



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



TREBALL DE FINAL DE MÀSTER D'ADVOCACIA
DICTAMEN JURÍDIC DE DRET CIVIL DE FAMÍLIA
CAS 15 B)

Ares Oliver Acevedo

NIUB: 16454841

Màster d'Advocacia UB-ICAB

Curs 2018-2019

Tutora: Gemma Rubio Gimeno

ÍNDIX

1. DESCRIPCIÓ DELS ANTECEDENTS	4
1.1. Fets i dades en els quals es basa el problema.....	4
1.1.1. <i>Exposició dels antecedents de fet</i>	4
1.1.2. <i>Ordenació cronològica dels antecedents fàctics</i>	5
1.2. Documentació	5
1.2.1. <i>Documentació de la qual disposem</i>	5
1.2.2. <i>Documentació que ens faltaria</i>	5
1.3. Qüestions substantives i processals que se'ns plantegen.....	6
2. ANÀLISI DEL CAS	7
2.1. Fonts aplicables al cas.....	7
2.1.1. <i>Normativa</i>	7
- Autonòmica.....	7
- Estatal.....	7
- Internacional	7
2.1.2. <i>Jurisprudència aplicable</i>	7
- Audiències Provincials.....	7
- Tribunal Superior de Justícia de Catalunya	8
- Tribunal Suprem	9
- Tribunal Constitucional	9
- Tribunal Europeu de Drets Humans	9
2.2. Examen jurídic del supòsit de fet.....	9
2.2.1. <i>El règim aplicable de la convivència en parella de l'Edurne i l'Albert</i>	9
- Criteris per la determinació de la Llei aplicable	9
- Regulació de la convivència en parella estable, unions de fet o parella estable. Inconstitucionalitat de les normes de conflicte en lleis autonòmiques.	10
- Concurrencia de normes reguladores de la convivència en parella	11
- Aplicació del règim de parella estable del dret civil català a la convivència entre l'Edurne i l'Albert.....	12
- Requisits legals per a la determinació de la parella estable	12
2.2.2. <i>La repercussió dels anys de convivència en els drets eventuais derivats de la crisi de la parella</i>	13
2.2.3. <i>La determinació de la filiació dels menors</i>	14
- Noció i tipus de filiació.....	14
- Llei aplicable.....	15
- Aplicació del Codi de Família i règim de la filiació.....	15
- Retroactivitat de les disposicions en matèria de convivència en parella estable .	17
2.2.4. <i>La determinació del règim econòmic matrimonial</i>	17
- Les capitulacions matrimonials: el règim econòmic matrimonial convencional.	17
- Règim econòmic matrimonial de l'Edurne i l'Albert	18

- Desplaçament de l'aplicació del Codi de Família a favor del Codi Civil de Catalunya pel que fa a la regulació dels efectes del matrimoni. El règim de la separació de béns com a règim econòmic matrimonial supletori a Catalunya	19
2.2.5. <i>La validesa de l'acord que varen subscriure els cònjuges a principis de 2017 i eventuais drets derivats de la separació judicial</i>	20
- Validesa de la forma acord protocol·litzat notarialment com a pacte en previsió d'una ruptura matrimonial d'acord amb l'article 230-20.1 del Codi Civil de Catalunya	20
- Requisits dels pactes en previsió de ruptura continguts en capitulacions matrimonials o escriptura pública.....	21
- Validesa del contingut de l'acord protocol·litzat notarialment.....	22
- Eventuals drets derivats de la separació judicial a conseqüència de la invalidesa de l'acord	22
2.2.6. <i>Atribució de l'ús de l'habitatge</i>	23
- Criteris legals d'atribució de l'habitatge establerts al Codi Civil de Catalunya ..	23
- Conseqüències de l'atribució de l'habitatge familiar a un dels cònjuges	24
2.2.7. <i>Determinació de la guarda sobre els fills menors</i>	25
2.2.8. <i>Contingut del pla de parentalitat</i>	27
2.2.9. <i>Eventualitat d'un posterior procediment de divorci essent els fills ja majors d'edat</i>	28
- De l'extinció de la potestat parental amb la majoria d'edat.....	28
- Conseqüències de la majoria d'edat en la regulació del divorci de mutu acord	29
- Sobre el dret d'aliments i el dret l'ús de l'habitatge familiar si existeixen fills majors d'edat.....	29
- Sol·licitud de mesures en relació a fills majors d'edat adoptades per l'autoritat judicial.....	31
2.2.10. <i>El destí dels immobles arran de la declaració del concurs de l'Albert</i>	31
- Presumpcions <i>iuris tantum</i> de l'article 78 de la Llei Concursal i article 231-12 del Codi Civil de Catalunya.....	32
- Destí del pis propietat d'ambdós situat a Lleida	32
- Destí l'edifici de tres plantes que constituïa la seu social de l'empresa de l'Albert objecte de compravenda amb l'Eduarne.....	33
2.2.11. <i>El procediment i la competència per l'exercici de les corresponents accions matrimonials</i>	33
2.2.12. <i>Intervenció dels fills menors en el procediment de separació</i>	34
3. CONCLUSIONS	37
EMISSIÓ DEL DICTAMEN	41
BIBLIOGRAFIA	44
ANNEX	45
Annex 1. Proposta de Pla de Parentalitat de l'Albert.....	46

1. DESCRIPCIÓ DELS ANTECEDENTS

1.1.Fets i dades en els quals es basa el problema

1.1.1. Exposició dels antecedents de fet

Per tal de poder-nos endinsar en l'anàlisi jurídica del supòsit que se'ns planteja, i emetre el corresponent dictamen, presentarem inicialment un resum dels antecedents de fet. Així doncs, ens trobem enfront del cas d'una parella amb veïnatges civils diferents - ella, l'Edurne, amb veïnatge civil basc i ell, l'Albert, amb veïnatge civil català - que varen contreure matrimoni l'any 2011 al País Basc. Concretament es varen casar a Vitòria (Àlaba) després d'haver estat convivint 10 anys en parella. Durant aquests 10 anys van néixer dos fills, la Beth l'any 2001 i en Marc, l'any 2002. La seva primera residència després del matrimoni la varen establir en un pis propietat de tots dos a Lleida.

Pel que fa a les professions del matrimoni, l'Edurne és enginyera alimentària i l'Albert empresari, que posseïa una empresa de promoció immobiliària, la qual des de 2014 tenia pèrdues. L'Albert, però, va decidir amagar aquest fet a tota la seva família i no va ser fins al 2017 que aquesta es va assabentar del que estava passant arran de la seva declaració de concurs.

