



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

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

D O C U M E N T S D E T R E B A L L

INVESTIGACIÓ

(Ajuts a la investigació, 2008)

LA REDIMENSIÓ DE LA LLIBERTAT CIVIL EN L'ÀMBIT DE LES RELACIONS FAMILIARS

Autors:

DRA. MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA (IR)

DR. CARLOS JUAN MALUQUER DE MOTES BERNET

DRA. GEMMA RUBIO GIMENO

LDA. ELENA PALOMARES BALAGUER

DESEMBRE 2008

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>

**LA REDIMENSIÓ DE LA LLIBERTAT CIVIL
EN L'ÀMBIT DE LES RELACIONS FAMILIARS**

**(Investigador responsable:
Dra. Mariló Gramunt Fombuena)**

ÍNDEX

**CAPÍTOL I.- EL PRINCIPI DE LLIBERTAT CIVIL: LA SEVA PROJECCIÓ EN EL
MARC**

DE LES RELACIONS FAMILIARS	5
1. Els principis del Dret civil català i la seva consubstancialitat amb el Dret civil de Catalunya.....	5
2. Aproximació als principis del Dret civil de Catalunya	7
2.1. Llibertat civil	7
2.2. <i>Bona fe</i>	9
2.3. Actes propis	13
2.4. Equitat.....	18
3. La plasmació del principi de llibertat civil en l'àmbit del dret de família	20

**CAPÍTOL II. MANIFESTACIONS DEL PRINCIPI DE LLIBERTAT CIVIL EN
L'ÀMBIT**

DE LES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA	25
1. El principi de llibertat civil en les institucions de protecció de la persona	25
2. La tutela com a règim de subordinació de la persona.....	28
3. Els càrrecs tutelars: la seva caracterització legal.....	29
4. La tutela	30
4.1. El càrrec de tutor: delació i nomenament.....	30

4.1.1. Delació del càrrec	31
4.1.2. Nomenament	37
4.2. Aptitud, idoneïtat, excusabilitat i remoció del càrrec	38
4.2.1. Aptitud i idoneïtat	38
4.2.2. Excusabilitat.....	40
4.2.3. Remoció.....	41
4.3. Exercici de la tutela	41
4.3.1. Normes de caràcter general.....	42
4.3.2. Normes relatives a la tutela dels menors d'edat	45
4.3.3. Normes relatives a les persones incapacitades	46
4.4. Extinció de la tutela	46
5. La curatela com a règim protector de complementació de la capacitat.	
Contingut	
jurídic del càrrec de curador.....	48
5.1. Procedència de la curatela.....	48
5.2. Delació i nomenament. Aptitud, idoneïtat, excusabilitat i remoció del càrrec.	
Constitució de la curatela.....	48
5.3. Exercici de la curatela	49
5.4. Extinció de la curatela	49
6. El consell de tutela	49
6.1. Configuració jurídica del consell de tutela.....	50
6.2. Formalització i funcionament del consell de tutela.....	50
6.3. Les funcions pròpies del consell de tutela	51
6.4. Deures i facultats del consell de tutela.....	51
6.5. Extinció del consell de tutela.....	51
7. Previsions de futur: referència a les novetats legislatives previstes en l'avantprojecte de llei del llibre segon del Codi civil de Catalunya	53
 CAPÍTOL III.- LA LLIBERTAT CIVIL I LA RENÚNCIA ANTICIPADA ALS DRETS	
DERIVATS DE SITUACIONS DE CRISI MATRIMONIAL.....	56
 Introducció.-	56
1. La intensificació dels límits generals a la llibertat civil en l'àmbit	

del dret de família	58
2. La renúncia de drets futurs o eventuais en general	59
2.1. La noció de drets futurs	59
2.2. El negoci de renúncia	61
3. La renúncia als drets eventuais derivats de la crisi matrimonial	62
3.1. Distinció de supòsits i recels envers la figura.....	62
3.2. Negoci abdicatiu i no renúncia unilateral: aleatorietat del negoci celebrat	65
3.3. Condicionants a la validesa i eficàcia dels pactes	66
a) Forma	66
b) El consentiment informat qualificat dels cònjuges o contraents que celebren un acord en previsió d'una futura ruptura	66
c) Eficàcia del negoci abdicatiu i clàusula <i>rebus sic stantibus</i>	67
4. La compensació per raó de treball.....	70
5. El cas particular del pacte abdicatiu que tingui per objecte la pensió compensatòria	71
5.1. El caràcter assistencial de la pensió compensatòria.....	71
5.2. Conclusió: la promoció del principi d'autosuficiència econòmica dels cònjuges després de la crisi matrimonial el principi de solidaritat post-conjugal	73

CAPÍTOL IV.- L'AUTONOMIA DE LA VOLUNTAT EN LA REGULACIÓ DE LA CONVIVÈNCIA

DE LES UNIONS ESTABLES DE PARELLA	75
1. El sistema matrimonial.....	75
1.1. La Llei 13/2005 La reforma del dret matrimonial, extensió a les parelles d'un mateix sexe	76
2. Les parelles de fet.....	77
2.1. Normativa catalana vigent.....	77
2.1.1. La Llei 10/1998	77
2.1.2. Situació després de la Llei 13/2005	78
3. Convivència d'ambdues figures: matrimoni i parelles de fet	79

4. El principi de llibertat civil i la seva aplicació a les parelles de fet	79
4.1. La llibertat civil en els pactes matrimonials	81
4.2. Els pactes subscrits per les parelles de fet	82
4.3. La rellevància de l'existència dels pactes o no en la ruptura de la parella de fet	83
5. La situació davant la futura aprovació del Llibre II del CCCat.....	86
BIBLIOGRAFIA	88

CAPÍTOL I.- EL PRINCIPI DE LLIBERTAT CIVIL: LA SEVA PROJECCIÓ EN EL MARC DE LES RELACIONS FAMILIARS

Carlos J. Maluquer de Motes Bernet
Catedràtic de Dret Civil
Universitat de Barcelona

1. ELS PRINCIPIS DEL DRET CIVIL CATALÀ I LA SEVA CONSUBSTANCIALITAT AMB EL DRET CIVIL DE CATALUNYA.

L'apartat II de l'Exposició de Motius de la primera llei del Codi civil de Catalunya justifica la presència del títol sobre *Disposicions generals* fent palès que s'han incorporat “uns principis i unes doctrines que, si bé són consubstancials amb el dret civil de Catalunya” ara s'expliciten d'una forma expressa. Els principis sobre els quals es construeix el dret civil català es concreten en quatre: llibertat civil, bona fe, respecte pels propis actes i equitat. I hem apuntat que són consubstancials amb el dret. *Consubstancials* significa “que té la mateixa substància amb un altre”. Aquesta afirmació ens permet fer una cerca d'aquesta substància. A tall d'exemple recordarem diverses fites històriques en la plasmació d'aquests principis.

a) Una primera aproximació la trobem en el moment en què Justinià (527-565) va ordenar a Bizanci codificar el “*Corpus iuris civilis*”. En la introducció es feia una invocació a la justícia (Inst. 1.1): “La justícia és la voluntat constant i perpètua de donar a cada un el que li correspon ...”; davant del dubte que aquesta afirmació podria plantejar respecte de quines eren les fonts i l'essència del Dret, el jurista romà Cels (segle II) manifestava: “**ius cap ars boni et aequi**”, és a dir, el Dret és l'art de allò bo i d'allò just. “Ars” no és art, és habilitat, és destresa. És un treball que requereix habilitat. L'habilitat en un treball que és bo i és just. Es tracta que el dret sigui just en aplicació del dret estricte i també sotmés a

l'equitat, com a correcció suavitzadora o moderadora de la rigidesa del dret.

b) Fent un salt en la història ens aproximarem a la doctrina de MIERES, a la seva obra *Apparatus súper Constitutionibus Curiarum Generalium Cathalonie, II, pars., coll. VIII, ap. II, 23. Sumari i texte*, en la qual trobarem constants referències a aquests principis consubstancials al dret i a la pròpi concepte de l'autor sobre el que és el dret, amb especial referència a la llibertat individual en la seva relació amb el dret.

c) Inmanuel Kant (1724-1804, *Fonaments de la metafísica dels costums*) a la pregunta *Què és el Dret?* responia: "El Dret és el conjunt de condicions que fan possible conciliar en una llei general de la llibertat, el lliure arbitri de l'un amb el lliure arbitri de l'altre.

Aquests tres referents històrics, que reflecteixen la concepció del dret en tres moments ben diversos de la història jurídica, ens permeten fer una primera aproximació a l'objecte del nostre estudi, de manera que ara ja podem afirmar que l'objecte del Dret és **organitzar la llibertat civil**. Tothom ha d'actuar lliurement, per bé que per tal de mantenir l'equilibri del desenvolupament de la llibertat del ciutadà (lliure arbitri), cal comptar amb uns principis generals. I per tal de garantir que aquests principis emparin a la totalitat dels ciutadans és desitjable que **aquests principis es trobin garantits per una llei d'abast general**.

No es tracta només que el Dret garanteixi la possibilitat de realitzar la llibertat individual de tot ciutadà, sinó que aquest, amb els seus actes, no lesioni la llibertat dels altres, així com de protegir l'individu davant d'una possible restricció de la seva llibertat d'actuació com a conseqüència de l'acció d'un tercer. D'aquesta manera veiem com la llibertat es va identificant amb el contingut del dret privat, i de forma més particular, amb el dret civil.

d) Ja modernament, pot servir també de referent la sentència del Tribunal

Superior de Justícia de Catalunya núm. 4/2002, de 28 de gener, que explica la vulneració de la bona fe i la subsegüent interdicció d'actuar en contradicció amb els actes propis. En realitat es tracta d'analitzar l'actuació d'un subjecte inspirada per la seva voluntat basada en la raó. L'acte és expressió de llibertat, una conducta imputable a la persona de la qual se n'ha de responsabilitzar. I la base de l'acte és la voluntat. Per tant, la voluntat de voler exterioritzar-la en una declaració, amb conseqüències que li seran imputables. Així, estem en disposició d'afirmar que la voluntat és el pressupòsit de tot acte i el nexa amb els deures jurídics.

L'Exposició de Motius conté una breu referència a l'art. 111-6 CCCat. – precepte dedicat al principi de llibertat civil–, en la que el legislador ha volgut destacar expressament que, a diferència del que fa el Codi civil espanyol quan es refereix a l'autonomia de la voluntat en seu de contractes (art. 1255 CCEsp.), el CCCat. no és limita només a aquesta, sinó que es contempla com un principi de caràcter general. D'aquesta manera, i sobre la base d'aquesta idea, el CCCat. Permet traslladar el contingut de la teoria del negoci jurídic¹ a l'àmbit de regulació de la persona i de la família.

2. APROXIMACIÓ ALS PRINCIPIS DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA

Com apuntàvem abans, els principis sobre els quals es fonamenta el Dret civil de Catalunya són quatre. Ens ocuparem ara de la seva presentació general per concretar més endavant la projecció del principi de llibertat civil en l'àmbit de la família.

2.1. Llibertat civil

¹ Cal tenir present que el contracte és la peça estel·lar de la llibertat civil en el dret. L'autonomia de la voluntat es presenta com l'instrument més idoni per assegurar la llibertat del ciutadà. Així, no existeix negoci jurídic sense declaració de voluntat. Aquesta voluntat es consolida i passa a ser reconeguda expressament per l'ordenament jurídic.

De conformitat amb el que estableix l'art. 111-6 CCCat., les disposicions d'aquest Codi i dels altres lleis civils catalans: 1) poden ésser objecte d'exclusió voluntària; 2) de renúncia; 3) o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut. Aquests pactes no son oposables a tercers si en poden resultar perjudicats.

El precepte sembla partir de la presumpció de disponibilitat de les normes que integren el Dret civil de Catalunya, atès que només exclou l'exercici de la llibertat civil quan la norma sigui clarament imperativa, ja ho sigui de forma expressa, ("estableixin expressament llur imperativitat") ja ho sigui de forma tàcita ("es dedueixi necessàriament de llur contingut"). Tanmateix, creiem que no es pot parlar d'una regla de presumpció del caràcter dispositiu de les normes enfront del caràcter imperatiu, sinó que s'haurà de resoldre el conflicte en cada cas particular aplicant les regles de la interpretació de les normes. Sense necessitat d'entrar ara en la contraposició de les teories conceptuals existents, a la noció d'imperativitat s'hauria d'afegir la noció d'orde públic. Però no matisarem tant i serem més generalistes. Per saber si la norma és imperativa o no caldrà estar a la pròpia institució. Una institució és d'interès privat "quan el titular jurídic és l'únic destinatari del resultat de la institució". Quan el resultat o el benefici no sigui exclusiu del seu titular jurídic, perquè la norma pretén beneficiar també a d'altres persones, la institució és d'interès públic.

Partir d'aquesta concepció del que sigui l'interès públic, significa atorgar especial rellevància a l'interès de l'Estat, la manifestació més important que s'exterioritza mitjançant el denominat dret no dispositiu o dret imperatiu. Així, hi haurà llibertat civil sempre que ens trobem en presència d'un dret no imperatiu, i, per tant, dispositiu, sde manera que el titular de la institució pot modelar-la estrictament segons la seva conveniència. Si la norma és imperativa, en canvi, no pot ser alterada pel subjecte. És cert que pot haver-hi una institució que es trobi disposada al servei del subjecte, però si per damunt del seu interès hi ha un altre interès

prevalent, la norma esdevindrà imperativa².

Com apuntàvem a l'inici, en el mateix article s'adverteixen aspectes diferents. L'exclusió de la llei aplicable es refereix al dret objectiu i la renúncia de drets es refereix als drets subjectius. En aquest segon cas pot existir un element (patrimonial) que el titular pot negociar i renunciar. El dret objectiu no està a disposició dels particulars, que no el poden excloure excepte quan es tracti de normes de dret dispositiu, i no de normes imperatives, doncs, com hem dit, no són susceptibles de modificació pels particulars.

Per això, l'exclusió voluntària de la llei exigeix que aquesta sigui substituïble, que no sigui imperativa, amb independència que l'exclusió sigui o no contrària a l'ordre públic.

En relació amb la possibilitat d'excloure, es pot distingir entre l'exclusió d'un conjunt de normes en bloc que afectin a una matèria i l'exclusió d'una matèria d'aquest bloc. L'exclusió del bloc sencer exigeix la prèvia determinació voluntària de la regulació que s'hagi de substituir. És per aquest motiu que abans afirmàvem que la inexistència d'una presumpció de disponibilitat de les normes de l'ordenament jurídic.

Pel que fa a la renúncia, es tracta de renúncia de drets subjectius. La verdadera renúncia és la denominada abdicativa, en la que el declarant perd el dret renunciat sense transmetre'l a ningú. En cas contrari, de ser translativa, seria un acte de disposició (donació, venda, permuta). La renúncia abdicativa consisteix en una declaració unilateral de voluntat, en la mesura en què el renunciant tingui capacitat i poder de disposició sobre el dret renunciat. L'art. 111-6 CCCat. no fa cap esment a la necessitat que aquesta renúncia no sigui contrària a l'interès o a l'ordre públic: es limita a afirmar que aquesta renúncia no pot ser feta en perjudici de tercers

² En aquest sentit es troba expressat ja a D.2, XIV,38: "Ius publicum privatorum pactis mutari non potest"

persones.

Les anteriors consideracions es manifestaran en forma de limitació quan ens trobem en presència d'una sèrie de drets irrenunciables, com ara la renúncia del dret d'aliments (art. 270 Codi de Família, art. 237-12 Avantpr. Llibre II CCCat.), la renúncia a la llegítima futura (art. 451.26 CCCat.), la renúncia a la prescripció futura (art. 121-3 CCCat.).

2.2. Bona fe

De conformitat amb el que estableix l'art. 111-7 CCCat., en les relacions jurídiques privades s'han d'observar sempre els exigències de la bona fe i de l'honradesa en els tractes.

El sentit del precepte, que consagra la bona fe com a principi general, no podia cenyir-se a l'exercici dels drets. Era necessari que el precepte abastés les múltiples projeccions i emparés la multiplicitat de supòsits que es puguin contemplar en el propi CCCat. i en altres lleis civils. Referències es troben en tots els camps, des del dret de família als drets reals.

El concepte s'ha ordenat en tres accepcions fonamentals:

- a) L'honradesa subjectiva d'una persona. La creença nascuda d'un error excusable que la seva conducta no és contrària al Dret. Aquest és un aspecte subjectiu de la bona fe. Es tradueix en la intenció amb què actuen les persones, en la creença que ho fan correctament (així, per exemple, la bona fe en la possessió és la creença justificable de la titularitat del dret; en cas contrari, la possessió és de mala fe. –art. 521-7 CCCat.–). El subjecte rep un tracte favorable per trobar-se en la creença (nascuda de l'error excusable de que la seva conducta és conforme amb l'ordenament jurídic.).

Així doncs, és un estat psicològic que l'ordenament jurídic valora com

a element de determinació del tractament que mereix el subjecte. La norma aplicable serà elegida a través de la investigació i posterior determinació de quina ha estat l'efectiva creença o intenció personal del subjecte.

- b)** Les regles objectives de l'honradesa en el comerç o en el tràfic jurídic. Aquest, en canvi, constitueix un aspecte objectiu. També en aquest cas s'analitza la conducta en la persona, però prenent en consideració si aquesta conducta s'ajusta a les regles ordinàriament admeses sobre el que és recte i honest (art. 1.258 CCEsp.,conseqüències conforme a la bona fe).

Es tracta, per tant, d'un criteri de valoració objectiva per tal de jutjar si una conducta aconsegueix el nivell exigible. Constitueix, doncs, un criteri objectiu de valoració, un estàndard o prototip de conducta, basat en les regles objectives que tipifiquen l'honradesa en el comerç o en les relacions socials.

El primer dels aspectes considerats, entén la bona fe com un fet psicològic o un estat d'ànim. El segon presenta la bona fe amb un caràcter predominantment ètic, com a rectitud o honradesa moral d'una conducta.

La bona fe es pot contemplar també des d'una altra perspectiva que, a la seva volta, es pot englobar en tres aspectes:

1r. Ignorància de la lesió que s'ocasiona en un interès aliè quan aquest interès sigui tutelat pel dret. En aquest cas, s'hauria produït un acte objectivament antijurídic, tot i que el subjecte l'ha realitzat amb la convicció que el seu comportament era regular i permès.

2n. Confiança en una aparença jurídica, que pot permetre que en un negoci de disposició l'atributari cregui o hagi confiat en la legitimació i en el poder del disponent.

3r. Rectitud i honradesa en el tracte. En definitiva, l'actuació es filtra a

través d'un criteri o manera de procedir a què les parts han d'ajustar-se en el desenvolupament de les relacions jurídiques, així com en la celebració, interpretació i execució dels contractes.

Tanmateix, per a una part de la doctrina només es pot parlar de dos grups:

- a) Els preceptes en què apareix expressat un caràcter normatiu de la bona fe perquè en ells es prescriu el deure d'un comportament "conforme a la bona fe", de tal manera que la bona fe serveix així per a modular el contingut de l'obligació nascuda del negoci, però no per fer nàixer la pretensió de la contrapart o l'obligació mateixa.
- b) Els preceptes que es refereixen a la bona fe com a correcta situació del subjecte dins de la relació jurídica i no al contingut o als efectes de la relació mateixa. Així, el legislador ja no prescriu que una conducta ha de ser realitzada de bona fe, sinó que estableix els efectes que, en una determinada hipòtesi, puguin derivar-se del fet que una determinada persona actüi de bona fe.

Els autors que parlen de només dues posicions del seu concepte, fan referència a un sentit objectiu i un sentit subjectiu de la bona fe. Però, es podria reconduir a una una noció única?. En tal cas ens trobaríem davant de la consideració de la bona fe com a principi general que s'ha plasmat en el nostre text normatiu. Com a mesura valorativa de conducta que ha de ser sempre informada pels criteris d'honradesa i correcció.

D'aquesta manera s'observa que destacar l'existència i la vigència d'un deure de comportar-se d'acord amb la bona fe, es traduiria en una conducta reveladora de la posició moral d'una persona respecte d'una situació. En definitiva, la bona fe seria el que s'ha assenyalat com "un estàndard jurídic", un arquetip o model de conducta social que, d'una banda, s'imposa en determinats supòsits de forma expressa i, d'altra banda, implica que la negació de la tutela jurídica, com a sanció, quan es produeix un comportament de signe contrari.

S'explica així que la bona fe es prengui en consideració com a causa d'exoneració o d'atenuació d'una regla sancionadora, així com que la bona fe sigui pressupòsit o causa de limitació de l'exercici d'una relació jurídica. O, finalment, sigui considerada com a font de creació d'especials deures de conducta.

De la mateixa manera que s'ha volgut superar l'article 1.255 CCEsp. En la consagració del principi de llibertat civil, s'ha volgut superar la limitació de l'article 1.258 CCEsp. atribuint a la bona fe la categoria de principi general, tot i que ja el títol preliminar del CCEsp. ja ho expressava així. Igualment, aquest extrem ja s'havia palesat entre la doctrina (COSSIO) abans de la reforma del Títol Preliminar del CCEsp. l'any 1974. Qualsevol que sigui el criteri, el precepte ha de situar-se en un nivell superior al que es contempla en l'article 1.258 CCEsp. Es presta doncs atenció a la prescripció d'un comportament o regla de conducta que s'assenyala com a pauta general en les relacions jurídiques i que no es refereix a l'actitud subjectiva d'estar en la creença que s'exercita el dret com cal. El nostre article diu “en les relacions jurídiques”, no “en el dret subjectiu”.

També s'havia posat de relleu (DE LOS MOZOS) que, constituint la salvaguarda de la bona fe i el manteniment de la confiança, la base del tràfic jurídic, no podia limitar-se la actuació de bona fe a les relacions obligatòries, sinó que havia d'estendre's a l'exercici dels drets subjectius. Així s'havia proclamat la inadmissibilitat de l'exercici de qualsevol dret subjectiu que contravingués, en cada cas concret, les consideracions que deriven de la relació jurídica i que cada part està obligada a adoptar respecte de l'altra.

