDret 2/2011*.

Laura ALASCIO CARRASCO / Ignacio MARÍN GARCÍA (2007), "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *InDret 3/2007*.

Katharine T. BARTLETT / Carol B. STACK (1986), "Joint Custody, Feminism and the Dependency Dilemma", *Berkeley Women's L. J.*, vol. 2, pp. 9-41.



Joaquín BAYO DELGADO (2000), "Comentari a l'art. 76 CF", a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (Dir.) / Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Tecnos, Barcelona, pp. 365-383.

Gary S. BECKER (1993), *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge.

Alison DIDUCK / Felicity KAGANAS (2006), *Family Law Gender and the State*, 2<sup>nd</sup> ed., Portland, Hart.

Margaret BRINIG / F. H. BUCKLEY (1998), "Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories", *Ind. L. J.*, vol. 73, núm. 2, pp. 393-427.

Josep FERRER RIBA (2000), "Comentari a l'art. 139 CF", a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (Dir.) / Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Tecnos, Barcelona, pp. 665-676.

Martha FINEMAN (1988), "Dominant discourse, professional language and legal change in child custody decision making", *Harv. L. Rev.*, vol. 4/101, pp. 727-744.

Margarita GARRIGA GORINA (2008), "El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta", *InDret 3/2008*.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010), "Criterios de atribución de la custodia compartida: a propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009", *InDret 3/2010*.

--(2008), "La custodia compartida alternativa", *InDret 2/2008*.

Joaquín IVARS RUIZ (2010), “De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al *favor filii*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 796, pp. 11-13.

Elena LAUROBA LACASA (2011), “El Pla de parentalitat en el llibre II del Codi civil de Catalunya relatiu a la persona i la família”, *Butlletí dels professionals de la infància i l'adolescència*, núm. 51.

--(2010), “Comentario a la sentencia de 8 de octubre de 2009”, *CCJC*, núm. 84, pp. 1477-1513.

Fabiola LATHROP GÓMEZ (2008), *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid.

María Isabel MORÁN GONZÁLEZ (2010), “El Ministerio Fiscal y los sistemas de custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, a AA.VV., *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pp. 73-115.

Nancy D. POLIKOFF (1981), “Why are mothers losing: a brief analysis of criteria used in child custody determination”, *Women's Rts. L. Rep.*, vol. 7, pp. 235-244.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (2000), *El interés superior del menor*, Dykinson, Madrid.

Joseph E. STIGLITZ (1998), “Principal and agent (II)”, a AA.VV., *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, vol. 3, Macmillan, Hong Kong, pp. 966-971.

Cass SUNSTEIN (1996), “The Expressive Function of Law”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 144, pp. 2021-2054.

Ramón TAMBORERO DEL RIO (2003), “La Guarda y Custodia compartida”, a Cristina DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL / Gloria HERNÁNDEZ CATALÁN (Coords.), *Diez años de Abogados de Familia (1993-2002)*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, pp. 515-519.

José Manuel de TORRES PEREA (2011), “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret 2/2011*.

# La prestació compensatòria

Dra. Marian GILI SALDAÑA  
Universitat Pompeu Fabra

## 1. Introducció

Homes i dones han estat considerats diferents al llarg de la història, sovint per raons biològiques però també per raons culturals, com a conseqüència de l'assignació per part de la societat de rols, estereotips, responsabilitats, comportaments o actituds diferenciades en funció del gènere. Una manifestació molt evident d'aquesta realitat es troba en les societats patriarcals. Els patriarcats es caracteritzaven per una divisió sexual del treball molt marcada: els homes s'identificaven amb els rols productors, ja que eren els principals responsables del treball productiu, de la presa de decisions i del sosteniment econòmic de la família, mentre que les dones s'especialitzaven en els rols reproductius, ja que només s'havien de preocupar de la cura dels fills i del treball domèstic<sup>145</sup>. La dedicació de les dones a aquest tipus de treball invisible, no reconegut socialment ni econòmicament, impedia qualsevol possibilitat d'autorealització i visibilització social i, de manera més important, col·locava la dona en una posició d'inferioritat i de forta dependència econòmica respecte del marit que tenia uns efectes devastadors quan esdevenia una crisi matrimonial<sup>146</sup>. Malgrat les iniciatives –sobretot dels moviments feministes– per a la superació d'aquests rols i estereotips de gènere en l'àmbit familiar, les normatives per a afavorir la igualtat efectiva d'homes i dones<sup>147</sup> o garantir una sortida del matrimoni que no perjudicés greument el cònjuge més dèbil, la creixent incorporació de la dona al mercat de treball i els canvis experimentats en les estructures familiars, la divisió sexual del treball en el matrimoni, lluny d'haver estat superada, continua essent una realitat en el segle XXI.

---

<sup>145</sup> És la contraposició *breadwinner vs. homemaker* de la cultura anglosaxona.

<sup>146</sup> El treball té per objecte l'estudi de la prestació compensatòria reconeguda en els casos de crisi matrimonial [arts. 233-14 i seg. CCCat]. Sens perjudici de què se'n pugui fer alguna menció, no s'analitza el règim jurídic de la prestació alimentària reconeguda al convivent d'una parella estable en cas d'extinció de la convivència (vegeu els arts. 234-10 i ss. CCCat).

<sup>147</sup> Per exemple, la LOIMH.

La preocupació del legislador català per protegir un sector de la població – típicament el femení– enfront l’empobriment que es podia derivar d’una crisi matrimonial es remunta a l’any 1998, quan introduí un règim jurídic específic per a la llavors denominada *pensió* –en la regulació actual, *prestació-compensatòria* en els arts. 84 i ss. CF. La configuració originària d’aquesta institució no diferia massa de la regulació que, des de la reforma introduïda per la Llei 30/1981, preveia l’art. 97 CC. A principis dels anys vuitanta, el legislador estatal ja era conscient de la necessitat de protegir el col·lectiu de dones que, per raons històriques i culturals, havia hagut de renunciar a una professió per a dedicar-se exclusivament a la cura dels fills i a les tasques de la llar, quedant relegades a una posició de subordinació respecte del marit que dificultava, o en alguns casos simplement impedia, qualsevol possibilitat de supervivència autònoma si sobrevenia una crisi conjugal. En aquest context, l’atorgament d’una pensió de caràcter indefinit, deslligada de la causa de la ruptura matrimonial, a aquelles dones –que eren la majoria– el patrimoni de les quals experimentés un desequilibri econòmic –de caràcter objectiu, és a dir, en relació al nivell de vida de què havien gaudit durant el matrimoni i la disminució patrimonial experimentada pels seus marits– amb posterioritat a dita ruptura, es configurava com una mesura desitjable per a garantir aquella protecció.

Als anys noranta, el principi d’autonomia econòmica dels cònjuges –vinculat a la idea de què s’havien de procurar els mitjans necessaris per a poder viure de manera independent<sup>148</sup>–, així com les injustícies que es podien derivar d’una concessió generalitzada i vitalícia de la pensió compensatòria, van donar lloc al naixement de la teoria subjectiva del desequilibri econòmic. D’acord amb aquesta teoria, el reconeixement del dret a rebre una pensió compensatòria només estava justificat quan el desequilibri econòmic experimentat amb posterioritat a la ruptura matrimonial tenia llur origen en el sacrifici dut a terme

---

<sup>148</sup> Aquesta idea d’autosuficiència es troba expressament recollida al Principi 2:2 dels Principis de Dret europeu de família relatiu al divorci i als aliments entre esposos divorciats [CEFL (2004), *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*): “Sens perjudici dels següents Principis, cada espòs ha de satisfer les seves necessitats després del divorci” (*Subject to the following Principles, each spouse should provide for his or her own support after divorce*).

per un dels cònjuges per a dedicar-se a la cura de la família i a les tasques de la llar. Les pensions vitalícies, no només reduïen dràsticament els incentius de les dones a cercar un treball remunerat –la denominada “indolència femenina”– i promouen el tan poc desitjable estereotip de la dona econòmicament dependent<sup>149</sup>, sinó que, a més, impedièn –o, almenys, dificultaven– que els ex-marits poguessin refer la seva vida i fundar una nova família en igualtat de condicions<sup>150</sup>. Aquesta nova concepció suposava una redefinició de la pensió compensatòria com a una compensació de caràcter temporal que pretenia promoure l'autosuficiència econòmica del cònjuge dèbil i, en darrer extrem, garantir un *clean break* o trencament net de la vinculació entre els cònjuges en cas de crisi matrimonial.

La configuració actual de la prestació compensatòria en el Dret civil català, prevista en els arts. 233-14 i seg. CCCat –i, a la resta de l'Estat espanyol, en l'art. 97 CC segons la redacció donada per la Llei 15/2005–, presenta diferències notables respecte de la seva configuració originària. Si la pensió compensatòria va néixer com una pensió vitalícia que tractava de protegir una part –típicament, la dona– que, per haver-se dedicat exclusivament a la família i a la llar, no disposava de mitjans propis per a poder subsistir un cop produïda la ruptura de la convivència, la prestació compensatòria actual es configura, en termes generals, com una compensació de caràcter temporal que pretén ajudar la part econòmicament més dèbil a assolir llur independència o autonomia econòmica, reservant el reconeixement de les prestacions indefinides per a casos certament excepcionals. La nova regulació s'acosta d'aquesta manera als postulats de les teories feministes que, mitjançant l'establiment de restriccions a l'obtenció de la prestació compensatòria –ja fossin de caràcter

---

<sup>149</sup> Bartlett (1999, p. 482).

<sup>150</sup> Segons Salvador Coderch/Ruiz García (2000, pp. 56-57), una pensió compensatòria vitalícia pot generar comportaments oportunistes, atès que “(...) la dona-mare pot tractar d'atrinxerar-se en una posició de dependència i negar-se a realitzar qualsevol tipus d'inversió en precaucions tendents a evitar els danys de l'incompliment del contracte pel marit: pot relaxar la seva disposició a treballar en el mercat, no tenir cura de la seva preparació, confiar excessivament, en definitiva, en la perpetuïtat d'una pensió compensatòria que converteix el matrimoni en una assegurança de vida a favor de la dona (...)”. En un mateix sentit, més recentment, Cabezuelo Arenas (2005b, p. 10) i Ureña Martínez (2011, pp. 95-96).

temporal o en relació als requisits per al seu reconeixement–, pretenien eliminar el biaix de gènere de les regulacions anteriors<sup>151</sup>.

Aquest canvi de paradigma responia essencialment a factors de caràcter social. En la societat catalana actual, als matrimonis tradicionals se sumen noves formes d'entendre i definir la família que, a banda dels supòsits de contractació matrimonial, comprenen els nuclis familiars formats per parelles estables heterosexuales o homosexuals, famílies monoparentals, etc. A més, la taxa de divorcis continua essent molt elevada<sup>152</sup> –en especial, en matrimonis de durada curta– i les dones que contreuen matrimoni no solen abandonar el seu lloc de treball o, si ho fan, s'hi solen reincorporar amb posterioritat. El Preàmbul del CCCat es fa ressò precisament d'aquesta concepció social més moderna quan reconeix que “[c]ertament, molts divorcis afecten matrimonis de durada mitjana força breu i persones relativament joves, per la qual cosa, en general, o bé tots dos hi perden semblantment o bé la convivència conjugal no ha compromès irremeiablement les oportunitats econòmiques de cap d'ells (...)”.

No obstant, el legislador català és conscient de què encara són moltes les famílies catalanes que funcionen d'acord amb rols familiars més tradicionals, ja siguin assumits per les pròpies parts directament i voluntària, ja siguin conseqüència de dinàmiques pròpies de les famílies. En aquest sentit, el Preàmbul del CCCat acaba admetent que el dret a la prestació compensatòria continua essent necessari en la societat actual, atès 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<sup>153</sup> entre tots dos cònjuges i que en força casos l'activitat laboral i professional d'un dels cònjuges se supedita encara a la de l'altre, fins el punt que, en determinats nivells educatius i de

---

<sup>151</sup> Bartlett (1999, p. 482).

<sup>152</sup> Segons les dades de [l'IDESCAT](#) corresponents a l'any 2011, a Catalunya hi van haver 18.602 divorcis, 1.173 separacions i 24 nul·litats. A la resta de l'Estat espanyol, les dades van registrar la mateixa tendència: es van produir 103.604 divorcis, 6.915 separacions i 132 nul·litats.

<sup>153</sup> Les dades de [l'INE](#), actualitzades a 22 de febrer de 2013, posen de manifest que, l'any 2010, el 91,9% de les dones (de 10 i més anys) realitzaven tasques domèstiques i s'ocupaven de la cura de nens, avis i persones dependents durant 4 hores i 29 minuts diaris, mentre que el 74,7% dels homes hi dedicaven una mitjana de 2 hores i 32 minuts al dia.

renda, continua essent habitual que un dels cònjuges, típicament la dona, abandoni el mercat de treball en contreure matrimoni o en tenir fills(...)"<sup>154</sup>.

Tenint en compte les anteriors consideracions, en les properes pàgines es posen de manifest aquells aspectes de la regulació catalana de la prestació compensatòria que tenen algun tipus d'implicació des del punt de vista del gènere.

## **2. Pensió compensatòria versus prestació compensatòria**

La primera –i potser principal– gran novetat introduïda en la regulació catalana de la prestació compensatòria es basa en un canvi de nomenclatura, que no és casual. Si, en el CF, el legislador català havia optat pel terme *pensió*, el substitueix ara pel terme *prestació*, en haver generalitzat la possibilitat de pagament en forma de capital.

El derogat art. 85 CF imposava al cònjuge deutor l'obligació de pagar la compensació en forma de pensió i per mensualitats avançades, essent possible la substitució de la pensió pel lliurament de béns en domini o en usdefruit. L'actual art. 233-17.1 CCCat facilita el pagament de la prestació en admetre que es pugui atribuir "(...) en forma de capital, sia en béns o en diners, o en forma de pensió"<sup>155</sup>. L'elecció d'una modalitat o una altra recau sobre els cònjuges, essent possible la determinació per l'autoritat judicial –que haurà de tenir en compte les circumstàncies del cas i, especialment, la composició del patrimoni i els recursos econòmics del cònjuge deutor– quan hi hagi un desacord. Mitjançant aquesta doble opció, el legislador català flexibilitza les conseqüències del divorci, possibilita un *clean break* o trencament net de la vinculació entre els cònjuges –especialment indicat en matrimonis de curta

---

<sup>154</sup> Segons les dades de l'INE, actualitzades a 22 de febrer de 2013, un 38,2% de dones i un 7,4% d'homes van abandonar el seu lloc de treball per un període de temps superior a 1 any després del naixement d'un fill.

<sup>155</sup> Vegeu en un mateix sentit, per a la prestació alimentària, l'art. 234-11.1 CCCat.



durada i sense fills– i evita la creació de situacions de dependència o la perpetuació de certs rols socials.

### **3. Naturalesa jurídica de la prestació compensatòria**

L'art. 233-14 CCCat faculta al cònjuge la situació econòmica del qual resulti més perjudicada com a conseqüència de la ruptura de la convivència a "(...) sol·licitar en el primer procés matrimonial una prestació compensatòria que no excedeixi el nivell de vida de què gaudia durant el matrimoni ni el que pugui mantenir el cònjuge obligat al pagament, tenint en compte el dret d'aliments dels fills, que és prioritari. En cas de nul·litat del matrimoni, hi té dret el cònjuge de bona fe, en les mateixes circumstàncies". Com ha posat de relleu la doctrina, la nova regulació del CCCat no presenta diferències significatives respecte de la regulació anterior més enllà de les necessàries per a adaptar-la a la nova realitat social i familiar, i incorporar els darrers criteris jurisprudencials sobre la matèria<sup>156</sup>. Des d'aquest punt de vista, en l'actualitat sembla ser pacífic que la prestació compensatòria no pretén equiparar les posicions econòmiques dels cònjuges, indemnitzar el cònjuge perjudicat per la ruptura o erigir-se en una mena de prestació alimentària per raó de necessitat. La prestació compensatòria és un instrument amb una finalitat reequilibradora<sup>157</sup>, que pretén compensar –amb el límit màxim del nivell de vida gaudit durant el matrimoni i respectant el caràcter prioritari del dret d'aliments a favor dels fills– aquell cònjuge la situació econòmica del qual s'hagi vist més perjudicada com a conseqüència de la ruptura de la convivència, evitant d'aquesta forma les situacions de dependència econòmica d'un dels cònjuges respecte de l'altre – típicament, de les dones respecte dels marits.

*Com posà de relleu la STSJC 31.1.2011 (RJ 2011\2858), "(...) es prolonga la solidaritat matrimonial després de la ruptura de la convivència, amb la finalitat de reequilibrar de la manera més equitativa*

---

<sup>156</sup> Cabello Guilera (2011, p. 889) i Nasarre Aznar (2011, p. 281).

<sup>157</sup> Vegeu, sobre la naturalesa de la pensió/prestació compensatòria tant en el Dret espanyol com el català, Roca Trias (1997, pp. 150-153), Bayo Delgado (2000, pp. 401 i ss.), Puig Ferriol/Roca i Trias (2007, pp. 537-539), Cabello Guilera (2011, p. 889), Nasarre Aznar (2011, pp. 314-315), Díez-Picazo Giménez (2012, pp. 1396-1397), Pardillo Hernández (2013, pp. 5-6).