Entre 2015 i 2016, a més, per fer front a la seva situació, l'Albert va signar diversos contractes de reserva (se'n contenen fins a una vintena) sobre habitatges de diferents promocions amb clients que confiaven en la seva empresa, donada la seva aparent situació de solvència. Amb la finalitat que els clients seguíssin abonant les quotes mensuals i que, fins i tot, aquestes s'incrementessin - sota la creença que aquestes quantitats anirien a compte dels habitatges que anaven a adquirir -, l'Albert va enviar escrits a clients amb informacions no veraces relacionades amb l'estat de les obres dels seus habitatges.

Arran de la situació empresarial de l'Albert, aquest últim va proposar a la seva dona, l'Edurne, que adquirís l'immoble on es trobava la seu social de l'empresa que era també l'únic bé de la societat. L'Albert que, com s'ha exposat, ocultava la situació de pèrdues de la societat a la seva família, va dir-li que la raó de la seva proposta era que volia que aquell bé fos per ella i els seus fills si les coses "no anaven bé" en un futur. A canvi, li demanava un preu ajustat de 100.000 euros. L'Edurne, doncs, va acceptar i es va formalitzar l'operació en escriptura pública de compravenda amb préstec hipotecari pel preu total de l'immoble. A més, el mateix dia que es va formalitzar l'operació que s'acaba de descriure, també es va elevar a públic un acord privat que el matrimoni va convenir dies abans. En aquest acord s'estipulava que tots dos renunciaven a qualsevol prestació econòmica a càrrec de l'altre en cas d'una futura crisi matrimonial i que es pactava un règim de guarda compartida sobre els fills.

Quan l'Edurne va tenir coneixement d'allò succeït amb l'Albert i la seva empresa, va fer-lo fora de casa i va presentar demanda de separació judicial. Entre les mesures provisionals, ha sol·licitat la guarda dels fills i l'atribució de l'ús de l'habitatge.

1.1.2. Ordenació cronològica dels antecedents fàctics

2001. - Inici de la convivència en parella. També neix la primera filla de la parella, la Beth.

2002. - Neix el seu segon fill, en Marc.

2011. - Matrimoni de la parella a Vitòria (Àlaba) i establiment de la primera residència a un pis de propietat de tots dos a Lleida.

2014. - L'empresa de promoció immobiliària de l'Albert comença a tenir pèrdues.

2015 – 2016. - L'Albert signa diversos de contractes de reserva (fins a 20) sobre habitatges de diverses promocions amb els clients. Durant aquest període i fins al 2017, envia escrits als clients assegurant-los que l'estat de les obres era favorable i els incita a seguir abonant les quotes i, fins i tot, els eleva la quantia d'aquestes.

2017. - Adquisició de l'immoble, protocol·lització de l'acord privat, situació preconcursal de l'Albert, crisi matrimonial i presentació per part de l'Edurne de la demanda de separació judicial amb la sol·licitud de mesures provisionals de guarda dels fills i l'atribució de l'ús de l'habitatge

1.2.Documentació

1.2.1. Documentació de la qual disposem

Del present cas es disposa del document privat subscrit a principis de l'any 2017, que es va protocol·litzar posteriorment, en virtut del qual es renunciava per part dels cònjuges a qualsevol prestació econòmica a càrrec de l'altre i es pactava la guarda compartida dels fills. També disposem de les escriptures de compravenda tant del domicili conjugal del matrimoni (a Lleida), com de l'immoble del qual era titular l'empresa de l'Albert i que va adquirir l'Edurne amb el préstec hipotecari per valor de 100.000 euros.

1.2.2. Documentació que ens faltaria

Per tal d'emetre el dictamen, i a fi de poder analitzar legalment el supòsit de fet amb la precisió que requereix, es procediria a requerir al client - en aquest cas l'Albert - o a sol·licitar als òrgans pertinents i competents, la següent documentació:

- El Certificat Literal de la inscripció del matrimoni de l'Albert i l'Edurne, per verificar que varen contraure matrimoni i el lloc on ho van fer.
- Els Certificats Literals de naixement dels seus fills a efectes de comprovar els detalls del seu naixement.
- Llibre de família.
- Fotocòpia del DNI de l'Edurne i l'Albert
- L'escriptura de constitució i estatuts de l'empresa de l'Albert per acreditar que ell n'és el soci o administrador i que pot dur a terme les operacions com la venda d'un bé

immoble. Això últim, però, es presumeix donat que el notari ho ha de comprovar per poder dur a terme l'operació.

- Les còpies dels contractes de reserva d'habitatges signats amb els clients.
- Els escrits – o algun o alguns d'ells – que es varen enviar per part de l'Albert als seus clients per informar-los (de forma no veraç) de l'estat de les obres.
- Si ha estat un concurs voluntari, l'acta on es sol·licita per part de l'Albert el concurs de la seva persona (acta de mediació) juntament amb els documents que acrediten la seva insolvència (nòmines i/o Informe de vida laboral), declaracions tributàries dels últims 4 exercicis, etc.
- En tot cas, l'aportació de la Interlocutòria de declaració del concurs de l'Albert.
- La demanda de separació judicial amb la relació de totes les mesures que s'han sol·licitat, tant provisionals com definitives i la proposta de mesures i Pla de Parentalitat aportat per l'Eduarne, donat que els dos fills són menors d'edat.
- Juntament amb la demanda caldria que s'aportés el certificat d'empadronament per determinar quin va ser l'últim domicili conjugal i també poder valorar que s'ha interposat la demanda enfront l'òrgan competent territorialment.
- L'escriptura de préstec hipotecari de l'immoble adquirit per l'Eduarne que era propietat de l'empresa de l'Albert i constituïa la seva seu social.

1.3. Qüestions substantives i processals que se'ns plantegen

A partir del supòsit en el qual ens trobem, se'ns plantegen dotze qüestions; deu qüestions substantives i dues de processals. Concretament el client ens requereix examinar:

1. El règim aplicable a la convivència en parella de l'Eduarne i l'Albert.
2. La repercussió dels anys de convivència en els eventuais drets que es derivin de la crisi de parella
3. La determinació de la filiació dels menors
4. La determinació del règim econòmic matrimonial
5. La validesa de l'acord que varen subscriure els cònjuges a principis de 2017 i eventuais drets derivats de la separació judicial
6. L'atribució de l'ús de l'habitatge
7. La determinació de la guarda sobre els fills menors
8. El Contingut del Pla de Parentalitat.
9. Donat que els fills de la parella varen néixer l'any 2001 i 2002, l'eventualitat d'enfrontar-se a un procediment de divorci amb els fills ostentant ja la majoria d'edat
10. El destí dels immobles arran de la declaració del concurs de l'Albert.
11. El procediment i la competència que corresponen a l'exercici de les accions matrimonials
12. La intervenció dels fills menors d'edat en el procediment de separació.