D'aquesta manera, l'exercici d'un dret subjectiu es trobava limitat per la bona fe. S'infringeix la bona fe no solament quan el poder en què el dret subjectiu consisteix s'utilitza per a una finalitat objectiva o amb una funció economico-social diferent d'aquella per a la qual ha sigut atribuït al seu titular per l'ordenament jurídic, sinó també quan s'exercita d'una manera o

en unes circumstàncies que el fan deslleial, segons les regles que la consciència social imposa al tràfic jurídic.

Les relacions jurídiques, indica l'art. 111-7 CCCat., han d'exercitar-se de bona fe. En conseqüència, s'han d'exercitar de forma que siguin conformes amb la confiança dipositada en el titular per l'altra part i segons la consideració que aquesta pugui pretendre d'acord amb la classe de vinculació especial existent entre elles. La doctrina assenyala que el comportament del titular d'un dret contrari a la bona fe és il·lícit i no sols no és mereixedor de protecció sinó que, en la mesura que ocasiona danys, obliga al seu rescabament.

És evident que la bona fe com a principi s'estén a totes les relacions jurídiques i no només a les que tenen caràcter patrimonial. Això ens duu a considerar que l'ordenament jurídic sencer ha de ser interpretat en harmonia amb la bona fe i han de ser rebutjades i tractades com a excepcionals les normes i les interpretacions que condueixin a un resultat contrari a la bona fe. La mateixa regla ha de ser aplicada a les reglamentacions privades realitzades pels particulars en l'àmbit de la seva autonomia³.

La norma no conté pauta o criteris que permeten la valoració de la conducta d'un subjecte als efectes de determinar si s'ha produït o no la bona fe. Certament, són supòsits concrets: La doctrina dels propis actes, el retard deslleial y l'abús de nul·litat per motius formals.

I l'honradesa dels tractes? És la bona fe entesa com a rectitud i honradesa en el tracte i es tradueix en un criteri o manera de procedir a què les parts han d'ajustar-se en el desenvolupament de les relacions jurídiques, i en la celebració, interpretació i execució dels contractes.

2.3. Actes propis

³ Així ho expressava ja el jurista Paulo en D. XVII, 2, 3,3: Fides bona contraria est fraudis et dol.

Segons indica l'art. 111-8 CCCat., ningú no pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca de la qual deriven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual.

La màxima "ningú no pot anar contra els seus propis actes" ha esdevingut així principi general. Suposa l'existència d'una conducta inicial i d'una conducta posterior, resultant aquesta última contradictòria amb la primera, si de la posterior es deriven conseqüències incompatibles amb la pretensió o conducta inicial. En definitiva, que la conducta subsegüent sigui incompatible amb les conseqüències jurídiques derivades de la primera.

Anar contra el fet propi significa anar contra la pròpia voluntat. La forma d'actuar se'ns apareix com un procedir injust i faltat de lleialtat, la qual cosa significa que s'exterioritza com a conducta contrària a la bona fe, ja que aquesta també és la interna honradesa amb què la persona actua.

Podem dir que una de les conseqüències d'exercitar els drets de bona fe és l'exigència d'un comportament coherent. Significa que una persona, dins d'una relació jurídica, ha suscitat en una altra, amb la seva conducta, una confiança fundada en una determinada conducta futura, segons el sentit objectivament deduït de la conducta anterior, de manera que no li és permès defraudar la confiança suscitada. I és inadmissible tota situació incompatible amb ella.

L'exigència jurídica del comportament coherent està, d'aquesta manera, estretament vinculada a la bona fe i a la protecció de la confiança. La confiança suscitada pels actes, que imposa una coherència lògica al comportament de la persona, no és només la confiança en una aparença. La conducta contradictòria és una contravenció o una infracció del deure de bona fe. Es destaca la idea de conducta contradictòria. El fet que un subjecte no pugui deslligar-se d'un negoci no és una conseqüència de la

doctrina dels actes propis, sinó que deriva del valor vinculant de la declaració de voluntat. Qui acciona en contradicció amb el que té manifestat va contra els seus propis actes.

El que l'ordenament jurídic valora quan s'ocupa dels actes propis per tal de fer dependre d'aquests un efecte jurídic, no és una "voluntat negocia" que els actes revelen, sinó el sentit objectiu que aquests actes posseeixen. No es descarta la inadmissibilitat de la conducta contradictòria per a vetar un canvi de voluntat, sinó per a vetar una conseqüència que és objectivament irreconciliable amb la bona fe. És a dir, amb independència de quina sigui la voluntat que els hagi presidit o impulsat, aquests actes han suscitat en el cercle dels interessats una confiança fundada respecte al que signifiquen com a actitud del subjecte. L'acte és una "promesa" d'una futura conducta coherent amb ell. La persona queda impossibilitada per a contrariar els seus actes, perquè ha de respondre de les conseqüències de la confiança suscitada.

L'efecte dels actes propis no consisteix en la pèrdua del dret o de la facultat, sinó en la inadmissibilitat del seu exercici. Observem que l'article 111-8 CCCat. diu "Ningú no pot fer valdre un dret o una facultat".

Només poden emparar-se en ell i oposar aquesta inadmissibilitat de l'exercici del dret per contradicció amb la pròpia conducta, aquelles persones enfront de les quals aquesta conducta ha sigut realitzada i en els que aquesta conducta hagi pogut suscitar objectivament una confiança. Com a principi pot ser aplicat pels tribunals encara que no hagi estat citat per les parts.

Com posa de relleu DIEZ-PICAZO, en tot procés per a assegurar precisió i rapidesa al desenvolupament dels actes judicials, es posen límits a l'exercici de determinades facultats de les parts amb la conseqüència que, més enllà d'aquests límits, aquestes facultats no es poden ja exercitar. Això determina la pèrdua, extinció o consumació d'una facultat processal que es produeix per: a) No haver observat l'ordre assenyalat per la llei per

al seu exercici; b) Haver realitzat una activitat incompatible amb l'exercici de la facultat, com la proposició d'una excepció incompatible amb una altra o la realització d'un acte incompatible amb la intenció d'impugnar una sentència.

Quan es produeix la incompatibilitat d'un acte processal amb l'exercici d'un dret, neix una sanció per la contradicció, de tal manera que resta exclosa la facultat de demanar una nul·litat d'actuacions o d'impugnar una sentència o de demanar la seva reforma, perquè abans s'havia realitzat una activitat (processal) que era incompatible amb l'exercici de la facultat.

Si analitzem el precepte en tant que norma jurídica, podem observar:

a) Que conté un mandat de caràcter negatiu. La norma preconitza com a correcta una conducta omissiva, un no fer, una abstenció, i considera antijurídica la conducta positiva. La prohibició de la conducta contradictòria equival al deure de conducta coherent. I d'això es dedueix que estem enfront d'una prohibició.

b) La prohibició es manifesta com a deure i com a límit del dret o facultat.

La prohibició significa un mandat de no fer, que pot tenir dos sentits diversos:

1er. Pot indicar un deure jurídic, un comportament exigít per l'ordenament jurídic com a necessari per a l'orde jurídic. Un deure de no actuar d'una determinada forma.

2n. Pot indicar una prohibició, un mandat formulat d'una manera negativa. O sigui, un límit imposat a un dret o a una facultat. Ens trobem llavors amb un comportament lícit i permès que es deixa a l'arbitri de la persona, sempre que es mantingui dins d'uns determinats límits. Això entranya un no poder fer. En el primer cas hi ha incompliment, acte antijurídic, i, per tant, responsabilitat. En el segon hi ha "extralimitació", és antijurídic,

generador de responsabilitat i comporta la ineficàcia del que es realitza.

Així doncs, en l'art. 111-8 CCCat. es construeix la prohibició com un deure jurídic, perquè és un deure de coherència amb la pròpia conducta. S'exercita una acció que tot i estar objectivament permesa per l'ordenament jurídic, en resultar contradictòria amb la pròpia conducta que produeix conseqüències incompatibles amb l'actitud inicial, esdevé no mereixedora de protecció jurídica.

Si, seguint la doctrina assenyalada, anomenem pretensió a l'exercici d'un dret o d'una facultat de poder que actua enfront d'una altra persona, la regla pot ser descrita com la inadmissió de la pretensió contradictòria. Això significa que una pretensió és inadmissible i no pot prosperar quan s'exercita en contradicció amb el sentit que objectivament i de bona fe ha d'atribuir-se a una conducta jurídicament rellevant i eficaç observada pel subjecte en el si d'una situació jurídica.

L'anàlisi del mecanisme jurídic estudiat ens condueix a l'extracció dels pressupòsits que conformen el principi dels actes propis. En primer lloc, cal que el subjecte hagi observat, dins d'una determinada situació jurídica, una certa conducta jurídicament rellevant i eficaç. En segon lloc, que posteriorment aquesta mateixa persona intenti exercitar un dret subjectiu o una facultat, creant una situació litigiosa i formulant dins d'ella una determinada pretensió. En tercer lloc, que entre la conducta anterior i la pretensió posterior existeixi una incompatibilitat o una contradicció, segons el sentit que de la bona fe hagi d'atribuir-se a la conducta anterior. I, finalment, que aquesta situació contradictòria es produeixi en identitat dels subjectes.

El precepte exigeix que s'hagi adoptat una conducta determinada. Es parla de "conducta", que és un concepte diferent del "d'acte". Un acte és una realització humana aïllada. Una conducta és un acte o una sèrie d'actes que reflecteixen l'actitud d'una persona (fixem-nos que "actes propis" és plural). L'essencial és una conducta.

Quan pot parlar-se de conducta?. La conducta no és l'acte considerat en ell mateix, sinó l'acte o la sèrie d'actes, en la mesura que són reveladors d'una forma general de procedir o de comportar-se, o sigui, revelen una determinada actitud.

Per això, no es pot considerar qualsevol acte, sinó aquells revestits d'un cert caràcter transcendental, fonamental, que són reveladors del disseny de l'agent. Ara bé, si la conducta anterior no ha d'estar formada per actes constitutius de declaració de voluntat que tinguin per ells mateixos un valor vinculant, és, en canvi, necessari, que pugui atribuir-se-li un valor i una rellevància jurídica. Uns actes només poden ser presos en compte com a conducta vinculant quan expressen objectivament una actitud actual enfront d'una situació jurídica. I, finalment, la conducta observada pel subjecte ha de ser anterior als actes que la contradueixen. Acte d'exercici d'un dret o d'una facultat dirigit a obtenir d'un altre un determinat comportament o a imposar un determinat resultat.

Ara podem tornar a repetir el que hem dit al principi de la nostra exposició: el dret no és una altra cosa que una organitzada ordenació dels conflictes d'interessos per a assegurar l'ordre de la comunitat.

Per tant, la contradicció seria la incompatibilitat. És necessari una incompatibilitat entre la primitiva conducta observada i la posterior conducta que es pretén. Però en que consisteix aquesta incompatibilitat entre la conducta primitiva vinculant i la pretensió posterior actual?. La incompatibilitat expressa contradicció. La incompatibilitat o oposició es produeix entre dos actituds vitals d'una mateixa persona. Són actituds incompatibles: respectar una situació jurídica i impugnar-la, reconèixer un dret i discutir-lo, donar per extingit un dret i considerar-lo encara viu.

I com es mesura la incompatibilitat? Segons el criteri imperant en la consciència social. Basta que la pretensió o, millor, el resultat buscat amb ella, aparegui a la consciència social com incompatible amb la conducta anterior i per aquesta incompatibilitat consideri com inadmissible. Això,

en el fons, és una valoració ètica de la conducta que és una contravenció de la bona fe.

La incompatibilitat ha d'existir. I ha de donar-se entre l'autèntica conducta vinculant i la posterior pretensió. La contradicció no és tant la mateixa conducta, com el sentit objectiu d'aquesta conducta. O sigui, la impressió que aquesta conducta suscita en els altres. La incompatibilitat no és la pretensió en si mateixa considerada, sinó el resultat que amb ella es tracta d'obtenir. Això és, la decisió final del jutge que amb la pretensió es demana. O sigui, la nova situació jurídica que aquesta possible decisió instaurarà. La incompatibilitat ha de buscar-se entre el sentit objectiu de la conducta i el resultat empíric que amb la pretensió es tracta d'obtenir.

2.4. Equitat

Indica l'art. 111-9 CCCat. que l'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació de les normes, si bé els tribunals només poden fonamentar llurs resolucions exclusivament en l'equitat quan la llei ho autoritza expressament.

L'article 111-9 diu que l'equitat s'ha de tenir en compte "en l'aplicació dels normes". Es parla de "equitat" com equivalent a justícia, per a determinar la solució justa a un cas concret. Una solució equitativa és la que sembla adequada en unes circumstàncies concretes.

El caràcter general de les normes permet tractar igual a casos iguals; però aquest caràcter general pot no ser una solució justa en casos determinats. El caràcter de la generalitat no hauria de fer desconèixer concretes circumstàncies. D'aquí apareix la clàssica concepció d'entendre l'equitat com la justícia del cas concret.

La solució equitativa obliga a preguntar per què ha sigut justa la solució aconseguida a canvi d'apartar-se de la norma general. Però no s'ha de jutjar la norma general pel fet que es produeixin alguns casos

excepcionals, perquè el recurs a l'equitat també pot haver estat conseqüència del fet que les normes generals no es trobin adaptades a les circumstàncies actuals. L'equitat aquí té un altre sentit. Ve a ser com una reflexió sobre la missió del Dret.

D'aquesta manera l'equitat té dos sentits específics:

1) Proporciona els principis bàsics per a la interpretació de les lleis i, fins i tot, de les declaracions de voluntat en els negocis jurídics.

2) Permet conciliar del Dret, impulsant-lo a realitzar reformes legals.

Històricament, en el pensament d'Aristòtil apareix l'equitat com la correcció de les lleis que pel seu caràcter general no poden ajustar-se a totes les circumstàncies dels casos en què ha d'aplicar-se. Per tant, mitiga la rigidesa de la norma general.

L'art. 111-9 CCCat. indica que l'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació dels normes. L'Exposició de Motius de la Primera Llei del CCCat. esmenta la necessitat de prendre en consideració l'equitat com a valor reconegut. No apareix invocada com a font de dret. Es contempla la seva intervenció com a criteri interpretatiu en concurrència amb els altres. Queda exceptuada la hipòtesi que la llei permeti expressament fundar la resolució en l'equitat. Per tal que això sigui possible es requereix una norma que atribueixi tal valor a l'equitat. La llei admet que la resolució es fonamenti exclusivament en ella, quan en principi té la consideració de mer criteri interpretatiu.

S'ha oblidat una altra funció que realitza l'equitat, que és la de superar les rígides formes legals en nom de la realització de la justícia. L'equitat apareix com alguna cosa més que una interpretació benigna de la norma. Els criteris interpretatius tracten de determinar el sentit d'aquesta. L'equitat perfila la problemàtica del cas. La interpretació, actua sobre i des de la norma, que és projectada cap al supòsit de fet. "L'equitat parteix de

l'anàlisi acurat de les circumstàncies del cas les exigències del qual projecta sobre la norma, obligant així al descobriment de l'especial significat que aquesta té per al cas sotmès a solució”.

Finalment, la doctrina ha posat de relleu, especialment LOPEZ ALARCÓN, que l'equitat té tres funcions:

- a) Una funció integradora, que consisteix a cooperar amb la norma per a la seva justa aplicació al cas concret a través de les funcions que la mateixa llei li atribueix per a integrar les normes parcialment en blanc.
- b) Una funció interpretativa, que es manifesta quan la seva funció és interpretar la norma quan la rígida aplicació d'aquella conduiria a resultats injustos.
- c) Una funció normativa, en aquells casos en què la llei ho autoritza d'una forma directa, assenyalant la matèria susceptible de judici d'equitat. També hi ha lleis concretes que permeten fundar la seva resolució en equitat.

Finalment, cal destacar el caràcter extrajurídic de l'equitat, que té el seu suport en la Llei d'Arbitratge (Llei 60/2003) i en el R.D.231/2008 que regula el Sistema Arbitral de Consum. Ambdues normes permeten que la decisió dels àrbitres sobre la qüestió litigiosa es prengui sobre la base de l'equitat. Ara bé, sempre amb subjecció a les normes imperatives o prohibitives consagrades per l'ordenament jurídic.

3. LA PLASMACIÓ DEL PRINCIPÍ DE LLIBERTAT CIVIL EN L'ÀMBIT DEL DRET DE FAMÍLIA

Tradicionalment les relacions jurídic-familiars a Catalunya s'havien estructurat sobre dues manifestacions del principi de llibertat civil: la llibertat de testar i la realització de capítols matrimonials. La llibertat de

testar, amb l'existència d'una llegítima curta, permetia mantenir pràcticament intacte el patrimoni familiar, que restava així en mans de l'hereu i permetia la continuació de la casa com a unitat patrimonial i de subsistència del grup familiar. La realització de capítols matrimonials, utilitzats bàsicament com a eina de previsió successòria a través de l'establiment dels heretaments o successió contractual d'hereu.

Indica ROCA TRIAS que la formulació i significat del principi de llibertat civil en l'àmbit del dret de família queda clarament exposat en el *Memorial de Greuges*⁴, en el qual es manifesta que "Lo principi de llibertat civil en que se inspira'l dret català debia produhir la consecuencia de que las costums adquirissen gran importancia y generalitat, y efectivament la produhí. Lo més característich de nostra vida jurídica no es la institució regulada, sino la costum nascuda al ombra de la llibertat particular que la lley respecta. De la llibertat de testar naix la costum que tant caracteriza á nostre poble, especialment en lo camp, del nomenament d'hereu en favor del fill primogénit. De la mateixa llibertat naixen las costums de las substitucions, condicions resolutorias y gravámens de restitució, que tanta solidés donan á la familia en nostra comarca. Igual origen té la de quedar la viuda honesta *senyora y majora*, cap de la familia de fet després de la mort del marit constituïnt aixís nostra costum jurídica á la dona en la situació més elevada que ha alcançat fins al present. Y si la costum coloca á la viuda honesta y respectable á un tant alt lloch, la mateixa llibertat que li dona origen permet al cap de familia vigilar per l'honor de la mateixa fins després de sa mort, si tingué la desgracia de no encertar en la elecció de companya.....Totas aquestas costums combinadas converteixen la familia catalana en pedra angular del edifici social y fan d'ella una verdadera institució....*La familia catalana, segons la organiza no la lley sino la lliura*

⁴ *Memoria en defensa dels interessos morals y materials de Catalunya presentada directament á S.M. lo Rey en virtut d'acort pres en la reunió celebrada en la Llotja de Barcelona lo dia 11 de Janer de 1885*. Ed. facsímil. Conselleria de Justícia. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1990, p. 41 [106], transcrit per ROCA TRIAS, E.: "L'evolució del dret català de família fins a la present llei 9/1998, de 15 de juliol, del codi de família", a Iglesias Ferreirós, A. (ed.) (2000) *El Dret comú i Catalunya : actes del IX Simposi Internacional*, Barcelona: Fundació Noguera.

convenció per la costum, resulta una institució solidíssima, com pocas se puguin trobar". També DURAN I BAS afirmaria que si es suprimissin la llibertat de contractació i la llibertat de testar comportaria la destrucció de la legislació catalana "en el espíritu que la caracteriza, desaparecerán forzosamente dos cosas: la fisonomía moral del pueblo catalán y la riqueza, que repartida sin grandes desigualdades de fortuna, es el premio de su laboriosidad y buenas costumbres"⁵. Afirmacions similars a les que trobem en l'obra de BROCÀ I AMELL, segons els quals "la familia catalana tiene una organización especial, hija del principio de la libertad en la disposición de los bienes y en la contratación matrimonial"⁶.

Respecte de la importància dels capítols matrimonials, és destacable l'aportació de MASPONS I ANGLASELL que en la seva obra destaca la seva importància quan afirmava que "La llei catalana d'organització de la família és, doncs, la llibertat de pactar-la. Per aquest motiu és principi fonamental del Dret català, que la llei de la família és la voluntat dels qui la formen, car és a ells qui pertany d'organitzar-la...És a dir, la llibertat d'organització no autoritza a imposar immoralitats ni impossibilitats.... D'aquesta llibertat prové una de les més grans excel·lències del sistema jurídic català: poder prescindir de la llei civil.... A Catalunya no hi ha més llei que la moral i els pactes, i la llei civil desapareix per innecessària; queda reduïda a l'afirmació de la llibertat de pactar mentre sigui guardada la llei moral... El legislador de cada família són els seus mateixos components, i cada família té la seva pròpia llei que més la que voluntàriament convenen"⁷. Observem que en el pensament d'aquest

⁵ DURAN I BAS. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883, p.XCIV. Segons indica ROCA TRIAS, E.: "L'evolució...", cit., el propi DURAN I BAS juntament amb BORRELL I SOLER "descontextualitzaran la llibertat civil de la família i de l'organització pairal que li donava suport; ells han convertit el principi de llibertat civil en l'eix del sistema civil català; han donat un pas més i han descrit de manera abstracta, un dels elements que caracteritza un conjunt de normes i que fa que es transformin en un sistema jurídic: a partir d'aquí serà un principi general del dret. La llibertat civil passava, doncs, de ser un costum a ser un principi, un eix fonamental del sistema jurídic".

⁶ BROCÀ MONTAGUT-AMELL LLOPIS: *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*. 1ª ed. Barcelona, 1880, p. 69.

⁷ MASPONS I ANGLASELL: *La llei de la família catalana*. Barcelona, 1935.

autor la llibertat civil troba el seu límit, no en les normes imperatives, sinó en un concepte abstracte: la moral. I encara més, el propi autor manifesta també que justament aquest límit impediria "pactar un règim contrari al que està per sobre de la naturalesa i del voler dels homes" i la moralitat, de manera que no podrien actuar en contra d'allò pactat".