*possible la situació econòmica en què queda el cònjuge més perjudicat econòmicament per la separació o divorci en relació a aquella que mantenia durant el matrimoni, tot i que amb una vocació inequívoca de caducitat. Noteu que per concedir-la cal justificar l'existència d'un desequilibri matrimonial que deriva del matrimoni i pretén evitar que el perjudici de la ruptura recaigui en un sol dels cònjuges fent una previsió ex ante de la superació futura del desequilibri, per la qual cosa es projecta cap al futur, a diferència de la indemnitzatòria, que ho fa al moment anterior i com a mecanisme que pugui evitar –d'alguna manera– ja que tampoc no es tracta de reequilibrar patrimonis com si fos una societat de guanys o de participació en els guanys, les desigualtats que s'hagin pogut produir durant la convivència estable i com a element corrector per salvar les esmentades desigualtats” (FJ 2n)<sup>158</sup>.*

Malgrat l'oportunitat del legislador català de dilucidar definitivament quina és la naturalesa de la prestació compensatòria, la lectura d'alguns preceptes del CCCat encara deixa entreveure un cert matís o component de caràcter alimentari<sup>159</sup>: d'una banda, l'art. 233-15 c) CCCat continua fent referència a l'edat i a l'estat de salut del creditor de la prestació com a criteris a tenir en compte per a la fixació de llur quantia; d'altra banda, l'art. 233-16.2 CCCat exclou l'eficàcia d'aquells pactes de renúncia a la prestació compensatòria que comprometin l'atenció de les necessitats bàsiques del cònjuge creditor, per a la valoració de les quals caldrà d'estar al concepte d'aliments que preveu l'art. 237-1 CCCat (sobre aquesta qüestió, vegeu *infra* apartat 5). Aquest component alimentari és encara més evident en seu de parelles estables, on la prestació té un caràcter molt més restringit, com anuncia la seva denominació –*prestació alimentària*– i la configuració que en fa l'art. 234-10 CCCat.

---

<sup>158</sup> Vegeu, en un mateix sentit, les SSTSCJ 11.12.2003 (RJ 2004\935), 27.2.2006 (RJ 2006\2384), 8.5.2008 (JUR 2009\296272), 10.11.2009 (RJ 2009\3142), 20.4.2009 (RJ 2010\1624), 25.2.2010 (JUR 2010\132308), 20.12.2010 (RJ 2011\1320). En un mateix sentit es pronuncia el Tribunal Suprem en les SSTS, 1a, 10.2.2005 (RJ 2005\1133), 17.10.2008 (RJ 2008\5702), 5.11.2008 (RJ 2009\3), 21.11.2008 (RJ 2008\6060), 10.3.2009 (RJ 2009\1637), 17.7.2009 (JUR 2009\350153), 16.11.2012 (RJ 2012\10435), entre d'altres.

<sup>159</sup> Nasarre Aznar (2011, pp. 281-284).

## 4. Pressupòsits de la prestació compensatòria: el desequilibri econòmic

L'atorgament de la prestació compensatòria pressuposa l'existència d'un desequilibri, que s'ha d'entendre com l'empitjorament de caràcter econòmic que pateix un dels cònjuges en relació a la situació que tenia abans de la ruptura conjugal i que resulta de la confrontació entre les condicions econòmiques d'ambdós cònjuges abans i després de la mateixa. Si inicialment era suficient que es produís qualsevol tipus d'empitjorament per a què es reconegués el dret a la prestació compensatòria (*teoria objectiva del desequilibri*), actualment aquest empitjorament ha de tenir el seu origen en els sacrificis que hagi realitzat el cònjuge més desfavorit com a conseqüència de la seva major dedicació a la família i a la llar durant el matrimoni (*teoria subjectiva del desequilibri*).

L'adopció d'aquesta teoria ha suposat alhora una nova manera d'entendre les circumstàncies previstes en l'art. 233-15 CCCat –o, de manera similar, les establertes en el paràgraf 2 de l'art. 97 CC–. Segons l'art. 233-15 CCCat, l'autoritat judicial ha de valorar especialment els següents elements a l'hora de fixar la quantia i la durada de la prestació: (i) la posició econòmica dels cònjuges, tenint en compte, si escau, la compensació econòmica per raó de treball o les previsible atribucions derivades de la liquidació del règim econòmic matrimonial; (ii) la realització de tasques familiars o altres decisions preses en interès de la família durant la convivència, si això ha minvat la capacitat d'un dels cònjuges d'obtenir ingressos; (iii) les perspectives econòmiques previsible dels cònjuges, tenint en compte llur edat i estat de salut i la manera com s'atribueix la guarda dels fills comuns; (iv) la durada de la convivència, i (v) les noves despeses familiars del deutor, si escau. Si, d'acord amb la tesi objectiva, aquestes circumstàncies únicament eren paràmetres per a valorar la quantia d'una pensió prèviament determinada, per a la tesi subjectiva dites circumstàncies eren determinants de l'existència o no d'un desequilibri econòmic compensable mitjançant una prestació compensatòria. Així es va poder deduir de la STS, 1a, 19.1.2010 (RJ 2010\417) que, en relació

a les circumstàncies enumerades en l'art. 97.2 CC, afirmà que "(...) tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal"<sup>160</sup> (FJ 6è)<sup>161</sup>.

*Els fets que resolía aquesta sentència eren els següents: Jesús Manuel i Crescencia van contraure matrimoni l'any 1969. Entre 1966 i 1982, Crescencia va treballar per a diverses empreses de neteja i com a autònoma i, del 1982 al 2003, va tenir diversos contractes temporals. L'any 2004, Jesús Manuel interposà demanda de separació. El JPI núm. 66 de Madrid (16.11.2004) estimà en part la demanda i reconegué a Crescencia una pensió compensatòria de 472 euros mensuals, atès que el seu marit percebia una pensió d'invalidesa permanent de 944,20 euros i ella no rebia cap tipus d'ingrés. L'AP Madrid (Secció 24a, 28.9.2005) estimà en part el recurs d'apel·lació interposat per Jesús Manuel i denegà la pensió compensatòria per considerar que el desequilibri patit per Crescencia no es derivava del cessament de la convivència per la separació. El TS confirmà la sentència d'instància perquè (i) Crescencia havia mantingut la seva capacitat laboral durant el matrimoni; (ii) la seva dedicació a la família no li havia impedit treballar; (iii) s'havien produït transferències equilibradores entre els patrimonis dels esposos donat que regia un règim de ganancials; (iv) el divorci no li*

---

<sup>160</sup> Dita solució ja havia estat apuntada per Carrasco Perera (2006, p. 129). En contra de la tesi subjectiva del desequilibri econòmic, Moreno-Torres (2007, p. 155), Moreno Mozo (2008, p. 63).

<sup>161</sup> Es poden veure, en aplicació d'aquesta doctrina, les SSTS, 1a, 24.11.2011 (RJ 2012\573), 19.10.2011 (RJ 2012\422), 8.5.2012 (RJ 2012\6115). Segons aquesta darrera sentència, "(...) el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes" (FJ 2n).

*havia generat cap pèrdua de capacitat laboral i (v) el dret a la pensió compensatòria no era un dret d'aliments vinculat a la idea de necessitat.*

## **5. Temporalitat de la prestació compensatòria**

Fins la dècada dels anys noranta del segle passat, els tribunals espanyols solien reconèixer, amb caràcter general, pensions compensatòries vitalícies. Els canvis en la situació de la dona respecte del matrimoni i llur progressiva incorporació al mercat de treball van donar lloc a una nova corrent jurisprudencial favorable a la temporalització de la pensió. En el Dret civil espanyol, la polèmica jurisprudencial sobre la possibilitat de limitar temporalment la pensió seria superada gràcies a les SSTS, 1a, 10.2.2005 (RJ 2005\1133)<sup>162</sup> i 28.4.2005 (RJ 2005\4209), i semblaria definitivament resolta amb la reforma de l'art. 97 CC per la Llei 15/2005<sup>163</sup>.

*Les SSTS, 1a, 10.2.2005 (RJ 2005\1133) i 28.4.2005 (RJ 2005\4209) van admetre la possibilitat d'establir pensions compensatòries temporals quan constés "(...) una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión" i fos possible una "(...) previsión ex ante de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad (...) con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado futurismo o adivinación". En aquest sentit, serien factors a tenir en compte en llur establiment, entre d'altres, "(...) la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado –perspectivas reales y efectivas de incorporación*

---

<sup>162</sup> Vegeu un comentari a aquesta sentència a Cabezuelos Arenas (2005).

<sup>163</sup> No obstant, com posa de relleu Arnau Moya (2012, p. 319), "[u]n análisis de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales dictada con posterioridad al año 2005 nos enfrenta con un panorama desolador, puesto que ante situaciones *de facto* similares podemos encontrar resoluciones diametralmente opuestas".

*al mercado laboral–; posibilidades de reciclaje o volver –reinserción– al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.” (FJ 3er). D’acord amb aquesta doctrina jurisprudencial, la STS, 1a, 10.2.2005 (RJ 2005\1133) reconegué una pensió compensatòria temporal –durant 18 anys– a una dona de 40 anys a càrrec d’un fill de 10 anys, que havia conviscut 12 anys amb el seu marit durant els quals s’havia dedicat a la cura de la família i de la llar, i que tenia capacitació professional i possibilitats d’obtenir una ocupació remunerada després d’un període de reciclatge de coneixements. Tanmateix, la STS, 1a, 28.4.2005 (RJ 2005\4209) atorgà una pensió compensatòria temporal –durant 2 anys– a una dona de 37 anys amb dos fills menors d’edat, que havia conviscut amb el seu marit durant 3 anys i que era diplomada en Tècniques de Comunicació.*

En el Dret civil català, la possibilitat de reconèixer una pensió de caràcter temporal ja es podia deduir de l’art. 86.1.d) CF quan preveia, com a causa d’extinció de la pensió, “el transcurs del termini pel qual es va establir”.

*En aquest sentit, la STSJC 20.6.2011 (RJ 2011\6110), en relació a la jurisprudència que havia interpretat l’art. 84 CF, insistia en què “[l]a pensió compensatòria té vocació inequívoca de caducitat, tot i que la fixació d’un termini o la limitació temporal per al seu pagament és una facultat i no una obligació de l’òrgan decisor, el qual haurà d’atendre en cada cas a les circumstàncies concretes que duguin a optar per una o altra solució, de manera que es ve admetent la limitació temporal sempre que es puguin determinar en aquest moment totes les circumstàncies que es relacionen a l’art. 84 CF. En tot cas, s’exigeix que quedi plasmat en la corresponent sentència un judici prou ponderat i raonable de previsió de la superació o desaparició del desequilibri que va justificar la seva concessió, per la qual cosa, i sense perjudici de la ponderació ad hoc de totes les circumstàncies concurrents en cada cas d’entre les recollides en l’art. 84 CF per a la fixació de la pensió (...), no hem apreciat inconvenient, sinó tot el contrari, en la fixació d’un termini quan*

*sigui assequible la incorporació al mercat laboral del cònjuge creditor de la pensió o, en general, quan es pugui apreciar la possibilitat d'un desenvolupament autònom que li permeti un accés als mitjans econòmics que de moment li proporciona la pensió” (FJ 5è)<sup>164</sup>.*

L'art. 233-17.4 CCCat va encara més enllà i, després de reconèixer expressament la temporalitat, afirma que les prestacions de caràcter temporal són la regla general i, les prestacions vitalícies, l'excepció: “[l]a prestació compensatòria en forma de pensió s'atorga per un període limitat, llevat que concorrin circumstàncies excepcionals que justifiquin fixar-la amb caràcter indefinit”<sup>165</sup>. La regulació d'aquest article és coherent amb una societat en la qual les crisis o ruptures afecten cada vegada més matrimonis de curta durada, amb dones joves que al llarg de la seva vida han rebut algun tipus de formació i que, o bé ja treballen, o encara són a temps d'incorporar-se –o reincorporar-se– al mercat de treball<sup>166</sup>. En aquest context no està justificat imposar al cònjuge deutor el manteniment del cònjuge creditor amb caràcter indefinit, quan resulta que aquest pot superar, en un període de temps raonable, el desequilibri econòmic derivat de la crisi conjugal. La prestació compensatòria no ha de ser una assegurança de vida o una renda vitalícia que perpetui un determinat *modus vivendi*, sinó un mecanisme que promogui l'autonomia econòmica del cònjuge més dèbil<sup>167</sup>.

*Tot i que el CC no sigui tan concloent com el CCCat pel que fa a la temporalitat de la pensió i el seu pagament en forma de capital, la STS,*

---

<sup>164</sup> En un mateix sentit, SSTSJC 1.12.2003 (RJ 2004\933), 21.6.2004 (RJ 2010\2365), 27.2.2006 (RJ 2006\2384), 8.5.2008 (JUR 2009\296272), 10.11.2009 (RJ 2009\3142), 11.3.2010 (RJ 2010\2723).

<sup>165</sup> Per a la prestació alimentària en forma de pensió, l'art. 234-11.3 CCCat és encara més restrictiu, ja que estableix que “(...) té caràcter temporal, amb un màxim de tres anualitats, llevat que la prestació es fonamenti en la minva de la capacitat del creditor d'obtenir ingressos derivada de la guarda de fills comuns. En aquest cas, es pot atribuir mentre duri la guarda”.

<sup>166</sup> Com posa de relleu la SAPB 1.10.2012 (JUR 2012\369036), “[a]quest és, tanmateix, el principi que inspira la regulació en el Codi Civil de Catalunya, articles 233-14 a 233-19 (aplicable al cas d'utes en virtut del que estableix la DT Tercera), en què el primitiu caràcter indefinit de la institució ha estat adaptat a la generalitat de situacions que presenta la realitat sociològica actual, que parteix de la plena incorporació de la dona a les activitats productives i de la superació dels vincles de dependència derivats de la unió matrimonial propis d'èpoques ja remotes” (FJ 2n).

<sup>167</sup> Weitzman (1981, p. 1267).

*1a, 9.10.2008 (RJ 2008\5685) és molt il·lustrativa d'aquesta concepció de la pensió com a instrument per a afavorir l'autonomia econòmica: "(...) la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional, (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de 'evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral', y se hace especial hincapié en que 'se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral' por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral)" (FJ 1er)<sup>168</sup>.*

L'Audiència Provincial de Barcelona ha reconegut, amb posterioritat a l'entrada en vigor del CCCat, diverses prestacions compensatòries de caràcter temporal: la SAPB 6.6.2012 (AC 2012\1316) concedí una prestació limitada a un període de 9 anys atesa "(...) la durada de la convivència, que no va arribar als 16 anys, la majoria d'edat dels dos fills que determina que, tot i que segueixin convivint amb ella ja no necessita dedicar tantes atencions, la cobertura assistencial i les cotitzacions a efectes de classes passives, i la seva àmplia formació professional que permet ponderar la previsibilitat del manteniment de l'ocupació que exerceix de manera interina" (FJ 3er). Tanmateix, la SAPB 17.7.2012 (JUR 2012\347832) atorgà una prestació amb una limitació temporal de 4 anys tenint en compte que "(...) l'edat de la Sra. Ana i la seva titulació o formació permeten preveure la possibilitat d'accedir al mercat laboral en un termini no superior a quatre anys, termini que a més resulta coherent amb la durada de la convivència matrimonial de 18 anys i amb la finalitat reequilibradora de la pensió" (FJ 1er)<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> En un mateix sentit, SSTS, 1a, 10.2.2005 (RJ 2005\1133) i 28.4.2005 (RJ 2005\4209).

<sup>169</sup> Vegeu també les SSAPB 1.10.2012 (JUR 2012\369036) i 10.10.2012 (JUR 2012\369870).



La temporalització com a regla no impedeix, però, que els jutges puguin reconèixer prestacions vitalícies quan, d'acord amb les circumstàncies del cas, el cònjuge creditor no pugui assolir llur independència econòmica. En el context social actual encara és molt habitual trobar matrimonis tradicionals amb convivències de llarga durada, amb dones d'edat avançada i salut precària que s'han dedicat tota la vida o durant molts anys a la cura de la família i a les tasques de la llar, que no disposen de formació i que tenen unes probabilitats molt baixes de poder accedir al món laboral. En aquest escenari, la prestació vitalícia esdevé l'única forma de compensar el desequilibri econòmic derivat de la crisi conjugal (vegeu, en aquest sentit, el Preàmbul del CCCat). Una prestació de caràcter temporal garantiria al cònjuge creditor una certa seguretat econòmica durant uns anys, però el relegaria a una posició de desprotecció i desatenció un cop transcorregut el termini per al qual s'hagués establert.

*En aquest sentit, sota la vigència de l'art. 84 CF, la STSJC 26.11.2007 (JUR 2009\296372) atorgà una pensió compensatòria de caràcter indefinit a una dona de 50 anys que havia dedicat uns 20 anys de matrimoni a la cura de la família i que tenia una qualificació professional molt aleatòria, la qual no es podia considerar desvirtuada pel mer fet d'haver realitzat alguns treballs poc estables, haver assistit a un curs de capacitat agrícola o haver-se dedicat, sense èxit, a una activitat de peixateria per compte propi.*

## **6. Renúncia a la prestació compensatòria**

La prestació compensatòria és un dret de crèdit de caràcter disponible i, per tant, pot ser renunciat per acord de les parts<sup>170</sup>. La nova regulació catalana admet expressament que els cònjuges, en virtut de la seva autonomia privada, puguin renunciar a la prestació compensatòria en els pactes que puguin establir amb previsió de la ruptura (art. 233-16.1 CCCat). Segons el Dret català, aquests tipus de pactes es poden atorgar en capítols matrimonials o en

---

<sup>170</sup> Vegeu, en la jurisprudència anterior a l'aprovació del Llibre segon del CCCat, les SSTSJC 4.10.2001 (RJ 2002\6949), 10.7.2006 (ROJ STSJ CAT 6853/2006), 2.2.2009 (RJ 2009\3998) i 28.1.2010 (RJ 2010\1486).

escriptura pública, essent obligació del notari autoritzant la d'informar per separat a cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir respecte del règim legal supletori i la d'advertir-los del seu deure recíproc de facilitar-se informació sobre llur patrimoni, ingressos i expectatives econòmiques. Els pactes que, en el moment en què es vulguin fer valer, siguin greument perjudicials per al cònjuge que ha fet la renúncia mancaran d'eficàcia si aquest 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 CCCat).