2. ANÀLISI DEL CAS

2.1. Fonts aplicables al cas

2.1.1. Normativa

- Autònoma

- Catalunya. Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (DOGC núm. 5686, de 5 d'agost de 2010).
- Catalunya. Llei 14/2010, de 17 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (DOGC, núm. 5641, del 2 de juny de 2010).
- Catalunya. Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera Llei del Codi Civil de Catalunya (DOGC núm. 3798, de 13 de gener de 2003).
- Catalunya. Llei 10/1998, d'unions estables de parella. (DOGC núm. 2687, de 23 de juliol de 1998) [Actualment derogada].
- Catalunya. Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (DOGC núm. 2687, de 23-07-1998; correcció d'errades DOGC núm. 2732, de 28-09-1998) [Actualment derogada].

- Estatal

- Espanya. Constitució Espanyola de 1978, Publicació en el BOE núm. 311 de 29 de desembre de 1978 (BOE –A-1978-31229).
- Espanya. Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil. Publicació en el BOE núm. 7 de 8 de gener de 2000 (BOE-A-2000-323).
- Espanya. Real Decret de 24 de juliol de 1889 pel que es publica el Codi Civil. Publicació al BOE núm. 206, de 25/07/1889. (BOE-A-1889-4763).
- Espanya. Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal Publicació al BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2003 (BOE-A-2003-13813).
- Espanya. Llei Orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència. (BOE-A-2015-8222).

- Internacional

- Convenció sobre Drets de l'Infant, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides, el 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990. (BOE-A-1990-31312).

2.1.2. Jurisprudència aplicable

- Audiències Provincials

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 815/2014 (Sala Civil, Secció 18), 9 de desembre de 2014 (recurs 907/2013) (Fonament de Dret 3r) ECLI: ES:APB:2014:13768
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 256/2014 (Sala Civil, Secció 16), de 23 de maig de 2014 (recurs 386/2013) (Fonament de dret 7è). ECLI: ES:APB:2014:5182

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 420/2013 (Sala Civil, Secció 19), de 18 de desembre de 2013 (recurs 467/2012) (Fonament de Dret 2on) ECLI: ES:APB:2013:16494
 - Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 571/2011 (Sala Civil. Secció 12), de 26 d'octubre de 2011 (recurs 1154/2010) (Fonament de Dret 4rt) ECLI: ES:APB:2011:11122
- **Tribunal Superior de Justícia de Catalunya**
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, 53/2017 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 6 de novembre de 2011 (recurs 90/2016) ES:TSJCAT:2017:9632
 - Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, 52/2017 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 6 de novembre de 2017 (recurs 12/2017) (Fonament de Dret 5è) ECLI: ES:TSJCAT:2017:9630
 - Sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya, 34/2017 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 20 de juliol de 2017 (recurs 200/2016) (Fonament de Dret 4rt) ES:TSJCAT:2017:5923
 - Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 6 d'abril de 2017 (recurs 9/2017) (Fonament de Dret 3r) ECLI: ES:TSJCAT:2017:210A
 - Sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya 19/2016 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 31 de març de 2016 (recurs 160/2014) (Fonament de dret 2on) ECLI: ES:TSJCAT:2016:2419
 - Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 36/2014 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 22 de maig de 2014 (recurs 140/2013) ECLI: ES:TSJCAT:2014:5532
 - Sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya 32/2014 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 8 de maig de 2014 (recurs 149/2013) (Fonament de Dret 2on) ECLI: ES:TSJCAT:2014:5538
 - Sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya 20/2014 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 20 de març de 2014 (recurs 114/2013) (Fonament de Dret 2on) ES:TSJCAT:2014:3099
 - Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 67/2012 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 12 de novembre de 2012 (recurs 81/2012) (Fonament de Dret 3r), ECLI: ES:TSJCAT:2012:13098
 - Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 40/2012 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 26 de juny del 2012 (recurs 171/2010) ECLI: ES:TSJCAT:2012:8523
 - Sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya, 38/2009 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 30 de setembre del 2009 (recurs 46/2009) (Fonament de Dret 4rt) ECLI: ES:TSJCAT:2009:15297
 - Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 34/2008 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), de 22 de setembre de 2008 (recurs 8/2008) ECLI:ES:TSJCAT:2008:9523
 - Sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya 30/2008 (Sala Civil i Penal, Secció 1a), 4 de setembre de 2008 (recurs 46/2008) (Fonament de Dret 3r) ES:TSJCAT:2008:969

- **Tribunal Suprem**
 - Sentència del Tribunal Suprem (Sala Civil, Secció 1a) 713/2015, de 16 de desembre de 2015 (recurs 1888/2014) ECLI: ES:TS: 2015:5683
 - Sentència Tribunal Suprem (Sala Civil, Secció 1a) 427/2015, de 10 de juliol de 2015 (recurs 1118/2014) (Fonament de Dret 2on) ECLI: ES:TS:2015:3158
- **Tribunal Constitucional**
 - Sentència del Tribunal Constitucional 93/2013 del Ple, de 23 d'abril de 2013. BOE-A-2013-5436
 - Sentència del Tribunal Constitucional 21/2012, de 6 de febrer. BOE-A-2012-3536
- **Tribunal Europeu de Drets Humans**
 - Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, assumpte Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c Espanya, d'11 d'octubre de 2016.

2.2. Examen jurídic del supòsit de fet

2.2.1. *El règim aplicable de la convivència en parella de l'Edurne i l'Albert*

Tal com s'ha exposat en els antecedents de fet, ens trobem enfront una parella amb veïnatges civils diferents. Això implica que la llei personal aplicable a cadascun d'ells és diferent i, per tant, el *quid* d'aquesta qüestió serà determinar el règim aplicable a la convivència de conformitat amb la llei que els sigui aplicable a l'Edurne i l'Albert en funció del seu veïnatge civil i les normes de conflicte contingudes al Codi Civil Espanyol i, també, en funció del moment temporal en què es va produir la convivència, això és entre 2001 i 2011.

- **Criteris per la determinació de la Llei aplicable**

Com s'acaba de comentar per determinar quin és el **règim aplicable** a la convivència de l'Edurne i l'Albert cal determinar també quina és la **lleï aplicable** a la seva situació. En aquest punt resulta imprescindible tenir en compte la nacionalitat i el veïnatge civil de cadascun dels integrants de la parella.