Tanmateix, és conegut l'escàs recurs als capítols matrimonials com a instrument de regulació familiar, per la qual cosa aquest suposat exercici de la llibertat civil esdevindria ben aviat més formal que material.

El Codi de Família conté diverses i plurals manifestacions del principi de llibertat civil recollides de forma sintètica en el seu Preàmbul, on el legislador manifesta que la regulació que s'hi conté és respectuosa "amb els principis clàssics del dret familiar català, susceptibles d'adequar-se a la gran transformació que ha experimentat la família catalana en el curs del segle que finalitza".

Amb tot, el Preàmbul introdueix un nou eix vertebrador de les relacions familiars a l'empara de la protecció constitucional que l'art. 39 CE dispensa a la família. En aquest sentit és reveladora la afirmació seguidament expressada en el Preàmbul: "Però el vigor que el nostre dret ha conferit a la institució familiar i el sentit proteccionista que hi impera han estat tothora compatibles amb el reconeixement de la personalitat individual i de la màxima llibertat de les persones que en formen part. Aquesta Llei es mostra plenament fidel a tots aquests principis. El propòsit de protecció de la família i de les finalitats que li incumbeixen es posa en relleu al llarg de totes les institucions que regula, com es desprèn, entre altres, de les normes que limiten la disponibilitat de l'habitatge familiar; de la fixació dels deures del pare i de la mare envers els fills, que caracteritzen la relació paternofamiliar; del favor filii; de la possibilitat de substituir la intervenció judicial per l'acord dels dos parents més pròxims del fill o filla per a resoldre els desacords ocasionals del pare i la mare; de la prevalença d'aquests, en la delació de la tutela, respecte a la judicial; o de la reimplantació facultativa del consell de tutela, dins l'organisme tutelar.

El respecte d'aquesta Llei pel principi de l'autonomia de la voluntat s'evidencia amb el manteniment de la llibertat del pacte en l'elecció del règim econòmic matrimonial, i en l'aplicació, com a supletori, del de separació de béns. Aquest règim ha funcionat pacíficament a Catalunya durant molts anys, fins i tot després de caure en desús el sistema dotal, i es compagina perfectament amb la progressiva incorporació de la dona en el món del treball. Es manté com a factor correctiu, ja incorporat en la Llei 8/1993, del 30 de setembre, la possibilitat que el cònjuge que ha treballat desinteressadament per a la casa o per a l'altre cònjuge pugui obtenir una compensació econòmica en les situacions de crisi del matrimoni i, per tant, de possibles enfrontaments separació, divorci i nul·litat, com a mesura de protecció de la part més débil”.

Com es pot fàcilment observar, el Codi de Família, tot i respectar el principi de llibertat civil, estableix limitacions com a conseqüència d'aquest element proteccionista que en bona mesura incideix en el desenvolupament de les relacions familiars. Certament aquesta llibertat civil es manté en totes aquelles institucions en les que no existeix un interès superior més digne de protecció. En aquests altres casos el legislador estableix límits a l'exercici de la llibertat civil, ja sigui en forma de normes imperatives o prohibitives, ja sigui sotmetent els pactes al control judicial.

Cal també esmentar que aquest afany proteccionista es manifesta també en el cas de les unions estables de parella. Efectivament, la LUEP desenvolupa la protecció dels convivents en unió estable a través de la introducció de normes típicament aplicables a la institució matrimonial. Així, per exemple, els arts. 3.1 i 22.1 estableixen un primer límit genèric a la llibertat dels convivents en la regulació de la seva convivència, atès que considera que els convivents “També poden regular les compensacions econòmiques que convinguin per al cas de cessament de la convivència amb el mínim dels drets que regula aquest capítol, els quals són irrenunciables fins al moment en què són exigibles”.

En aquesta mateixa línia s'inscriuen els arts. 11 i 28 que limiten el poder

de disposició del titular de l'habitatge comú o dels dels mobles d'ús ordinari sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial, sancionant amb l'anul·labilitat l'acte realitzat contravenint aquesta disposició. I també els arts. 13 i 31, quan estableixen que en cessar la convivència en vida dels dos convivents, aquell que "sense retribució o amb una retribució insuficient, hagi treballat per a la llar comuna o per a l'altre convivent, té dret a rebre'n una compensació econòmica en el cas que s'hagi generat per aquest motiu una situació de desigualtat entre el patrimoni dels dos que impliqui un enriquiment injust". O els arts. 14 i 31.3 que atribueixen als membres de la parella en crisi el dret a "reclamar de l'altre una pensió alimentària periòdica, si la necessita per a atendre adequadament la seva sustentació", establint que el dret a la compensació econòmica i el dret a la percepció de la pensió periòdica són compatibles (arts. 16 i 32).

Finalment, volem fer una referència a l'Avantprojecte de Llibre II CCCat., en la mesura que el seu Preàmbul ja apunta la concepció del govern de la Generalitat respecte de la futura regulació de les relacions jurídiques familiars a Catalunya. Creiem que el passatge que seguidament transcrivim reflecteix clarament quina és la seva intenció: "... les transformacions socials han portat a que avui la família s'entengui més aviat com un àmbit en què la comunicació i el respecte als desitjos i aspiracions individuals dels membres que la componen ocupen un lloc important en la definició del projecte de vida en comú. És per això que es posa èmfasi en el desenvolupament individual, en la llibertat i autonomia de l'individu, però també en la seva responsabilitat. Aquest enteniment també inspira tot el dret del menor i la regulació de les relacions entre els progenitors i els fills en potestat". De forma més concreta, s'obre la porta a la possibilitat de realitzar pactes en previsió d'una ruptura futura, però establint "uns límits a les facultats dispositives de les parts en les institucions on aquests pactes poden tenir més incidència, com ara en la prestació compensatòria i en relació amb la compensació per raó de treball, i es distingeix els acords en previsió d'un ruptura i els que es fan quan el matrimoni ja ha entrat en crisi".

En definitiva, respecte pel principi de llibertat civil matisat per la necessitat de dispensar la protecció a la família constitucionalment exigida per l'art. 39 CE.

CAPÍTOL I.- EL PRINCIPÍ DE LLIBERTAT CIVIL: LA SEVA

PROJECCIÓ EN EL MARC DE LES RELACIONS FAMILIARS

Carlos J. Maluquer de Motes Bernet
Catedràtic de Dret Civil
Universitat de Barcelona

1. ELS PRINCIPIS DEL DRET CIVIL CATALÀ I LA SEVA CONSUBSTANCIALITAT AMB EL DRET CIVIL DE CATALUNYA.

L'apartat II de l'Exposició de Motius de la primera llei del Codi civil de Catalunya justifica la presència del títol sobre *Disposicions generals* fent palès que s'han incorporat “uns principis i unes doctrines que, si bé són consubstancials amb el dret civil de Catalunya” ara s'expliciten d'una forma expressa. Els principis sobre els quals es construeix el dret civil català es concreten en quatre: llibertat civil, bona fe, respecte pels propis actes i equitat. I hem apuntat que són consubstancials amb el dret. *Consubstancials* significa “que té la mateixa substància amb un altre”. Aquesta afirmació ens permet fer una cerca d'aquesta substància. A tall d'exemple recordarem diverses fites històriques en la plasmació d'aquests principis.

a) Una primera aproximació la trobem en el moment en què Justinià (527-565) va ordenar a Bizanci codificar el “*Corpus iuris civilis*”. En la introducció es feia una invocació a la justícia (Inst. 1.1): “La justícia és la voluntat constant i perpètua de donar a cada un el que li correspon ...”; davant del dubte que aquesta afirmació podria plantejar respecte de quines eren les fonts i l'essència del Dret, el jurista romà Cels (segle II) manifestava: “**ius cap ars boni et aequi**”, és a dir, el Dret és l'art de allò bo i d'allò just. “Ars” no és art, és habilitat, és destresa. És un treball que requereix habilitat. L'habilitat en un treball que és bo i és just. Es tracta que el dret sigui just en aplicació del dret estricte i també sotmés a l'equitat, com a correcció suavitzadora o moderadora de la rigidesa del

dret.

b) Fent un salt en la història ens aproximarem a la doctrina de MIERES, a la seva obra *Apparatus súper Constitutionibus Curiarum Generalium Cathalonie, II, pars., coll. VIII, ap. II, 23. Sumari i texte*, en la qual trobarem constants referències a aquests principis consubstancials al dret i a la pròpi concepte de l'autor sobre el que és el dret, amb especial referència a la llibertat individual en la seva relació amb el dret.

c) Inmanuel Kant (1724-1804, *Fonaments de la metafísica dels costums*) a la pregunta *Què és el Dret?* responia: "El Dret és el conjunt de condicions que fan possible conciliar en una llei general de la llibertat, el lliure arbitri de l'un amb el lliure arbitri de l'altre.

Aquests tres referents històrics, que reflecteixen la concepció del dret en tres moments ben diversos de la història jurídica, ens permeten fer una primera aproximació a l'objecte del nostre estudi, de manera que ara ja podem afirmar que l'objecte del Dret és **organitzar la llibertat civil**. Tothom ha d'actuar lliurement, per bé que per tal de mantenir l'equilibri del desenvolupament de la llibertat del ciutadà (lliure arbitri), cal comptar amb uns principis generals. I per tal de garantir que aquests principis emparin a la totalitat dels ciutadans és desitjable que **aquests principis es trobin garantits per una llei d'abast general**.

No es tracta només que el Dret garanteixi la possibilitat de realitzar la llibertat individual de tot ciutadà, sinó que aquest, amb els seus actes, no lesioni la llibertat dels altres, així com de protegir l'individu davant d'una possible restricció de la seva llibertat d'actuació com a conseqüència de l'acció d'un tercer. D'aquesta manera veiem com la llibertat es va identificant amb el contingut del dret privat, i de forma més particular, amb el dret civil.

d) Ja modernament, pot servir també de referent la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya núm. 4/2002, de 28 de gener, que

explica la vulneració de la bona fe i la subsegüent interdicció d'actuar en contradicció amb els actes propis. En realitat es tracta d'analitzar l'actuació d'un subjecte inspirada per la seva voluntat basada en la raó. L'acte és expressió de llibertat, una conducta imputable a la persona de la qual se n'ha de responsabilitzar. I la base de l'acte és la voluntat. Per tant, la voluntat de voler exterioritzar-la en una declaració, amb conseqüències que li seran imputables. Així, estem en disposició d'afirmar que la voluntat és el pressupòsit de tot acte i el nexa amb els deures jurídics.

L'Exposició de Motius conté una breu referència a l'art. 111-6 CCCat. – precepte dedicat al principi de llibertat civil–, en la que el legislador ha volgut destacar expressament que, a diferència del que fa el Codi civil espanyol quan es refereix a l'autonomia de la voluntat en seu de contractes (art. 1255 CCEsp.), el CCCat. no és limita només a aquesta, sinó que es contempla com un principi de caràcter general. D'aquesta manera, i sobre la base d'aquesta idea, el CCCat. Permet traslladar el contingut de la teoria del negoci jurídic⁸ a l'àmbit de regulació de la persona i de la família.

2. APROXIMACIÓ ALS PRINCIPIS DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA

Com apuntàvem abans, els principis sobre els quals es fonamenta el Dret civil de Catalunya són quatre. Ens ocuparem ara de la seva presentació general per concretar més endavant la projecció del principi de llibertat civil en l'àmbit de la família.

2.1. Llibertat civil

De conformitat amb el que estableix l'art. 111-6 CCCat., les disposicions

⁸ Cal tenir present que el contracte és la peça estel·lar de la llibertat civil en el dret. L'autonomia de la voluntat es presenta com l'instrument més idoni per assegurar la llibertat del ciutadà. Així, no existeix negoci jurídic sense declaració de voluntat. Aquesta voluntat es consolida i passa a ser reconeguda expressament per l'ordenament jurídic.

d'aquest Codi i dels altres lleis civils catalans: 1) poden ésser objecte d'exclusió voluntària; 2) de renúncia; 3) o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut. Aquests pactes no son oposables a tercers si en poden resultar perjudicats.

El precepte sembla partir de la presumpció de disponibilitat de les normes que integren el Dret civil de Catalunya, atès que només exclou l'exercici de la llibertat civil quan la norma sigui clarament imperativa, ja ho sigui de forma expressa, ("estableixin expressament llur imperativitat") ja ho sigui de forma tàcita ("es dedueixi necessàriament de llur contingut"). Tanmateix, creiem que no es pot parlar d'una regla de presumpció del caràcter dispositiu de les normes enfront del caràcter imperatiu, sinó que s'haurà de resoldre el conflicte en cada cas particular aplicant les regles de la interpretació de les normes. Sense necessitat d'entrar ara en la contraposició de les teories conceptuals existents, a la noció d'imperativitat s'hauria d'afegir la noció d'orde públic. Però no matisarem tant i serem més generalistes. Per saber si la norma és imperativa o no caldrà estar a la pròpia institució. Una institució és d'interès privat "quan el titular jurídic és l'únic destinatari del resultat de la institució". Quan el resultat o el benefici no sigui exclusiu del seu titular jurídic, perquè la norma pretén beneficiar també a d'altres persones, la institució és d'interès públic.

Partir d'aquesta concepció del que sigui l'interès públic, significa atorgar especial rellevància a l'interès de l'Estat, la manifestació més important que s'exterioritza mitjançant el denominat dret no dispositiu o dret imperatiu. Així, hi haurà llibertat civil sempre que ens trobem en presència d'un dret no imperatiu, i, per tant, dispositiu, sde manera que el titular de la institució pot modelar-la estrictament segons la seva conveniència. Si la norma és imperativa, en canvi, no pot ser alterada pel subjecte. És cert que pot haver-hi una institució que es trobi disposada al servei del subjecte, però si per damunt del seu interès hi ha un altre interès

prevalent, la norma esdevindrà imperativa⁹.

Com apuntàvem a l'inici, en el mateix article s'adverteixen aspectes diferents. L'exclusió de la llei aplicable es refereix al dret objectiu i la renúncia de drets es refereix als drets subjectius. En aquest segon cas pot existir un element (patrimonial) que el titular pot negociar i renunciar. El dret objectiu no està a disposició dels particulars, que no el poden excloure excepte quan es tracti de normes de dret dispositiu, i no de normes imperatives, doncs, com hem dit, no són susceptibles de modificació pels particulars.

Per això, l'exclusió voluntària de la llei exigeix que aquesta sigui substituïble, que no sigui imperativa, amb independència que l'exclusió sigui o no contrària a l'ordre públic.

En relació amb la possibilitat d'excloure, es pot distingir entre l'exclusió d'un conjunt de normes en bloc que afectin a una matèria i l'exclusió d'una matèria d'aquest bloc. L'exclusió del bloc sencer exigeix la prèvia determinació voluntària de la regulació que s'hagi de substituir. És per aquest motiu que abans afirmàvem que la inexistència d'una presumpció de disponibilitat de les normes de l'ordenament jurídic.

Pel que fa a la renúncia, es tracta de renúncia de drets subjectius. La verdadera renúncia és la denominada abdicativa, en la que el declarant perd el dret renunciat sense transmetre'l a ningú. En cas contrari, de ser translativa, seria un acte de disposició (donació, venda, permuta). La renúncia abdicativa consisteix en una declaració unilateral de voluntat, en la mesura en què el renunciant tingui capacitat i poder de disposició sobre el dret renunciat. L'art. 111-6 CCCat. no fa cap esment a la necessitat que aquesta renúncia no sigui contrària a l'interès o a l'ordre públic: es limita a afirmar que aquesta renúncia no pot ser feta en perjudici de tercers

⁹ En aquest sentit es troba expressat ja a D.2, XIV,38: "Ius publicum privatorum pactis mutari non potest"

persones.

Les anteriors consideracions es manifestaran en forma de limitació quan ens trobem en presència d'una sèrie de drets irrenunciables, com ara la renúncia del dret d'aliments (art. 270 Codi de Família, art. 237-12 Avantpr. Llibre II CCCat.), la renúncia a la llegítima futura (art. 451.26 CCCat.), la renúncia a la prescripció futura (art. 121-3 CCCat.).

2.2. Bona fe

De conformitat amb el que estableix l'art. 111-7 CCCat., en les relacions jurídiques privades s'han d'observar sempre els exigències de la bona fe i de l'honradesa en els tractes.

El sentit del precepte, que consagra la bona fe com a principi general, no podia cenyir-se a l'exercici dels drets. Era necessari que el precepte abastés les múltiples projeccions i emparés la multiplicitat de supòsits que es puguin contemplar en el propi CCCat. i en altres lleis civils. Referències es troben en tots els camps, des del dret de família als drets reals.

El concepte s'ha ordenat en tres accepcions fonamentals:

- a) L'honradesa subjectiva d'una persona. La creença nascuda d'un error excusable que la seva conducta no és contrària al Dret. Aquest és un aspecte subjectiu de la bona fe. Es tradueix en la intenció amb què actuen les persones, en la creença que ho fan correctament (així, per exemple, la bona fe en la possessió és la creença justificable de la titularitat del dret; en cas contrari, la possessió és de mala fe. –art. 521-7 CCCat.–). El subjecte rep un tracte favorable per trobar-se en la creença (nascuda de l'error excusable de que la seva conducta és conforme amb l'ordenament jurídic.).

Així doncs, és un estat psicològic que l'ordenament jurídic valora com

a element de determinació del tractament que mereix el subjecte. La norma aplicable serà elegida a través de la investigació i posterior determinació de quina ha estat l'efectiva creença o intenció personal del subjecte.

- b)** Les regles objectives de l'honradesa en el comerç o en el tràfic jurídic. Aquest, en canvi, constitueix un aspecte objectiu. També en aquest cas s'analitza la conducta en la persona, però prenent en consideració si aquesta conducta s'ajusta a les regles ordinàriament admeses sobre el que és recte i honest (art. 1.258 CCEsp.,conseqüències conforme a la bona fe).

Es tracta, per tant, d'un criteri de valoració objectiva per tal de jutjar si una conducta aconseguix el nivell exigible. Constitueix, doncs, un criteri objectiu de valoració, un estàndard o prototip de conducta, basat en les regles objectives que tipifiquen l'honradesa en el comerç o en les relacions socials.

El primer dels aspectes considerats, entén la bona fe com un fet psicològic o un estat d'ànim. El segon presenta la bona fe amb un caràcter predominantment ètic, com a rectitud o honradesa moral d'una conducta.

La bona fe es pot contemplar també des d'una altra perspectiva que, a la seva volta, es pot englobar en tres aspectes:

1r. Ignorància de la lesió que s'ocasiona en un interès aliè quan aquest interès sigui tutelat pel dret. En aquest cas, s'hauria produït un acte objectivament antijurídic, tot i que el subjecte l'ha realitzat amb la convicció que el seu comportament era regular i permès.

2n. Confiança en una aparença jurídica, que pot permetre que en un negoci de disposició l'atributari cregui o hagi confiat en la legitimació i en el poder del disponent.

3r. Rectitud i honradesa en el tracte. En definitiva, l'actuació es filtra a

través d'un criteri o manera de procedir a què les parts han d'ajustar-se en el desenvolupament de les relacions jurídiques, així com en la celebració, interpretació i execució dels contractes.

Tanmateix, per a una part de la doctrina només es pot parlar de dos grups:

- a) Els preceptes en què apareix expressat un caràcter normatiu de la bona fe perquè en ells es prescriu el deure d'un comportament "conforme a la bona fe", de tal manera que la bona fe serveix així per a modular el contingut de l'obligació nascuda del negoci, però no per fer nàixer la pretensió de la contrapart o l'obligació mateixa.
- b) Els preceptes que es refereixen a la bona fe com a correcta situació del subjecte dins de la relació jurídica i no al contingut o als efectes de la relació mateixa. Així, el legislador ja no prescriu que una conducta ha de ser realitzada de bona fe, sinó que estableix els efectes que, en una determinada hipòtesi, puguin derivar-se del fet que una determinada persona actüi de bona fe.

Els autors que parlen de només dues posicions del seu concepte, fan referència a un sentit objectiu i un sentit subjectiu de la bona fe. Però, es podria reconduir a una una noció única?. En tal cas ens trobaríem davant de la consideració de la bona fe com a principi general que s'ha plasmat en el nostre text normatiu. Com a mesura valorativa de conducta que ha de ser sempre informada pels criteris d'honradesa i correcció.

D'aquesta manera s'observa que destacar l'existència i la vigència d'un deure de comportar-se d'acord amb la bona fe, es traduiria en una conducta reveladora de la posició moral d'una persona respecte d'una situació. En definitiva, la bona fe seria el que s'ha assenyalat com "un estàndard jurídic", un arquetip o model de conducta social que, d'una banda, s'imposa en determinats supòsits de forma expressa i, d'altra banda, implica que la negació de la tutela jurídica, com a sanció, quan es produeix un comportament de signe contrari.

S'explica així que la bona fe es prengui en consideració com a causa d'exoneració o d'atenuació d'una regla sancionadora, així com que la bona fe sigui pressupòsit o causa de limitació de l'exercici d'una relació jurídica. O, finalment, sigui considerada com a font de creació d'especials deures de conducta.

De la mateixa manera que s'ha volgut superar l'article 1.255 CCEsp. En la consagració del principi de llibertat civil, s'ha volgut superar la limitació de l'article 1.258 CCEsp. atribuint a la bona fe la categoria de principi general, tot i que ja el títol preliminar del CCEsp. ja ho expressava així. Igualment, aquest extrem ja s'havia palesat entre la doctrina (COSSIO) abans de la reforma del Títol Preliminar del CCEsp. l'any 1974. Qualsevol que sigui el criteri, el precepte ha de situar-se en un nivell superior al que es contempla en l'article 1.258 CCEsp. Es presta doncs atenció a la prescripció d'un comportament o regla de conducta que s'assenyala com a pauta general en les relacions jurídiques i que no es refereix a l'actitud subjectiva d'estar en la creença que s'exercita el dret com cal. El nostre article diu “en les relacions jurídiques”, no “en el dret subjectiu”.