Si la renúncia té per objecte allò indispensable per a atendre les necessitats bàsiques del cònjuge creditor –enteses en el sentit de l'art. 237-1 CCCat<sup>171</sup>–, caldrà que el pacte de renúncia s'incorpori a una proposta de conveni regulador<sup>172</sup> (art. 233-3.1 CCCat; cfr. 90.2 CC) ja que, de no ser així, la renúncia a la prestació no serà vàlida<sup>173</sup>. La regulació catalana en aquest punt és, com a mínim, qüestionable i planteja certs problemes de coherència interna amb el règim jurídic dels aliments d'origen familiar (arts. 237-1 i ss. CCCat), no només perquè dita regulació configura el dret d'aliments com a irrenunciable (art. 237-12 CCCat), sinó també perquè l'obligació de prestar aliments a càrrec de les persones obligades a prestar-los s'extingeix en els casos de divorci i de declaració de nul·litat del matrimoni (art. 237-13 CCCat).

*Aquest límit ja havia estat reconegut doctrinalment<sup>174</sup> i jurisprudencialment amb l'argument de què, en ocasions, la pensió*

---

<sup>171</sup> D'acord amb l'art. 237-1 CCCat, “[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”.

<sup>172</sup> Aquest conveni haurà de ser homologat pel tribunal encara que sigui perjudicial per al cònjuge. Vegeu, en aquest sentit, la STSJC 10.9.2010 (RJ 2011\2458).

<sup>173</sup> Vegeu, per a la prestació alimentària, l'art. 234-10.2 CCCat.

<sup>174</sup> Per Egea Fernández (2003, p. 4567), “(...) en la parte en que la pensión compensatoria venga a cubrir lo que sea indispensable para su sustento quedará excluida la posibilidad del pacto (de forma semejante a lo que disponen los artículos 151 CC y 270 CF en relación con la obligación de alimentos”.

*compensatòria complia una funció assistencial o alimentària. Així es desprenia, per exemple, de la STSJC 4.7.2002 (RJ 2002\10439): l'any 1976, Carles i Josefina van contreure matrimoni. L'any 1996, Josefina va interposar una demanda de separació matrimonial, que finalitzà amb l'aprovació d'un conveni regulador que imposava a Carles l'obligació de pagar a la seva esposa 65.000 pessetes mensuals en concepte de prestació alimentària. L'any 1999, Carles interposà demanda de divorci. La SJPI núm. 9 de Sabadell (16.1.2001) decretà el divorci i declarà l'extinció de la pensió. Dita sentència seria parcialment revocada per la SAPB 5.7.2001, que reconegué a Josefina el dret a una pensió compensatòria de 65.000 pessetes mensuals. El TSJC desestimà el recurs de cassació interposat per Carles en considerar que "(...)si com a conseqüència de la demanda de divorci interposada precisament pel marit s'havia d'extingir la pensió d'aliments i no havent-se acreditat que s'hagin modificat les circumstàncies que van determinar la seva procedència per voluntat expressa dels cònjuges, hem d'entendre ajustada a dret la tesi (...) favorable a interpretar el conveni regulador en el sentit de mantenir la pensió alimentícia en un ajut equivalent a favor de l'esposa, mentre subsistissin les circumstàncies que van determinar la seva constitució en el conveni regulador. (...) [M]entre el marit pagava la pensió per aliments, es pot afirmar que la pensió compensatòria es trobava en situació latent i si després de la sentència de divorci els ex cònjuges no estableixen cap altre conveni per tal de suplir la mancança de la pensió alimentícia, el perjudici econòmic que havia de pal·liar la pensió alimentícia pot esmenar-lo la resolució judicial per la via d'establir una pensió compensatòria del mateix import." (FJ 4t).*

El legislador català, en un intent per garantir que la renúncia a la prestació compensatòria, amb independència de si es produeix arran de la crisi matrimonial o en previsió d'aquesta, sigui el resultat d'una decisió degudament i plenament informada o, dit en d'altres paraules, d'un assessorament adequat sobre els seus efectes, ha acabat creant una regulació molt proteccionista del cònjuge dèbil, que arriba a l'extrem de negar l'eficàcia d'aquells pactes de

renúncia que, no havent estat inclosos en un conveni regulador, el deixin sense allò necessari per a poder satisfer llurs necessitats més bàsiques.

## 7. Conclusions

El nou règim jurídic de la prestació compensatòria en el Llibre segon del CCCat supera la visió obsoleta del matrimoni com a institució en la qual la muller únicament es dedicava a la cura de la família i a les tasques de la llar, i el marit treballava per a garantir el sosteniment econòmic de la família. La capitalització i la temporalització de la prestació compensatòria permeten adaptar la institució a les noves necessitats socials i familiars, i suposen un pas endavant cap a la superació de les situacions de desigualtat i dependència econòmica en què tradicionalment s'havien posicionat les dones com a conseqüència de la crisi matrimonial. En la meua opinió, el legislador català continua essent, però, excessivament proteccionista del cònjuge dèbil –típicament la dona– en alguns aspectes de la regulació que, lluny de protegir aquell col·lectiu, només contribueixen a perpetuar els estereotips de gènere tradicionals.

## 8. Taula de sentències citades

### Sentències del Tribunal Suprem

<b>Sala i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
1a, 16.11.2012	RJ 2012\10435	José Antonio Seijas Quintana
1a, 8.5.2012	RJ 2012\6115	Encarnación Roca Trías
1a, 24.11.2011	RJ 2012\573	Encarnación Roca Trías
1a, 19.10.2011	RJ 2012\422	Encarnación Roca Trías
1a, 19.1.2010	RJ 2010\417	Encarnación Roca Trías
1a, 17.7.2009	JUR 2009\350153	Encarnación Roca Trías
1a, 10.3.2009	RJ 2009\1637	José Almagro Nosete
1a, 21.11.2008	RJ 2008\6060	José Almagro Nosete
1a, 5.11.2008	RJ 2009\3	Encarnación Roca Trías
1a, 17.10.2008	RJ 2008\5702	José Almagro Nosete
1a, 9.10.2008	RJ 2008\5685	José Almagro Nosete
1a, 28.4.2005	RJ 2005\4209	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1a, 10.2.2005	RJ 2005\1133	Jesús Corbal Fernández

## Sentències i interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
20.6.2011	RJ 2011\6110	José Francisco Valls Gombau
31.1.2011	RJ 2011\2858	José Francisco Valls Gombau
20.12.2010	RJ 2011\1320	José Francisco Valls Gombau
10.9.2010	RJ 2011\2458	Enrique Anglada Fors
25.2.2010	JUR 2010\132308	José Francisco Valls Gombau
28.1.2010	RJ 2010\1486	María Eugenia Alegret Burgues
10.11.2009	RJ 2009\3142	Carlos Ramos Rubio
20.4.2009	RJ 2010\1624	María Eugenia Alegret Burgues
2.2.2009	RJ 2009\3998	Enrique Anglada Fors
8.5.2008	JUR 2009\296272	Carlos Ramos Rubio
26.11.2007	JUR 2009\296372	Ramón Foncillas Sopena
10.7.2006	ROJ STSJ CAT 6853/2006	Carlos Ramos Rubio
27.2.2006	RJ 2006\2384	Guillermo Vidal Andreu
21.6.2004	RJ 2010\2365	Guillermo Vidal Andreu
1.12.2003	RJ 2004\933	Guillermo Vidal Andreu
11.12.2003	RJ 2004\935	Ponç Feliu i Llansa
4.7.2002	RJ 2002\10439	Lluís Puig i Ferriol
4.10.2001	RJ 2002\6949	Lluís Puig i Ferriol

## Sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
6.6.2012	AC 2012\1316	Pascual Ortuño Muñoz
17.7.2012	JUR 2012\347832	María Dolores Viñas Maestre
1.10.2012	JUR 2012\369036	Pascual Ortuño Muñoz
10.10.2012	JUR 2012\369870	Joaquín Bayo Delgado

## 9. Bibliografia

Federico ARNAU MOYA (2011), "La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa", a Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (Dir.), *El nuevo derecho de la persona y la familia (libro segundo del Código civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, pp. 313-326.

Katharine T. BARTLETT (1999), "Feminism and Family Law", *Fam. L. Q.*, vol. 33, núm. 3, pp. 475-500.

Joaquín BAYO DELGADO (2000), "Article 84", a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (Dir.) / Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, pp. 401 i ss.

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (2005a), "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005", *CCJC*, núm. 69, pp. 1369-1397.

--(2005b), "El Tribunal Supremo admite la limitación temporal de la pensión compensatoria (STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1133))", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 671/2005 (Opinión), pp. 8-10.

Ángel CARRASCO PERERA (2006), *Derecho de familia. Casos, reglas y argumentos: un manual para estudiantes de toda condición*, Dilex, Madrid.

Gema DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Coord.) (2012), *Derecho de familia*, Civitas, Madrid.

Joan EGEA FERNÁNDEZ (2003), "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tom III, Civitas, Madrid, pp. 4551-4574.

Fernando MORENO MOZO (2008), *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada.

María Luisa MORENO-TORRES (2007), "La pensión compensatoria", a Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ (Coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, Madrid, pp. 127-234.

Sergio NASARRE AZNAR (2011), “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, a Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (Dirs.), *El nuevo derecho de la persona y la familia (libro segundo del Código civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, pp. 233-300.

Agustín PARDILLO HERNÁNDEZ (2013), “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, núm. 8010.

Lluís PUIG I FERRIOL / Encarna ROCA TRIAS (2007), *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II, *Dret de la persona i dret de la família*, 6a ed., Tirant lo Blanch, València.

Encarnación ROCA TRIAS (Coord. General) (2011), *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, Sepín, Madrid.

--(1997), “Las consecuencias económicas del divorcio: la pensión compensatoria”, a María Dolores CERVILLA GARZÓN, *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial: IV Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Departamento de la Mujer del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, pp. 145-198.

Pablo SALVADOR CODERCH / Juan Antonio RUIZ GARCÍA (2000), “Article 1. El matrimoni”, a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (Dirs.) / Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codí de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, pp. 43 i ss.

Magdalena UREÑA MARTÍNEZ (2011), *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Lenore J. WEITZMAN (1981), "The Economics of Divorce: Social and Economic Consequences of Property, Alimony and Child Support Awards", *UCLA L. Rev.*, núm. 28, pp. 1181-1268.



# L'habitatge familiar

Dra. Rosa MILÀ RAFEL  
Universitat Pompeu Fabra

## 1. Protecció de l'habitatge familiar i rellevància de les novetats introduïdes en el Llibre segon del CCCat des d'una perspectiva de gènere

El Llibre segon del CCCat atorga una protecció especial a l'habitatge familiar, que no només s'estén al propi immoble, sinó també al parament de la llar.

La definició d'habitatge familiar no es troba recollida en el Codi, però s'infereix de l'art. 231-3.1 CCCat, relatiu al domicili familiar: "(...) [d]avant 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". Habitatge familiar és, doncs, la residència habitual de la unitat familiar<sup>175</sup>.

*En aquest sentit s'ha pronunciat la STSJC 30.7.2012 (RJ 2012\10035): "(...) habitatge familiar és aquell en el que habitualment resideix la família i té per llar o centre de convivència, sense que es pugui confondre amb aquells altres en els que la família habita o utilitza temporal o estacionalment (coneguts com segones o terceres residències) o bé amb altres susceptibles de ser utilitzats, també, per comptar amb elements aptes per a servir de domicili familiar, encara que no ho siguin en el present" (FJ 4t).*

El fonament de la tutela de l'habitatge familiar rau en la protecció jurídica de la família, ja que, com posa de manifest la SAPB 18.9.1998 (EDJ 1998\22211),

---

<sup>175</sup> Vegeu Santdiumenge Farré (2000, p. 72), que defineix habitatge habitual com "aquell on el cònjuge i la major part de la família conviuen la major part del temps". En els territoris on resulta d'aplicació el CC, també s'utilitza la definició de domicili familiar per a determinar el concepte d'habitatge familiar. En aquest sentit, la STS, 1a, 31.5.2012 (RJ 2012\6550) entén per habitatge familiar "la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (...)" (FJ 3er).

aquest cobreix “(...) les necessitats de tots els membres de la família i no només d'un d'ells” (FJ 2n). A més, com anuncia expressament l'art. 231-1 CCCat, que esdevé el pòrtic del títol del Llibre segon relatiu a la família, comprèn tant les relacions familiars derivades del matrimoni com de la convivència estable en parella, les famílies formades per un progenitor sol amb els seus descendents i els fills de cadascun dels progenitors que visquin en el mateix nucli familiar, com a conseqüència de la formació de famílies reconstituïdes.

La protecció de l'habitatge familiar es duu a terme, en el Llibre segon, des d'una doble perspectiva: durant el matrimoni o convivència en parella estable, mitjançant les normes aplicables en cas de disposició de l'habitatge familiar per part del cònjuge titular del tot o d'una quota indivisa (arts. 231-9.1 i 234-3.2 CCCat), amb la finalitat de protegir l'altre cònjuge o convivent i, de manera indirecta, els fills; i, en cas de ruptura del matrimoni o de la parella estable, mitjançant les regles per a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar a un dels cònjuges o convivents<sup>176</sup>. L'objecte d'aquestes darreres normes és, d'una banda, la protecció de l'interès superior dels fills menors, ja que l'atribució de l'habitatge familiar constitueix una forma de pagament dels aliments a favor d'aquells fills per part del cònjuge o convivent titular; i, d'altra banda, en els casos de nul·litat del matrimoni, divorci i separació judicial, la prolongació de la solidaritat conjugal, ja que l'atribució de l'habitatge constitueix una forma d'abonar la prestació compensatòria<sup>177</sup>. Per això l'art. 233-20.7 CCCat estableix que “[l]’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 el cònjuge”.

Les normes del Llibre segon sobre atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar i, especialment, les estableixen la temporalitat en l'atribució de l'ús i la possibilitat d'excloure'l, a sol·licitud de l'interessat, en determinats supòsits, poden tenir conseqüències de gènere rellevants. De fet, les dones, que solen

---

<sup>176</sup> En aquest sentit, Santdiumenge Farré (2000, p. 72) i Larrondo Lizarraga (2000, p. 124).

<sup>177</sup> Caso Señal (2011a, p. 911).

ser les beneficiaries del dret a l'ús de l'habitatge familiar en un elevat nombre de procediments, seran les principals afectades per les mateixes<sup>178</sup>.

## 2. Disposició de l'habitatge familiar

### 2.1. Disposició durant el matrimoni o convivència: una mesura que protegeix la part econòmicament més dèbil de la parella

La primera mesura de protecció de l'habitatge familiar és la prevista en les normes que en regulen la disposició, que durant el matrimoni o la relació de parella estable és especialment tuitiva respecte del cònjuge o convivent no titular del bé. Quan l'habitatge familiar és propietat d'un dels cònjuges o convivents, o aquest és titular d'una quota indivisa, el Llibre segon manté la necessitat que l'altre cònjuge o convivent no titular en consenti l'alienació, el gravamen o, en general, tot acte de disposició<sup>179</sup> (arts. 231-9.1 i 234-3.2 CCCat)<sup>180</sup>.

L'acte de disposició realitzat sense el consentiment de l'altre cònjuge o convivent no titular o, si s'escau sense autorització judicial, és anul·lable<sup>181</sup>. Excepcionalment, aquesta protecció decau en favor dels adquirents de bona fe

---

<sup>178</sup> En aquest sentit, les dades de l'INE sobre l'atribució de la guarda dels fills en divorcis de matrimonis entre cònjuges heterosexuales a Catalunya registren que el percentatge de guardes exclusives a favor de la mare fou d'un 43% l'any 2008, d'un 42% l'any 2009, d'un 41% l'any 2010 i d'un 38,54% l'any 2011. Si bé aquestes dades no han de coincidir necessàriament amb les relatives a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, s'hi poden aproximar, ja que, a manca d'acord, el jutge atribuirà l'ús de l'habitatge, preferentment, al cònjuge que en tingui atribuïda la guarda [en aquest sentit, vegeu el derogat art. 83.2 a) CF i el vigent art. 233-20.2 CCCat].

<sup>179</sup> Segons la STSJC 28.2.2008 (RJ 2009\3133), s'ha d'entendre per acte de disposició un "negoci jurídic encaminat a produir l'efecte translatiu, sigui de caràcter real o obligacional, com l'arrendament, que comprometi l'ús, i ja sigui aquest efecte present, o de futur, quan aquest es configuri com un element propi i directe de l'objecte mateix del negoci, com succeeix a la hipoteca (...). [Ara bé] no es pot entendre comprès a l'art. 9 i concretament en el terme *en general* (...) qualsevol situació que, fora de l'acte de disposició tal com ha quedat configurat, pugui desembocar o desemboqui en la pèrdua del bé i en particular una situació d'execució forçosa, com aquí ha succeït" (FJ 3er).

<sup>180</sup> Aquests preceptes mantenen allò establert en els arts. 9 CF i 11 i 28 LUEP. En relació a la hipoteca de l'habitatge familiar, vegeu l'art. 569-31 CCCat.

<sup>181</sup> La STSJC 5.10.2004 (RJ 2005\290) va reconèixer la pretensió de declaració que s'havia venut l'habitatge familiar sense consentiment de l'altre cònjuge, encara que no se'n sol·licités cap conseqüència.

i a títol oneros de l'habitatge familiar si el titular va manifestar que l'immoble no tenia dita condició, sens perjudici de la responsabilitat del cònjuge que ha disposat de l'immoble sense el consentiment exigít.

Aquesta regulació, que no és cap novetat i que és comuna en la majoria d'ordenaments de la nostra tradició jurídica<sup>182</sup>, permet protegir els interessos de la part que no té la titularitat, o si més no la plena titularitat, d'un bé familiar essencial que compleix una finalitat constitucional (art. 47 CE), la qual pot ser a més la part econòmicament més dèbil de la parella. Com sabem, en moltes ocasions aquesta part continua essent la dona. El caràcter tuitiu de la norma es manifesta en el seu caràcter imperatiu, ja que impedeix que s'exclogui la necessitat de consentiment per pacte, com també que aquest consentiment s'atorgui amb caràcter general.