L'article 9.1 del Codi Civil estableix que la llei personal de les persones físiques és la determinada per la seva nacionalitat i, en aquest cas, com tots dos tenen la nacionalitat espanyola, no hi ha dubte en l'aplicació de l'ordenament jurídic espanyol. No obstant, dins d'aquest ordenament jurídic concorren diverses normes de dret civil, la norma estatal i les autonòmiques en aquelles Comunitats Autònomes amb competència en matèria de dret civil, entre elles, Catalunya.

Consegüentment, en virtut de la **norma de conflicte contemplada a l'article 16 del Codi Civil Espanyol**, hem d'**acudir al criteri del veïnatge civil** per determinar la llei personal que resulta d'aplicació a l'Edurne i l'Albert. En aquest sentit, es defineix el **veïnatge civil**¹ com

¹ La regulació de l'adquisició del veïnatge civil, ja sigui per filiació, naixement, opció, residència, nacionalitat o recuperació, la trobem a l'art. 14 del Codi Civil Espanyol que resulta d'aplicació directa a tot el territori

*“aquella relació jurídica que s’estableix entre les persones de nacionalitat espanyola i l’Estat, i que determina com a efecte fonamental, la submissió d’aquelles a algun dels sistemes jurídic-civils que coexisteixen en l’ordenament espanyol. Es tracta d’una de les circumstàncies que configuren l’estat civil de la persona física”.*²

Per tant, basant-se en el que acabem d’exposar, i d’acord amb els antecedents, l’**Edurne** es regiria per les **normes aplicables al seu veïnatge**, el basc, i l’**Albert**, en tant que el **seu veïnatge civil** és el **català, pel dret civil català**.

- **Regulació de la convivència en parella estable, unions de fet o parella estable. Inconstitucionalitat de les normes de conflicte en lleis autonòmiques**

El fet que a l’Edurne i l’Albert se’ls apliquin normes diferents, en tant que la llei personal a la qual estan subjectes per raó del veïnatge sigui també diferent, ens porta a qüestionar-nos la **norma concreta** de l’ordenament jurídic espanyol que regularà la seva situació.

A diferència del que passa amb el règim matrimonial, **no hi ha una regulació estatal respecte de la convivència en parella i tampoc s’ha adoptat cap norma de conflicte per resoldre una possible concurrència de lleis**. Així doncs, han estat les diverses Comunitats Autònomes les que han regulat aquesta situació de fet.

A Catalunya la regulació originària de la convivència en parella estable va entrar en vigor juntament amb el Codi de Família. No obstant, el legislador va optar per no integrar-ho dins el Codi i va promulgar una llei especial, la Llei 10/1998 d’unions estables de parella. Actualment, i des de l’entrada en vigor del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, la regulació d’aquesta matèria s’ha integrat en el Codi Civil de Catalunya.

Tot i que l’Edurne tenia el veïnatge civil basc mentre va durar la convivència extramatrimonial, aquesta circumstància no obstant la hipotètica aplicació del dret civil català en tant que la regulació de la convivència en parella estable aplicable abans de 2011, per via de mencionada la Llei 10/1998, d’unions estables de parella, establia que per la seva aplicació almenys **un dels integrants de la parella havia de tenir veïnatge civil català** però no requeria que ambdós membres la tinguessin. El que acabem d’exposar ho han recollit també Sentències de l’Audiència Provincial de Barcelona com ara la SAP Barcelona 420/2013, de 18 de desembre de 2013 (Fonament de Dret 2on) i la SAP Barcelona 256/2014 de 23 de maig de 2014 (Fonament de dret 7è).

Tanmateix, atès que el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya va entrar en vigor l’any 2011, i no sabem la data exacta en la que es varen casar l’Albert i l’Edurne, hem de plantejar també l’aplicació d’aquesta norma. En relació amb l’aplicació del Codi Civil de Catalunya la **Disposició Transitòria Quarta**, apartats primer i segon, estableix que:

espanyol en virtut del que disposa l’article 149.1.8a de la Constitució Espanyola i l’article 129 de l’Estatut d’Autonomia de Catalunya.

² M. Díez Soto, Carlos. «Tema 20. Vecindad Civil». A: LLEDÓ YAGÜE, Francisco (coord.); SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia (coord.); MONJE BALMASEDA, Oscar (coord.). *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Tomo I. Parte sustantiva*. Madrid: Dykinson, 2011, pàg. 623-659. ISBN: ISBN 978-84-9982-097-2.

“1.El temps de convivència, entre persones del mateix o de diferent sexe, transcorregut abans de l’entrada en vigor d’aquesta llei, s’ha de tenir en compte als efectes del còmput dels dos anys que fixa l’article 234-1.a del Codi Civil.

Les disposicions del capítol IV del títol III del llibre segon del Codi civil s’apliquen a les parelles estables que, fins a l’entrada en vigor d’aquest llibre, es regien per la Llei 10/1998, del 15 de juliol, d’unions estables de parella.”

En aquest sentit és important destacar, però, que el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya ja no ha recollit expressament que un dels integrants hagi de tenir el veïnatge civil català per tal que li sigui d’aplicació el dret civil de Catalunya; si bé entenem que, de conformitat amb la Disposició Transitòria, la parella s’hauria constituït d’acord amb la Llei 10/1998, d’unions estables de parella que si ho contemplava. En virtut la disposició transitòria, a la parella els seria de plena aplicació el Codi Civil de Catalunya quant als efectes de la seva convivència a partir de l’1 de gener 2011.

- **Concurrència de normes reguladores de la convivència en parella**

Tanmateix, d’acord amb el que s’acaba d’exposar, no es poden obviar els problemes – i sobretot la inseguretat jurídica - que implica l’aplicació de la normativa catalana en concurrència amb altres normes de caràcter autonòmic aplicables a l’Estat Espanyol com podria ser, en aquest cas, l’aplicació de la normativa civil basca.

Així doncs, bona part de la doctrina ha destacat la necessitat d’una regulació estatal de les parelles de fet amb un contingut que les equipari al matrimoni, sobretot en matèries de dret públic i que reguli els **conflictes interregionals**. Alguns autors destaquen que (...) *cuando hablamos de pareja de hecho hablamos de una maraña de leyes autonómicas y normativa dispersa que sería conveniente en aras a la seguridad jurídica y en pro de un mejor análisis de la situación concreta del operador jurídico delimitar en una ley estatal con un contenido mínimo y homogéneo, y que además la dotarla de cierta seguridad jurídica al menos en algunos aspectos, siendo que gran parte de la sociedad avanza en este sentido, optar por la pareja de hecho y obviar el matrimonio.*”³

Sobre la qüestió dels conflictes interregionals també es va pronunciar la STC 93/2013 del Ple, de 23 d’abril de 2013 (Fonament de Dret 6è) que va declarar inconstitucionals diversos articles de la Llei Foral 6/2000 de 3 de juliol per la igualtat jurídica de les parelles estables de Navarra. En relació amb les normes de conflicte i les parelles de fet estables va establir:

*“Sin embargo, es patente que el art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal **de uno de los miembros de la pareja estable se contiene** así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE, según hemos ya señalado.*

³ NIETO MORALES, Concepción; TORRES REVIRIEGO, María del Rosario; ZAMORA SEGOVIA, María Luisa; HERNANDO RAMOS, Susana. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores* (2016). Madrid: Dykinson, 2016. 217 pàg. ISBN: 978-84-9085-967-4.