També s'havia posat de relleu (DE LOS MOZOS) que, constituint la salvaguarda de la bona fe i el manteniment de la confiança, la base del tràfic jurídic, no podia limitar-se la actuació de bona fe a les relacions obligatòries, sinó que havia d'estendre's a l'exercici dels drets subjectius. Així s'havia proclamat la inadmissibilitat de l'exercici de qualsevol dret subjectiu que contravingués, en cada cas concret, les consideracions que deriven de la relació jurídica i que cada part està obligada a adoptar respecte de l'altra.

D'aquesta manera, l'exercici d'un dret subjectiu es trobava limitat per la bona fe. S'infringeix la bona fe no solament quan el poder en què el dret subjectiu consisteix s'utilitza per a una finalitat objectiva o amb una funció economico-social diferent d'aquella per a la qual ha sigut atribuït al seu titular per l'ordenament jurídic, sinó també quan s'exercita d'una manera o

en unes circumstàncies que el fan deslleial, segons les regles que la consciència social imposa al tràfic jurídic.

Les relacions jurídiques, indica l'art. 111-7 CCCat., han d'exercitar-se de bona fe. En conseqüència, s'han d'exercitar de forma que siguin conformes amb la confiança dipositada en el titular per l'altra part i segons la consideració que aquesta pugui pretendre d'acord amb la classe de vinculació especial existent entre elles. La doctrina assenyala que el comportament del titular d'un dret contrari a la bona fe és il·lícit i no sols no és mereixedor de protecció sinó que, en la mesura que ocasiona danys, obliga al seu rescabament.

És evident que la bona fe com a principi s'estén a totes les relacions jurídiques i no només a les que tenen caràcter patrimonial. Això ens duu a considerar que l'ordenament jurídic sencer ha de ser interpretat en harmonia amb la bona fe i han de ser rebutjades i tractades com a excepcionals les normes i les interpretacions que condueixin a un resultat contrari a la bona fe. La mateixa regla ha de ser aplicada a les reglamentacions privades realitzades pels particulars en l'àmbit de la seva autonomia¹⁰.

La norma no conté pauta o criteris que permeten la valoració de la conducta d'un subjecte als efectes de determinar si s'ha produït o no la bona fe. Certament, són supòsits concrets: La doctrina dels propis actes, el retard deslleial y l'abús de nul·litat per motius formals.

I l'honradesa dels tractes? És la bona fe entesa com a rectitud i honradesa en el tracte i es tradueix en un criteri o manera de procedir a què les parts han d'ajustar-se en el desenvolupament de les relacions jurídiques, i en la celebració, interpretació i execució dels contractes.

2.3. Actes propis

¹⁰ Així ho expressava ja el jurista Paulo en D. XVII, 2, 3,3: Fides bona contraria est fraudis et dol.

Segons indica l'art. 111-8 CCCat., ningú no pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca de la qual deriven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual.

La màxima “ningú no pot anar contra els seus propis actes” ha esdevingut així principi general. Suposa l'existència d'una conducta inicial i d'una conducta posterior, resultant aquesta última contradictòria amb la primera, si de la posterior es deriven conseqüències incompatibles amb la pretensió o conducta inicial. En definitiva, que la conducta subsegüent sigui incompatible amb les conseqüències jurídiques derivades de la primera.

Anar contra el fet propi significa anar contra la pròpia voluntat. La forma d'actuar se'ns apareix com un procedir injust i faltat de lleialtat, la qual cosa significa que s'exterioritza com a conducta contrària a la bona fe, ja que aquesta també és la interna honradesa amb què la persona actua.

Podem dir que una de les conseqüències d'exercitar els drets de bona fe és l'exigència d'un comportament coherent. Significa que una persona, dins d'una relació jurídica, ha suscitat en una altra, amb la seva conducta, una confiança fundada en una determinada conducta futura, segons el sentit objectivament deduït de la conducta anterior, de manera que no li és permès defraudar la confiança suscitada. I és inadmissible tota situació incompatible amb ella.

L'exigència jurídica del comportament coherent està, d'aquesta manera, estretament vinculada a la bona fe i a la protecció de la confiança. La confiança suscitada pels actes, que imposa una coherència lògica al comportament de la persona, no és només la confiança en una aparença. La conducta contradictòria és una contravenció o una infracció del deure de bona fe. Es destaca la idea de conducta contradictòria. El fet que un subjecte no pugui deslligar-se d'un negoci no és una conseqüència de la

doctrina dels actes propis, sinó que deriva del valor vinculant de la declaració de voluntat. Qui acciona en contradicció amb el que té manifestat va contra els seus propis actes.

El que l'ordenament jurídic valora quan s'ocupa dels actes propis per tal de fer dependre d'aquests un efecte jurídic, no és una "voluntat negocia" que els actes revelen, sinó el sentit objectiu que aquests actes posseeixen. No es descarta la inadmissibilitat de la conducta contradictòria per a vetar un canvi de voluntat, sinó per a vetar una conseqüència que és objectivament irreconciliable amb la bona fe. És a dir, amb independència de quina sigui la voluntat que els hagi presidit o impulsat, aquests actes han suscitat en el cercle dels interessats una confiança fundada respecte al que signifiquen com a actitud del subjecte. L'acte és una "promesa" d'una futura conducta coherent amb ell. La persona queda impossibilitada per a contrariar els seus actes, perquè ha de respondre de les conseqüències de la confiança suscitada.

L'efecte dels actes propis no consisteix en la pèrdua del dret o de la facultat, sinó en la inadmissibilitat del seu exercici. Observem que l'article 111-8 CCCat. diu "Ningú no pot fer valdre un dret o una facultat".

Només poden emparar-se en ell i oposar aquesta inadmissibilitat de l'exercici del dret per contradicció amb la pròpia conducta, aquelles persones enfront de les quals aquesta conducta ha sigut realitzada i en els que aquesta conducta hagi pogut suscitar objectivament una confiança. Com a principi pot ser aplicat pels tribunals encara que no hagi estat citat per les parts.

Com posa de relleu DIEZ-PICAZO, en tot procés per a assegurar precisió i rapidesa al desenvolupament dels actes judicials, es posen límits a l'exercici de determinades facultats de les parts amb la conseqüència que, més enllà d'aquests límits, aquestes facultats no es poden ja exercitar. Això determina la pèrdua, extinció o consumació d'una facultat processal que es produeix per: a) No haver observat l'ordre assenyalat per la llei per

al seu exercici; b) Haver realitzat una activitat incompatible amb l'exercici de la facultat, com la proposició d'una excepció incompatible amb una altra o la realització d'un acte incompatible amb la intenció d'impugnar una sentència.

Quan es produeix la incompatibilitat d'un acte processal amb l'exercici d'un dret, neix una sanció per la contradicció, de tal manera que resta exclosa la facultat de demanar una nul·litat d'actuacions o d'impugnar una sentència o de demanar la seva reforma, perquè abans s'havia realitzat una activitat (processal) que era incompatible amb l'exercici de la facultat.

Si analitzem el precepte en tant que norma jurídica, podem observar:

a) Que conté un mandat de caràcter negatiu. La norma preconitza com a correcta una conducta omissiva, un no fer, una abstenció, i considera antijurídica la conducta positiva. La prohibició de la conducta contradictòria equival al deure de conducta coherent. I d'això es dedueix que estem enfront d'una prohibició.

b) La prohibició es manifesta com a deure i com a límit del dret o facultat.

La prohibició significa un mandat de no fer, que pot tenir dos sentits diversos:

1er. Pot indicar un deure jurídic, un comportament exigít per l'ordenament jurídic com a necessari per a l'orde jurídic. Un deure de no actuar d'una determinada forma.

2n. Pot indicar una prohibició, un mandat formulat d'una manera negativa. O sigui, un límit imposat a un dret o a una facultat. Ens trobem llavors amb un comportament lícit i permès que es deixa a l'arbitri de la persona, sempre que es mantingui dins d'uns determinats límits. Això entranya un no poder fer. En el primer cas hi ha incompliment, acte antijurídic, i, per tant, responsabilitat. En el segon hi ha "extralimitació", és antijurídic,

generador de responsabilitat i comporta la ineficàcia del que es realitza.

Així doncs, en l'art. 111-8 CCCat. es construeix la prohibició com un deure jurídic, perquè és un deure de coherència amb la pròpia conducta. S'exercita una acció que tot i estar objectivament permesa per l'ordenament jurídic, en resultar contradictòria amb la pròpia conducta que produeix conseqüències incompatibles amb l'actitud inicial, esdevé no mereixedora de protecció jurídica.

Si, seguint la doctrina assenyalada, anomenem pretensió a l'exercici d'un dret o d'una facultat de poder que actua enfront d'una altra persona, la regla pot ser descrita com la inadmissió de la pretensió contradictòria. Això significa que una pretensió és inadmissible i no pot prosperar quan s'exercita en contradicció amb el sentit que objectivament i de bona fe ha d'atribuir-se a una conducta jurídicament rellevant i eficaç observada pel subjecte en el si d'una situació jurídica.

L'anàlisi del mecanisme jurídic estudiat ens condueix a l'extracció dels pressupòsits que conformen el principi dels actes propis. En primer lloc, cal que el subjecte hagi observat, dins d'una determinada situació jurídica, una certa conducta jurídicament rellevant i eficaç. En segon lloc, que posteriorment aquesta mateixa persona intenti exercitar un dret subjectiu o una facultat, creant una situació litigiosa i formulant dins d'ella una determinada pretensió. En tercer lloc, que entre la conducta anterior i la pretensió posterior existeixi una incompatibilitat o una contradicció, segons el sentit que de la bona fe hagi d'atribuir-se a la conducta anterior. I, finalment, que aquesta situació contradictòria es produeixi en identitat dels subjectes.

El precepte exigeix que s'hagi adoptat una conducta determinada. Es parla de "conducta", que és un concepte diferent del "d'acte". Un acte és una realització humana aïllada. Una conducta és un acte o una sèrie d'actes que reflecteixen l'actitud d'una persona (fixem-nos que "actes propis" és plural). L'essencial és una conducta.

Quan pot parlar-se de conducta?. La conducta no és l'acte considerat en ell mateix, sinó l'acte o la sèrie d'actes, en la mesura que són reveladors d'una forma general de procedir o de comportar-se, o sigui, revelen una determinada actitud.

Per això, no es pot considerar qualsevol acte, sinó aquells revestits d'un cert caràcter transcendental, fonamental, que són reveladors del disseny de l'agent. Ara bé, si la conducta anterior no ha d'estar formada per actes constitutius de declaració de voluntat que tinguin per ells mateixos un valor vinculant, és, en canvi, necessari, que pugui atribuir-se-li un valor i una rellevància jurídica. Uns actes només poden ser presos en compte com a conducta vinculant quan expressen objectivament una actitud actual enfront d'una situació jurídica. I, finalment, la conducta observada pel subjecte ha de ser anterior als actes que la contradueixen. Acte d'exercici d'un dret o d'una facultat dirigit a obtenir d'un altre un determinat comportament o a imposar un determinat resultat.

Ara podem tornar a repetir el que hem dit al principi de la nostra exposició: el dret no és una altra cosa que una organitzada ordenació dels conflictes d'interessos per a assegurar l'ordre de la comunitat.

Per tant, la contradicció seria la incompatibilitat. És necessari una incompatibilitat entre la primitiva conducta observada i la posterior conducta que es pretén. Però en que consisteix aquesta incompatibilitat entre la conducta primitiva vinculant i la pretensió posterior actual?. La incompatibilitat expressa contradicció. La incompatibilitat o oposició es produeix entre dos actituds vitals d'una mateixa persona. Són actituds incompatibles: respectar una situació jurídica i impugnar-la, reconèixer un dret i discutir-lo, donar per extingit un dret i considerar-lo encara viu.

I com es mesura la incompatibilitat? Segons el criteri imperant en la consciència social. Basta que la pretensió o, millor, el resultat buscat amb ella, aparegui a la consciència social com incompatible amb la conducta anterior i per aquesta incompatibilitat consideri com inadmissible. Això,

en el fons, és una valoració ètica de la conducta que és una contravenció de la bona fe.

La incompatibilitat ha d'existir. I ha de donar-se entre l'autèntica conducta vinculant i la posterior pretensió. La contradicció no és tant la mateixa conducta, com el sentit objectiu d'aquesta conducta. O sigui, la impressió que aquesta conducta suscita en els altres. La incompatibilitat no és la pretensió en si mateixa considerada, sinó el resultat que amb ella es tracta d'obtenir. Això és, la decisió final del jutge que amb la pretensió es demana. O sigui, la nova situació jurídica que aquesta possible decisió instaurarà. La incompatibilitat ha de buscar-se entre el sentit objectiu de la conducta i el resultat empíric que amb la pretensió es tracta d'obtenir.

2.4. Equitat

Indica l'art. 111-9 CCCat. que l'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació de les normes, si be els tribunals només poden fonamentar llurs resolucions exclusivament en l'equitat quan la llei ho autoritza expressament.

L'article 111-9 diu que l'equitat s'ha de tenir en compte "en l'aplicació dels normes". Es parla de "equitat" com equivalent a justícia, per a determinar la solució justa a un cas concret. Una solució equitativa és la que sembla adequada en unes circumstàncies concretes.

El caràcter general de les normes permet tractar igual a casos iguals; però aquest caràcter general pot no ser una solució justa en casos determinats. El caràcter de la generalitat no hauria de fer desconèixer concretes circumstàncies. D'aquí apareix la clàssica concepció d'entendre l'equitat com la justícia del cas concret.

La solució equitativa obliga a preguntar per què ha sigut justa la solució aconseguida a canvi d'apartar-se de la norma general. Però no s'ha de jutjar la norma general pel fet que es produeixin alguns casos

excepcionals, perquè el recurs a l'equitat també pot haver estat conseqüència del fet que les normes generals no es trobin adaptades a les circumstàncies actuals. L'equitat aquí té un altre sentit. Ve a ser com una reflexió sobre la missió del Dret.

D'aquesta manera l'equitat té dos sentits específics:

1) Proporciona els principis bàsics per a la interpretació de les lleis i, fins i tot, de les declaracions de voluntat en els negocis jurídics.

2) Permet conciliar del Dret, impulsant-lo a realitzar reformes legals.

Històricament, en el pensament d'Aristòtil apareix l'equitat com la correcció de les lleis que pel seu caràcter general no poden ajustar-se a totes les circumstàncies dels casos en què ha d'aplicar-se. Per tant, mitiga la rigidesa de la norma general.

L'art. 111-9 CCCat. indica que l'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació dels normes. L'Exposició de Motius de la Primera Llei del CCCat. esmenta la necessitat de prendre en consideració l'equitat com a valor reconegut. No apareix invocada com a font de dret. Es contempla la seva intervenció com a criteri interpretatiu en concurrència amb els altres. Queda exceptuada la hipòtesi que la llei permeti expressament fundar la resolució en l'equitat. Per tal que això sigui possible es requereix una norma que atribueixi tal valor a l'equitat. La llei admet que la resolució es fonamenti exclusivament en ella, quan en principi té la consideració de mer criteri interpretatiu.

S'ha oblidat una altra funció que realitza l'equitat, que és la de superar les rígides formes legals en nom de la realització de la justícia. L'equitat apareix com alguna cosa més que una interpretació benigna de la norma. Els criteris interpretatius tracten de determinar el sentit d'aquesta. L'equitat perfila la problemàtica del cas. La interpretació, actua sobre i des de la norma, que és projectada cap al supòsit de fet. "L'equitat parteix de

l'anàlisi acurat de les circumstàncies del cas les exigències del qual projecta sobre la norma, obligant així al descobriment de l'especial significat que aquesta té per al cas sotmès a solució”.

Finalment, la doctrina ha posat de relleu, especialment LOPEZ ALARCÓN, que l'equitat té tres funcions:

- a) Una funció integradora, que consisteix a cooperar amb la norma per a la seva justa aplicació al cas concret a través de les funcions que la mateixa llei li atribueix per a integrar les normes parcialment en blanc.
- b) Una funció interpretativa, que es manifesta quan la seva funció és interpretar la norma quan la rígida aplicació d'aquella conduiria a resultats injustos.
- c) Una funció normativa, en aquells casos en què la llei ho autoritza d'una forma directa, assenyalant la matèria susceptible de judici d'equitat. També hi ha lleis concretes que permeten fundar la seva resolució en equitat.

Finalment, cal destacar el caràcter extrajurídic de l'equitat, que té el seu suport en la Llei d'Arbitratge (Llei 60/2003) i en el R.D.231/2008 que regula el Sistema Arbitral de Consum. Ambdues normes permeten que la decisió dels àrbitres sobre la qüestió litigiosa es prengui sobre la base de l'equitat. Ara bé, sempre amb subjecció a les normes imperatives o prohibitives consagrades per l'ordenament jurídic.

3. LA PLASMACIÓ DEL PRINCIPI DE LLIBERTAT CIVIL EN L'ÀMBIT DEL DRET DE FAMÍLIA

Tradicionalment les relacions jurídic-familiars a Catalunya s'havien estructurat sobre dues manifestacions del principi de llibertat civil: la llibertat de testar i la realització de capítols matrimonials. La llibertat de

testar, amb l'existència d'una llegítima curta, permetia mantenir pràcticament intacte el patrimoni familiar, que restava així en mans de l'hereu i permetia la continuació de la casa com a unitat patrimonial i de subsistència del grup familiar. La realització de capítols matrimonials, utilitzats bàsicament com a eina de previsió successòria a través de l'establiment dels heretaments o successió contractual d'hereu.

Indica ROCA TRIAS que la formulació i significat del principi de llibertat civil en l'àmbit del dret de família queda clarament exposat en el *Memorial de Greuges*¹¹, en el qual es manifesta que "Lo principi de llibertat civil en que se inspira'l dret català debia produhir la consecuencia de que las costums adquirissen gran importancia y generalitat, y efectivament la produhí. Lo més característich de nostra vida jurídica no es la institució regulada, sino la costum nascuda al ombra de la llibertat particular que la lley respecta. De la llibertat de testar naix la costum que tant caracteriza á nostre poble, especialment en lo camp, del nomenclament d'hereu en favor del fill primogénit. De la mateixa llibertat naixen las costums de las substitucions, condicions resolutorias y gravámens de restitució, que tanta solidés donan á la familia en nostra comarca. Igual origen té la de quedar la viuda honesta *senyora y majora*, cap de la familia de fet després de la mort del marit constituïnt aixís nostra costum jurídica á la dona en la situació més elevada que ha alcançat fins al present. Y si la costum coloca á la viuda honesta y respectable á un tant alt lloch, la mateixa llibertat que li dona origen permet al cap de familia vigilar per l'honor de la mateixa fins després de sa mort, si tingué la desgracia de no encertar en la elecció de companya.....Totas aquestas costums combinadas converteixen la familia catalana en pedra angular del edifici social y fan d'ella una verdadera institució....*La familia catalana, segons la organiza no la lley sino la lliura*

¹¹ *Memoria en defensa dels interessos morals y materials de Catalunya presentada directament á S.M. lo Rey en virtut d'acort pres en la reunió celebrada en la Llotja de Barcelona lo dia 11 de Janer de 1885*. Ed. facsímil. Conselleria de Justícia. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1990, p. 41 [106], transcrit per ROCA TRIAS, E.: "L'evolució del dret català de família fins a la present llei 9/1998, de 15 de juliol, del codi de família", a Iglesias Ferreirós, A. (ed.) (2000) *El Dret comú i Catalunya : actes del IX Simposi Internacional*, Barcelona: Fundació Noguera.

convenció per la costum, resulta una institució solidíssima, com pocas se puguin trobar". També DURAN I BAS afirmaria que si es suprimissin la llibertat de contractació i la llibertat de testar comportaria la destrucció de la legislació catalana "en el espíritu que la caracteriza, desaparecerán forzosamente dos cosas: la fisonomía moral del pueblo catalán y la riqueza, que repartida sin grandes desigualdades de fortuna, es el premio de su laboriosidad y buenas costumbres"¹². Afirmacions similars a les que trobem en l'obra de BROCÀ I AMELL, segons els quals "la familia catalana tiene una organización especial, hija del principio de la libertad en la disposición de los bienes y en la contratación matrimonial"¹³.

Respecte de la importància dels capítols matrimonials, és destacable l'aportació de MASPONS I ANGLASELL que en la seva obra destaca la seva importància quan afirmava que "La llei catalana d'organització de la família és, doncs, la llibertat de pactar-la. Per aquest motiu és principi fonamental del Dret català, que la llei de la família és la voluntat dels qui la formen, car és a ells qui pertany d'organitzar-la...És a dir, la llibertat d'organització no autoritza a imposar immoralitats ni impossibilitats.... D'aquesta llibertat prové una de les més grans excel·lències del sistema jurídic català: poder prescindir de la llei civil.... A Catalunya no hi ha més llei que la moral i els pactes, i la llei civil desapareix per innecessària; queda reduïda a l'afirmació de la llibertat de pactar mentre sigui guardada la llei moral... El legislador de cada família són els seus mateixos components, i cada família té la seva pròpia llei que més la que voluntàriament convenen"¹⁴. Observem que en el pensament d'aquest

¹² DURAN I BAS. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883, p.XCIV. Segons indica ROCA TRIAS, E.: "L'evolució...", cit., el propi DURAN I BAS juntament amb BORRELL I SOLER "descontextualitzaran la llibertat civil de la família i de l'organització pairal que li donava suport; ells han convertit el principi de llibertat civil en l'eix del sistema civil català; han donat un pas més i han descrit de manera abstracta, un dels elements que caracteritza un conjunt de normes i que fa que es transformin en un sistema jurídic: a partir d'aquí serà un principi general del dret. La llibertat civil passava, doncs, de ser un costum a ser un principi, un eix fonamental del sistema jurídic".

¹³ BROCÀ MONTAGUT-AMELL LLOPIS: *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*. 1ª ed. Barcelona, 1880, p. 69.