## **2.2. Disposició amb posterioritat a la ruptura: ponderació dels interessos del cònjuge titular i del beneficiari de d'ús de l'habitatge familiar**

Amb posterioritat a la nul·litat del matrimoni, separació o divorci, o a la ruptura de la parella estable, el propietari de l'habitatge familiar pot disposar del mateix sense el consentiment del cònjuge o convivent beneficiari del dret d'ús i sense autorització judicial, però sense perjudici d'aquest dret (art. 233-25 CCCat). Aquesta previsió contrasta amb l'art. 96.4 CC, que exigeix “[p]ara disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular (...) el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

Malgrat les diferències amb el CC, la regulació catalana no desempara el cònjuge beneficiari del dret d'ús de l'habitatge familiar. El legislador català pondera, després de la ruptura de la relació, els interessos d'aquell amb els del cònjuge titular de l'habitatge familiar per a disposar-ne lliurament. Així, el

---

<sup>182</sup> Sobre els antecedents de la norma en altres ordenaments jurídics, Larrondo Lizarraga (2000, pp. 123-124).

CCCat configura el dret d'ús del cònjuge no propietari com un dret real<sup>183</sup>. En conseqüència, podrà oposar el seu dret enfront de tercers i, en especial, enfront d'adquirents de bona fe i a títol oneros de l'habitatge familiar, sempre que l'inscrigui en el Registre de la Propietat (arts. 233-22 CCCat i 34 LH)<sup>184</sup>.

### **3. Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar**

#### **3.1. Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar en cas de nul·litat del matrimoni, divorci i separació judicial**

En els procediments sobre nul·litat del matrimoni, divorci i separació judicial, el jutge pot atribuir el dret d'ús de l'habitatge familiar a un dels cònjuges o distribuir aquest entre ambdós, ja sigui com a mesura provisional [art. 233-1 f) CCCat] o com a mesura definitiva, a proposta dels cònjuges en el conveni regulador o de la pròpia autoritat judicial (art. 233-4 CCCat). A més, tal i com ja havia admès la jurisprudència anterior al Llibre segon<sup>185</sup>, l'autoritat judicial pot substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, d'acord amb l'art. 233-20.6 CCCat, "per la d'altres residències si són idònies per a satisfer la necessitat d'habitatge del cònjuge i els fills"<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> En aquest sentit, la STS, 1a, 18.1.2009 (RJ 2010\1274) afirmà que "el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad" (FJ 6è).

<sup>184</sup> Cumella Gaminde (2000, pp. 400-401) posa de relleu que "(...) l'eficàcia enfront tercers del dret d'ús es regeix per les normes generals del dret hipotecari". En el mateix sentit en relació a l'art. 233-25 CCCat, vegeu Espiau Espiau (2000b, pp. 424-427).

<sup>185</sup> Per a un resum d'aquesta jurisprudència, vegeu la STSJC 30.7.2012 (RJ 2012\10035).

<sup>186</sup> En canvi, en relació al CC, la STS, 1a, 10.10.2011 (RJ 2011\6839) afirmà que "(...) [e]l juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos" (FJ 5è).

### 3.1.1. Regles per a la determinació del cònjuge beneficiari de l'ús

- a) **Primer, al cònjuge que hagin acordat o a ambdós per períodes determinats, si hi ha acord aprovat (art. 233-20.1 CCCat): límits a l'autonomia privada dels cònjuges**

En primer lloc, i com una manifestació més de l'autonomia privada en l'àmbit del dret de família, l'art. 233-20.1 CCCat estableix que l'ús de l'habitatge familiar, amb el seu parament, s'atorga al membre de la parella que han acordat els propis cònjuges. El precepte també admet que aquests pactin la distribució de l'ús de l'habitatge entre ells per períodes de temps determinats<sup>187</sup>. No obstant, el tenor literal de la norma –que es refereix a “l'atribució de l'habitatge familiar (...) a un d'ells (...)”– permet descartar que l'ús de l'habitatge familiar es pugui atribuir a ambdós al mateix temps, encara que hi hagi acord sobre aquesta qüestió<sup>188</sup>.

Des d'una perspectiva de gènere, la principal qüestió que plantegen els acords relatius a l'atribució i distribució de l'ús de l'habitatge familiar és l'abast i els límits de l'autonomia de la voluntat dels cònjuges en la determinació del seu contingut i, en especial, quan allò pactat causi un greu perjudici a un dels cònjuges.

En primer lloc, l'acord sobre l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar pot formar part del contingut de l'escriptura pública en la qual es formalitzen pactes en previsió d'una ruptura matrimonial (art. 231-20 CCCat). En aquest cas, l'art. 233-21.3 CCCat assenyala dos límits: d'una banda, “no són eficaços

---

<sup>187</sup> Caso Señal (2011a, p. 912) destaca que “és la primera ocasió en què un legislador espanyol recull específicament aquesta possibilitat que va ser assumida per la jurisprudència menor”.

<sup>188</sup> Espiau Espiau (2011a, p. 254). En aplicació de l'art. 83 CF, la STSJ 18.1.2010 (RJ 2010\1297) va considerar vàlid l'acord d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a ambdós cònjuges en estimar 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 convivencial sol ser consubstancial a les institucions jurídiques de la separació conjugal i del divorci, no és il·legal, qual abans s'ha apuntat, ja que és perfectament viable i possible, sobre la base que tots dos ex-esposos estiguin d'acord amb aquesta situació i aquesta no resulti perjudicial per als fills d'aquests” (FJ 2n).

els pactes que perjudiquin l'interès dels fills"; i, de l'altra, tampoc ho són "(...) 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".

No obstant, el límit relatiu a l'atenció de les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús desapareix si el pacte relatiu a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar forma part del conveni regulador que acompanya la demanda de separació o divorci de mutu acord [art. 233-2.3 b) CCCat]. En aquest cas, l'únic límit que el Llibre segon imposa a l'aprovació judicial dels pactes és la protecció de l'interès dels fills menors (vegeu l'art. 233-3 CCCat i, en sentit similar, el derogat art. 78.1 CF). La legislació catalana contrasta, en aquesta qüestió, amb l'art. 90.2 CC, que preveu que el jutge no aprovarà els acords dels cònjuges adoptats en el conveni regulador "si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges"<sup>189</sup>.

Resulta criticable que el membre de la parella que ha signat un acord greument perjudicial per als seus interessos, i que en la gran majoria d'ocasions encara serà la dona perquè és qui acostuma a tenir menys recursos econòmics<sup>190</sup> i, per tant, menor poder de negociació, no pugui veure salvaguardats els seus drets en aquests casos. D'acord amb el Dret català, el jutge no pot denegar l'aprovació d'un pacte que formi part del conveni regulador encara que causi un greu perjudici a un dels cònjuges. El TSJC va posar de relleu aquesta qüestió en la STSJC 19.7.2004 (RJ 2004\5534): "l'específica previsió de desaprovació del conveni quan es descobreixin conseqüències greument perjudicials per a un dels cònjuges queda extramurs de la legislació catalana, potser més preocupada per la llibertat individual de contractació però sense tenir en compte el que abans es deia sobre els moments d'especial tensió en que són conclusos la majoria d'aquests pactes (...). Potser hagués estat preferible – parlem de *lege ferenda*- seguir la línia traçada per la legislació comú, però no ha estat això el que ha volgut el legislador català (...)" (FJ 2n)<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Espiau Espiau (2011a, p. 249) .

<sup>190</sup> Segons les dades facilitades per [l'IDESCAT](#), a Catalunya, l'any 2010 els homes van guanyar una mitja de 27.601 euros bruts anuals, mentre que les dones van guanyar 21.042,14 euros.

<sup>191</sup> En aquesta línia, vegeu també la STSJC 18.9.2008 (RJ 2009\1726).

Ara bé, en sentències posteriors, el TSJC ha afirmat que “el jutge pot entrar perfectament a dilucidar si algun pacte del conveni regulador és o no contrari a Dret i no només aquells que perjudiquin els fills menors (...)”<sup>192</sup> en virtut del que estableix l’art. 11.2 LOPJ, que preveu que “[l]os Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”. A més, algunes veus defensen que el jutge pot no aprovar aquests pactes si vulneren els drets fonamentals d’un dels cònjuges<sup>193</sup>.

b) **Segon, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta, preferentment, en defecte d’acord (art. 233-20.2 CCCat)**

En defecte d’acord, el jutge atribuirà, preferentment, l’ús de l’habitatge familiar al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta (art. 233-20.2 CCCat). L’atribució de l’ús al cònjuge guardador no és imperativa, atès que el precepte permet al jutge valorar les circumstàncies del cas concret, tal i com ja disposava l’art. 83.2 a) CF<sup>194</sup>. En canvi, l’art. 96.1 CC atribueix *en tot cas* el dret d’ús, en defecte de pacte, als fills i al cònjuge en la companyia del qual quedin, tot i que la doctrina i la jurisprudència han matisat aquesta regla<sup>195</sup>.

La principal qüestió que planteja l’atribució de l’ús de l’habitatge familiar per raó de la guarda dels fills és si el dret s’extingeix, en tot cas, quan acaba aquesta, encara que els fills, un cop assolida la majoria d’edat, continuïn sent econòmicament dependents. En particular, es planteja si el cònjuge beneficiari del dret d’ús pot sol·licitar, un cop els fills han assolit la majoria d’edat, però no

---

<sup>192</sup> STSJC 10.9.2010 (RJ 2011\2458).

<sup>193</sup> Bayo Delgado (2000, pp. 392-393) i Caso Señal (2011b, p. 3).

<sup>194</sup> Caso Señal (2011a, p. 914). En relació a l’art. 83.2 a) CF, vegeu Bayo Delgado (2000, p. 392).

<sup>195</sup> Segons Berrocal Lanzarot (2011, p. 484), la doctrina majoritària en relació a l’art. 96.1 CC entén que “(...) tal precepto contiene una presunción iuris tantum sobre el interés más necesitado de protección sea el de los hijos menores. El Juez siempre habrá de ponderar los intereses en juego en cada supuesto concreto; y, en consecuencia, poder adjudicar el uso al cónyuge separado de los hijos”.



la independència econòmica, la pròrroga del dret d'ús per raó de la seva major necessitat a partir d'un procediment de modificació de mesures. La tesi favorable a la pròrroga en aquests casos és contrària al tenor literal de l'art. 233-24.1 CCCat<sup>196</sup>, que preveu que aquest dret "s'extingeix (...) si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament de la guarda"<sup>197</sup>.

No obstant, l'article 233-20.3.c) CCCat permet al jutge anticipar aquesta situació si és previsible, en el moment en què es dicta la sentència, que la necessitat del cònjuge es perllongarà després de la majoria d'edat dels fills. En aquests casos, malgrat correspondre-li l'ús de l'habitatge per raó de la guarda, el jutge podrà atribuir inicialment l'ús al cònjuge per raó de la seva major necessitat.

- c) **Tercer, al cònjuge més necessitat, en cas de guarda compartida, absència de fills menors, previsible necessitat després de la majoria d'edat dels fills i suficiència de mitjans del cònjuge guardador (arts. 233-20.3 i 233-20.4 CCCat)**

La tercera regla, que el Llibre segon estableix per a determinar el cònjuge beneficiari del dret d'ús, és l'atribució a aquell més necessitat en quatre supòsits: en cas de guarda compartida, d'absència de fills menors, de previsible necessitat del cònjuge després de la majoria d'edat dels fills (art. 233-20.3 CCCat) i de suficiència de mitjans del cònjuge guardador per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills (art. 233-20.4 CCCat).

---

<sup>196</sup> Segons Caso Señal (2011a, pp. 930-931), "[e]ncara que es produeixin noves circumstàncies que perjudiquin la situació del cònjuge o excònjuge, estimem que la seva empara excedeix del principi de solidaritat familiar i no es poden incrementar les càrregues del cònjuge no beneficiari, de la mateixa manera que el legislador no permet l'increment de la prestació compensatòria".

<sup>197</sup> Entre d'altres, la STSJC 22.4.2010 (RJ 2010\3623) estima, en relació a l'art. 83.2 CF, que "[p]er al primer supòsit (a on s'assenyala la preferència d'atribució en favor del cònjuge encarregat de la guarda dels menors), la duració vindrà marcada, amb caràcter general, per l'edat d'aquests, ja que la cessació de la guarda comportarà també la de l'ús de l'habitatge" (FJ 3er).

Per a determinar la major necessitat del cònjuge que sol·liciti el dret d'ús, l'autoritat judicial haurà de considerar les possibilitats econòmiques de cada cònjuge i les oportunitats d'accés d'aquests a un altre habitatge<sup>198</sup>. També seran rellevants altres circumstàncies, com la formació i la situació laboral del cònjuge o la seva edat i estat de salut<sup>199</sup>. Per últim, en els supòsits en què els fills siguin majors d'edat i s'atribueixi l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge més necessitat [art. 233-20.3 b)], l'autoritat judicial també haurà de tenir en compte, als efectes de determinar la major necessitat, el fet que amb aquest convisquin els fills majors d'edat, si són dependents econòmicament<sup>200</sup>.

Entre els supòsits d'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la major necessitat del cònjuge destaca l'atribució a aquest "si la guarda dels fills queda compartida o distribuïda entre els progenitors" [art. 233-20.3 a) CCCat], per les conseqüències que pot comportar des d'una perspectiva de gènere.

*Amb anterioritat al Llibre segon, l'apartat a) de l'art. 83.2 CF assenyala que "[s]i la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial". En defecte d'un criteri especial per a l'atribució de l'habitatge familiar en cas de guarda compartida, la jurisprudència ha aplicat "la solució més adequada sobre l'atribució de l'ús (...), en funció (...) de la situació fàctica". En ocasions, els tribunals decideixen "(...) el que sigui més beneficiós per els fills"<sup>201</sup> i, en d'altres, atribueixen l'ús al cònjuge més necessitat de protecció<sup>202</sup>.*

---

<sup>198</sup> STSJC 21.10.2002 (RJ 2003\6968).

<sup>199</sup> Segons Caso Señal (2011a, pp. 915-920), aquest concepte "(...) no pot assentar-se exclusivament en la major o menor capacitat econòmica, sinó que exigeix l'examen de circumstàncies variades tant professionals com de tipus social".

<sup>200</sup> Bayo Delgado (2000, p. 393) i Caso Señal (2011b, p. 3).

<sup>201</sup> Apliquen aquest criteri la STSJC 5.9.2008 (RJ 2009\1449) i la SAPB 21.12.2011 (JUR 2012\107322).

<sup>202</sup> Aplica aquest criteri la SAP Girona 29.6.2012 (AC 2012\1356), que atribueix l'ús de l'habitatge familiar en cas de guarda compartida a la mare, atès que "(...) és cert que en aquesta resolució s'acorda atribuir la custòdia a ambdós progenitors, el que justificaria la no atribució de l'ús del domicili a cap dels dos, però també que s'estableix un règim d'estades en virtut del qual Joan passa la major part del temps amb la seva mare"(FJ 4t). Vegeu també la SAP Girona 30.9.2010 (JUR 2010\385443) i la SAPB 27.1.2010 (JUR 2010\104643).

El Llibre segon propugna la guarda compartida del fills comuns com a regla preferent en situacions de ruptura de la convivència, si bé “l'autoritat judicial pot disposar que la guarda s'exerceixi de manera individual si convé més a l'interès del fill” (art. 233-8.1 CCCat). Fins ara, a Catalunya, la importància de les guardes compartides ha estat reduïda. Si bé el percentatge de casos en els què s'atorga augmenta gradualment any rere any<sup>203</sup>, la qual cosa pot modificar el patró d'atribució de l'habitatge familiar, la majoria de resolucions judicials que atribueixen la guarda, normalment a la dona, en aplicació del CF, també li atribueixen, gairebé automàticament, l'ús de l'habitatge familiar.

No obstant, amb l'aplicació de la nova regulació del Llibre segon, el percentatge de guardes compartides, de ben segur, augmentarà de manera considerable. Això suposarà un canvi respecte de la situació anterior. En efecte, en la mesura en què augmenti el nombre de guardes compartides, es reduirà l'atribució quasi automàtica de l'habitatge al cònjuge guardador, habitualment la dona, qui haurà de provar la seva situació de major necessitat si vol que se li atribueixi l'ús de l'habitatge familiar.<sup>204</sup>

En segon lloc, també s'ha de destacar, per l'elevada litigiositat que pot plantejar a la pràctica, el supòsit de l'art. 233-20.4 CCCat segons el qual s'atribuirà l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge que no té la guarda dels fills menors 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. Es tracta d'una nova excepció a la regla general d'acord amb la qual l'ús de l'habitatge familiar correspon al cònjuge guardador (art. 233-20.2 CCCat). Ara bé, tenint en compte la finalitat de la norma, evitar situacions abusives, considero que hauria de ser interpretada restrictivament<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Vegeu nota 178.

<sup>204</sup> En el mateix sentit, en relació a la regulació del CC, Torrelles Torrea (2011, p. 1408) assenyala que “la llamada *custodia compartida* introducida por la Reforma 2005 podría provocar un cambio en el criterio habitual de la atribución del uso de la vivienda”.

<sup>205</sup> Caso Señal (2011a, p. 917) defensa que “[n]o n'hi haurà prou amb l'existència de mitjans econòmics (...) que permetin accedir a un habitatge, sinó que s'exigirà l'existència d'un habitatge disponible en iniciar la crisi matrimonial”.