En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir ésta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal es claro que se viene a incidir sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”. Determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos.”

En aquesta sentència el Tribunal Constitucional també va assenyalar que s'estaria **vulnerant la competència exclusiva** de l'Estat per regular les relacions jurídic-civils relatives a les formes de matrimoni (art. 149.1.8 CE). La inconstitucionalitat de la norma foral també es derivava del fet que el Tribunal Constitucional considerava que la regulació autonòmica prescindia “*de la voluntat conjunta dels integrants de la unió a sotmetre's a la Llei Foral*” i, per tant, de constituir-se com a parella de fet i poder exigir els drets que se'n derivin de la seva situació.

- **Aplicació del règim de parella estable del dret civil català a la convivència entre l'Edurne i l'Albert**

Atès que, com s'ha exposat, el **legislador no ha adoptat cap norma reguladora de les parelles de fet ni tampoc de conflicte** entenem que, **resulta d'aplicació el dret civil català**, tot i el conflicte de lleis que es pugui produir. En aquest punt cal afegir que el plantejament de **l'aplicació analògica de l'article 9.2 del Codi Civil Espanyol**, regulador de la llei aplicable als efectes del matrimoni, també ens portaria a la mateixa afirmació.

Per tant, per a la determinació de la parella de fet com a tal s'aplicaria la Llei 10/1998 que recollia expressament que era d'aplicació si un dels integrants de la parella tenia veïnatge civil català. No obstant, la promulgació del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya l'any 2011 desplaçaria l'aplicació d'aquesta llei a partir d'aquesta data en tant que, almenys uns dies o mesos d'aquell any la parella va estar convivint juntament amb els seus fills.

- **Requisits legals per a la determinació de la parella estable**

Finalment, per saber si la convivència en parella del present cas constitueix una **convivència en parella estable conforme a dret**, es farà un repàs dels **requisits** establerts per l'article 1 de la Llei 10/1998. També s'atendrà als requisits continguts als articles 234-1 i següents del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya que, essencialment, s'han mantingut respecte de la regulació anterior.

Així doncs, tant la Llei 10/1998 com present regulació, estableixen que es considerarà la unió de dues persones majors d'edat, que mantinguin una relació d'afectivitat anàloga al matrimoni, com parella de fet si: la convivència dura més de dos anys ininterromputs; si durant la convivència tenen un fill en comú o bé si formalitzen la relació en escriptura pública.

En el supòsit que se'ns planteja **s'incorre en dos dels pressupòsits per constituir parella de fet**. Per un costat, la **convivència durant més de dos anys** i, per l'altre, que **tenen dos fills en comú**. De conformitat amb els antecedents exposats, no s'incorre en cap de les circumstàncies que impedeixen la constitució d'una parella estable que s'estableixen al Codi Civil de Catalunya. Respecte a aquest últim punt cal dir que els impediments en la Llei 10/1998 es

regulaven sota la rúbrica de les unions de parelles homosexuals (ja que la Llei diferenciava entre si la unió era entre persones heterosexuales o homosexuals).

En resum, de conformitat amb l'examen realitzat, tot i la manca de regulació de normes de conflicte, a l'Edurne i l'Albert els seria d'aplicació la regulació del dret civil català. En principi la seva convivència es regularia per la Llei 10/1998, no obstant, atès que es van casar l'any 2011 i aquest fou l'any d'entrada en vigor del Codi Civil de Catalunya, els seria d'aplicació aquest últim pel que fa als efectes, essencialment en el cas de cessament de la convivència, en virtut del que estableix la Disposició Transitòria esmentada anteriorment.

2.2.2. La repercussió dels anys de convivència en els drets eventuais derivats de la crisi de la parella

Tot i que no sempre havia estat així, les unions, parelles estables o parelles de fet apareixen com una modalitat més de família. La Llei 10/1998 que, recordem era aplicable abans de 2011, contenia dues parts pel que al règim jurídic de les parelles estables. Per un costat, contenia la regulació mentre durava la convivència i, per un altre, la regulació per l'extinció. En l'actualitat, la regulació de les unions estables de parella es limita als requisits per ser considerada com a tal i a l'extinció de la mateixa (arts. 234-1 i ss del Codi Civil de Catalunya). Així doncs, actualment podríem dir que la voluntat del legislador passa per **regular les situacions que deriven del cessament de la convivència**.

Cal destacar, però, que l'actual Codi Civil de Catalunya ha inclòs la facultat dels convivents d'excloure el règim aplicable predisposat pel legislador (*opt-out-agreement*) per via d'un "*acuerdo entre los convivientes, cuya validez está sujeta a unos determinados requisitos de capacidad de las partes y de contenido y forma, que se formaliza con anterioridad a la convivencia, durante la misma o una vez ha concluido y que establece que las disposiciones legales que regulan los efectos de la convivencia de hecho no se aplicarán a las partes. Tal acuerdo —que en Cataluña se equipara a los capítulos matrimoniales— puede limitarse a excluir el régimen que resulta aplicable, sin más, o puede ir más allá y prever un régimen distinto. En este último caso, puede abordar de manera global todos los aspectos económicos o tener un efecto más limitado y referirse a determinados bienes y derechos que tengan un significado especial para uno de los convivientes.*".⁴

Així doncs, el fet que a l'Edurne i l'Albert els sigui aplicable el règim de parella de fet implica que en el cas que s'extingís la seva relació o hi hagués un cessament de la convivència, els efectes estarien regulats legalment en defecte d'un acord.⁵

Nogensmenys, el **nucli central de la qüestió plantejada** es troba en **determinar si el temps de convivència en parella estable tindria influència o repercutiria en drets eventuais del cessament de la convivència** com ara la possible adopció de prestació compensatòria (art.

⁴ MARTÍN-CASALS, Miquel. «El derecho a la "convivencia anómica en pareja": ¿Un nuevo derecho fundamental?». *InDret*, juliol 2013, núm. 3/2013 pàg. 1-43.