¹⁴ MASPONS I ANGLASELL: *La llei de la família catalana*. Barcelona, 1935.

autor la llibertat civil troba el seu límit, no en les normes imperatives, sinó en un concepte abstracte: la moral. I encara més, el propi autor manifesta també que justament aquest límit impediria "pactar un règim contrari al que està per sobre de la naturalesa i del voler dels homes" i la moralitat, de manera que no podrien actuar en contra d'allò pactat".

Tanmateix, és conegut l'escàs recurs als capítols matrimonials com a instrument de regulació familiar, per la qual cosa aquest suposat exercici de la llibertat civil esdevindria ben aviat més formal que material.

El Codi de Família conté diverses i plurals manifestacions del principi de llibertat civil recollides de forma sintètica en el seu Preàmbul, on el legislador manifesta que la regulació que s'hi conté és respectuosa "amb els principis clàssics del dret familiar català, susceptibles d'adequar-se a la gran transformació que ha experimentat la família catalana en el curs del segle que finalitza".

Amb tot, el Preàmbul introdueix un nou eix vertebrador de les relacions familiars a l'empara de la protecció constitucional que l'art. 39 CE dispensa a la família. En aquest sentit és reveladora la afirmació seguidament expressada en el Preàmbul: "Però el vigor que el nostre dret ha conferit a la institució familiar i el sentit proteccionista que hi impera han estat tothora compatibles amb el reconeixement de la personalitat individual i de la màxima llibertat de les persones que en formen part. Aquesta Llei es mostra plenament fidel a tots aquests principis. El propòsit de protecció de la família i de les finalitats que li incumbeixen es posa en relleu al llarg de totes les institucions que regula, com es desprèn, entre altres, de les normes que limiten la disponibilitat de l'habitatge familiar; de la fixació dels deures del pare i de la mare envers els fills, que caracteritzen la relació paternofamiliar; del favor filii; de la possibilitat de substituir la intervenció judicial per l'acord dels dos parents més pròxims del fill o filla per a resoldre els desacords ocasionals del pare i la mare; de la prevalença d'aquests, en la delació de la tutela, respecte a la judicial; o de la reimplantació facultativa del consell de tutela, dins l'organisme tutelar.

El respecte d'aquesta Llei pel principi de l'autonomia de la voluntat s'evidencia amb el manteniment de la llibertat del pacte en l'elecció del règim econòmic matrimonial, i en l'aplicació, com a supletori, del de separació de béns. Aquest règim ha funcionat pacíficament a Catalunya durant molts anys, fins i tot després de caure en desús el sistema dotal, i es compagina perfectament amb la progressiva incorporació de la dona en el món del treball. Es manté com a factor correctiu, ja incorporat en la Llei 8/1993, del 30 de setembre, la possibilitat que el cònjuge que ha treballat desinteressadament per a la casa o per a l'altre cònjuge pugui obtenir una compensació econòmica en les situacions de crisi del matrimoni i, per tant, de possibles enfrontaments separació, divorci i nul·litat, com a mesura de protecció de la part més débil”.

Com es pot fàcilment observar, el Codi de Família, tot i respectar el principi de llibertat civil, estableix limitacions com a conseqüència d'aquest element proteccionista que en bona mesura incideix en el desenvolupament de les relacions familiars. Certament aquesta llibertat civil es manté en totes aquelles institucions en les que no existeix un interès superior més digne de protecció. En aquests altres casos el legislador estableix límits a l'exercici de la llibertat civil, ja sigui en forma de normes imperatives o prohibitives, ja sigui sotmetent els pactes al control judicial.

Cal també esmentar que aquest afany proteccionista es manifesta també en el cas de les unions estables de parella. Efectivament, la LUEP desenvolupa la protecció dels convivents en unió estable a través de la introducció de normes típicament aplicables a la institució matrimonial. Així, per exemple, els arts. 3.1 i 22.1 estableixen un primer límit genèric a la llibertat dels convivents en la regulació de la seva convivència, atès que considera que els convivents “També poden regular les compensacions econòmiques que convinguin per al cas de cessament de la convivència amb el mínim dels drets que regula aquest capítol, els quals són irrenunciables fins al moment en què són exigibles”.

En aquesta mateixa línia s'inscriuen els arts. 11 i 28 que limiten el poder

de disposició del titular de l'habitatge comú o dels dels mobles d'ús ordinari sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial, sancionant amb l'anul·labilitat l'acte realitzat contravenint aquesta disposició. I també els arts. 13 i 31, quan estableixen que en cessar la convivència en vida dels dos convivents, aquell que "sense retribució o amb una retribució insuficient, hagi treballat per a la llar comuna o per a l'altre convivent, té dret a rebre'n una compensació econòmica en el cas que s'hagi generat per aquest motiu una situació de desigualtat entre el patrimoni dels dos que impliqui un enriquiment injust". O els arts. 14 i 31.3 que atribueixen als membres de la parella en crisi el dret a "reclamar de l'altre una pensió alimentària periòdica, si la necessita per a atendre adequadament la seva sustentació", establint que el dret a la compensació econòmica i el dret a la percepció de la pensió periòdica són compatibles (arts. 16 i 32).

Finalment, volem fer una referència a l'Avantprojecte de Llibre II CCCat., en la mesura que el seu Preàmbul ja apunta la concepció del govern de la Generalitat respecte de la futura regulació de les relacions jurídiques familiars a Catalunya. Creiem que el passatge que seguidament transcrivim reflecteix clarament quina és la seva intenció: "... les transformacions socials han portat a que avui la família s'entengui més aviat com un àmbit en què la comunicació i el respecte als desitjos i aspiracions individuals dels membres que la componen ocupen un lloc important en la definició del projecte de vida en comú. És per això que es posa èmfasi en el desenvolupament individual, en la llibertat i autonomia de l'individu, però també en la seva responsabilitat. Aquest enteniment també inspira tot el dret del menor i la regulació de les relacions entre els progenitors i els fills en potestat". De forma més concreta, s'obre la porta a la possibilitat de realitzar pactes en previsió d'una ruptura futura, però establint "uns límits a les facultats dispositives de les parts en les institucions on aquests pactes poden tenir més incidència, com ara en la prestació compensatòria i en relació amb la compensació per raó de treball, i es distingeix els acords en previsió d'un ruptura i els que es fan quan el matrimoni ja ha entrat en crisi".

En definitiva, respecte pel principi de llibertat civil matisat per la necessitat de dispensar la protecció a la família constitucionalment exigida per l'art. 39 CE.

CAPÍTOL I.- EL PRINCIPI DE LLIBERTAT CIVIL: LA SEVA

PROJECCIÓ EN EL MARC DE LES RELACIONS FAMILIARS

Carlos J. Maluquer de Motes Bernet
Catedràtic de Dret Civil
Universitat de Barcelona

1. ELS PRINCIPIS DEL DRET CIVIL CATALÀ I LA SEVA CONSUBSTANCIALITAT AMB EL DRET CIVIL DE CATALUNYA.

L'apartat II de l'Exposició de Motius de la primera llei del Codi civil de Catalunya justifica la presència del títol sobre *Disposicions generals* fent palès que s'han incorporat “uns principis i unes doctrines que, si bé són consubstancials amb el dret civil de Catalunya” ara s'expliciten d'una forma expressa. Els principis sobre els quals es construeix el dret civil català es concreten en quatre: llibertat civil, bona fe, respecte pels propis actes i equitat. I hem apuntat que són consubstancials amb el dret. *Consubstancials* significa “que té la mateixa substància amb un altre”. Aquesta afirmació ens permet fer una cerca d'aquesta substància. A tall d'exemple recordarem diverses fites històriques en la plasmació d'aquests principis.

a) Una primera aproximació la trobem en el moment en què Justinià (527-565) va ordenar a Bizanci codificar el “*Corpus iuris civilis*”. En la introducció es feia una invocació a la justícia (Inst. 1.1): “La justícia és la voluntat constant i perpètua de donar a cada un el que li correspon ...”; davant del dubte que aquesta afirmació podria plantejar respecte de quines eren les fonts i l'essència del Dret, el jurista romà Cels (segle II) manifestava: “**ius cap ars boni et aequi**”, és a dir, el Dret és l'art de allò bo i d'allò just. “Ars” no és art, és habilitat, és destresa. És un treball que requereix habilitat. L'habilitat en un treball que és bo i és just. Es tracta que el dret sigui just en aplicació del dret estricte i també sotmès a l'equitat, com a correcció suavitzadora o moderadora de la rigidesa del

dret.

b) Fent un salt en la història ens aproximarem a la doctrina de MIERES, a la seva obra *Apparatus súper Constitutionibus Curiarum Generalium Cathalonie, II, pars., coll. VIII, ap. II, 23. Sumari i texte*, en la qual trobarem constants referències a aquests principis consubstancials al dret i a la pròpi concepte de l'autor sobre el que és el dret, amb especial referència a la llibertat individual en la seva relació amb el dret.

c) Inmanuel Kant (1724-1804, *Fonaments de la metafísica dels costums*) a la pregunta *Què és el Dret?* responia: "El Dret és el conjunt de condicions que fan possible conciliar en una llei general de la llibertat, el lliure arbitri de l'un amb el lliure arbitri de l'altre.

Aquests tres referents històrics, que reflecteixen la concepció del dret en tres moments ben diversos de la història jurídica, ens permeten fer una primera aproximació a l'objecte del nostre estudi, de manera que ara ja podem afirmar que l'objecte del Dret és **organitzar la llibertat civil**. Tothom ha d'actuar lliurement, per bé que per tal de mantenir l'equilibri del desenvolupament de la llibertat del ciutadà (lliure arbitri), cal comptar amb uns principis generals. I per tal de garantir que aquests principis emparin a la totalitat dels ciutadans és desitjable que **aquests principis es trobin garantits per una llei d'abast general**.

No es tracta només que el Dret garanteixi la possibilitat de realitzar la llibertat individual de tot ciutadà, sinó que aquest, amb els seus actes, no lesioni la llibertat dels altres, així com de protegir l'individu davant d'una possible restricció de la seva llibertat d'actuació com a conseqüència de l'acció d'un tercer. D'aquesta manera veiem com la llibertat es va identificant amb el contingut del dret privat, i de forma més particular, amb el dret civil.

d) Ja modernament, pot servir també de referent la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya núm. 4/2002, de 28 de gener, que

explica la vulneració de la bona fe i la subsegüent interdicció d'actuar en contradicció amb els actes propis. En realitat es tracta d'analitzar l'actuació d'un subjecte inspirada per la seva voluntat basada en la raó. L'acte és expressió de llibertat, una conducta imputable a la persona de la qual se n'ha de responsabilitzar. I la base de l'acte és la voluntat. Per tant, la voluntat de voler exterioritzar-la en una declaració, amb conseqüències que li seran imputables. Així, estem en disposició d'afirmar que la voluntat és el pressupòsit de tot acte i el nexa amb els deures jurídics.

L'Exposició de Motius conté una breu referència a l'art. 111-6 CCCat. – precepte dedicat al principi de llibertat civil–, en la que el legislador ha volgut destacar expressament que, a diferència del que fa el Codi civil espanyol quan es refereix a l'autonomia de la voluntat en seu de contractes (art. 1255 CCEsp.), el CCCat. no és limita només a aquesta, sinó que es contempla com un principi de caràcter general. D'aquesta manera, i sobre la base d'aquesta idea, el CCCat. Permet traslladar el contingut de la teoria del negoci jurídic¹⁵ a l'àmbit de regulació de la persona i de la família.

2. APROXIMACIÓ ALS PRINCIPIS DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA

Com apuntàvem abans, els principis sobre els quals es fonamenta el Dret civil de Catalunya són quatre. Ens ocuparem ara de la seva presentació general per concretar més endavant la projecció del principi de llibertat civil en l'àmbit de la família.

2.1. Llibertat civil

De conformitat amb el que estableix l'art. 111-6 CCCat., les disposicions

¹⁵ Cal tenir present que el contracte és la peça estel·lar de la llibertat civil en el dret. L'autonomia de la voluntat es presenta com l'instrument més idoni per assegurar la llibertat del ciutadà. Així, no existeix negoci jurídic sense declaració de voluntat. Aquesta voluntat es consolida i passa a ser reconeguda expressament per l'ordenament jurídic.

d'aquest Codi i dels altres lleis civils catalans: 1) poden ésser objecte d'exclusió voluntària; 2) de renúncia; 3) o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut. Aquests pactes no son oposables a tercers si en poden resultar perjudicats.

El precepte sembla partir de la presumpció de disponibilitat de les normes que integren el Dret civil de Catalunya, atès que només exclou l'exercici de la llibertat civil quan la norma sigui clarament imperativa, ja ho sigui de forma expressa, ("estableixin expressament llur imperativitat") ja ho sigui de forma tàcita ("es dedueixi necessàriament de llur contingut"). Tanmateix, creiem que no es pot parlar d'una regla de presumpció del caràcter dispositiu de les normes enfront del caràcter imperatiu, sinó que s'haurà de resoldre el conflicte en cada cas particular aplicant les regles de la interpretació de les normes. Sense necessitat d'entrar ara en la contraposició de les teories conceptuals existents, a la noció d'imperativitat s'hauria d'afegir la noció d'orde públic. Però no matisarem tant i serem més generalistes. Per saber si la norma és imperativa o no caldrà estar a la pròpia institució. Una institució és d'interès privat "quan el titular jurídic és l'únic destinatari del resultat de la institució". Quan el resultat o el benefici no sigui exclusiu del seu titular jurídic, perquè la norma pretén beneficiar també a d'altres persones, la institució és d'interès públic.

Partir d'aquesta concepció del que sigui l'interès públic, significa atorgar especial rellevància a l'interès de l'Estat, la manifestació més important que s'exterioritza mitjançant el denominat dret no dispositiu o dret imperatiu. Així, hi haurà llibertat civil sempre que ens trobem en presència d'un dret no imperatiu, i, per tant, dispositiu, sde manera que el titular de la institució pot modelar-la estrictament segons la seva conveniència. Si la norma és imperativa, en canvi, no pot ser alterada pel subjecte. És cert que pot haver-hi una institució que es trobi disposada al servei del subjecte, però si per damunt del seu interès hi ha un altre interès

prevalent, la norma esdevindrà imperativa¹⁶.

Com apuntàvem a l'inici, en el mateix article s'adverteixen aspectes diferents. L'exclusió de la llei aplicable es refereix al dret objectiu i la renúncia de drets es refereix als drets subjectius. En aquest segon cas pot existir un element (patrimonial) que el titular pot negociar i renunciar. El dret objectiu no està a disposició dels particulars, que no el poden excloure excepte quan es tracti de normes de dret dispositiu, i no de normes imperatives, doncs, com hem dit, no són susceptibles de modificació pels particulars.

Per això, l'exclusió voluntària de la llei exigeix que aquesta sigui substituïble, que no sigui imperativa, amb independència que l'exclusió sigui o no contrària a l'ordre públic.

En relació amb la possibilitat d'excloure, es pot distingir entre l'exclusió d'un conjunt de normes en bloc que afectin a una matèria i l'exclusió d'una matèria d'aquest bloc. L'exclusió del bloc sencer exigeix la prèvia determinació voluntària de la regulació que s'hagi de substituir. És per aquest motiu que abans afirmàvem que la inexistència d'una presumpció de disponibilitat de les normes de l'ordenament jurídic.

Pel que fa a la renúncia, es tracta de renúncia de drets subjectius. La verdadera renúncia és la denominada abdicativa, en la que el declarant perd el dret renunciat sense transmetre'l a ningú. En cas contrari, de ser translativa, seria un acte de disposició (donació, venda, permuta). La renúncia abdicativa consisteix en una declaració unilateral de voluntat, en la mesura en què el renunciant tingui capacitat i poder de disposició sobre el dret renunciat. L'art. 111-6 CCCat. no fa cap esment a la necessitat que aquesta renúncia no sigui contrària a l'interès o a l'ordre públic: es limita a afirmar que aquesta renúncia no pot ser feta en perjudici de terceres

¹⁶ En aquest sentit es troba expressat ja a D.2, XIV,38: "Ius publicum privatorum pactis mutari non potest"

persones.

Les anteriors consideracions es manifestaran en forma de limitació quan ens trobem en presència d'una sèrie de drets irrenunciables, com ara la renúncia del dret d'aliments (art. 270 Codi de Família, art. 237-12 Avantpr. Llibre II CCCat.), la renúncia a la llegítima futura (art. 451.26 CCCat.), la renúncia a la prescripció futura (art. 121-3 CCCat.).

2.2. Bona fe

De conformitat amb el que estableix l'art. 111-7 CCCat., en les relacions jurídiques privades s'han d'observar sempre els exigències de la bona fe i de l'honradesa en els tractes.

El sentit del precepte, que consagra la bona fe com a principi general, no podia cenyir-se a l'exercici dels drets. Era necessari que el precepte abastés les múltiples projeccions i emparés la multiplicitat de supòsits que es puguin contemplar en el propi CCCat. i en altres lleis civils. Referències es troben en tots els camps, des del dret de família als drets reals.

El concepte s'ha ordenat en tres accepcions fonamentals:

- a) L'honradesa subjectiva d'una persona. La creença nascuda d'un error excusable que la seva conducta no és contrària al Dret. Aquest és un aspecte subjectiu de la bona fe. Es tradueix en la intenció amb què actuen les persones, en la creença que ho fan correctament (així, per exemple, la bona fe en la possessió és la creença justificable de la titularitat del dret; en cas contrari, la possessió és de mala fe. –art. 521-7 CCCat.–). El subjecte rep un tracte favorable per trobar-se en la creença (nascuda de l'error excusable de que la seva conducta és conforme amb l'ordenament jurídic.).

Així doncs, és un estat psicològic que l'ordenament jurídic valora com

a element de determinació del tractament que mereix el subjecte. La norma aplicable serà elegida a través de la investigació i posterior determinació de quina ha estat l'efectiva creença o intenció personal del subjecte.

- b)** Les regles objectives de l'honradesa en el comerç o en el tràfic jurídic. Aquest, en canvi, constitueix un aspecte objectiu. També en aquest cas s'analitza la conducta en la persona, però prenent en consideració si aquesta conducta s'ajusta a les regles ordinàriament admeses sobre el que és recte i honest (art. 1.258 CCEsp.,conseqüències conforme a la bona fe).

Es tracta, per tant, d'un criteri de valoració objectiva per tal de jutjar si una conducta aconsegueix el nivell exigible. Constitueix, doncs, un criteri objectiu de valoració, un estàndard o prototip de conducta, basat en les regles objectives que tipifiquen l'honradesa en el comerç o en les relacions socials.

El primer dels aspectes considerats, entén la bona fe com un fet psicològic o un estat d'ànim. El segon presenta la bona fe amb un caràcter predominantment ètic, com a rectitud o honradesa moral d'una conducta.

La bona fe es pot contemplar també des d'una altra perspectiva que, a la seva volta, es pot englobar en tres aspectes:

1r. Ignorància de la lesió que s'ocasiona en un interès aliè quan aquest interès sigui tutelat pel dret. En aquest cas, s'hauria produït un acte objectivament antijurídic, tot i que el subjecte l'ha realitzat amb la convicció que el seu comportament era regular i permès.

2n. Confiança en una aparença jurídica, que pot permetre que en un negoci de disposició l'atributari cregui o hagi confiat en la legitimació i en el poder del disponent.

3r. Rectitud i honradesa en el tracte. En definitiva, l'actuació es filtra a

través d'un criteri o manera de procedir a què les parts han d'ajustar-se en el desenvolupament de les relacions jurídiques, així com en la celebració, interpretació i execució dels contractes.

Tanmateix, per a una part de la doctrina només es pot parlar de dos grups:

- a) Els preceptes en què apareix expressat un caràcter normatiu de la bona fe perquè en ells es prescriu el deure d'un comportament "conforme a la bona fe", de tal manera que la bona fe serveix així per a modular el contingut de l'obligació nascuda del negoci, però no per fer nàixer la pretensió de la contrapart o l'obligació mateixa.
- b) Els preceptes que es refereixen a la bona fe com a correcta situació del subjecte dins de la relació jurídica i no al contingut o als efectes de la relació mateixa. Així, el legislador ja no prescriu que una conducta ha de ser realitzada de bona fe, sinó que estableix els efectes que, en una determinada hipòtesi, puguin derivar-se del fet que una determinada persona actüi de bona fe.

Els autors que parlen de només dues posicions del seu concepte, fan referència a un sentit objectiu i un sentit subjectiu de la bona fe. Però, es podria reconduir a una una noció única?. En tal cas ens trobaríem davant de la consideració de la bona fe com a principi general que s'ha plasmat en el nostre text normatiu. Com a mesura valorativa de conducta que ha de ser sempre informada pels criteris d'honradesa i correcció.

D'aquesta manera s'observa que destacar l'existència i la vigència d'un deure de comportar-se d'acord amb la bona fe, es traduiria en una conducta reveladora de la posició moral d'una persona respecte d'una situació. En definitiva, la bona fe seria el que s'ha assenyalat com "un estàndard jurídic", un arquetip o model de conducta social que, d'una banda, s'imposa en determinats supòsits de forma expressa i, d'altra banda, implica que la negació de la tutela jurídica, com a sanció, quan es produeix un comportament de signe contrari.

S'explica així que la bona fe es prengui en consideració com a causa d'exoneració o d'atenuació d'una regla sancionadora, així com que la bona fe sigui pressupòsit o causa de limitació de l'exercici d'una relació jurídica. O, finalment, sigui considerada com a font de creació d'especials deures de conducta.

De la mateixa manera que s'ha volgut superar l'article 1.255 CCEsp. En la consagració del principi de llibertat civil, s'ha volgut superar la limitació de l'article 1.258 CCEsp. atribuint a la bona fe la categoria de principi general, tot i que ja el títol preliminar del CCEsp. ja ho expressava així. Igualment, aquest extrem ja s'havia palesat entre la doctrina (COSSIO) abans de la reforma del Títol Preliminar del CCEsp. l'any 1974. Qualsevol que sigui el criteri, el precepte ha de situar-se en un nivell superior al que es contempla en l'article 1.258 CCEsp. Es presta doncs atenció a la prescripció d'un comportament o regla de conducta que s'assenyala com a pauta general en les relacions jurídiques i que no es refereix a l'actitud subjectiva d'estar en la creença que s'exercita el dret com cal. El nostre article diu “en les relacions jurídiques”, no “en el dret subjectiu”.