### 3.1.2. Temporalitat de l'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la necessitat del cònjuge, sens perjudici de pròrroga (art. 233-20.5 CCCat)

Un dels aspectes del règim jurídic d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar amb més repercussió de gènere és la previsió expressa de la seva temporalitat si s'atribueix per raó de la necessitat del cònjuge (art. 233-20.5 CCCat)<sup>206</sup>. Malgrat que l'art. 83.2 b) CF ja establia la temporalitat de l'atribució de l'ús en aquests casos, la referència a “mentre duri la necessitat que l'ha motivada”, havia portat a la jurisprudència a defensar excepcions a aquesta regla general.

*Així, la STSJC 22.9.2003 (RJ 2003\7128) havia interpretat el precepte en el sentit que “(...) hi hauran casos –certament excepcionals- en què, en ser previsible la permanència de la necessitat o altament improbable la seva superació, no quedarà opció altra, malgrat la literalitat del precepte, que sotmetre la regla general de la temporalitat a la duració de la necessitat, de tal manera que serà aquesta darrera la que, en definitiva, acabi –o no- imposant un termini a l'ocupació; en l'entesa que, arribat el cas, serà el propietari qui haurà d'invocar i demostrar la cessació d'aquella necessitat que es presentava raonablement com indefinida” (FJ 3er)<sup>207</sup>.*

La finalitat del legislador català ha estat, segons el Preàmbul del Llibre segon, “posar fre a [aquesta] jurisprudència excessivament inclinada a dotar de caràcter indefinit l'atribució, en detriment dels interessos del cònjuge titular”. Si la llei no preveu una altra cosa, l'habitatge ha de tornar al règim jurídic ordinari que associa la disposició de l'ús amb la titularitat<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Vegeu també l'art. 233-24.2 d) CCCat: “[e]l dret d'ús, si es va atribuir amb caràcter temporal per raó de la necessitat del cònjuge, s'extingeix per les causes següents: (...) Pel venciment del termini pel qual es va establir o, si s'escau, de la seva pròrroga”.

<sup>207</sup> Segueixen aquesta doctrina jurisprudencial, entre d'altres, la interlocutòria del TSJC 26.4.2012 (RJ 2012\6363), i les SSTSJC 6.7.2009 (RJ 2009\5669), 10.11.2008 (RJ 2009\3142), 4.10.2006 (RJ 2007\6178) i 6.11.2003 (RJ 2003\8842).

<sup>208</sup> En aquest sentit, vegeu la STSJC 22.4.2010 (RJ 2010\3623) i la SAPB 24.5.2011 (JUR 2011\293241).

La regla de la provisionalitat de l'ús es reputa correcta en un model de família en el qual tant l'home com la dona tenen una feina remunerada, ja que evita perllongar de manera indefinida situacions de dependència i, en conseqüència, reforçar els rols femenins i masculins establerts. Ara bé, el límit temporal s'adequa pitjor a la realitat de les famílies més tradicionals, en les quals durant el matrimoni la vida laboral o professional d'un dels cònjuges s'ha supeditat a la del altre o, fins i tot, quan un dels cònjuges, normalment la dona, ha abandonat la seva feina per a tenir cura dels fills<sup>209</sup>. Si a aquesta situació s'hi afegeix l'edat avançada del cònjuge dèbil o l'aflicció d'alguna malaltia greu, la necessitat d'una protecció indefinida de les necessitats d'habitació esdevé raonable.

El legislador català, si bé no ha previst l'atribució indefinida de l'ús de l'habitatge, sí que ha tingut en compte la possible concurrència de circumstàncies excepcionals quan preveu la possible atribució de la prestació compensatòria en forma de pensió, ja que l'art. 233-17.4 CCCat permet fixar-la amb caràcter indefinit en aquests casos. A més, la rigidesa de la norma que estableix la temporalitat en l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar es veu matisada per la facultat del cònjuge beneficiari de l'ús a "instar les pròrrogues que escaiguin" (Preàmbul del Llibre segon). Si bé l'art. 233-20.5 CCCat és refereix a la "pròrroga" en singular, considero que si perdura la situació de necessitat, el beneficiari podrà sol·licitar-ne més d'una<sup>210</sup>.

Per últim, i també en línia amb la regulació de la prestació compensatòria, tot i que no hagi transcorregut el termini que es va establir en la sentència o, si s'escau, en la pròrroga, el dret d'ús que es va atribuir amb caràcter temporal per raó de la necessitat del cònjuge també s'extingeix per les causes següents: (i) "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" [art. 233-24.2 a) CCCat]; (ii) "per matrimoni o per convivència marital del

---

<sup>209</sup> Com manifesta Tur Racero (2010, p. 18), "[n]o es pot negar que, afortunadament, les famílies "paritàries" estan molt presents a Catalunya, però a la vegada tampoc es pot negar que existeixen famílies que es regeixen pels paràmetres d'autoritat i de primacia de l'home sobre la dona, o que simplement hi ha famílies on els rols tradicionals de gènere es mantenen, i a les quals l'impacte del llibre II serà notablement diferent que per a les anteriors (...)".

<sup>210</sup> En contra, Caso Señal (2011a, pp. 917-918).

cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona" [art. 233-24.2 b) CCCat]<sup>211</sup>; i "per la mort del cònjuge beneficiari de l'ús" [art. 233-24.2 c) CCCat].

### **3.1.3. Exclusió de l'atribució de l'ús: perquè qui en seria el beneficiari té mitjans suficients o per substitució per l'abonament d'una prestació dinerària (art. 233-21.1 CCCat)**

Una de les novetats introduïdes pel Llibre segon, en el règim de l'atribució de l'habitatge, és la possibilitat que un dels cònjuges en sol·liciti judicialment l'exclusió, quan es donin determinades circumstàncies. L'objectiu del legislador, segons el Preàmbul del Llibre segon, ha estat posar "èmfasi en la necessitat de valorar les circumstàncies del cas concret".

D'acord amb l'art. 233-21.1 CCCat, fins i tot quan la guarda s'atorga a un dels cònjuges, qui ha de cedir l'ús de l'habitatge familiar pot sol·licitar l'exclusió de l'atribució:

#### **a) Si qui en seria beneficiari té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels seus fills [art. 233-21.1 a) CCCat]**

A diferència de l'art. 233-20.4 CCCat, aquest precepte no exigeix que qui sol·liciti l'exclusió sigui el cònjuge més necessitat perquè, en aquest cas, no necessàriament està sol·licitant que se li atribueixi l'ús de l'habitatge, sinó que aquesta petició pot comportar que no s'atribueixi a cap dels membres de la parella<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> Aquesta causa d'extinció no és aplicable quan el dret d'ús és atribuït al cònjuge per raó de la guarda. En aquest sentit, la SAP Girona 29.6.2012 (AC 2012\1356) afirmà que "(...) l'article 233.24 regula un supòsit diferent al present, es refereix en realitat a l'extinció del dret d'ús quan aquest s'hagi atribuït per raó de necessitat, establint com a causa d'extinció el nou matrimoni del beneficiari del dret d'ús. No concorre en aquest cas cap dels elements a què es refereix el precepte. La sentència acorda l'atribució de l'ús del domicili a la mare en atenció que li atribueix la custòdia del menor Joan" (FJ 4t).

<sup>212</sup> En aquest sentit, Bayo Deglado (2012, p. 4) i Caso Señal (2011a, p. 921).

La principal qüestió que planteja la norma citada és la interpretació del concepte “mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d’habitatge i la dels fills”. De ben segur que la jurisprudència dels tribunals catalans que recaigui en aplicació de la nova norma aportarà criteris per a interpretar-la. Ara bé, en defecte de pronunciaments jurisprudencials, es defensa una interpretació estricta del terme *suficient*, en els termes de la definició d’aliments en sentit estricte que resulta de l’art. 237-1 CCCat. Altrament, podria posar-se en perill la protecció que el Llibre segon preveu pel cònjuge més perjudicat per la ruptura, que habitualment és la dona. A més, en la determinació de les necessitats d’habitació s’ha de tenir en compte, principalment, l’interès dels fills menors i la necessitat de mantenir-ne l’estabilitat<sup>213</sup>.

**b) Si qui l’ha de cedir pot assumir i garantir suficientment el pagament dels aliments als fills i la prestació que pugui correspondre al cònjuge en una quantia que permeti cobrir les necessitats d’habitatge d’aquest [art. 233-21.1 b) CCCat]<sup>214</sup>**

El cònjuge que hauria de cedir l’ús de l’habitatge familiar pot sol·licitar la substitució de l’atribució judicial de l’ús per l’abonament d’una prestació dinerària [art. 233-21.1 b) CCCat]. En aquest cas el jutge haurà d’augmentar la pensió alimentària o compensatòria a càrrec del titular o cotitular de l’habitatge<sup>215</sup>. Però, a més, l’art. 233-21.1 b) CCCat exigeix que el pagament d’aquesta prestació dinerària es garanteixi suficientment. Alguns mitjans de garantia poden ser la hipoteca en garantia de prestacions compensatòries en

---

<sup>213</sup> En aquest sentit, Caso Señal (2011a, p. 921)

<sup>214</sup> Aquesta exclusió no només es pot sol·licitar en els processos matrimonials que es puguin iniciar entre els mateixos cònjuges després de l’entrada en vigor del Llibre segon. Segons la DT Tercera, primer paràgraf, del Llibre segon, “[e]ls efectes de la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial decretats a l’empara de la legislació anterior a l’entrada en vigor d’aquesta llei es mantenen, amb la possibilitat de modificar les mesures per circumstàncies sobrevingudes en aplicació de les normes vigents en el moment d’adoptar-les”. El paràgraf tercer estableix excepcions per a determinats casos: “[n]o obstant el que estableix l’apartat 2, a petició de part es pot acordar la revisió de les mesures adoptades (...)”, d’entre d’altres, “(...) la substitució de l’atribució judicial de l’ús de l’habitatge familiar per l’abonament d’una prestació dinerària, d’acord amb el que estableix (...) [l’art.] (...) 233-21 del Codi civil. La revisió s’ha de tramitar pel procediment establert per a la modificació de mesures definitives”.

<sup>215</sup> En aquest sentit, Bayo Deglado (2012, p. 4)

forma de pensió (art. 569-36 CCCat) i la hipoteca en garantia d'aliments (art. 569-37 CCCat).

### **3.1.4. Límits de l'atribució de l'ús de l'habitatge, en especial, si els cònjuges detenen l'habitatge familiar per tolerància d'un tercer**

Com ja ha havia reconegut reiteradament la jurisprudència del TS i del TSJC, la sentència que atribueix el dret d'ús de l'habitatge familiar no altera la titularitat en virtut de la qual els cònjuges posseeixen l'immoble i, en conseqüència, no pot imposar noves obligacions a tercers<sup>216</sup>.

Per això, “[s]i els cònjuges posseeixen l'habitatge en virtut d'un títol diferent del de propietat, els efectes de l'atribució judicial del seu ús queden limitats pel que disposi el títol, d'acord amb la llei” (art. 233-21.2 CCCat). En altres paraules, si posseeixen l'immoble en virtut d'un contracte, típicament, d'arrendament, l'atribució de l'ús s'ha d'ajustar al seu contingut, sens perjudici de la possible subrogació que preveu l'art. 15 LAU.

Ara bé, el supòsit que ha donat lloc a una jurisprudència més abundant ha estat aquell en què els cònjuges detenen l'habitatge familiar, no en virtut d'un títol, sinó per tolerància d'un tercer. És molt comú que els pares d'un dels membres de la parella, o un familiar proper, cedeixin l'ús d'un habitatge per a què el matrimoni o la parella hi vagi a viure. La jurisprudència ha qualificat aquesta possessió de precari i, en conseqüència, el propietari de l'immoble pot sol·licitar la restitució del bé en qualsevol moment. Per això, l'art. 233-21.2, *in fine*, CCCat estableix que en aquests casos “els efectes de l'atribució judicial del seu ús acaben quan aquest en reclama la restitució”.

Aquesta regulació té unes clares implicacions de gènere, ja que el procediment de desnonament per precari afecta majoritàriament les dones, que per les

---

<sup>216</sup> Per a una anàlisi exhaustiva de la jurisprudència del TS en la matèria, vegeu Diéguez Oliva (2008) i Torrelles Torrea (2011).



raons que s'han apuntat en aquesta anàlisi, són les principals beneficiàries de l'atribució del dret d'ús sobre l'habitatge familiar<sup>217</sup>.

El legislador català ha anat més allà i ha previst que en aquests supòsits “la sentència pot ordenar l'adequació de les prestacions alimentàries o compensatòries pertinents” (art. 233-21.2, *in fine*, CCCat). L'augment de la prestació d'aliments i de la prestació compensatòria en aquests supòsits es valora positivament ja que, si bé és cert que la sentència de nul·litat del matrimoni, divorci i separació judicial no pot imposar obligacions a terceres persones alienes al matrimoni, això no impedeix que el cònjuge amb més recursos hagi d'assumir les conseqüències derivades d'aquesta nova situació.

Per tant, si el cònjuge i els fills que hi conviuen són desnonats de l'habitatge familiar per precari, les necessitats d'habitació dels fills menors hauran de ser cobertes amb un augment de la pensió d'aliments i, només si l'ús de l'habitatge familiar va ser atribuït en pagament de la prestació compensatòria, amb un augment d'aquesta. A més, la possible adequació de dites quanties és probable que en molts casos desincentivi les accions de desnonament instades per familiars del cònjuge no beneficiari de l'ús<sup>218</sup>.

### **3.2. Normes especials d'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar en cas de ruptura de la parella estable: atribució limitada als supòsits de guarda de fills comuns**

El legislador català ha introduït en el Llibre segon una regulació del règim d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en cas de ruptura. Aquesta regulació es remet, només en part, a les normes d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar que també operen en el matrimoni (art. 234-8.4 CCCat), si bé les parelles compten amb normes particulars que, per la seva transcendència, també s'analitzen en aquest treball (art. 234-8, ap. 1 a 3, CCCat).

---

<sup>217</sup> Torrelles Torrea (2011, p. 1408).

<sup>218</sup> En aquest sentit, *Caso Señal* (2011a, p. 923).

La principal conclusió que s'extreu d'aquestes normes és que, en el cas de les parelles estables, i en defecte de pacte, l'atribució o distribució de l'habitatge familiar al convivent no titular només opera quan hi ha fills comuns: (i) preferentment, al membre de la parella a qui correspongui la guarda dels fills mentre duri aquesta i, (ii) si la guarda dels fills és compartida o distribuïda entre ambdós membres de la parella, al que en tingui més necessitat (art. 234-8.2 CCCat).

El Llibre segon positivitza d'aquesta manera la jurisprudència reiterada que aplicava, en defecte d'una norma sobre atribució de l'ús de l'habitatge en la LUEP, el règim jurídic de l'art. 83 CF a les parelles estables amb fills menors comuns<sup>219</sup>.

*El TSJC resumeix aquesta jurisprudència en la STSJC 3.12.2009 (RJ 2009\1438): “[a]quest Tribunal ha declarat ja en la sentència de data 12.12.2005 que no hi ha analogia entre la regulació del Codi de Família en la seva aplicació a les parelles de fet pel que fa a l'atribució de l'ús de la habitatge familiar, però ho ha fet en un cas de parella sense fills comuns menors d'edat. (...) No obstant això, la qüestió ha de tenir una solució diferent si hi ha fills menors comuns, ja que ni la Constitució de 1978 que en el seu article 39.3 proclama: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente procedan”, ni les lleis permeten discriminar uns fills respecte d'altres per raó de la seva procedència. (...) D'aquesta manera, un dels béns jurídics protegits en la regulació del títol III del Codi de Família de 15 de juliol de 1998 és l'interès dels fills menors d'edat i les regles d'atribució de l'ús de la habitatge familiar si n'hi ha, operen en base al favor filii. És per això que no es pot aplicar la normativa de forma diferent si la parella ha tingut descendència i els fills són menors d'edat a com es faria si els fills fossin matrimonials” (FJ 3er).*

---

<sup>219</sup> Per un anàlisi de l'evolució de la jurisprudència sobre aquesta qüestió, vegeu Viñas Maestre (2007).

La solució legislativa del Llibre segon constitueix un bon pretext per a la discussió que es presenta molt interessant des d'un punt de vista de gènere. Si bé el TC ha afirmat que matrimoni i unions de fet són dues realitats diferents, que poden ser objecte de diferent protecció sense que això comporti necessàriament discriminació [STC 11.12.1992 (RTC 1992\222)], la solució del legislador català pel que fa a l'atribució de l'habitatge familiar a la ruptura de la parella estable no està exempta de polèmica. En especial, si tenim en compte que les dinàmiques de gènere que s'han pogut generar dins de la parella han pogut ser molt similars, si no idèntiques, a les que s'han pogut produir en el matrimoni.

Així, la ruptura de la parella pot repercutir, de manera semblant al matrimoni, en la part més dèbil d'una parella estable. La qüestió que és planteja és, doncs, per què no atribuir la mateixa protecció a aquesta part quan, tot i no existir fills comuns o ser aquests majors d'edat, té una major necessitat que l'altra. Alguns autors han suggerit que en cas que un dels convivents es trobi en situació de necessitat, si no hi ha fills menors comuns, el jutge podria atribuir-li l'ús de l'habitatge familiar fonamentant la seva decisió en la protecció dels seus drets fonamentals<sup>220</sup>.

No obstant, el Llibre segon estableix dos mecanismes que moderen els efectes de la ruptura: d'una banda, preveu la possibilitat que el convivent que hagi vist minvada la seva capacitat d'obtenir ingressos, com a conseqüència de la convivència, pugui demanar una prestació alimentària si la parella estable s'extingeix en vida dels convivents (art. 243-10 CCCat); i, de l'altra, permet als convivents celebrar pactes en previsió del cessament de la convivència, en els que poden pactar, entre d'altres assumptes, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en cas de ruptura (art. 234-5 CCCat).

---

<sup>220</sup> Viñas Maestre (2007, p. 15), que cita a Pereda Gámez (2003, p. 318).