⁵ Quant a les causes d'extinció, regulades a l'article 234-4 del Codi Civil de Catalunya, aquestes són: comú acord, voluntat unilateral d'un dels membres de la parella, notificada fefaentment a l'altre, per defunció d'un dels membres, per separació de fet durant més d'un any, per matrimoni d'un dels membres i pel cessament de la convivència amb trencament de la comunitat de vida sense parlar de la separació de fet de més d'1 any.

233-14 i, 233-15 d) “la durada de la convivència”) o compensació per raó de treball (art. 234-9, regulador de la prestació en seu de convivència en parella estable, en relació amb l’article 232-5 en seu de règim matrimonial).

En aquest sentit la jurisprudència ha establert que, d’acord amb la interpretació conjunta dels articles reguladors de la convivència, **s’han de tenir en compte els anys de convivència *more uxorio* o en parella estable** per a la determinació de la prestació compensatòria i compensació per raó de treball

La STSJ Catalunya 30/2008, 4 de setembre de 2008 (Fonament de Dret 3r) estableix que *“También ha declarado esta Sala que puede unirse a la convivencia matrimonial la previa more uxorio que en su caso hubiese existido entre las partes.”* En aquesta línia, la STSJ Catalunya 38/2009, de 30 de setembre del 2009 (Fonament de Dret 4rt) estipula – de conformitat amb el que ja havia expressat la Sala anteriorment - que *“[...] nada obsta a la concesión de una compensación económica que tenga en cuenta, de un lado, el tiempo de convivencia matrimonial y, de otro, el tiempo de convivencia more uxorio, siempre que se den los elementos necesarios para que surja el derecho a su percepción.”* Per la seva part, la STSJ Catalunya 40/2012, de 26 de juny del 2012 recull, citant resolucions anteriors, que la convivència *more uxorio* repercuteix en la determinació dels drets derivats del cessament de la convivència.⁶

En conseqüència, de conformitat amb el que acabem d’exposar, concloem que els anys de convivència si poden tenir repercussió en els drets derivats de la crisi de parella en tant que, els anys de convivència no matrimonial es computen i tenen en compte per a la configuració del dret a la prestació compensatòria i el dret a la compensació per raó de treball.

2.2.3. La determinació de la filiació dels menors

- Noció i tipus de filiació

Es defineix la filiació com *“la procedència, ja sigui biològica o jurídica, d’un fill respecte dels seus progenitors, de la que deriven una sèrie de drets i obligacions.”*⁷ Cal saber que conviuen dos tipus de filiació en l’ordenament jurídic; per un costat la **filiació per naturalesa o biològica**, que al seu torn pot ser **matrimonial** (quan el pare i la mare estan casats l’un amb l’altre) o **no matrimonial**, pels supòsits que els progenitors no estiguin casats.

Per un altre costat, **la filiació adoptiva o no biològica** que crea un vincle de parentiu purament jurídic però, per disposició legal, amb igual força i efectes que si fos de sang.

⁶ Així mateix, el Tribunal Suprem, en sentències com la STS 713/2015, de 16 de desembre de 2015, estableix que es podrà tenir en compte la convivència *more uxorio* en el còmput per decidir sobre la prestació compensatòria.

⁷ ARIÑO, Bárbara; FAUS, Manuel. «Filiación. Concepto y Clases». A: *Vlex. Práctico de Derecho de Familia* [en línia] <<https://practicos-vlex.es/vid/filiacion-concepto-clases-583763374>> [Consulta 11/10/2018].

- Llei aplicable

Tal com acabem d'expressar, de la filiació neixen un seguit de drets i obligacions que es determinen d'acord amb la normativa aplicable. Així doncs, per determinar la llei aplicable en el cas que tenim entre mans hem d'acudir, en primer lloc, al que estableix l'article **9.4 del Codi Civil Espanyol** per remissió de l'art. 16 del mateix Codi que, recordem, són preceptes d'aplicació directa a tot el territori espanyol. El mencionat article 9.4 és "*una norma de conflicte multilateral que fixa la ley aplicable a la determinación del carácter de la filiación por naturaleza. Ese es el objeto regulado. A tal efecto, la norma emplea varios puntos de conexión.*"⁸

Els **punts de connexió** o criteris del mencionat article 9.4 són:

"4. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. [...]"

Per tant, en aquest cas seria d'aplicació el primer dels punts de connexió. No obstant, l'article 9 és una **norma de dret internacional privat** i, per aquesta raó, com a Espanya conviu el dret estatal amb els drets autonòmics, ens veurem obligats a determinar la llei dins l'ordenament jurídic espanyol a la que estan subjectes els fills de conformitat amb el que es disposa l'article 16 – norma de conflicte - que ens deriva a allò establert a l'article 14, apartat tercer, sobre el **veïnatge civil**:

3º. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común."

Així doncs, d'acord amb el que s'acaba d'establir, hem d'acudir als **criteris subsidiaris del apartat tercer**, ja que, com la filiació té efectes retroactius, tant la de la mare com la del pare es determinarien a la vegada. En efecte, el primer dels criteris subsidiaris és el **lloc de naixement** que, segons es desprèn dels antecedents entenem que per tots dos fills va ser a Catalunya. Per tant, els seria d'aplicació la **normativa catalana**.

- Aplicació del Codi de Família i règim de la filiació

Quant a la norma aplicable dins l'ordenament jurídic català, resulta d'aplicació la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del **Codi de Família**, ja que els fills varen néixer als anys 2001 i 2002 i el Codi Civil de Catalunya encara no estava en vigor. El Codi de Família regula la filiació als articles 87 i següents. S'inicia la regulació establint unes disposicions generals per la determinació d'aquesta; per la filiació per naturalesa, concretament, s'estableix que en relació amb la mare resultarà del naixement i, en relació amb la mare i el pare es pot establir pel reconeixement per

⁸ LORENTE MARTÍNEZ, Isabel. «Filiación Natural. El artículo 9.4 del Código Civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo». *Cuadernos de Derecho Transaccional*, marzo 2018, col 10. núm. 1, pàg. 600.

via de l'expedient registral o sentència i únicament en relació amb el pare, per matrimoni amb la mare.

Donat que la parella **no estava casada quan varen tenir els fills**, ens hem de dirigir al que s'estableix sobre la **filiació no matrimonial** i veure quan es determinarà aquesta sobre el pare; ja que sobre la mare, com s'acaba d'expressar, s'atribueix pel naixement.