També s'havia posat de relleu (DE LOS MOZOS) que, constituint la salvaguarda de la bona fe i el manteniment de la confiança, la base del tràfic jurídic, no podia limitar-se la actuació de bona fe a les relacions obligatòries, sinó que havia d'estendre's a l'exercici dels drets subjectius. Així s'havia proclamat la inadmissibilitat de l'exercici de qualsevol dret subjectiu que contravingués, en cada cas concret, les consideracions que deriven de la relació jurídica i que cada part està obligada a adoptar respecte de l'altra.

D'aquesta manera, l'exercici d'un dret subjectiu es trobava limitat per la bona fe. S'infringeix la bona fe no solament quan el poder en què el dret subjectiu consisteix s'utilitza per a una finalitat objectiva o amb una funció economico-social diferent d'aquella per a la qual ha sigut atribuït al seu titular per l'ordenament jurídic, sinó també quan s'exercita d'una manera o

en unes circumstàncies que el fan deslleial, segons les regles que la consciència social imposa al tràfic jurídic.

Les relacions jurídiques, indica l'art. 111-7 CCCat., han d'exercitar-se de bona fe. En conseqüència, s'han d'exercitar de forma que siguin conformes amb la confiança dipositada en el titular per l'altra part i segons la consideració que aquesta pugui pretendre d'acord amb la classe de vinculació especial existent entre elles. La doctrina assenyala que el comportament del titular d'un dret contrari a la bona fe és il·lícit i no sols no és mereixedor de protecció sinó que, en la mesura que ocasiona danys, obliga al seu rescabament.

És evident que la bona fe com a principi s'estén a totes les relacions jurídiques i no només a les que tenen caràcter patrimonial. Això ens duu a considerar que l'ordenament jurídic sencer ha de ser interpretat en harmonia amb la bona fe i han de ser rebutjades i tractades com a excepcionals les normes i les interpretacions que condueixin a un resultat contrari a la bona fe. La mateixa regla ha de ser aplicada a les reglamentacions privades realitzades pels particulars en l'àmbit de la seva autonomia¹⁷.

La norma no conté pauta o criteris que permeten la valoració de la conducta d'un subjecte als efectes de determinar si s'ha produït o no la bona fe. Certament, són supòsits concrets: La doctrina dels propis actes, el retard deslleial y l'abús de nul·litat per motius formals.

I l'honradesa dels tractes? És la bona fe entesa com a rectitud i honradesa en el tracte i es tradueix en un criteri o manera de procedir a què les parts han d'ajustar-se en el desenvolupament de les relacions jurídiques, i en la celebració, interpretació i execució dels contractes.

2.3. Actes propis

¹⁷ Així ho expressava ja el jurista Paulo en D. XVII, 2, 3,3: Fides bona contraria est fraudis et dol.

Segons indica l'art. 111-8 CCCat., ningú no pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca de la qual deriven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual.

La màxima "ningú no pot anar contra els seus propis actes" ha esdevingut així principi general. Suposa l'existència d'una conducta inicial i d'una conducta posterior, resultant aquesta última contradictòria amb la primera, si de la posterior es deriven conseqüències incompatibles amb la pretensió o conducta inicial. En definitiva, que la conducta subsegüent sigui incompatible amb les conseqüències jurídiques derivades de la primera.

Anar contra el fet propi significa anar contra la pròpia voluntat. La forma d'actuar se'ns apareix com un procedir injust i faltat de lleialtat, la qual cosa significa que s'exterioritza com a conducta contrària a la bona fe, ja que aquesta també és la interna honradesa amb què la persona actua.

Podem dir que una de les conseqüències d'exercitar els drets de bona fe és l'exigència d'un comportament coherent. Significa que una persona, dins d'una relació jurídica, ha suscitat en una altra, amb la seva conducta, una confiança fundada en una determinada conducta futura, segons el sentit objectivament deduït de la conducta anterior, de manera que no li és permès defraudar la confiança suscitada. I és inadmissible tota situació incompatible amb ella.

L'exigència jurídica del comportament coherent està, d'aquesta manera, estretament vinculada a la bona fe i a la protecció de la confiança. La confiança suscitada pels actes, que imposa una coherència lògica al comportament de la persona, no és només la confiança en una aparença. La conducta contradictòria és una contravenció o una infracció del deure de bona fe. Es destaca la idea de conducta contradictòria. El fet que un subjecte no pugui deslligar-se d'un negoci no és una conseqüència de la

doctrina dels actes propis, sinó que deriva del valor vinculant de la declaració de voluntat. Qui acciona en contradicció amb el que té manifestat va contra els seus propis actes.

El que l'ordenament jurídic valora quan s'ocupa dels actes propis per tal de fer dependre d'aquests un efecte jurídic, no és una "voluntat negocia" que els actes revelen, sinó el sentit objectiu que aquests actes posseeixen. No es descarta la inadmissibilitat de la conducta contradictòria per a vetar un canvi de voluntat, sinó per a vetar una conseqüència que és objectivament irreconciliable amb la bona fe. És a dir, amb independència de quina sigui la voluntat que els hagi presidit o impulsat, aquests actes han suscitat en el cercle dels interessats una confiança fundada respecte al que signifiquen com a actitud del subjecte. L'acte és una "promesa" d'una futura conducta coherent amb ell. La persona queda impossibilitada per a contrariar els seus actes, perquè ha de respondre de les conseqüències de la confiança suscitada.

L'efecte dels actes propis no consisteix en la pèrdua del dret o de la facultat, sinó en la inadmissibilitat del seu exercici. Observem que l'article 111-8 CCCat. diu "Ningú no pot fer valdre un dret o una facultat".

Només poden emparar-se en ell i oposar aquesta inadmissibilitat de l'exercici del dret per contradicció amb la pròpia conducta, aquelles persones enfront de les quals aquesta conducta ha sigut realitzada i en els que aquesta conducta hagi pogut suscitar objectivament una confiança. Com a principi pot ser aplicat pels tribunals encara que no hagi estat citat per les parts.

Com posa de relleu DIEZ-PICAZO, en tot procés per a assegurar precisió i rapidesa al desenvolupament dels actes judicials, es posen límits a l'exercici de determinades facultats de les parts amb la conseqüència que, més enllà d'aquests límits, aquestes facultats no es poden ja exercitar. Això determina la pèrdua, extinció o consumació d'una facultat processal que es produeix per: a) No haver observat l'ordre assenyalat per la llei per

al seu exercici; b) Haver realitzat una activitat incompatible amb l'exercici de la facultat, com la proposició d'una excepció incompatible amb una altra o la realització d'un acte incompatible amb la intenció d'impugnar una sentència.

Quan es produeix la incompatibilitat d'un acte processal amb l'exercici d'un dret, neix una sanció per la contradicció, de tal manera que resta exclosa la facultat de demanar una nul·litat d'actuacions o d'impugnar una sentència o de demanar la seva reforma, perquè abans s'havia realitzat una activitat (processal) que era incompatible amb l'exercici de la facultat.

Si analitzem el precepte en tant que norma jurídica, podem observar:

a) Que conté un mandat de caràcter negatiu. La norma preconitza com a correcta una conducta omissiva, un no fer, una abstenció, i considera antijurídica la conducta positiva. La prohibició de la conducta contradictòria equival al deure de conducta coherent. I d'això es dedueix que estem enfront d'una prohibició.

b) La prohibició es manifesta com a deure i com a límit del dret o facultat.

La prohibició significa un mandat de no fer, que pot tenir dos sentits diversos:

1er. Pot indicar un deure jurídic, un comportament exigít per l'ordenament jurídic com a necessari per a l'orde jurídic. Un deure de no actuar d'una determinada forma.

2n. Pot indicar una prohibició, un mandat formulat d'una manera negativa. O sigui, un límit imposat a un dret o a una facultat. Ens trobem llavors amb un comportament lícit i permès que es deixa a l'arbitri de la persona, sempre que es mantingui dins d'uns determinats límits. Això entranya un no poder fer. En el primer cas hi ha incompliment, acte antijurídic, i, per tant, responsabilitat. En el segon hi ha "extralimitació", és antijurídic,

generador de responsabilitat i comporta la ineficàcia del que es realitza.

Així doncs, en l'art. 111-8 CCCat. es construeix la prohibició com un deure jurídic, perquè és un deure de coherència amb la pròpia conducta. S'exercita una acció que tot i estar objectivament permesa per l'ordenament jurídic, en resultar contradictòria amb la pròpia conducta que produeix conseqüències incompatibles amb l'actitud inicial, esdevé no mereixedora de protecció jurídica.

Si, seguint la doctrina assenyalada, anomenem pretensió a l'exercici d'un dret o d'una facultat de poder que actua enfront d'una altra persona, la regla pot ser descrita com la inadmissió de la pretensió contradictòria. Això significa que una pretensió és inadmissible i no pot prosperar quan s'exercita en contradicció amb el sentit que objectivament i de bona fe ha d'atribuir-se a una conducta jurídicament rellevant i eficaç observada pel subjecte en el si d'una situació jurídica.

L'anàlisi del mecanisme jurídic estudiat ens condueix a l'extracció dels pressupòsits que conformen el principi dels actes propis. En primer lloc, cal que el subjecte hagi observat, dins d'una determinada situació jurídica, una certa conducta jurídicament rellevant i eficaç. En segon lloc, que posteriorment aquesta mateixa persona intenti exercitar un dret subjectiu o una facultat, creant una situació litigiosa i formulant dins d'ella una determinada pretensió. En tercer lloc, que entre la conducta anterior i la pretensió posterior existeixi una incompatibilitat o una contradicció, segons el sentit que de la bona fe hagi d'atribuir-se a la conducta anterior. I, finalment, que aquesta situació contradictòria es produeixi en identitat dels subjectes.

El precepte exigeix que s'hagi adoptat una conducta determinada. Es parla de "conducta", que és un concepte diferent del "d'acte". Un acte és una realització humana aïllada. Una conducta és un acte o una sèrie d'actes que reflecteixen l'actitud d'una persona (fixem-nos que "actes propis" és plural). L'essencial és una conducta.

Quan pot parlar-se de conducta?. La conducta no és l'acte considerat en ell mateix, sinó l'acte o la sèrie d'actes, en la mesura que són reveladors d'una forma general de procedir o de comportar-se, o sigui, revelen una determinada actitud.

Per això, no es pot considerar qualsevol acte, sinó aquells revestits d'un cert caràcter transcendental, fonamental, que són reveladors del disseny de l'agent. Ara bé, si la conducta anterior no ha d'estar formada per actes constitutius de declaració de voluntat que tinguin per ells mateixos un valor vinculant, és, en canvi, necessari, que pugui atribuir-se-li un valor i una rellevància jurídica. Uns actes només poden ser presos en compte com a conducta vinculant quan expressen objectivament una actitud actual enfront d'una situació jurídica. I, finalment, la conducta observada pel subjecte ha de ser anterior als actes que la contradueixen. Acte d'exercici d'un dret o d'una facultat dirigit a obtenir d'un altre un determinat comportament o a imposar un determinat resultat.

Ara podem tornar a repetir el que hem dit al principi de la nostra exposició: el dret no és una altra cosa que una organitzada ordenació dels conflictes d'interessos per a assegurar l'ordre de la comunitat.

Per tant, la contradicció seria la incompatibilitat. És necessari una incompatibilitat entre la primitiva conducta observada i la posterior conducta que es pretén. Però en que consisteix aquesta incompatibilitat entre la conducta primitiva vinculant i la pretensió posterior actual?. La incompatibilitat expressa contradicció. La incompatibilitat o oposició es produeix entre dos actituds vitals d'una mateixa persona. Són actituds incompatibles: respectar una situació jurídica i impugnar-la, reconèixer un dret i discutir-lo, donar per extingit un dret i considerar-lo encara viu.

I com es mesura la incompatibilitat? Segons el criteri imperant en la consciència social. Basta que la pretensió o, millor, el resultat buscat amb ella, aparegui a la consciència social com incompatible amb la conducta anterior i per aquesta incompatibilitat consideri com inadmissible. Això,

en el fons, és una valoració ètica de la conducta que és una contravenció de la bona fe.

La incompatibilitat ha d'existir. I ha de donar-se entre l'autèntica conducta vinculant i la posterior pretensió. La contradicció no és tant la mateixa conducta, com el sentit objectiu d'aquesta conducta. O sigui, la impressió que aquesta conducta suscita en els altres. La incompatibilitat no és la pretensió en si mateixa considerada, sinó el resultat que amb ella es tracta d'obtenir. Això és, la decisió final del jutge que amb la pretensió es demana. O sigui, la nova situació jurídica que aquesta possible decisió instaurarà. La incompatibilitat ha de buscar-se entre el sentit objectiu de la conducta i el resultat empíric que amb la pretensió es tracta d'obtenir.

2.4. Equitat

Indica l'art. 111-9 CCCat. que l'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació de les normes, si bé els tribunals només poden fonamentar llurs resolucions exclusivament en l'equitat quan la llei ho autoritza expressament.

L'article 111-9 diu que l'equitat s'ha de tenir en compte "en l'aplicació dels normes". Es parla de "equitat" com equivalent a justícia, per a determinar la solució justa a un cas concret. Una solució equitativa és la que sembla adequada en unes circumstàncies concretes.

El caràcter general de les normes permet tractar igual a casos iguals; però aquest caràcter general pot no ser una solució justa en casos determinats. El caràcter de la generalitat no hauria de fer desconèixer concretes circumstàncies. D'aquí apareix la clàssica concepció d'entendre l'equitat com la justícia del cas concret.

La solució equitativa obliga a preguntar per què ha sigut justa la solució aconseguida a canvi d'apartar-se de la norma general. Però no s'ha de jutjar la norma general pel fet que es produeixin alguns casos

excepcionals, perquè el recurs a l'equitat també pot haver estat conseqüència del fet que les normes generals no es trobin adaptades a les circumstàncies actuals. L'equitat aquí té un altre sentit. Ve a ser com una reflexió sobre la missió del Dret.

D'aquesta manera l'equitat té dos sentits específics:

1) Proporciona els principis bàsics per a la interpretació de les lleis i, fins i tot, de les declaracions de voluntat en els negocis jurídics.

2) Permet conciliar del Dret, impulsant-lo a realitzar reformes legals.

Històricament, en el pensament d'Aristòtil apareix l'equitat com la correcció de les lleis que pel seu caràcter general no poden ajustar-se a totes les circumstàncies dels casos en què ha d'aplicar-se. Per tant, mitiga la rigidesa de la norma general.

L'art. 111-9 CCCat. indica que l'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació dels normes. L'Exposició de Motius de la Primera Llei del CCCat. esmenta la necessitat de prendre en consideració l'equitat com a valor reconegut. No apareix invocada com a font de dret. Es contempla la seva intervenció com a criteri interpretatiu en concurrència amb els altres. Queda exceptuada la hipòtesi que la llei permeti expressament fundar la resolució en l'equitat. Per tal que això sigui possible es requereix una norma que atribueixi tal valor a l'equitat. La llei admet que la resolució es fonamenti exclusivament en ella, quan en principi té la consideració de mer criteri interpretatiu.

S'ha oblidat una altra funció que realitza l'equitat, que és la de superar les rígides formes legals en nom de la realització de la justícia. L'equitat apareix com alguna cosa més que una interpretació benigna de la norma. Els criteris interpretatius tracten de determinar el sentit d'aquesta. L'equitat perfila la problemàtica del cas. La interpretació, actua sobre i des de la norma, que és projectada cap al supòsit de fet. "L'equitat parteix de

l'anàlisi acurat de les circumstàncies del cas les exigències del qual projecta sobre la norma, obligant així al descobriment de l'especial significat que aquesta té per al cas sotmès a solució”.

Finalment, la doctrina ha posat de relleu, especialment LOPEZ ALARCÓN, que l'equitat té tres funcions:

- a) Una funció integradora, que consisteix a cooperar amb la norma per a la seva justa aplicació al cas concret a través de les funcions que la mateixa llei li atribueix per a integrar les normes parcialment en blanc.
- b) Una funció interpretativa, que es manifesta quan la seva funció és interpretar la norma quan la rígida aplicació d'aquella conduiria a resultats injustos.
- c) Una funció normativa, en aquells casos en què la llei ho autoritza d'una forma directa, assenyalant la matèria susceptible de judici d'equitat. També hi ha lleis concretes que permeten fundar la seva resolució en equitat.

Finalment, cal destacar el caràcter extrajurídic de l'equitat, que té el seu suport en la Llei d'Arbitratge (Llei 60/2003) i en el R.D.231/2008 que regula el Sistema Arbitral de Consum. Ambdues normes permeten que la decisió dels àrbitres sobre la qüestió litigiosa es prengui sobre la base de l'equitat. Ara bé, sempre amb subjecció a les normes imperatives o prohibitives consagrades per l'ordenament jurídic.

3. LA PLASMACIÓ DEL PRINCIPÍ DE LLIBERTAT CIVIL EN L'ÀMBIT DEL DRET DE FAMÍLIA

Tradicionalment les relacions jurídic-familiars a Catalunya s'havien estructurat sobre dues manifestacions del principi de llibertat civil: la llibertat de testar i la realització de capítols matrimonials. La llibertat de

testar, amb l'existència d'una llegítima curta, permetia mantenir pràcticament intacte el patrimoni familiar, que restava així en mans de l'hereu i permetia la continuació de la casa com a unitat patrimonial i de subsistència del grup familiar. La realització de capítols matrimonials, utilitzats bàsicament com a eina de previsió successòria a través de l'establiment dels heretaments o successió contractual d'hereu.

Indica ROCA TRIAS que la formulació i significat del principi de llibertat civil en l'àmbit del dret de família queda clarament exposat en el *Memorial de Greuges*¹⁸, en el qual es manifesta que "Lo principi de llibertat civil en que se inspira'l dret català debia produhir la consecuencia de que las costums adquirissen gran importancia y generalitat, y efectivament la produhí. Lo més característich de nostra vida jurídica no es la institució regulada, sino la costum nascuda al ombra de la llibertat particular que la lley respecta. De la llibertat de testar naix la costum que tant caracteriza á nostre poble, especialment en lo camp, del nomenament d'hereu en favor del fill primogénit. De la mateixa llibertat naixen las costums de las substitucions, condicions resolutorias y gravámens de restitució, que tanta solidés donan á la familia en nostra comarca. Igual origen té la de quedar la viuda honesta *senyora y majora*, cap de la familia de fet després de la mort del marit constituïnt aixís nostra costum jurídica á la dona en la situació més elevada que ha alcançat fins al present. Y si la costum coloca á la viuda honesta y respectable á un tant alt lloch, la mateixa llibertat que li dona origen permet al cap de familia vigilar per l'honor de la mateixa fins després de sa mort, si tingué la desgracia de no encertar en la elecció de companya.....Totas aquestas costums combinadas converteixen la familia catalana en pedra angular del edifici social y fan d'ella una verdadera institució....*La familia catalana, segons la organiza no la lley sino la lliura*

¹⁸ *Memoria en defensa dels interessos morals y materials de Catalunya presentada directament á S.M. lo Rey en virtud d'acort pres en la reunió celebrada en la Llotja de Barcelona lo dia 11 de Janer de 1885*. Ed. facsímil. Conselleria de Justícia. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1990, p. 41 [106], transcrit per ROCA TRIAS, E.: "L'evolució del dret català de família fins a la present llei 9/1998, de 15 de juliol, del codi de família", a Iglesias Ferreirós, A. (ed.) (2000) *El Dret comú i Catalunya : actes del IX Simposi Internacional*, Barcelona: Fundació Noguera.

convenció per la costum, resulta una institució solidíssima, com pocas se puguin trobar". També DURAN I BAS afirmaria que si es suprimissin la llibertat de contractació i la llibertat de testar comportaria la destrucció de la legislació catalana "en el espíritu que la caracteriza, desaparecerán forzosamente dos cosas: la fisonomía moral del pueblo catalán y la riqueza, que repartida sin grandes desigualdades de fortuna, es el premio de su laboriosidad y buenas costumbres"¹⁹. Afirmacions similars a les que trobem en l'obra de BROCÀ I AMELL, segons els quals "la familia catalana tiene una organización especial, hija del principio de la libertad en la disposición de los bienes y en la contratación matrimonial"²⁰.

Respecte de la importància dels capítols matrimonials, és destacable l'aportació de MASPONS I ANGLASELL que en la seva obra destaca la seva importància quan afirmava que "La llei catalana d'organització de la família és, doncs, la llibertat de pactar-la. Per aquest motiu és principi fonamental del Dret català, que la llei de la família és la voluntat dels qui la formen, car és a ells qui pertany d'organitzar-la...És a dir, la llibertat d'organització no autoritza a imposar immoralitats ni impossibilitats.... D'aquesta llibertat prové una de les més grans excel·lències del sistema jurídic català: poder prescindir de la llei civil.... A Catalunya no hi ha més llei que la moral i els pactes, i la llei civil desapareix per innecessària; queda reduïda a l'afirmació de la llibertat de pactar mentre sigui guardada la llei moral... El legislador de cada família són els seus mateixos components, i cada família té la seva pròpia llei que més la que voluntàriament convenen"²¹. Observem que en el pensament d'aquest

¹⁹ DURAN I BAS. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883, p.XCIV. Segons indica ROCA TRIAS, E.: "L'evolució...", cit., el propi DURAN I BAS juntament amb BORRELL I SOLER "descontextualitzaran la llibertat civil de la família i de l'organització pairal que li donava suport; ells han convertit el principi de llibertat civil en l'eix del sistema civil català; han donat un pas més i han descrit de manera abstracta, un dels elements que caracteritza un conjunt de normes i que fa que es transformin en un sistema jurídic: a partir d'aquí serà un principi general del dret. La llibertat civil passava, doncs, de ser un costum a ser un principi, un eix fonamental del sistema jurídic".