## 4. Conclusions

La protecció de l'habitatge familiar es duu a terme en el Llibre segon des d'una doble perspectiva: durant el matrimoni o convivència en parella estable, mitjançant les normes que regulen la disposició de l'habitatge familiar, que pretenen protegir els interessos del cònjuge que no en té la titularitat, el qual pot ser alhora la part econòmicament més dèbil de la parella; i, en cas de ruptura del matrimoni o de la parella estable, mitjançant les regles per a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar a un dels cònjuges o convivents. Aquestes regles poden tenir conseqüències rellevants des del punt de vista de gènere: en primer lloc, perquè no limiten l'autonomia privada dels cònjuges en els acords relatius a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, quan formen part del conveni regulador i allò pactat causa un greu perjudici a un dels cònjuges; en segon lloc, perquè no resolen els problemes que planteja l'extinció del dret d'ús, atribuït per raó de la guarda dels fills, quan aquesta acaba, si els fills majors d'edat continuen essent econòmicament dependents; en tercer lloc, perquè la configuració de la guarda compartida com a regla preferent pot modificar el patró d'atribució quasi automàtica de l'habitatge al cònjuge guardador, habitualment la dona; en quart lloc, perquè la regla de la temporalitat en l'atribució de l'ús, tot i que es reputa correcta en un model de família en el qual tant l'home com la dona tenen una feina remunerada, no s'adequa tan bé a la realitat de les famílies més tradicionals; finalment, perquè la solució del legislador català pel que fa a l'atribució de l'habitatge familiar a la ruptura de la parella estable, quan no tenen fills comuns menors d'edat, pot repercutir negativament, de manera semblant al matrimoni, en la part més dèbil de la parella.

## 5. Taula de sentències citades

### Sentències del Tribunal Constitucional

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
11.12.1992	RTC 1992\222	Vicente Gimeno Sendra

### Sentències del Tribunal Suprem

<b>Sala i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
1a, 31.5.2012	RJ 2012\6550	Encarnación Roca Trías
1a, 10.10.2011	RJ 2011\6839	Encarnación Roca Trías
1a, 18.1.2009	RJ 2010\1274	Encarnación Roca Trías

### Sentències i interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

<b>Data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
30.7.2012	RJ 2012\10035	María Eugenia Alegret Burgués
26.4.2012	RJ 2012\6363	José Francisco Valls Gombau
10.9.2010	RJ 2011\2458	Enrique Anglada Fors
22.4.2010	RJ 2010\3623	María Eugenia alegret Burgues
18.1.2010	RJ 2010\1297	Enrique Anglada Fors
3.12.2009	RJ 2009\1438	M <sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués
6.7.2009	RJ 2009\5669	Carlos Ramos Rubio
10.11.2008	RJ 2009\3142	Carlos Ramos Rubio
18.9.2008	RJ 2009\1726	Carlos Ramos Rubio
5.9.2008	RJ 2009\1449	Enrique Anglada Fors
28.2.2008	RJ 2009\3133	Ramón Foncillas Sopena
5.10.2004	RJ 2005\290	Antonio Bruguera Manté
4.10.2006	RJ 2007\6178	Carlos Ramos Rubio
19.7.2004	RJ 2004\5534	Guillermo Vidal Andreu
6.11.2003	RJ 2003\8842	Guillermo Vidal Andreu
22.9.2003	RJ 2003\7128	Ponç Feliu i Llansa
21.10.2002	RJ 2003\6968	Nuria Bassols Muntada

### Sentències d'Audiències Provincials

<b>Tribunal i data</b>	<b>Referència</b>	<b>Magistrat Ponent</b>
Girona 29.6.2012	AC 2012\1356	Nuria Lefort Ruiz de Aguiar
Barcelona 21.12.2011	JUR 2012\107322	Ana M <sup>a</sup> García Esquius
Barcelona 24.5.2011	JUR 2011\293241	M <sup>a</sup> José Pérez Tormo
Girona 30.9.2010	JUR 2010\385443	María Isabel Soler Navarro

Barcelona 27.1.2010	JUR 2010\104643	Pascual Martín Villa
Barcelona 18.9.1998	EDJ 1998\22211	Ana María García Esquiús

## 6. Bibliografia

Santiago ESPIAU ESPIAU (2011a), “L’atribució conjunta de l’ús de l’habitatge familiar en una situació de crisi matrimonial: comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 18 de gener de 2010”, *RCDP*, vol. 11 (2010), pp. 245-257.

--(2011b), “Capítulo 15. La disposición de la vivienda familiar en el Libro Segundo del Código Civil de Catalunya”, a Reyes BARRADA ORELLANA / Martín GARRIDO MELERO / Sergio NASARRE AZNAR (Coord.) *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, pp. 409-427.

Joaquim BAYO DELGADO (2012), “[Atribució o distribució de l’ús de l’habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària](#)”, Ponència a les *Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa. Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012.

Joaquim BAYO DELGADO / Antoni CUMELLA GAMINDE (2000), “Comentari a l’art. 83 CF. Ús de l’habitatge familiar”, a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (Dir.) / Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *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, pp. 391-401.

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT (2011), “Capítulo 18. El uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. Implicaciones sustantivas y registrales”, a Reyes BARRADA ORELLANA / Martín GARRIDO MELERO / Sergio NASARRE AZNAR (Coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, pp. 471-501.

Mercè CASO SEÑAL (2011a), “Comentario a la Sección 4ª del Capítulo III. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”, a Encarnación ROCA TRÍAS (Coord. general) / Pascual ORTUÑO MUÑOZ (Coord. del volum), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, pp. 909-935.

--(2011b), “L’atribució o distribució de l’ús de l’habitatge familiar”, Ponència de les jornades *El llibre segon del Codi Civil de Catalunya*, organitzada pel Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Cardona, 23, 24 i 25 de novembre de 2011.

Rocío DIÉGUEZ OLIVA (2008), “La atribución del uso de la vivienda en situaciones de crisis familiar. Efectos derivados de la falta de titularidad sobre la misma”, a Ángeles LIÑÁN GARCÍA / Mª Soledad DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO (Coords.), *Mujeres y protección jurídica. Una realidad controvertida*, ATENEA: Estudios sobre la mujer, Universidad de Málaga, pp. 106-122.

Isabel FERNÁNDEZ-GIL VIEGA (2012), “Capítulo IV. Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad. 3.4. La atribución del uso de la vivienda familiar”, a Gema DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters, Civitas, pp. 1406-1415.

Joaquím María LARRONDO LIZARRAGA (2000), “Comentari a l’art. 9 CF. Disposició de l’habitatge familiar”, a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (Dir.) / Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d’unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, pp. 123-134.

Josep SANTDIUMENGE I FARRÉ (2000), “Comentari a l’art. 2 CF. Domicili familiar”, a Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA (Dir.) / Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d’unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, pp. 67-77.

Esther TORRELLES TORREA (2011), “Cesión de vivienda a hijo y posterior crisis matrimonial con atribución judicial del uso a su cónyuge: Un desahucio por precario que afecta mayoritariamente a mujeres”, a María Paz GARCÍA RUBIO / M<sup>a</sup> del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.) / Laura LÓPEZ DE LA CRUZ / Marta OTERO CRESPO (Coords.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanc, València, pp. 1408-1428.

Montserrat TUR RACERO (2010), “La Llei 25/2010, del 29 de juliol del llibre II del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Una lectura amb perspectiva de gènere”, *Activitat Parlamentària*, pp. 16 i ss.

Dolors VIÑAS MAESTRE (2007), “Unions Estables de Parella. Regulació processal i ús del domicili”, *InDret 1/2007*.



## La filiació

Dra. Esther Farnós Amorós  
Universitat Pompeu Fabra

### 1. Introducció: reproducció sexual i asimetries de gènere

El gènere, per contraposició al sexe, permet centrar l'atenció en les diferències que s'identifiquen amb construccions socials que parteixen del sexe biològic. El paper del dret en aquest context és el de modificar aquestes diferències<sup>221</sup>.

Pel seu component biològic, el context que envolta la reproducció sexual es caracteritza per l'existència de clares asimetries de gènere<sup>222</sup>. A diferència del que succeeix en molts altres àmbits, el major control de la reproducció i del propi cos per part de les dones ha determinat que aquestes asimetries s'hagin manifestat tradicionalment des d'una posició d'avantatge de les dones respecte dels homes. La jurisprudència proporciona exemples de grups de casos en què aquestes asimetries es manifesten, com els d'engany en l'anticoncepció o, en la terminologia anglosaxona més estesa, *birth control fraud*<sup>223</sup>; els més atípics de relacions sexuals no consentides per part de l'home, que resulten en un

---

<sup>221</sup> Casado/Royes (2012).

<sup>222</sup> Goetz/Shackelford (2009, pp. 449–456).

<sup>223</sup> Sheldon (2001). Els tribunals nord-americans impedeixen a l'home que consentí les relacions sexuals sota la creença fonamentada que la dona prenia anticonceptius orals, oposar-se després a la paternitat resultant i reclamar pels presumptes danys patits com a conseqüència de l'engany. Així, a *Wallis v. Smith* [22 P.3d 682 (N.M. Ct. App. 2001)] el tribunal d'apel·lacions de Nou Mèxic confirmà la sentència desestimatòria de la indemnització pels danys derivats de la paternitat indesitjada basat en la responsabilitat objectiva predicable del pagament de les pensions als fills menors d'edat. Tot i que a Espanya no hi ha constància d'accions similars, el cas resolt per la SAP Palència 30.1.2008 (JUR 2008\318329), es refereix *obiter dicta* a la mateixa qüestió: "(...) como cuando en el presente caso sucede la relación sexual se mantiene de forma consciente, con conciencia además de que no se está utilizando ningún método anticonceptivo externo, por más que en su mente no esté el deseo de engendrar descendencia, no puede desconocer cuales son las consecuencias del acto que realiza y tal posibilidad, a pesar de lo cual mantiene relaciones sexuales (...)" (FJ 3er). L'Audiència reforça la seva posició a partir del recurs al principi *favor filii*.

naixement<sup>224</sup>; o els d'ocultació de la paternitat biològica al marit, que ja han donat lloc a diverses accions de responsabilitat civil extracontractual<sup>225</sup>.

Pel que fa a la maternitat, la relació mare-fill és directa, immediata i de fàcil determinació (biològicament i jurídica). La relació pare-fill és, en canvi, mediata, indirecta, tinguda (i coneguda) per conducte de la mare i, clarament, només a través d'ella pot quedar determinada la paternitat. Per tant, així com la determinació legal de la maternitat es redueix substancialment a la constatació de fets concrets i, en general, fàcilment demostrables, la determinació de la paternitat necessita d'instruments jurídics (presumpcions legals o de fet), vinculats a la medietesa de la relació inicial amb la mare i amb la incertesa d'aquesta generació<sup>226</sup>. Aquesta realitat jurídica diferent determina, en l'ordre jurídic i en la fonamental oposició maternitat-paternitat, una oposició paral·lela entre el fet natural i l'instrument lògic formal, que s'ha expressat històricament a partir de criteris diferents de determinació de la filiació (art. 235-3 CCCat) o de requisits de capacitat diversos (art. 235-11.1 CCCat) que, per la seva base biològica, queden fora de l'abast del present treball.

Les asimetries de gènere en el context de la reproducció s'observen també en l'àmbit particular de l'exercici de les accions per a reclamar o impugnar la filiació. Tradicionalment, en aquest context aquestes asimetries havien perjudicat les dones, que eren les que reclamaven la paternitat als homes. En els darrers anys, però, aquesta tendència està canviant, en tant que es constata una "proliferació" d'accions de reclamació de paternitat exercides pels propis homes, el que s'explicaria per un possible canvi de les actituds masculines vers la paternitat i per aspectes més pragmàtics, com l'aprovació de

---

<sup>224</sup> Comprendria, entre d'altres, els casos de relacions sexuals entre una dona i un menor que no té l'edat per consentir-les i els d'"apropiació indeguda" d'esperma per part de la dona. Per a una anàlisi d'aquests casos als EUA, amb especial atenció a l'obligació de pagar prestacions alimentàries als fills que neixen d'aquestes relacions, vegeu Higdon (2011, pp. 1-42).

<sup>225</sup> En relació als EUA, vegeu Cannold (2008, pp. 249-256). En relació a la jurisprudència dels tribunals espanyols, vegeu Farnós Amorós (2011b, pp. 11-56).

<sup>226</sup> Rivero Hernández (2000, pp. 416-417).

legislació sobre pensions d'aliments als menors i la generalització de les proves d'ADN<sup>227</sup>.

En seu de maternitat i filiació, per tant, la subordinació tradicional de la dona respecte de l'home no sempre es compleix. La voluntat de procrear pot estar tan lligada a la voluntat femenina, que una dona "té el poder de fer o desfer un pare"<sup>228</sup>. Aquest poder és encara més evident a partir de les possibilitats que ofereixen les tècniques de reproducció assistida. Si bé en ordenaments com el nostre aquestes tècniques possibiliten que una dona decideixi quan i si vol tenir fills sense parella, no es pot oblidar que la dona sempre n'és la receptora. Durant els anys vuitanta, coincidint amb la generalització i desenvolupament d'aquestes tècniques, es va començar a constatar la manca d'un punt de vista comú sobre les seves implicacions per a les dones. En línies generals, els diferents posicionaments es poden dividir entre els que conceben les TRA com un instrument que atorga més poder a les dones, i els que les consideren una nova forma de control sobre elles<sup>229</sup>.

A partir d'aquestes constatacions, el treball se centra en la filiació per naturalesa, que en el nostre ordenament comprèn la derivada del recurs a la reproducció assistida<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> Sheldon (2005, pp. 355-356).

<sup>228</sup> Sánchez Hernández (2011, p. 684).

<sup>229</sup> En relació a aquesta dicotomia, vegeu Becker/Bowman/Nourse/Yuracko (2007, pp. 516 i ss.). A Espanya, Alkorta Idiákez (2003, pp. 77 i ss.) i Fernández Ruiz-Gálvez (2002, pp. 159 i ss.).

<sup>230</sup> En aquest sentit, l'art. 235-1 CCCat estableix que "[l]a filiació pot tenir lloc per naturalesa o per adopció", i la filiació derivada de fecundació assistida es desenvolupa en la secció relativa a la filiació per naturalesa (art. 235-3 a 235-29 CCCat). El CCat segueix la línia del derogat CF, que al seu torn declarava en el Preàmbul que optava per mantenir-ho per respecte als principis rectors de la LF. Ara bé, la proximitat de la filiació que pot resultar de l'accés a TRA i la filiació adoptiva porta a configurar la primera com una categoria intermèdia o, fins i tot, com una tercera forma de filiació: Rivero (1988, pp. 156-157). De totes maneres, són excepcionals les normes que, com el CC de Quebec, regulen separadament les tres formes de filiació.

## 2. Filiació per naturalesa

### 2.1. Accions de filiació, possible conflicte d'interessos i interès superior del menor

La filiació per naturalesa és la que s'associa a la genètica, raó per la qual la llei considera, en principi, que el pare o la mare és el progenitor o progenitora del fill, sense perjudici que per qualsevol raó no ho sigui en realitat. Ara bé, el dret ignora aquest desacord fins que la filiació queda determinada judicialment<sup>231</sup>.

En molts dels plets de filiació exercits en nom d'un fill menor d'edat, ja siguin de reclamació o d'impugnació, és la dona, com a mare, qui actua en representació del menor. Ara bé, cada cop en més casos és discutible que l'interès de la mare que actua en representació del menor coincideixi efectivament amb l'interès d'aquest darrer, que el Llibre segon del CCCat erigeix en principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti (art. 211-6.1). La qüestió, que presenta amb clares repercussions des del punt de vista de gènere, ha estat resolta de forma positiva pel legislador, que per primer cop ha previst la figura del defensor judicial en seu de filiació (art. 235-16.3).

La qüestió de quan un menor necessita representació legal independent de la dels seus progenitors ha estat molt debatuda, atès que tant en els plets de filiació com en els de guarda s'observa que els interessos dels adults no sempre coincideixen amb els dels menors<sup>232</sup>. Així, en alguns casos la mare, per raons que no tenen res a veure amb l'interès del menor, sinó més aviat amb la voluntat de trencar tot vincle amb el pare un cop finalitzada la relació afectiva, o per altres motivacions de caire més aviat emocional, pretén deixar sense efecte la paternitat, fins i tot sabent que qui consta com a pare legal és el pare biològic, i fins i tot renunciant a una eventual prestació econòmica a favor del menor.

---

<sup>231</sup> Rivero Hernández (2000, p. 419).

<sup>232</sup> Murphy/Wyron Levin (2000, p. 12).

Aquest, però, pot tenir un interès clar en preservar aquesta relació, estigui o no basada en un fet biològic. Així mateix, hi ha casos on la probabilitat que un altre home sigui declarat pare és del tot irrisòria, amb la qual cosa el nen pot quedar sense un pare, ja s'entengui la referència en sentit ampli o tan sols a un mer alimentant. Aquesta conseqüència pot ser especialment greu quan s'ha establert un vincle afectiu entre el menor i l'home que en consta com a pare. En aquestes circumstàncies, la possibilitat de nomenar un defensor judicial en aquests procediments s'ha de veure amb bons ulls.

Vistes aquestes situacions de possible conflicte d'interessos, la modificació del precepte del CCCat relatiu a l'acumulació d'accions (art. 235-22), que ara només permet que prosperi autònomament l'acció d'impugnació, sense que ho faci la de reclamació, quan la primera no ha caducat i qui l'exerceix té legitimació, és un altre aspecte positiu que cal destacar de la regulació de la filiació en el Llibre segon. La redacció tradicional del precepte, en subordinar únicament el règim de l'acció d'impugnació al de la preferent acció de reclamació, possibilitava que en casos límit prosperés la impugnació de la filiació sense que ho fes la reclamació. La modificació evitarà casos amb un desenllaç tan qüestionable com el resultat per la SAPB 28.1.2009 (JUR 2009\129094)<sup>233</sup>.