Abans, però, cal saber que la **filiació no matrimonial** queda **establerta legalment** en el moment de la inscripció del naixement, pel reconeixement enfront l'encarregat del Registre Civil, en testament o un altre document públic, per resolució recaiguda en expedient tramitat de conformitat amb la legislació del Registre civil i per sentència ferma. Quant a la mare, en aquest cas l'Edurne, la filiació queda determinada quan es faci constar en la inscripció del naixement, que pot fer-se a partir de l'informe mèdic o document que exigeixi la legislació del Registre per a la inscripció (art. 93).

L'article 94 regula les **presumpcions de paternitat**. Destaquem la primera d'elles que és que es presumirà que és el pare, **l'home amb el qual la mare hagi conviscut en el període legal de concepció**. En el present supòsit, dels antecedents que s'extreu que l'Albert convivia amb l'Edurne durant aquest període. També serien d'aplicació la segona i, sobretot, la tercera presumpció que es basen en el fet que l'home hagi tingut **relacions sexuals amb la mare durant el període de concepció** i que s'hagi **reconegut la paternitat tàcitament** d'una manera diferent de la que estableix l'article 93.

Ara bé, amb tot el que hem exposat, resulta de gran importància per resoldre la qüestió plantejada el que es disposa al Codi de Família (art. 91) en relació amb l'article 235-7 del Codi Civil de Catalunya (norma aplicable des de 2011) respecte del **naixement abans del matrimoni i la celebració del matrimoni posteriorment**. En totes dues normes es recull que els fills comuns que hagin nascut abans del matrimoni, des de la data de celebració d'aquest passaran a tenir la **consideració de matrimonials**, sempre que la filiació hagi quedat determinada legalment de conformitat amb el que acabem d'exposar.

Per tant, la Beth i en Marc, fins a la celebració del matrimoni, es trobaven subjectes a la regulació de la filiació no matrimonial. És a partir del matrimoni de l'Edurne i l'Albert, l'any 2011, que passen a estar **subjectes als efectes legals de la filiació matrimonial**⁹. A partir d'aquell any, doncs, el seu estat passa a ser de família tant en relació amb els progenitors com amb els altres membres de la família.¹⁰

Quant als **efectes de la filiació** continguts als articles 113 i següents del Codi de Família s'estableix que tota filiació implica *“els mateixos efectes civils, sens perjudici dels efectes*

⁹ Ara bé, l'article 93 matisa que, si es volgués impugnar la filiació, s'haurien de regir per les regles de la filiació no matrimonial.

¹⁰ En aquest sentit, la filiació matrimonial constitueix un estat de família – *status familiae* – que atorga una posició en la família creada pels progenitors que engloba relacions no només del fill amb els seus pares sinó també amb els restants membres de la família. En canvi, la filiació no matrimonial és un estat, no de família, sinó simplement de parent, que no atorga posició en la família, però la posició que li atorga no només es dona respecte al pare que sigui conegut, sinó també respecte dels parents d'aquest.

específics de la filiació adoptiva en matèria de cognoms i de successió intestada, d'acord amb el Codi civil de Catalunya.

La filiació determina la potestat del pare i de la mare, els cognoms, els aliments, en el seu sentit més ampli, i els drets successoris i qualsevol altre expressament assenyalat per les lleis. Els fills, en arribar a la majoria d'edat, o en ésser emancipats, poden alterar l'ordre dels cognoms.”

Així doncs, els efectes legals contemplats pel Codi de Família són els mateixos tant si la filiació és matrimonial com si no. Tanmateix, la **determinació de la filiació** resulta de gran rellevància per a l'**atribució de drets voluntaris per tercers**, sobretot en l'àmbit successori.

- **Retroactivitat de les disposicions en matèria de convivència en parella estable**

Finalment, per concloure amb l'anàlisi de la present qüestió, cal destacar que la Disposició Transitòria del Codi Civil de Catalunya vigent actualment estableix que les disposicions en matèria de convivència en parella estable tenen efectes retroactius. Concretament estableix:

“1. Les disposicions del capítol IV del títol III del llibre segon del Codi civil tenen efectes retroactius, sigui quina sigui la data de determinació de la filiació.”

2.2.4. La determinació del règim econòmic matrimonial

- **Les capitulacions matrimonials: el règim econòmic matrimonial convencional**

Com a qüestió prèvia cal dir que el règim econòmic matrimonial és susceptible de ser pactat pels cònjuges. En el present supòsit, però, no tenim constància de l'atorgament en cap moment de **capitulacions matrimonials** respecte al règim econòmic. Aquestes últimes es defineixen com:

“(…) aquell negoci jurídic de dret de família, formal (l'article 231-21.1 CCCat en requereix l'atorgament en escriptura pública per a la seva vàlida constitució), que s'atorga en contemplació d'un determinat matrimoni (art. 231-19.2 CCCat) o en previsió de la seva ruptura (art. 231-19.1 i 231.10 CCCat), i amb un contingut complex o plural, atès que les estipulacions que els componen no es limiten a l'esfera estrictament econòmica del matrimoni, sinó que abasten tots els “pactes lícits que es consideri convenients” (art. 231-19.1 CCCat). En aquest sentit s'ha dit que, en comparació amb la concepció tradicional dels capítols, el seu àmbit material actual ha experimentat una ampliació, correlativa a l'ampliació experimentada per l'autonomia privada, que permet que els capítols serveixin com a instruments no només per a regular situacions de naturalesa patrimonial, sinó també personal, estenent fins i tot el seu potencial a les conseqüències derivades de la ruptura matrimonial.”¹¹

Així, en aquest cas **resulta d'aplicació el règim legal supletori** donat que, com dèiem, **no hi ha constància** que s'hagi acordat un règim econòmic matrimonial. Tanmateix, la concurrència de diverses regulacions d'algunes de les Comunitats Autònomes amb el dret estatal, implica que s'hagi de determinar quin és el règim legal aplicable d'entre els diversos que existeixen a l'ordenament jurídic espanyol.

¹¹ EGEA I FERNÁNDEZ, Joan (dir); FERRER I RIBA, Josep (dir); FARNÓS I AMORÓS, Esther (coord.). *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*. Barcelona: Atelier, 2014. pàg. 140. ISBN: 978-84-9123-156-1.

En aquesta línia la determinació del règim econòmic matrimonial resulta de gran importància, ja que el **dret civil estatal contempla la societat de guanys com a règim supletori** al pactat per les parts i, en canvi, al **dret civil català s'ha estipulat el règim de separació de guanys** com règim econòmic aplicable en defecte del convencional.