²⁰ BROCÀ MONTAGUT-AMELL LLOPIS: *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*. 1ª ed. Barcelona, 1880, p. 69.

²¹ MASPONS I ANGLASELL: *La llei de la família catalana*. Barcelona, 1935.

autor la llibertat civil troba el seu límit, no en les normes imperatives, sinó en un concepte abstracte: la moral. I encara més, el propi autor manifesta també que justament aquest límit impediria "pactar un règim contrari al que està per sobre de la naturalesa i del voler dels homes" i la moralitat, de manera que no podrien actuar en contra d'allò pactat".

Tanmateix, és conegut l'escàs recurs als capítols matrimonials com a instrument de regulació familiar, per la qual cosa aquest suposat exercici de la llibertat civil esdevindria ben aviat més formal que material.

El Codi de Família conté diverses i plurals manifestacions del principi de llibertat civil recollides de forma sintètica en el seu Preàmbul, on el legislador manifesta que la regulació que s'hi conté és respectuosa "amb els principis clàssics del dret familiar català, susceptibles d'adequar-se a la gran transformació que ha experimentat la família catalana en el curs del segle que finalitza".

Amb tot, el Preàmbul introdueix un nou eix vertebrador de les relacions familiars a l'empara de la protecció constitucional que l'art. 39 CE dispensa a la família. En aquest sentit és reveladora la afirmació seguidament expressada en el Preàmbul: "Però el vigor que el nostre dret ha conferit a la institució familiar i el sentit proteccionista que hi impera han estat tothora compatibles amb el reconeixement de la personalitat individual i de la màxima llibertat de les persones que en formen part. Aquesta Llei es mostra plenament fidel a tots aquests principis. El propòsit de protecció de la família i de les finalitats que li incumbeixen es posa en relleu al llarg de totes les institucions que regula, com es desprèn, entre altres, de les normes que limiten la disponibilitat de l'habitatge familiar; de la fixació dels deures del pare i de la mare envers els fills, que caracteritzen la relació paternofamiliar; del favor filii; de la possibilitat de substituir la intervenció judicial per l'acord dels dos parents més pròxims del fill o filla per a resoldre els desacords ocasionals del pare i la mare; de la prevalença d'aquests, en la delació de la tutela, respecte a la judicial; o de la reimplantació facultativa del consell de tutela, dins l'organisme tutelar.

El respecte d'aquesta Llei pel principi de l'autonomia de la voluntat s'evidencia amb el manteniment de la llibertat del pacte en l'elecció del règim econòmic matrimonial, i en l'aplicació, com a supletori, del de separació de béns. Aquest règim ha funcionat pacíficament a Catalunya durant molts anys, fins i tot després de caure en desús el sistema dotal, i es compagina perfectament amb la progressiva incorporació de la dona en el món del treball. Es manté com a factor correctiu, ja incorporat en la Llei 8/1993, del 30 de setembre, la possibilitat que el cònjuge que ha treballat desinteressadament per a la casa o per a l'altre cònjuge pugui obtenir una compensació econòmica en les situacions de crisi del matrimoni i, per tant, de possibles enfrontaments separació, divorci i nul·litat, com a mesura de protecció de la part més débil”.

Com es pot fàcilment observar, el Codi de Família, tot i respectar el principi de llibertat civil, estableix limitacions com a conseqüència d'aquest element proteccionista que en bona mesura incideix en el desenvolupament de les relacions familiars. Certament aquesta llibertat civil es manté en totes aquelles institucions en les que no existeix un interès superior més digne de protecció. En aquests altres casos el legislador estableix límits a l'exercici de la llibertat civil, ja sigui en forma de normes imperatives o prohibitives, ja sigui sotmetent els pactes al control judicial.

Cal també esmentar que aquest afany proteccionista es manifesta també en el cas de les unions estables de parella. Efectivament, la LUEP desenvolupa la protecció dels convivents en unió estable a través de la introducció de normes típicament aplicables a la institució matrimonial. Així, per exemple, els arts. 3.1 i 22.1 estableixen un primer límit genèric a la llibertat dels convivents en la regulació de la seva convivència, atès que considera que els convivents “També poden regular les compensacions econòmiques que convinguin per al cas de cessament de la convivència amb el mínim dels drets que regula aquest capítol, els quals són irrenunciables fins al moment en què són exigibles”.

En aquesta mateixa línia s'inscriuen els arts. 11 i 28 que limiten el poder

de disposició del titular de l'habitatge comú o dels dels mobles d'ús ordinari sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial, sancionant amb l'anul·labilitat l'acte realitzat contravenint aquesta disposició. I també els arts. 13 i 31, quan estableixen que en cessar la convivència en vida dels dos convivents, aquell que "sense retribució o amb una retribució insuficient, hagi treballat per a la llar comuna o per a l'altre convivent, té dret a rebre'n una compensació econòmica en el cas que s'hagi generat per aquest motiu una situació de desigualtat entre el patrimoni dels dos que impliqui un enriquiment injust". O els arts. 14 i 31.3 que atribueixen als membres de la parella en crisi el dret a "reclamar de l'altre una pensió alimentària periòdica, si la necessita per a atendre adequadament la seva sustentació", establint que el dret a la compensació econòmica i el dret a la percepció de la pensió periòdica són compatibles (arts. 16 i 32).

Finalment, volem fer una referència a l'Avantprojecte de Llibre II CCCat., en la mesura que el seu Preàmbul ja apunta la concepció del govern de la Generalitat respecte de la futura regulació de les relacions jurídiques familiars a Catalunya. Creiem que el passatge que seguidament transcrivim reflecteix clarament quina és la seva intenció: "... les transformacions socials han portat a que avui la família s'entengui més aviat com un àmbit en què la comunicació i el respecte als desitjos i aspiracions individuals dels membres que la componen ocupen un lloc important en la definició del projecte de vida en comú. És per això que es posa èmfasi en el desenvolupament individual, en la llibertat i autonomia de l'individu, però també en la seva responsabilitat. Aquest enteniment també inspira tot el dret del menor i la regulació de les relacions entre els progenitors i els fills en potestat". De forma més concreta, s'obre la porta a la possibilitat de realitzar pactes en previsió d'una ruptura futura, però establint "uns límits a les facultats dispositives de les parts en les institucions on aquests pactes poden tenir més incidència, com ara en la prestació compensatòria i en relació amb la compensació per raó de treball, i es distingeix els acords en previsió d'un ruptura i els que es fan quan el matrimoni ja ha entrat en crisi".

En definitiva, respecte pel principi de llibertat civil matisat per la necessitat de dispensar la protecció a la família constitucionalment exigida per l'art. 39 CE.

CAPÍTOL IV.- L'AUTONOMIA DE LA VOLUNTAT EN LA REGULACIÓ DE LA CONVIVÈNCIA DE LES UNIONS ESTABLES DE PARELLA.

1. EL SISTEMA MATRIMONIAL

Des de la constitució de 1869, en la qual es reconeixia l'existència de diferents sistemes matrimonials, fins a la Llei de 13/2005, la figura del matrimoni ha evolucionat acceptant-ne diferents matrimonis religiosos i civils, però sempre des del punt de vista de la parella heterosexual.

Podem dir que la figura de la família clàssica es veia limitada al fet de dur a terme una sèrie de ritus religiosos o cerimònia civil, no sent reconeguda cap altra forma de família, a efectes civils, amb les conseqüències hereditàries i fiscals ja conegudes.

El dret a contreure matrimoni o *ius connubii* està reconegut a l'article 44 CC d'acord amb l'article 32.ncara que aquest dret té un aspecte contrari al que pretén, no és el dret a contreure matrimoni sinó el dret a no ser obligat a contreure'l fins i tot quan existeixi promesa de matrimoni²².

Així després de la Constitució de 1978 podem dir que a Espanya coexisteix una regulació del matrimoni civil que és compatible amb la pluralitat formal del mateix. Sent a nivell competencial d'exclusivitat de l'Estat la seva regulació, qui es reserva l'esmentada competència a través de l'art. 149.1.8 CE, reservant se de manera exclusiva la regulació de les formes matrimonials, celebració i inscripció.

Però en tot cas estem parlant, fins aquell moment, sempre de matrimonis heterosexuales, celebrats entre un home i una dona.

1.1. La Llei 13/2005. La reforma del dret matrimonial, extensió a les parelles d'un mateix sexe.

El compromís adoptat pel Partit socialista en les eleccions respecte a la possibilitat de reconèixer el matrimoni de les parelles del mateix sexe, va tenir la seva plasmació efectiva en la Llei 13/2005.

Amb el suport per la redacció de l'article 32 a la CE, que reconeix la pluralitat de formes del matrimoni, la reforma del CCEsp. obre aquest a una transformació del dret cap a aquelles parelles d'un mateix sexe que

²² LLÁCER MATA CÁS, M^a. Rosa: "El matrimoni. La forma civil del matrimoni", *Dret de Família*, MALUQUER DE MOTES, J.C. (coord.), 2a ed. Ed. Bosch. Barcelona, 2005.

no veien reconeguda la seva figura com a unió estable equiparable a l'heterosexual en tots els sentits i no sol com parella de fet.

Actualment, el matrimoni entre persones del mateix sexe és totalment legal a cinc països (Bèlgica, Espanya, Sud-àfrica, els Països Baixos i el Canadà), en l'estat de Massachussets²³ i des del 15 de maig de 2008 en l'estat de Califòrnia (Estats Units).

Aquesta regulació actual de matrimoni, no va ser un tràmit parlamentari senzill, hi ha prou amb recordar que en el tràmit del Senat va ser vetada, a més hem de tenir en compte que malgrat que fa ja algun temps es parla de la crisi de la família tradicional, existint cada vegada més famílies monoparentals i famílies on els progenitors de les quals són del mateix sexe, la gran majoria de la societat continua sent de mentalitat clàssica que encara que reconeix la realitat que l'envolta no sembla voler integrar-la a la seva regulació.

La modificació del CCEsp. afecta diversos preceptes, no només a l'article 44 (la redacció del qual va passar a ser la següent: "El matrimoni tindrà els mateixos requisits i efectes quan ambdós contraents siguin del mateix o de diferent sexe"), sinó que incideix en aspectes com la relació amb els fills, modificant l'expressió "pare i mare" i transformant-la en la de "progenitors", tal com succeeix, per exemple, en els articles 154, 160, 164, etc... La reforma que aquesta llei introdueix en l'ordenament jurídic –amb la modificació de 17 articles– ha comportat la possibilitat que els membres de les parelles homosexuals, a través de l'exercici del dret a contreure matrimoni, accedeixin a un conjunt de drets, dels quals estaven fins ara exclosos, en trobar-se configurats com a efecte d'aquest vincle jurídic, l'adquisició de residència i nacionalitat del cònjuge estranger, el veïnatge civil... Però malgrat l'aparença d'una gran reforma i una total equiparació de drets fins i tot queden serrells discriminatoris en el tractament jurídic dels homosexuals respecte dels heterosexuals²⁴.

Al marge de les possibles objeccions que es puguin formular a la reforma legislativa que incorpora la regulació del matrimoni homosexual, inclosa la seva qualificació com a llei de mínims que no inclou totes les possibles necessitats d'igualtat entre ambdós matrimonis, homosexuals i heterosexuals, hi podem trobar la discussió existent en la doctrina sobre la possible inconstitucionalitat²⁵, de la norma que modifica el codi civil, o sobre si la redacció de l'article 44 del Codi Civil permet o no di "matrimoni" a la unió civil de dues persones del mateix sexe (en aquest àmbit em de tenir en comte l'esmena numero 6 del Grup parlamentari Català, esmena a la totalitat del projecte, afirmant que el matrimoni és " la unió estable i

²³ En l'estat de Massachussets, el matrimoni entre persones del mateix sexe ha estat conseqüència d'una decisió del Tribunal Suprem de Justícia de l'esmentat estat (sentència de 18 de novembre de 2003, en el cas Goodridge v. Department of Public Health.

²⁴ PEREZ CANOVAS, Nicolás: "El matrimonio homosexual", *Actualidad Civil*, 2005.

²⁵ Entre d'altres, vegeu GARCIA ROS, M^a Paz: "La modificación del Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio", *La Ley*, núm. 6359, 15 de novembre; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. Antonio "Notas sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español", *Actualidad Civil*, 2005.

compromesa entre un home i una dona" i que l'atribució d'efectes jurídics a les unions homosexuals ha de donar-se en el anomenat "contracte d'unió civil".

En el mateix sentit es va pronunciar el Grup parlamentari Basc en la seva esmena número 7, el Grup parlamentari popular esmena número 13 i següents)²⁶, la realitat és que s'ha en aquest temps s'avança d'una manera substancial en la igualtat de les parelles homosexuals i heterosexuales, i oberta la porta de la regulació els canvi seran molt més senzills de dur a terme.

2. LES PARELLES DE FET

2.1. Normativa catalana vigent

2.1.1. La Llei 10/1998

La Llei del Parlament de Catalunya 10/1998 de 15 de juliol, d'unions estables de parella, ofereix un marc regulador per a aquelles maneres de convivència que no pretenen quedar acompanyats per la forma matrimonial, sense passar pels requisits que aquest exigeix²⁷.

La llei té dos blocs diferenciats, en el primer es regula la parella de fet heterosexual, i en el segon l'homosexual. La parella heterosexual pot optar a aquesta situació jurídica mitjançant dues modalitats de constitució, la formal, escriptura notarial i registre, i la factual, la situació convivencial durant un termini de temps de dos anys (art. 1.1 LUEP), situació que es reconeixerà sense el termini del temps si hi hagués un fill en comú. Per a les parelles d'un mateix sexe es preveu la mateixa forma de constitució excloent la possibilitat de ser reconeguda com tal sense termini de temps si hi ha una existència de fills comuns (excloent-se així la possibilitat de ser reconeguts per l'adopció de fills en comú)

2.1.2. Situació després de la L 13/2005

Per al legislador català és evident, en el moment de dur a terme aquesta llei, que les parelles homosexuals i les heterosexuales suposen dues realitats diferents en no poder accedir a la institució del matrimoni les homosexuals, perquè l'esmentada possibilitat se'ls negava en aquell moment, mentre que per a les heterosexuales era una opció. Però aquesta situació ha variat des de l'aprovació de la L13/2005, per la que es modifica el Codi Civil en matèria de dret a contreure matrimoni, aquesta reforma a suposat un canvi important que podria reduir de manera indirecta l'anomenada llibertat civil i d'opció dels homosexuals ja que els drets que la llei els atorgava són menors que els que poden obtenir si exerceixen el seu dret a ser matrimoni.

No hi ha raó per distingir entre un tipus de parella i l'altra, en poden accedir ambdues al matrimoni, d'altra banda si ambdues poden optar

²⁶ BOGC (Congrés dels Diputats) de 15 de març de 2005.

²⁷ BARRAL VIÑALS, Immaculada: "Les unions estables de parella", *Dret de família*. MALUQUER DE MOTES, C.J.(coord.) Ed. Bosch, 2005. Barcelona.

seria discriminatori mantenir els drets successoris de les parelles de fet homosexuals, que no ostenten les heterosexuals, seria necessària una reforma de la regulació equiparant de manera total a ambdues classes de parelles de fet, les heterosexuals i les homosexuals, com a més rellevant voldríem esmentar el fet que no es fa distinció a dos blocs legislatius entre les parelles homosexuals i les heterosexuals quedant ambdues regulades sota el capítol IV i regulats a 14 articles (del 234 i -1 al 234-14), avançant es així de nou la legislació catalana a la realitat actual, i equiparant la regulació de les parelles de fet al matrimoni, no distingint en la seva regulació si la parella és d'un mateix sexe o no.

Però és necessari fer menció a la falta d'una regulació estatal unitària sobre les parelles de fet que supleixi la falta de llei autonòmica allà on no estigui prevista, i corregeixi les possibles diferències existents entre les diverses normes autonòmiques existents²⁸.

3. CONVIVÈNCIA D'AMBDUES FIGURES: MATRIMONI I PARELLES DE FET.

Queda clar que després de l'aplicació de la L 13/2005, i sense entrar a fer-ne una comparativa entre les diverses lleis autonòmiques sobre les parelles de fet, sol reconeixent la seva existència, podem dir d'una manera segura que a dia d'avui existeixen dos tipus de parelles, les unides per un vincle matrimonial i aquelles que són considerades semblants de fet, tant si estem davant de parella homosexual com heterosexual. Així homosexuals i heterosexuals podran optar entre ambdues figures sense discriminació.

Però tal com hem esmentat anteriorment, la falta de regulació autonòmica unitària sobre les parelles de fet provoca que si que pugui existir diferències, com així ocorre per exemple en la Llei catalana d'unions de parelles de llanço, diferències que acabin provocant un greuge comparatiu, en reconèixer-se drets successoris a les parelles homosexuals tant si són semblants de fet com si opten per portar acabo el seu vincle matrimonial, mentre que les parelles de fet heterosexuals veuen reduïts els seus drets si opten per ser reconegudes com a parella de fet.

"La diversitat de models regulats en aquestes lleis autonòmiques, ha configurat un panorama plurilegislatiu heterogeni que, no sol ofereix solucions divergents sobre els mateixos conflictes a ciutadans i ciutadanes de divers veïnatge civil, sinó que, ara com ara pot suscitar-se

²⁸ La primera llei que es va promulgar sobre parelles de fet estables va ser la Llei Catalana 10/1998, de 15 de juliol, seguida per la Llei Aragonesa 6/1999, de 26 de març, modificada per la llei 2/2004, de 3 de maig; la Llei Navarra 6/2000, de 3 de juliol; la Llei Valenciana Llei 1/2001, de 6 d'abril; la Llei de les Balears 18/2001, de 19 de desembre; la Llei de Madrid 11/2001, de 19 de desembre; la Llei Asturiana 4/2002, de 16 de desembre; la Llei Andalus 5/2002, de 16 de desembre; la Llei de Canàries 5/2003, de 6 de març; la Llei d'Extremadura 5/2003, de 20 de març; la Llei Basca 2/2003, de 7 de maig.

un conflicte de lleis de difícil solució, davant de la manca de normes de conflicte aplicables a aquesta matèria"²⁹.

4. EL PRINCIPI DE LLIBERTAT CIVIL I LA SEVA APLICACIÓ A LES PARELLES DE FET

Llibertat civil, és el poder de fer, en l'esfera de les relacions que sostenen els ciutadans entre si en un estat, tot el que les lleis no prohibeixin.

Regulada al Llibre primer del Codi Civil de Catalunya, al seu article 111.6, el principi de llibertat civil permet la renúncia de l'aplicació de determinades normes o a la configuració de pactes contraris a aquestes, sempre i quan el caràcter de la norma determinada no tingui caràcter imperatiu.

La llibertat civil o el principi d'autonomia privada ha experimentat últimament importants restriccions en nom de la protecció d'uns interessos que s'estimen superiors i prevalents.

Fins a l'aparició de la regulació de les parelles de fet tota aquella parella que pretenia ser reconeguda com tal de manera oficial a efectes de formar una família comuna, i aquells que no ho volien ser no passaven pel tràmit del matrimoni, això provocava la inexistència de drets successoris en cas de successió intestada, la pèrdua de determinats beneficis fiscals i socials, pensions i ajuts, i ja que les parelles homosexuals no estaven reconegudes civilment, aquestes no podien encara que volguessin, optar per aquests beneficis.

D'alguna manera es crea la regulació sobre la parella de fet per reduir aquestes diferències, però el legislador no va poder preveure que la llei podria ser usada com a frau per qui sense ser semblant volguessin obtenir beneficis, i que converteix en parelles de fet a qui no volguessin ser-ho. Per evitar l'esmentat frau, seria necessari establir tota una sèrie de regles de fons que limitessin a l'accés a les unions lliures, en el cas de les quals estariem actuant en contra de la llibertat.

En efecte, un dels problemes que planteja aplicar a les parelles de fet una normativa és, precisament, com assegurar la protecció de les unions que no desitgen efectes jurídics de cap gènere si el que es pretén és crear un dret personal, al qual opten voluntàriament.

Però la Llei, tant la catalana com la resta de normatives autonòmiques, tenen caràcter imperatiu, de manera que són d'aplicació obligatòria a tota semblant sols pel transcurs del temps. Així la llibertat es limita a escollir entre que el vincle o unió sigui matrimonial o no.

D'altra banda, l'aplicació de la lògica i de la normativa pròpia del Dret de família a relacions diverses, sense base conjugal, planteja el problema

²⁹ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos.: "Las parejas de hecho: una realidad con diferente tratamiento", *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 24, 2005. Págs. 15-66.

dels límits de l'esmentada extensió. Per exemple: per què deixar fora a les relacions poligàmiques? I si la protecció jurídica a la unió de fet es pretén justificar en el principi d'igualtat i de no discriminació respecte al matrimoni, no es veu amb claredat per què l'extensió d'efectes no hagi de generalitzar-se també a altres relacions la qual característiques sigui la convivència per raons d'amistat o economia, sense base sexual: negar-los un tractament paritari podria interpretar-ne com un discutible intent de prevaler les relacions per raó de sexe respecte a les no sexuals.

Sembla pensar que, d'alguna manera, reconegut el dret al matrimoni dels homosexuals, s'hauria de donar un tractament diferent a les parelles de fet, que situï la regulació de les unions de fet en l'àmbit de l'autonomia privada i, subsidiàriament, de la jurisprudència.

De fet, la possible llibertat civil tant dels cònjuges com de les parelles de fet sembla quedar reduïda als pactes matrimonials.

4.1. La llibertat civil en els pactes matrimonials

Els pactes matrimonials tal i com estan reconeguts en el CCEsp., es troben regulats a l'article 1.315 del Codi Civil "El règim econòmic del matrimoni serà el que els cònjuges estipulin en capitulacions matrimonials, sense altres limitacions que les establertes en aquest Codi".