*En el cas, durant els primers mesos d'embaràs l'actora inicià una relació afectiva amb un home que, a partir del que es coneix com un "reconeixement de complaença" permès aleshores per l'art. 93 a) i b) CF [actual art. 235-19.1 a) i b) CCCat], reconegué legalment la paternitat del menor just després del seu naixement, conscient que el pare biològic era un altre. La parella convisqué cinc anys, durant els quals el company de la mare i pare legal actuà com a tal en tots els àmbits de la vida del menor. Un cop sobrevinguda la crisi de parella, i després d'un dilatat conflicte judicial sobre el règim de visites, la mare acumulà les accions de filiació, en els termes que aleshores permetia l'art. 105 CF, impugnant la paternitat del pare legal i reclamant la paternitat al presumpte pare*

---

<sup>233</sup> Per a una anàlisi detallada del cas i les seves implicacions, vegeu Farnós Amorós (2012, pp. 172-174).

*biològic. En sotmetre's l'acció d'impugnació al règim de la preferent acció de reclamació, que legitima el fill o, en el seu cas, el seu representant legal "durant tota la seva vida", i en aplanar-se el pare legal, en apel·lació, a la pràctica de les proves biològiques, l'acció d'impugnació acabà prosperant malgrat haver caducat. Ara bé, la negativa del presumpte pare biològic a realitzar-se les proves d'ADN, valorada en conjunció amb els indicis contradictoris que obraven en el procés, impedí que prosperés l'acció de reclamació, amb la qual cosa la paternitat del menor va quedar indeterminada. La solució, malgrat alinear-se amb la veritat biològica, no s'identifica necessàriament amb l'interès superior del menor.*

En últim terme, la reforma introduïda per l'art. 235-22 CCCat, en tant que subordina l'èxit de l'acció d'impugnació al de la principal de reclamació, llevat que l'actora estigui legitimada per exercir l'acció d'impugnació i aquesta no hagi caducat, planteja la difícil qüestió de si és més beneficiós per al menor comptar en tot cas amb una paternitat determinada, coincideixi o no amb la veritat biològica. L'opció adoptada és raonable si tenim en compte que el fi últim als plets de filiació ha de consistir en garantir l'interès del menor en el cas concret, que es pot identificar amb l'assegurament d'una estabilitat, potser tan sols econòmica, mentre no assoleixi la majoria d'edat, moment a partir del qual podrà exercir l'acció d'impugnació per tal de fer prevaler la veritat biològica (arts. 235-25 i 235-26.2 CCCat).

El principal problema que planteja determinar si el representant legal del menor actua efectivament en interès d'aquest darrer és la prova de l'*animus*. En els plets de filiació aquest ànim es pot inferir quan l'actora assumí en el seu moment que un home diferent del pare biològic reconegués la paternitat no matrimonial, o bé no va qüestionar el joc de la presumpció de paternitat matrimonial que sabia que no es corresponia amb la veritat biològica i, un cop sobrevinguda la crisi de parella, pretén impugnar aquella filiació. La STSJ 22.12.2008 (JUR 2009\295671) resol un cas en què, en el context de la filiació derivada del recurs a la reproducció assistida consentida per la parella de la mare, un cop finalitzada la relació i precisament quan l'home reclamava extrajudicialment drets de visita respecte del menor, la mare exercí una acció

d'impugnació de la paternitat, emparada en un defecte de forma del consentiment. El TSJC va ser taxatiu: “(...) La seguretat jurídica i l'interès del menor no poden trobar-se a l'atzar de les relacions afectives dels pares (...)” (FJ 11è)<sup>234</sup>.

Pel que fa al termini per a l'exercici de les accions de filiació, el legislador català manté el període de caducitat de dos anys en relació a l'acció d'impugnació<sup>235</sup>, el que es veu com un reforç de les relacions basades en la genètica, per sobre de les basades en l'aparença o en la voluntat privada, la qual cosa vindria a simplificar els principis del sistema de filiació<sup>236</sup>. Amb lleugeres variacions, aquestes limitacions temporals són comuns en molts ordenaments del nostre entorn. Es tracta d'una opció de política legislativa que el TEDH ha reiterat en nombroses ocasions que entra dintre del marge d'apreciació dels Estats (entre els casos més recents vegeu, respectivament, els FFJJ 78 i 75 de *Kautzor i Ahrens c. Alemanya*, decidits el 22.3.2012).

L'única excepció al termini de caducitat de dos anys per a l'exercici de l'acció d'impugnació es dona quan el que s'impugna no és la filiació, sinó el seu reconeixement fet en frau de llei (art. 235-27.4 CCCat). El legislador ha introduït una novetat rellevant en aquest punt, en tant que distingeix aquesta acció, a la qual correspon el règim jurídic de l'acció de nul·litat, de l'acció d'impugnació del reconeixement de la paternitat fet sense capacitat o per error, violència, intimidació o dol. Mentre que l'acció d'impugnació del reconeixement fet en frau de llei no està subjecta a termini i pot ésser exercida pel ministeri fiscal o per qualsevol altra persona amb un interès directe i legítim, en els altres casos l'acció caduca en el termini de dos anys des de l'assoliment de la majoria d'edat o la recuperació de la plena capacitat (en el cas d'error o de vici, des de l'atorgament del reconeixement fet amb error o des que cessa el vici, respectivament) i la legitimació correspon a qui l'ha atorgat i als seus representants legals (art. 235-27, ap. 1r a 3r CCCat). La principal novetat

---

<sup>234</sup> Vegeu el comentari de Rivero Hernández (2010, pp. 225-243).

<sup>235</sup> En aquest sentit, vegeu els derogats arts. 106-110 CF i els vigents arts. 235-23 a 235-27, ap. 1r, 2n i 3r, CCCat.

<sup>236</sup> Ferrer (2006, p. 756).

introduïda en aquest punt pel legislador català, consistent en atribuir un règim jurídic propi a l'acció d'impugnació del reconeixement fet en frau de llei, s'ha de veure amb bons ulls, en tant que pretén identificar filiació legal amb filiació genètica, garantint al seu torn el respecte per l'interès del menor que s'identifica amb l'estabilitat del seu estat civil i la seva indisponibilitat per actes discrecionals d'aquells que en consten com a progenitors legals. En últim terme, la reforma fa palès que la via idònia per reconèixer un menor que se sap del cert que no és el fill biològic és l'adopció, caracteritzada per la irrevocabilitat del vincle (art. 235-51.1 CCCat). L'art. 235-27.4, malgrat no establir un termini de caducitat, impedeix l'exercici de l'acció a qui reconeix sabent que no és el pare biològic, o a la mare que tolera aquest comportament, en tant que cap dels dos té un "interès directe i legítim". Aquests subjectes haurien de recórrer, en el seu cas, a l'acció d'impugnació de la filiació que, com ja hem vist, està subjecta a un termini de caducitat de dos anys.

## **2.2. Relacions sexuals de la mare amb altres homes**

L'art. 235-18 CCCat manté l'anomenada *exceptio plurium concubentium*, introduïda per primer cop a l'ordenament català per l'art. 16 LF. En termes similars als del derogat art. 101 CF, en coherència amb els principis de veritat biològica i lliure investigació de la filiació que inspiren la regulació catalana en aquesta matèria, el nou precepte disposa que "[l]a prova de les relacions sexuals de la mare amb un home diferent del demandat durant el període legal de concepció no és suficient per a destruir les presumpcions de paternitat".

El Llibre segon afegeix dos matisos que perfeccionen tècnicament l'excepció. La novetat més rellevant radica en la introducció d'un nou apartat, segons el qual en cas d'al·legació de l'excepció per part del demandat, que es portarà a terme en la fase de contestació a la demanda, es pot cridar al procés, a petició de part legitimada per a reclamar la paternitat, el tercer o tercers que presumptament van mantenir relacions sexuals amb la mare perquè també hi intervinguin en qualitat de demandats. La previsió expressa de la crida al procés d'aquest tercer o tercers mereix una valoració positiva, en tant que no



se'n podria declarar la paternitat, per molt probable que fos, si aquest tercer no ha estat part processal, demandada en el judici. En segon lloc, en el tercer apartat del precepte, que permet declarar pare aquell dels demandats la paternitat del qual resulti més versemblant, el legislador ha eliminat l'incís segons el qual "si la probabilitat de paternitat entre els possibles pares és semblant, no se'n pot declarar la paternitat de cap". Des del punt de vista formal, la supressió d'aquest incís sembla més respectuosa amb l'interès del menor identificat, com s'ha dit abans, amb una certa garantia d'estabilitat. Des del punt de vista substantiu la supressió no té cap rellevància, en tant que si les proves de paternitat que es poden realitzar a l'empara dels art. 235-15.2 CCCat no són concloents, la conseqüència lògica del procés serà la no declaració de paternitat.

Un cop més, l'incís troba el seu fonament en el principi de veritat biològica que inspira el legislador català en seu de filiació. Si bé en determinades circumstàncies aquest principi pot conduir a què el menor quedi sense una filiació determinada, res impedeix que es declari amb posterioritat<sup>237</sup>.

En la meua opinió, l'excepció de relacions sexuals de la mare amb altres homes no representa cap estigma social vers la dona promíscua sexualment. Es tracta d'una excepció que no és estranya en altres ordenaments, per molt que sí que ho sigui al CC, que simplement vol garantir la seguretat jurídica. En aquest sentit, no constitueix una excepció general que es pugui al·legar durant el procés pel mer fet que la mare mantingué relacions sexuals o cohabità amb tercers indeterminats en número indefinit durant el període de la concepció<sup>238</sup>,

---

<sup>237</sup> També s'ha afirmat que l'incís fa referència a un supòsit hipotètic. Segons Rivero Hernández (2001, pp. 180-181), en relació al derogat art. 101.2 CF, equivalent a l'incís mencionat, aquesta "probabilitat semblant" només es donarà quan els demandats siguin germans, i a més amb herència genètica pràcticament idèntica, com també en cas de "conflicte negatiu de paternitats", quan de les proves practicades resulti que cap dels demandats sigui progenitor. Ara bé, si l'excepció s'invoca pel demandat en un procediment de reclamació de la paternitat, el supòsit no resulta tan hipotètic, com podria ser si el primer demandat i els posteriorment portats al procés es neguessin a la pràctica de les proves biològiques i, a partir de la lectura de l'art. 767.4 LEC en sentit contrari, no hi hagués indicis suficients per a declarar-ne la paternitat de cap.

<sup>238</sup> Rivero Hernández (2001, pp. 173-174).

sinó que tan sols posa novament de manifest l'evidència del major control de la reproducció sexual per part de la dona. Les raons biològiques que ho expliquen impedeixen que la disposició rebi una valoració negativa des del punt de vista de gènere, més si tenim en compte que d'acord amb la normativa processal la càrrega de la prova de les relacions sexuals de la mare amb persona diferent del demandat correspon al propi demandat que invoca l'excepció (art. 217 LEC).

## **2.3. La filiació derivada del recurs a la reproducció assistida**

### **2.3.1. La dona com a receptora de les tècniques**

En la filiació derivada del recurs a les TRA les implicacions de gènere associades a la filiació per naturalesa són encara més evidents. El fet que la receptora de les tècniques hagi de ser sempre, per raons biològiques, una dona, en condiona l'aplicació i les conseqüències que en poden resultar en matèria de filiació.

D'acord amb l'art. 6.1 LTRHA, precepte relatiu als usuaris de les tècniques que és aplicable a Catalunya per raons competencials (vegeu Disp. Final 1a), tota dona major de 18 anys i amb plena capacitat d'obrar podrà ser receptora o usuària de les tècniques regulades en aquesta Llei, sempre que hagi prestat el consentiment escrit a la seva utilització de manera lliure, conscient i expressa. El precepte també estableix que la dona podrà ser usuària o receptora de les TRA regulades en aquesta Llei *amb independència del seu estat civil i orientació sexual*.

Junt amb l'art. 10.2 LTRHA, que estableix que la filiació materna ve determinada pel fet del part, l'anterior precepte impedeix que, més enllà del recurs a l'adopció, en l'ordenament espanyol pugui constar la doble paternitat a favor de dos homes. Raons biològiques permeten afirmar, per tant, que la LTRHA exclou, que no necessàriament discrimina, l'home sol o les parelles de dos homes de l'accés a les TRA, en tant que sempre necessitaran una dona

que aporti l'òvul i/o gestió, de moment, en l'ordenament jurídic espanyol el contracte pel qual s'acorda la gestació de substitució és nul de ple dret (art. 10.1 LTRHA). L'equiparació amb les parelles de dues dones (art. 7.3 LTRHA, i arts. 235-8.1 i 235-13.1 CCCat) per considerar discriminatori que una parella de dos homes que recorre a la maternitat subrogada no pugui veure declarada la seva doble filiació paterna respecte del nen o nens que puguin néixer és, com a mínim, controvertida, ja que per raons biològiques les parelles de dues dones no necessiten recórrer a una tercera dona que porti a terme la gestació. En tenir la diferència una base biològica, en principi estaria justificat el tracte desigual que comporta la prohibició de l'art. 10.1 LTRHA per a les parelles de dos homes. No obstant, aquesta conclusió no perjudica l'oportunitat d'una reforma legislativa –al meu parer, del tot necessària– del precepte<sup>239</sup>.

En allò que transcendeix l'àmbit de la determinació de la filiació i afecta els aspectes sanitaris o les bases de les obligacions contractuals, l'eventual atorgament d'efectes legals als anomenats contractes de gestació de substitució o maternitat subrogada, per raons competencials correspon al legislador estatal. Ara bé, la Disp. Final 1a de la LTRHA situa dins l'àmbit de les competències autonòmiques en matèria de dret civil (art. 149.1.8 CE) els seus arts. 7 a 10, el que permetria al legislador català regular els efectes de la filiació que pogués derivar de l'accés a aquests contractes, en cas de ser considerats vàlids.

### **2.3.2. Novetats en la legislació catalana**

A Catalunya l'home o la dona pot consentir en document sanitari o en document públic a la fecundació assistida de la mare, com es desprèn de l'al·lusió al “document estès davant d'un centre autoritzat o en document públic” de l'art. 235-8.1 CCCat, en relació al “cònjuge” de la mare i, per remissió a

---

<sup>239</sup> Mentre aquesta reforma no es produeix, la DGRN, per Instrucció de 5.10.2010 (BOE núm. 243, de 7.10.2010) ha admès la inscripció de la filiació que pugui resultar de l'accés, per part de ciutadans espanyols, a la maternitat subrogada a l'estranger celebrada complint una sèrie de condicions. Per a una anàlisi general de la situació, a partir de les noves opcions que ofereix el mal anomenat “turisme reproductiu”, vegeu Farnós Amorós (2011a, pp. 120-125; 2013).

l'anterior, de l'art. 235-13.1, en relació a "l'home o la dona" no casat amb la mare. La reforma fou esglaonada. Vigent l'anterior CF, el legislador aprofità l'aprovació de la nova legislació successòria per introduir una modificació als articles relatius a la filiació derivada de fecundació assistida. Així, la Disp. Final 3a del Llibre quart del CCCat, substituï la referència al "consentiment exprés del *marit*" que feia el derogat art. 92.1 CF, per la referència més neutra al "consentiment exprés del *cònjuge*". En la mateixa línia, en relació a les parelles no casades, l'antic art. 97.1 CF abandonà la referència a "l'home", per deixar pas a "l'home" o "la dona". Després de l'entrada en vigor del Llibre segon del CCCat, aquests canvis s'han consolidat als esmentats arts. 235-8.1 i 235-13.1 CCCat.

En relació a les parelles homosexuals de dues dones, casades o no, la reforma legitima una situació de fet i, en últim terme, repercuteix en interès del menor, qui fins fa poc només podia tenir una mare legal i una mare "de facto". Aquesta darrera, malgrat ser la parella de la mare legal, haver participat del projecte parental del naixement del menor (fins i tot amb l'aportació dels propis òvuls en el procés de reproducció assistida) i haver-ne tingut cura des del seu naixement, no podia constar com a mare als efectes legals.

L'extensió de les regles en matèria de filiació a les parelles homosexuals posa de relleu les dificultats per adaptar la realitat biològica a la ficció jurídica derivada de la impossibilitat de procreació natural entre persones homosexuals. En aquest punt, la terminologia que emprà el Llibre segon del CCCat mereix una valoració positiva, en tant que fa seves les reformes legislatives que s'han portat a terme a Catalunya en els darrers anys a partir de la constatació de l'existència de noves i diverses realitats familiars. En aquest sentit, el Preàmbul del CCCat destaca la tasca d'harmonització portada a terme, que "permet assolir més neutralitat en el llenguatge en termes de gènere".

L'opció del Llibre segon es contraposa amb la línia encara restrictiva que manté la LTRHA a partir de la introducció d'un apartat 3r a l'art. 7 de la Llei 3/2007, que limita l'accés a les TRA a les parelles *casades* de dues dones, les úniques

respecte de les quals pot constar la doble filiació materna derivada del recurs a les TRA<sup>240</sup>.

En últim terme, l'opció del legislador català és coherent amb el major pes que aquest ha vingut atorgant a l'element volitiu en la constitució de noves famílies, el que resulta especialment visible en el context de la filiació derivada del recurs a la reproducció assistida. Malgrat això, en algun punt té sentit que encara prevalgui l'element genètic, com demostra la novetat introduïda en l'art. 235-28.2 CCCat, que impedeix que prosperi la impugnació de la filiació per qui és pare biològic, encara que no hagués consentit a la reproducció assistida en els termes dels mencionats art. 235-8.1 o 235-13.1 CCCat.

### **2.3.3. El consentiment com a títol de determinació de la filiació i el rebuig d'una presumpció de maternitat matrimonial**

Segons el Preàmbul del CCCat, "la maternitat derivada del mer consentiment per a la procreació assistida de la seva esposa o companya no és una maternitat biològica, per naturalesa, sinó una relació jurídica purament legal. *Tanmateix, això no és cap novetat en l'ordenament jurídic català.* Es dóna en la paternitat de l'home, casat o no, que presta el consentiment per a la procreació assistida de la seva esposa o parella estable. Per aquest motiu, s'ha cregut oportú no incorporar una nova categoria jurídica per a aquest tipus de filiació i s'ha optat per assimilar-la, quant al tractament legal, a la paternitat de l'home que consent la fecundació assistida, *atès que en ambdues el títol d'atribució és el consentiment, i no pas la relació biològica.* Com que la possibilitat que la maternitat de l'esposa o companya que consent la fecundació assistida de la que serà la mare biològica es determini directament afecta els mitjans de determinació de la filiació, ha calgut afegir el consentiment per a la procreació assistida a la llista de títols d'atribució de la filiació".

En aquesta línia, l'art. 235-3 CCCat, en seu de disposicions generals per a la determinació de la filiació per naturalesa, afegeix el consentiment a la

---

<sup>240</sup> Per a més informació, vegeu Farnós Amorós (2011c, pp. 153-181).

fecundació assistida de la dona com a nou títol de la determinació de la filiació en relació al pare i la mare. La inclusió, que és una novetat a nivell de l'Estat espanyol<sup>241</sup>, permet superar la idea de la filiació única, associada a la determinació de la maternitat pel fet del part (art. 10.2 LTRHA), i estendre-la a la dona casada o no amb la mare, amb qui aquesta accedeix a les TRA. L'opció pel consentiment com a títol per a la determinació de la filiació s'emmarca en la línia seguida en els últims anys en diversos països europeus, estats nord-americans i regions com Quebec, que han assistit a una sèrie de reformes important en el context de la filiació derivada del recurs a les TRA. La majoria d'aquests ordenaments parteixen de la primacia del consentiment com a títol de determinació de la filiació i de la irrellevància de la contribució genètica en aquest context<sup>242</sup>.

El manteniment de la màxima segons la qual la maternitat es determina pel fet del part (*mater semper certa est*), comuna a la majoria d'ordenaments del nostre entorn, implica que a Catalunya una dona no pot donar a llum i rebutjar la maternitat com a mínim fins sis setmanes després del part, que és el període requerit legalment perquè la mare biològica pugui assentir a l'adopció (art. 235-41.2 CCCat). Junt amb aquesta regla tradicional, que es manté, la inclusió del consentiment com a títol de determinació de la filiació permet qüestionar, com ja havia qüestionat l'admissió de l'adopció conjunta per parelles del mateix sexe el 2005, la construcció social de la maternitat única i de la família nuclear<sup>243</sup>.

Si bé des del punt de vista de gènere el manteniment i l'abast de la presumpció de paternitat matrimonial no és un tema pacífic<sup>244</sup>, el legislador català no l'ha

---

<sup>241</sup> Reforma valorada i alhora reivindicada per al CC: Verdera Server (2010, p. 1054).

<sup>242</sup> Al respecte, vegeu Shapiro (2005, pp. 83-86 i 92-94; 2006).

<sup>243</sup> Basades en evidència empírica que permet afirmar que l'interès del menor és compatible amb més d'una figura materna, vegeu Diduck/Kanagas (2006, pp. 120 -122).

<sup>244</sup> En contra, Diduck/Kanagas (2006, p. 154). En l'àmbit jurisprudencial, vegeu també el cas recent *In the Matter of the Parentage of a Child by T.J.S. and A.L.S.*, resol't pel TS de Nova Jersey el 24.10.2012, en què precisament una parella comitent que havia recorregut a una mare subrogada a qui li van ser implantats els embrions creats amb esperma del marit i òvuls de donant al·legava que la disposició de l'estat de Nova Jersey per la qual l'home infèrtil casat amb la dona que és inseminada és declarat para legal per efecte de la presumpció de paternitat matrimonial és contrària a la clàusula constitucional de la protecció igualitària (*equal protection*), en tant que no permet reconèixer a la dona infèrtil casada amb el pare biològic com a la mare

qüestionada i l'ha mantinguda en la seva formulació tradicional (art. 235-5.1 CCCat). En conseqüència, tot i la demanda de determinats grups de pressió, la presumpció no s'ha estès a la determinació de la doble filiació materna derivada del recurs a les TRA. L'opció en aquest cas ha estat, com ja s'ha posat de relleu, pel consentiment com a nou títol de determinació de la filiació.

El joc de la presumpció de paternitat matrimonial que opera en la majoria dels ordenaments del nostre entorn sociocultural<sup>245</sup> es fonamenta en la seva proximitat amb la família natural, que permet justificar la “mentida jurídica” o “ficció tolerada” que constitueix la filiació derivada del recurs a la fecundació heteròloga<sup>246</sup>. La presumpció, per tant, no sempre es basa en qui és efectivament pare, sinó en qui té més probabilitats de ser-ne<sup>247</sup>. Tradicionalment aquesta probabilitat ha recaigut en el cònjuge de la mare, encara que alguns ordenaments també permeten que la presumpció operi respecte de l'home que hi conviu<sup>248</sup>. En qualsevol cas, es tracta d'una probabilitat basada en una constatació social (l'estatus de la parella) que no té necessàriament una base biològica, encara que en les parelles heterosexuales sabem que aquesta base pot existir<sup>249</sup>.

---

legal del nen que pugui néixer d'una mare subrogada. Ara bé, el TS de l'estat desestimà la demanda, ja que més enllà del recurs a l'adopció, la Llei no permet aquest mateix tracte ateses les diferències reproductives i biològiques inherents a la condició femenina i masculina.

<sup>245</sup> Vegeu, entre d'altres, els arts. 116 CC, 1834 CC portuguès, 232 CC italià, 313 CC francès i 243 CC argentí.

<sup>246</sup> Cannell (1990, p. 673). En el mateix sentit, Appleton (2006, p. 230).

<sup>247</sup> Carbone (2005, p. 1305).

<sup>248</sup> El Consell d'Europa atorgà llibertat als Estats membres per a estendre la presumpció a les parelles estables. En aquests casos, la principal dificultat consisteix en provar l'inici i la fi de la convivència: vegeu el comentari al principi 5 del CJ-FA, *Report on Principles concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – “The White Paper”* (as adopted by the CDCJ at its 79th plenary meeting on 11-14 May 2004), Strasbourg, 23.10.2006, p. 11. En aquesta línia, l'art. 235-10.1 a) CCCat, en els mateixos termes del derogat art. 94.1 a) CF, presumeix que és pare del fill no matrimonial l'home amb qui la mare ha conviscut en el període legal de la concepció. Ara bé, a diferència de la presumpció de paternitat matrimonial (art. 235-5.1 CCCat), la presumpció de l'art. 235-10.1 a) CCCat només opera en el marc d'una acció judicial de filiació i pot ser destruïda amb tot tipus de proves en el corresponent judici (art. 235-10.2 CCCat).

<sup>249</sup> Appleton (2006, pp. 253 i ss.) i Polikoff (2009, p. 216).

Si bé en la determinació de la filiació respecte de dues dones opera la mateixa “ficció jurídica” que en l’atribució de la paternitat derivada de fecundació heteròloga en el marc d’una relació heterosexual, en les primeres l’evidència que una tercera persona de sexe contrari ha aportat les seves gàmetes desaconsella, d’entrada, el recurs a presumpcions de filiació, que operen de forma automàtica i només són revocables per prova en contrari<sup>250</sup>. De totes maneres, el recurs a un sistema basat exclusivament en el joc de presumpcions de filiació resulta igualment criticable en el context de l’accés a la fecundació assistida heteròloga per parelles heterosexuales, atès que també aquí ens trobem davant d’una autèntica ficció legal. En ambdós casos, la voluntat, formalitzada a través dels consentiments oportuns, és l’únic element que “crea” la filiació del nascut respecte de l’altra part del projecte parental i que, per tant, ha de valer com a títol per a la determinació de la filiació.

Així mateix, en tractar-se d’un mecanisme que no necessàriament reflecteix la veritat biològica i que, com a tal, pot amagar la vertadera voluntat de les parts, les presumpcions de filiació, essencialment revocables, poden perjudicar en últim terme l’interès del menor identificat aquí amb l’estabilitat familiar. Això resulta especialment visible quan, com a conseqüència de la crisi de parella, una de les parts del projecte decideix impugnar la filiació inicialment establerta pel joc de la presumpció. Així mateix, en estar basades en una relació institucionalitzada, les presumpcions de filiació deixen desprotegits els nascuts en el marc d’un projecte parental de dues persones que no han formalitzat la seva relació, el que en últim terme atorga a aquests menors un estatus de “segona classe”<sup>251</sup>. Finalment, en les parelles homosexuals les causes de revocació d’aquestes presumpcions exigiria una reconsideració. La legislació aplicable hauria d’especificar quins han de ser aquests extrems, com per

---

<sup>250</sup> El 2003 el Parlament belga rebutjà l’aplicació de la presumpció de paternitat matrimonial de l’art. 315 CC als matrimonis homosexuals (art. 143.2), que s’havien acabat de legalitzar per la *Loi 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (M.B. 28 février 2003)*: Verschelden (2007, p. 57). A Catalunya, amb motiu de la tramitació parlamentària del Projecte de Llei del Llibre segon del CCCat, *l’Associació de Famílies Lesbianes i Gais* comparegué per proposar, també sense èxit, l’ampliació de les presumpcions de paternitat matrimonial i no matrimonial del dret civil català a les parelles de dues dones.

<sup>251</sup> Polikoff (2009, p. 226).



exemple la prova que la concepció no va ser el resultat del recurs a les TRA o de la inexistència de projecte parental. En tenir per objecte la voluntat del subjecte, aquesta darrera prova resultaria excessivament onerosa.

En conseqüència, en el context de la filiació derivada del recurs a les TRA l'exigència de consentiments legals específics i uniformes es configura com l'opció que garanteix major seguretat jurídica per determinar la filiació, a més de tractar-se d'una opció neutra tant des del punt de vista de gènere com de l'estat civil dels individus. Prestat el consentiment d'acord amb els requisits legals, aquest és irrevocable, de manera que per norma general la filiació resultant esdevé inimpugnable.

En atorgar efectes legals al consentiment expressat en document estès davant d'un centre autoritzat o en document públic, el legislador català n'ha simplificat i homogeneïtzat els requisits de formalització, amb independència que es tracti del consentiment a la fecundació assistida practicada en una dona casada o en una dona no casada, i d'una relació heterosexual o homosexual (art. 235-8.1 i 235-13.1 CCCat). En aquest context el consentiment es configura com l'element essencial que permet establir la filiació, sense que operi cap presumpció, el que junt amb l'adopció constitueix el cas més evident de dissociació entre les esferes jurídica i biològica de la filiació en el nostre ordenament. Un cop consentida la filiació en els termes de qualsevol dels dos articles aquesta resulta inimpugnable. Per tant, amb independència que la parella que accedeixi a la fecundació heteròloga (amb gàmetes de donant) sigui heterosexual o homosexual, el caràcter merament jurídic de la filiació resultant la configura com una institució formal, més pròxima a la filiació adoptiva que a la filiació per naturalesa. Com en la filiació adoptiva, el fonament últim d'aquesta forma de filiació és la voluntat manifestada a partir dels consentiments requerits legalment, que ara s'han de prestar amb caràcter previ al naixement. Aquesta proximitat amb la filiació adoptiva porta a configurar la filiació derivada del recurs a les TRA com una categoria intermèdia entre la filiació adoptiva i la filiació per naturalesa, o fins i tot com una tercera forma de filiació.

### 3. Conclusions

La regulació de la filiació en el Llibre segon del CCCat evidencia el major control de la reproducció per part de les dones, que té origen en causes tan inevitables com les biològiques. El legislador català ha sabut canalitzar les diferències existents entre homes i dones en aquest àmbit, a través del manteniment de normes que històricament ja contemplava, com les que limiten el termini o legitimen per a l'exercici de l'acció d'impugnació, o amb la introducció de novetats com la previsió específica de la figura del defensor judicial en els plets de filiació.

L'atorgament d'efectes jurídics a l'anomenada "homoparentalitat", que a Catalunya s'havia iniciat de forma pionera en matèria d'adopció vigent el Codi de Família i que el Llibre segon consolida en allò tocant a la filiació derivada de fecundació assistida, permet afirmar que la nova legislació fa seva "L'heterogeneïtat del fet familiar", el principi pòrtic del títol del Llibre relatiu a la família (art. 231-1 CCCat). L'esforç del legislador per acomodar, en interès del menor, veritat biològica i estabilitat familiar, dos principis en tensió en matèria de filiació, permet afirmar que el Llibre segon del CCCat és quelcom més que un mer esforç terminològic per adaptar la nova regulació a les qüestions de gènere que plantegen les cada cop més diverses realitats familiars.

### 4. Taula de sentències citades

#### Sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans

Cas	Data	Referència
Kautzor v. Alemanya	22.3.2012	JUR 2012\107696
Ahrens v. Alemanya	22.3.2012	JUR 2012\107698

#### Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Data	Referència	Magistrat Ponent
------	------------	------------------

22.12.2008	JUR 2009\295671	Maria Eugenia Alegret Burgues
------------	--------------------	-------------------------------

### Sentències d'Audiència Provincial

Tribunal i data	Referència	Magistrat Ponent
Barcelona 28.1.2009	JUR 2009\129094	Paulino Rico Rajo
Palència 30.1.2008	JUR 2008\318329	Mauricio Bugidos San José

### Sentències de Tribunals dels EUA

Cas	Data / Referència
In the Matter of the Parentage of a Child by T.J.S. and A.L.S.	24.10.2012
Wallis v. Smith	22 P.3d 682 (N.M. Ct. App. 2001)

## 5. Bibliografia

Susan Frelich APPLETON (2006), "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era", *B. U. L. Rev.*, vol. 86, pp. 227-294.

Katharine T. BARTLETT (1999), "Feminism and Family Law", *Fam. L. Q.*, vol. 33, núm. 3, pp. 475-500.

Mary BECKER / Cynthia Grant BOWMAN / Victoria F. NOURSE / Kimberly A. YURACKO (2007), *Cases and Materials on Feminist Jurisprudence. Taking Women Seriously*, 3a. ed., Thomson-West, St. Paul MN.

Fenella CANNELL (1990), "Concepts of Parenthood: The Warnock Report, the Gillick Debate, and Modern Myths", *American Ethnologist*, vol. 17, núm. 4, pp. 667-686.

Leslie CANNOLD (2008), "Who's the father? Rethinking the moral 'crime' of 'paternity fraud'", *Women's Studies International Forum*, vol. 31, pp. 249-256.

June CARBONE (2005), "The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity", *La. L. Rev.*, vol. 65, pp. 1295 y ss.

María CASADO / Albert ROYES (Coord.) (2012), *Sobre Bioética y Género*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor.

Alison DIDUCK / Felicity KANAGAS (2006), *Family law, gender and the state: text, cases and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., Hart, Oxford.

Esther FARNÓS AMORÓS (2013), "Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain", *IFL*, pp. 68-72.

--(2012), "Verdad biológica e interés del menor en los pleitos sobre filiación", *Derecho de Familia*, núm. 54, pp. 169-179.

--(2011a), *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona.

--(2011b), "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *DPC*, núm. 25, pp. 11-56.

--(2011c), "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Derecho de Familia*, núm. 49, pp. 153-181.

Josep FERRER RIBA (2006), "Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad", *RJC*, núm. 3, pp. 109-136.

Encarnación FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ (2002), "Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?", a Jesús BALLESTEROS (Coord.), *La humanidad in vitro*, Comares, Granada.

Aaron T. GOETZ / Todd K. SHACKELFORD (2009), "Sexual Conflict in Humans: Evolutionary Consequences of Asymmetric Parental Investment and Paternity Uncertainty", *Animal Biology*, núm. 59, pp. 449–456.

Michael J. HIGDON (2011), "Fatherhood by Conscriptio: Nonconsensual Insemination and the Duty of Child Support", *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 139*, pp. 1-42.

Jane C. MURPHY / Ch. WYRON LEVIN (2000), "When Daddy Wants Out: The Issue of Paternity", *The Md. Bar J.*, vol. 23 (2), pp. 10-15.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (2010), "Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d'impugnació de paternitat (Comentari a la STSJC 44/2008, de 22 de desembre)", *RCDP*, vol. 11, pp. 225-243.

--(2000), "Comentari a l'art. 87 CF", a Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dir.) - Albert LAMARCA I MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, Tecnos.

--(2001), *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Atelier, Barcelona.

--(1988), "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", a VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Mundial Vasco), Trivium, Madrid.

Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2011), "La feminización del derecho privado y las técnicas de reproducción asistida", a Laura LÓPEZ DE LA CRUZ / Marta OTERO CRESPO (Coords.) / María Paz GARCÍA RUBIO/ M<sup>a</sup> del Rosario VALPUESTA

FERNÁNDEZ (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo blanch, València, pp. 681-693.

Julie SHAPIRO (2006), "A Lesbian Centered Critique of 'Genetic Parenthood'", *J. Gender Race & Just.*, vol. 9, pp. 591-612.

--(2005), "Changing Ways: New Technologies and the Devaluation of the Genetic Connection to Children", a Mavis MACLEAN (Ed.), *Family Law and Family Values*, Hart, Oxford – Portland.

Sally SHELDON (2005), "Reproductive Technologies and The Legal Determination of Fatherhood", *Fem. Leg. Stud.*, vol. 13, pp. 349-362.

--(2001), "'Sperm Bandits', Birth Control Fraud and the Battle of sexes", *Leg. Stud.*, vol. 21 (3), pp. 460-480.

Rafael VERDERA SERVER (2010), "La filiació en el dret català: de la Compilació al Codi Civil", *RJC*, núm. 4, pp. 1051-1074.

Gerd VERSCHULDEN (2007), "Filiation, adoption, autorité parentale et le droit aux relations personnelles en Belgique anno 2007", a Ingeborg SCHWENZER (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, pp. 53-89.