L'article esmentat consagra el dret que els futurs contraents, puguin fixar les condicions econòmiques que regiran la seva vida en comú i la seva separació si arriba el cas. Després de la reforma del Codi Civil de 1975, és possible també atorgar capitulacions matrimonials després de la celebració del matrimoni. En el cas de Catalunya és l'art. 15 del Codi de Família el que contempla aquesta possibilitat.

En qualsevol cas es desprèn que la funció primordial que compleixen els concerts o pactes matrimonials és fer possible que els cònjuges pactin el règim econòmic matrimonial que s'adapti millor a les seves necessitats o conveniències, així com també per modificar el ja existent, que va poder establir-se convencionalment o legalment, depenent de si va ser pactat pels cònjuges o bé si en el seu defecte, es va imposar el previst per la llei com a supletori, és a dir, el de guany si pertanyien al una comunitat regida pel CCEsp. i el de separació de béns si estaven regits pel dret català.

Tanmateix, actualment s'han multiplicat els seus usos i funcions d'acord amb les modificacions legals i amb la nova realitat social, trobem com a nota paradigmàtica el caràcter preventiu de les capitulacions amb relació a una possible ruptura de la parella.

Podent parlar així que els matrimonis exerceixen d'alguna manera l'àmbit de llibertat civil que la llei els permet, per aquest motiu el nombre de capitulacions atorgades ha crescut de manera exponencial³⁰.

³⁰ NAVARRO VALLS, R. *Revista Palabra*, núm. 437, 2002.

Una altra cosa són els pactes en cas de crisi de la parella en la seva vessant de la relació amb els fills, ja que el caràcter d'ordre públic de les normes que regulen l'esfera personal dels descendents, imposa la il·licitud dels pactes destinats a establir la no exigibilitat a un o ambdós progenitors dels seus deures envers els fills.

Quant a les previsions establertes en capitulacions matrimonials regulant els efectes econòmics d'una possible situació de crisi matrimonial, la regla general en el nostre dret serà la validesa d'aquests acords, ja que només afecten els cònjuges i per tant són drets perfectament disponibles pels mateixos.

En aquest punt, en els capitulacions matrimonials també poden establir-se altres disposicions per raó de matrimoni, tals com les donacions entre cònjuges o pactes successoris en favor dels fills.

També és freqüent l'establiment de beneficis viduals a favor del cònjuge supervivent, com per exemple el dret d'usdefruit de l'habitatge conjugal, amb la finalitat de pal·liar la situació de desemparament en el qual podria trobar-se el vidu o vídua, a causa del règim de separació de béns i a la poca protecció que fins ara hi donava el Dret Successori Català, (em de tenir en compte que aquesta situació a quedat corregida amb l'aprovació del Llibre IV del CC Cat., de les successions) . A més, a Catalunya poden complir la finalitat d'establir la institució contractual d'hereu, els "heretaments".

4.2. Els pactes subscrits per les parelles de fet

Els pactes subscrits, cas per cas, pels mateixos protagonistes de la unió de fet, semblen el marc adequat per a la seva plural regulació.

Quan el conveni fos insuficient, la jurisprudència podria substituir les llacunes a través de l'aplicació de les normes de Dret comú tot això és d'aplicació també a les unions homosexuals.

En la LUEP trobem la possibilitat de dur a terme els pactes a l'article 3, per a les parelles heterossexuals i a l'article 22 per a les homosexuals.

De fet, a efectes pràctics, aquests pactes duts a terme entre els convivents assoliran ple efecte arribat el moment de ruptura de la convivència. Des de principis dels anys 90 una àmplia jurisprudència tant del Tribunal Suprem com de diverses Audiències Provincials, van haver de resoldre diverses qüestions que generava la ruptura de la convivència tant des del punt de vista de la parella com dels fills comuns tinguts durant

la relació. La rellevància del problema es va deixar sentir en l'actuació dels Tribunals (Tribunal Constitucional, Tribunal Suprem, i restants de l'organització judicial).

Els efectes de la ruptura de la parella de fet afecten als convivents i als fills comuns d'aquests, tenint en compte en els efectes econòmics, són rellevants:

- 1) La liquidació del règim patrimonial
- 2) Les reclamacions econòmiques entre els convivents.

En aquest sentit, la regla general respecte del règim patrimonial dels convivents passa per la inaplicació analògica dels règims econòmics matrimonials. En tot cas, vàlids els pactes econòmics acordats per parella; si n'hi ha, a ells caldrà estar-hi (art. 111-6 CCCat., art. 1255 CCEsp.). Aquests pronunciaments estan plasmats en les diverses lleis autonòmiques, un exemple és la Llei 10/1998, articles 3 i 22.

4.3. La rellevància de l'existència dels pactes o no en la ruptura de la parella de fet.

A falta de pacte, i després de plantejar si és possible, havent existit aquest, el convenir un règim de guanys entre convivents no casats, s'enumeren les categories jurídiques acollides per la Jurisprudència que permeten donar solució a la liquidació de les relacions patrimonials de la parella, les diverses solucions ofertes per la jurisprudència (comunitat de béns, societat irregular i sistema híbrid) i els requisits exigits per la mateixa per a l'aplicació de cada un d'aquests possibles règims patrimonials de la parella. La major part dels problemes es produeixen quan aquesta arriba a terme, quan la convivència cessa. I, especialment quan un dels convivents queda en pitjor disposició econòmica respecte a l'altre. En general, el problema sorgeix quan no existeix pacte que regeixi les relacions econòmiques i quan el patrimoni creat durant la convivència consta a nom d'un de sol dels convivents i l'altre pretén que es computi com a part del patrimoni comú.

La solució donada històricament per la jurisprudència a la ruptura de les parelles de fet, tan reconegudes legalment com no, era la de tractar-les, si existia els pactes subscrits entre ells, com si es fos un negoci jurídic comú, controlant d'alguna manera que aquests no fossin contra l'ordre públic, sobretot quan els esmentats pactes poguessin afectar d'alguna manera a tercers o a fills de la parella. Però del que s'ha separat fins ara la jurisprudència és d'equiparar la situació de la parella de fet a la del matrimoni, ja que si pretenia que se li apliquessin les normes del matrimoni sempre podia haver optat per aquesta via, la unió de fet no és una situació equivalent al matrimoni al no ser-ho no pot ser aplicada a aquella, quant a les relacions personals i patrimonials entre els convivents, la normativa reguladora d'aquesta ja que els que de tal forma es van unir, podien haver s'hi casat, i no ho van fer precisament (en la

generalitat dels casos) per quedar exclosos de la disciplina matrimonial i no sotmesos a la mateixa)³¹.

Aquesta doctrina de no equiparació ha arribat al Tribunal Suprem, un exemple és la STS de 1990³², relativa a la concessió d'una pensió de viduitat al membre d'una parella que no va arribar a casar-se.

També ho trobem en una sentència més actual, ja existents la gran majoria de regulacions relatives a les parelles de fet, on es determinava que: "...es precis proclamar que la unió de fet és una institució que no té res que veure amb el matrimoni -Sentència del Tribunal Constitucional 184/1990 i la 222/92 per totes-, encara que les dos estiguin dins del àmbit dret de família. És més, ara com ara, amb l'existència jurídica del matrimoni homosexual i el divorci unilateral, es pot proclamar que la unió de fet està formada per persones que no volen, en absolut, contreure matrimoni amb les seves conseqüències legals ni jurídiques³³.

Si ens centrem en l'àmbit econòmic de la parella no casada, anteriorment a les lleis, o a la parella de fet una vegada aprovades i reconegudes, el Tribunal ha estat més concret determinant que el que no seria possible és l'aplicació unitària de les normes a tot l'àmbit patrimonial de la unió, que seria necessari un estudi concret³⁴. Aquesta doctrina ha quedat de nou reflectida en sentències més actuals i properes a la realitat creada després de l'aprovació de les diferents normes reguladores de les parelles de fet, STS de 17 de gener de 2003 i la STS de 12 de setembre de 2005³⁵.

Queda doncs clar que la falta de regulació pot ser suplerta pels pactes i a falta d'aquests ha estat la doctrina del jurisprudencial la que ha solucionat

³¹ MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos", *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continuada 28-2004, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2005, pàg. 214, transcrivint una SAP de Saragossa de 2 de maig de 2002.

³² STC 184/1990 de 15 de novembre de 1990 i Auto 156/1987).

³³ STS de 12 de setembre de 2005.

³⁴ SSTS 27 de maig de 1994 La inaplicación dels efectes legals d'una institució com el matrimoni als no lligats per l'esmentat vincle de cap manera contraria l'article 14 de la Constitució, ja que només és vulnerat quan es produeix un tracte desigual, mancat de justificació objectiva i raonable, i tals requisits de cap manera es presenten en la situació que es denuncia.(...) aquesta Sala pot afegir la cita|citació de la sentència de 23 de desembre de 1.992 en la que també va negar la liquidació d'una societat de guany trencada de fet llarg temps enrere i seguida d'altres situacions de convivència "more uxorio". ; 20 d'octubre 1994, 24 de novembre de 1994, 30 de desembre 1994, 4 de març de 1997.

³⁵ "Llas unions "more uxorio", cada vegada més nombroses, constitueixen una realitat social, que, quan reuneixen determinats requisits -constitució voluntària estabilitat, permanència en el temps, amb aparença pública de comunitat de vida similar a la matrimonial- han merescut el reconeixement com una modalitat de família, encara que sense equivalència amb el matrimoni, pel que no es pot traslladar-li el règim jurídic d'aquest, llevat d'en alguns de seus aspecte ". (.../...)"La consciència dels membres de la unió d'operar fora del règim jurídic del matrimoni no és raó suficient perquè es desatenguin les importants conseqüències que es poden produir en determinats presumptes, entre ells el de l'extinció".

els aspectes de la ruptura de les parelles de fet, des de principis dels anys 90 fins ara tant el TS com de diverses Audiències Provincials, van haver de resoldre aquestes qüestions relatives a ruptura.

Així doncs, davant d'aquest buit legal, els instruments als quals va anar acudint la Jurisprudència i la Doctrina per solucionar els conflictes derivats de la cessació o ruptura de convivència de la parella de fet van ser diferents:

1. El primer i bàsic, l'existència de pactes conclusos a l'inici o durant la convivència, que regulin els aspectes econòmics de la unió. La seva existència, si bé ha estat vista amb recel en principi, generalment són assumits per la Doctrina i la Jurisprudència.

2. A falta de pactes o:

a) Afirmació de l'existència d'un patrimoni comú.

b) Aplicació d'altres remeis legals de caràcter general que operen amb independència de la voluntat, expressa o tàcita, dels integrants de la parella de fet, per protegir el més desfavorit, a qui la ruptura hagi causat un perjudici econòmic i que donin lloc a una compensació econòmica. El fonament d'aquesta compensació és variable, podent trobar-se exemples que van des de la indemnització per responsabilitat extracontractual de l'art. 1902 CC, la doctrina de l'enriquiment injust passant fins i tot per l'aplicació analògica de l'art. 97 del CC. o, allà on hi hagi, el propi reconeixement legal de la legislació autonòmica.

Del que no disposem és de jurisprudència que ens permeti valorar la possible acció d'un jutge o Tribunal que davant d'un pacte que consideri contrari a l'ordre públic, segons el seu criteri de valoració, i malgrat formar part aquest de l'autonomia de la voluntat de les parts, plasmant-lo en un pacte dut a terme abans o després de l'inici de la relació convivència i no estar aquest pacte prohibit legalment, el consideri nul el Tribunal i inaplicable al fet de la ruptura de la relació. Aquesta situació tindria molt sentit sobretot davant de l'existència de fills comuns en la parella, i el jutge a favor del seu benestar, o del futur econòmic del mateix no tingui en compte el pacte, que podria haver s'hi dut a terme fins i tot anteriorment al naixement o adopció del fill.

5. LA SITUACIÓ DAVANT LA FUTURA APROVACIÓ DEL LLIBRE II DEL CCCAT.

L'avantprojecte del Llibre II del CCC deixa latent de una manera clara a la seva introducció³⁶ la necessitat de una modificació en la regulació de la

³⁶ “En efecte, en els darreres temps la societat catalana, com ha passat també en la resta de països del nostre entorn, ha anat evolucionant i adquirint uns nous perfils que ja no coincideixen exactament amb els de l'any 1998. Així ens ho confirmen les dades estadístiques: el nombre de matrimonis ha passat del 7,6 per cada mil habitants de l'any 1975, a un 4,91 l'any 2004. L'any 2001 hi havia a Catalunya 129.400 parelles de fet, és a dir més de 258.000 persones convivia en aquest model familiar i el nombre de naixements fora del matrimoni també ha crescut de forma notable, fins el punt que més del vint per cent els naixements corresponen a mares no casades”

figura que fins avui hi coneixíem com “*família*” per que la seva evolució social ha dut a que subsisteixin en la societat actual realitats molt diferents a la clàssica que hi coneixíem:

Així es regula al Títol III tot allò relatiu a la família, detallant els aspectes econòmics, i el legislador català aprofita per corregir el tractament separat del dret de família que fins l'ordenament català ha donat a les unions estables de parella i incorpora la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, amb les modificacions que es deriven necessàriament de la nova regulació del matrimoni, que tal i com expressem mes a dalt, es el reflex del reconeixement social de les noves formes de família, plasmat en la Llei de l'Estat 13/2005, d'1 de juliol.

El futur text del Codi Civil de Catalunya unificarà la regulació dels dos tipus de parella de fet reconegudes, la homosexual i la heterosexual, sense fer distincions, sent-hi idèntiques les regles per ambdós.

En la part que ara ens interessa la nova regulació admet el pactes en previsió de l'extinció de la unió amb uns límits semblants als que s'estableixen per al matrimoni, obrint ací de manera expressa la llibertat de les aparelles per a regular de manera personal no només la seva convivència sinó també el trencament de la mateixa.

Així rellegint el text de l'avantprojecte hi trobem articles com el 234.3²⁰, on es reconeix la plena llibertat de les parelles per regular la seva convivència; o l'article 234.5²¹ en el s pactes en previsió del trencament de la convivència.

Al nostre parer, el legislador continua cometent l'error que ja cometia amb la regulació anterior de les unions estables de parella, assimilant-la al matrimoni, fent remissions a aquesta institució en determinats aspectes i fins hi tot regulen les possibles discrepàncies existents en cas de ruptura de manera que els hi sigui aplicable les normes de la LEC previstes pel matrimoni.

(.../...) el 2001, les famílies encapçalades per una dona o un home separats o divorciats amb fills enen, a Catalunya 129.798 i 33.582, respectivament.

BIBLIOGRAFIA

ALGUER, José: "El concepto de la buena fe", *R.J.C.*, 1927

BADOSA COLL, F.: "La autotutela", en *Estudis de dret civil en homenatge al Professor Dr. J.L. Lacruz Berdejo*, vol. II. Barcelona, 1993.

BARRAL VIÑALS, I. "Estructura tradicional per a continguts moderns: els capítols avui" en *Nous reptes del Dret de família*. Materials de les

Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 de setembre de 2004, p. 523 i ss.

BARRAL VIÑALS, Immaculada: “Las uniones estables de pareja”, *Derecho de familia (anàlisis desde el Derecho catalán)*. Maluquer de Motes, C.J.(coord.) Ed. Bosch, 2005. Barcelona.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Retroactivitat del règimen económico del matrimonio” en *Aranzadi Civil* núm. 1, 2003.

BIANCA, C.M. *La vendita e la permuta*, t. II. Torino, 1993, p. 375. i ss.

BOSCH CAPDEVILA, E.: *L'administració dels béns dels fills en el «Codi de Família»*. Barcelona, Bosch, 1999.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “Comentario al artículo 6 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 1r. Madrid, 1992, p. 768.

CABEZUELO ARENAS, A.L. “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales”, en *Aranzadi Civil* núm. 18, 2004.

- “Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 69, 2005.

- “La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil (estudio jurisprudencial y doctrinal)” en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 14, 2002.

- “La pensión compensatoria del art. 97 CC. ¿Carácter indefinido o limitación en el tiempo?” en *Aranzadi Civil* núm. 4, 2002

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. *La renúncia a los derechos*. Barcelona, 1986, pp. 11 i 12

COPPOLA, C. *La renunzia ai diritti futuri*. Milà, 2005, p. 52 i ss.

CROSAS ARMENGOL, Assumpta “El consell de tutela en el Codi de Família de Catalunya”, *Carta Civil*, núm. 7, pàg. 24.

- *La delació voluntària de la tutela en el dret català*. Barcelona, 2000.

D'ORS, Alvaro: “Principios para una teoría realista del derecho”, *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1963.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. València, 2003, p. 112 i ss.

DE CASTRO BRAVO, F. *Derecho civil de España*, t. I, 2a ed. Madrid, reed. 1984, p. 600 i ss.

- “Notas sobre la limitación de la autonomía de la voluntad”, *A.D.C. IV*, 1982

DE LA IGLESIA PRADOS, E. “La duración temporal de la pensión compensatoria. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005” en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005.

DE LOS MOZOS, José Luis. “Derecho y equidad”, *Metodología y ciencia en el Derecho Privado contemporáneo*. Madrid, 1977

- “La buena fe en el Título preliminar del Código civil”, *Anuario de la Academia Matritense del Notariado*. Madrid, 1977

DIEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona,

1963.

- Prólogo a la obra de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*. Madrid, 1977

FERNÁNDEZ, J. "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial" en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. Luís Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003, p. 4571.

FERRARA, F. *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I, part I, Roma, 1921, p. 435 i ss.

FLAQUER, LL. *El destino de la familia*. Barcelona, 1998, pp. 205 a 207.

GARCIA AMIGO, Manuel: "Consideraciones de la buena fe contractual", *Actualidad Civil*, nº 1, 2000;

GARCIA ROS, M^a Paz: "La modificación del Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio", *La Ley*, núm. 6359, 15 de noviembre.

GARCÍA RUBIO, M.P. "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia" en *Nous reptes del Dret de família*. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 de setembre de 2004, p. 120.

- "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria" en *Anuario de Derecho Civil*, t. LVI, fasc. IV, p. 1653 i ss.

GAZZARA, G. *La compravendita e la permuta*, en *Trattato de diritto civile italiano* (dir. F. VASSALLI). Torino, 1937, p. 27.

GETE- ALONSO CALERA, M.C. *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona 1979, p. 553.

GÓMEZ IBARGUREN, P. “La naturaleza temporal de la pensión compensatoria”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 700. Pamplona, 2006

GONZALEZ PEREZ, Jesus: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid, 1983.

GRAMUNT FOMBUENA, M. Dolors: “La protección de menores e incapacitados no sujetos a potestad: los cargos tutelares”, *Derecho de familia (anàlisis desde el Derecho catalán)* MALUQUER DE MOTES BERNET, J.C. (coord.), 2a ed. Ed. Bosch. Barcelona, 2005.

LAMARCA MARQUÉS, A. “Separació de béns i desigualtat patrimonial: La compensació econòmica per raó de treball Comentari a la STSJC de 21.10.2002”, en *INDRET* 2003, núm. 1, p. 8 i ss. EGEA

LLÁCER MATACÁS, M.R. *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*. Barcelona, 1992, p. 92 i ss.

- “El matrimonio. La forma civil del matrimonio”, *Derecho de familia (anàlisis desde el Derecho catalán)* MALUQUER DE MOTES BERNET, J.C. (coord.), 2a ed. Ed. Bosch. Barcelona, 2005.

LOPEZ ALARCÓN, Mariano. “La equidad en el nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Documentación jurídica*, nº4, 1974.

MACIAS CASTILLO, A. “Fijación de la pensión compensatoria con carácter temporal. Análisis de la STS 10 de febrero de 2005” en *Actualidad civil*, 2005.

MACIORE, F. *Il negozio di renuncia nel diritto privato*. T. I. Parte generale. Napoli, 1992, p. 165.

MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J. *Derecho de familia (anàlisis desde el Derecho catalán)*. Barcelona, 2005.

- *Introducción al Derecho civil de Catalunya*. Barcelona, 1993.

MARSAL GUILLAMET, J. "El cas del marit que no es volia separar" a *Indret*, núm. 3, 2006.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*. Madrid, 2003, p. 171 i ss.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos", *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continuada 28-2004, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2005.

NAVARRO VALLS, R. *Revista Palabra*, núm. 437, 2002.

PARA MARTÍN, Antonio: "La tutela i altres institucions tutelars: la curatela i el defensor o defensora judicial. La guarda de fet", en *El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella*, Barcelona, 2000.

PEREZ CANOVAS, Nicolás: "El matrimonio homosexual", *Actualidad Civil*, 2005.

PÉREZ VALLEJO, A. M. *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*. Granada, 2000

PICÓ JUNOY, Joan: "Aproximación al principio de la buena fe procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *R.J.C.*, nº 4, 2001

PINTÓ, José: *Sentido de la equidad en el Título Preliminar del Código civil*. Barcelona, 1976

PUIG BRUTAU, José: *Estudios de Derecho Comparado*, Barcelona, 1956

PUIG FERRIOL, L. - ROCA TRIAS, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II. 6a ed. València. Ed. Tirant lo Blanch, 2005.

ROCA TRÍAS, E. *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid, 1999, p. 61 i 62.

- "L'evolució del dret català de família fins a la present llei 9/1998, de 15 de juliol, del codi de família", a Iglesias Ferreirós, A. (ed.) (2000) *El Dret comú i Catalunya: actes del IX Simposi Internacional*, Barcelona: Fundació Noguera.

ROVIRA SUEIRO, María E.: *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*. Ed. Ramón Areces. Madrid, 2005.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. Antonio "Notas sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español", *Actualidad Civil*, 2005.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV, Tomás Mieres", *A.D.C.*, I, 1977.

VERDIER, J.M. *Les droits éventuels (Contribution à l'étude de la formation successive des Droits)*. Paris, 1955, p.160.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos.: "Las parejas de hecho: una realidad con diferente tratamiento", *Cuadernos de Derecho judicial*, núm.

24, 2005.

VON TUHR, A. *Derecho Civil. Parte General*, trad. per W. ROCES, Mèxic, 1945, p. 33 i ss.