- **Règim econòmic matrimonial de l'Edurne i l'Albert**

En efecte, a diferència del que es plantejava pel supòsit de la convivència en parella estable, on la manca de regulació portava a un possible conflicte de lleis, el Codi Civil Espanyol estableix una prelació en cascada que preveu la determinació de la llei aplicable al matrimoni tant en el cas que la llei personal sigui comuna als cònjuges com si és diferent.

Atès que ambdós cònjuges tenen nacionalitat espanyola i, per tant, els és de plena aplicació l'ordenament jurídic espanyol, correspon determinar la llei personal aplicable d'acord amb el **veïnatge civil**, de conformitat amb l'art. 16.3 del Codi Civil Espanyol que estableix:

“Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil.”.

Així doncs, de conformitat amb les normes de conflicte, en el present supòsit seria d'aplicació la regulació continguda al **Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya**. Això ho afirmem de conformitat amb el la regulació del ja exposat article 16.3 i la seva remissió als criteris establerts a l'article **9.2 del Codi Civil Espanyol**:

“2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.”¹²

Per tant, tal com expressàvem anteriorment, seria aplicable el **règim econòmic matrimonial de separació de béns** en tant que:

- Si l'Edurne no hagués adquirit el veïnatge civil català per residència¹³, com no tenim constància que s'hagi atorgat document autèntic optant per una llei o una altra, ens trobaríem en el tercer dels supòsits contemplats a l'article 9.2 del Codi Civil que seria la llei de la residència habitual comú immediatament posterior a la celebració que, en aquest cas, va ser Lleida.
- Si l'Edurne hagués adquirit el veïnatge civil català, els efectes del matrimoni es regirien pel Codi Civil de Catalunya d'acord amb el primer dels supòsits contemplats pel Codi Civil Espanyol.

¹² De forma anecdòtica destaquem que en la regulació anterior del Codi Civil Espanyol regia el principi d'unitat familiar en virtut del qual tots havien de tenir un mateix veïnatge civil. L'art 14.4 estipulava que: *“4. La mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados, la de su padre, y, en defecto de éste, la de su madre.”.* Amb la promulgació de la Constitució aquest precepte resultava inconstitucional d'acord amb l'article 14 que estableix la igualtat de tots els espanyols enfront de la llei. Actualment l'apartat 4 diu expressament que el matrimoni no altera el veïnatge civil i que es podrà optar pel veïnatge civil de l'altre cònjuge si no estan separats – legalment o de fet – en tot moment.

¹³ Vegeu l'article 14 del Codi Civil Espanyol, sobre l'adquisició del veïnatge civil per residència.

A més, cal tenir present, per la seva rellevància, que el fet de **canviar de residència o fins i tot de veïnatge civil, no altera, de per si, el règim matrimonial** com si es pot alterar la llei aplicable sobre altres matèries de dret civil. Així resulta del propi art. 231-10.1 en relació amb l'art. 231-19 CCCat i també ho ha reiterat el Tribunal de Justícia de Catalunya en la STSJ Catalunya, 34/2008, de 22 de setembre de 2008 (Fonament de Dret 4rt):

“El régimen económico matrimonial, sea el legal supletorio sea el que las partes hayan dispuesto en virtud de su libertad de pacto, es inmutable salvo nuevo acuerdo, de modo que el cambio de nacionalidad o vecindad civil o residencia no le afecta. Esa inmutabilidad proclamada sin discusión por la doctrina y la jurisprudencia guarda relación con la seguridad jurídica, y con las expectativas y derechos adquiridos por las partes y por los terceros durante el matrimonio.”

- **Desplaçament de l'aplicació del Codi de Família a favor del Codi Civil de Catalunya pel que fa a la regulació dels efectes del matrimoni. El règim de la separació de béns com a règim econòmic matrimonial supletori a Catalunya**

Donat que el Codi Civil de Catalunya va entrar en vigor el dia 1 de gener de 2011 entenem que és aplicable aquesta llei i que, per tant, es desplaça d'aquesta forma l'aplicació del Codi de Família que regia fins a aquell moment. Ho afirmem de conformitat amb la **Disposició Transitòria Segona** que estableix que el **Codi Civil de Catalunya serà d'aplicació** als *“matrimonis contrets i subsistents en el moment de l'entrada en vigor d'aquesta llei (...)”*.

El règim de separació de béns es regula als articles 231-10 i 232-1 i següents del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. S'aplica de manera supletòria a allò que hagin pactat els cònjuges en capitulacions matrimonials. La seva configuració implica que **no es produeix una confusió de patrimonis dels cònjuges** un cop contrauen matrimoni, circumstància que si es deriva del sistema de societat de guanys. Aquest últim sistema es configura d'acord amb el fet que són comuns per als cònjuges els guanys o beneficis obtinguts indistintament per qualsevol d'ells durant el matrimoni i els seran atribuïts per meitat en dissoldre's aquest.

Amb el règim de separació de béns cada cònjuge té la **propietat, gaudi, administració i lliure disposició de tots els seus béns**, només limitat pel que estableix la llei. Per tant, els béns que no siguin propietat d'ambdós, seran propis de cadascun dels cònjuges tant si ja els tenia abans del matrimoni com si els adquireix posteriorment.¹⁴

Cal tenir en compte el que estableix el Codi Civil de Catalunya a l'article 232-12 respecte de la divisió dels béns en comunitat ordinària. En principi, qualsevol dels cònjuges podrà exercir l'acció de divisió de cosa comuna i, si n'hi ha diversos, es poden formar lots i adjudicar-los. No obstant, el contingut del precepte, que es contemplava al Codi de Família en els mateixos termes que el Codi Civil actual, va ser **declarat inconstitucional** per la STC 21/2012, de 6 de

¹⁴ El Codi Civil de Catalunya també regula a l'article 232-3 el principi de titularitat formal que implica que es presumirà que els béns adquirits a títol onerosos durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular. Ara bé, tal com estableix la norma, si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, llavors es presumirà la donació. En el cas dels béns mobles de valor ordinari que s'adquireixin a títol onerosos durant el matrimoni (destinats a l'ús familiar), però, es presumiran que pertanyen per meitat indivisa als cònjuges. No obstant, aquesta presumpció no preval com a mera prova de la titularitat formal. En el cas que hi hagi dubtes sobre la titularitat d'un bé, segons l'article 232-4, s'entendrà que correspon a tots dos per meitat indivises. Tanmateix es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges que no siguin d'extraordinari valor i els que estiguin directament destinats a l'exercici de la seva activitat li pertanyen exclusivament.

febrer de 2012. La **Llei d'Enjudiciament Civil** si permet, però, **acumular l'acció de divisió de cosa comuna** al procediment de separació en virtut de l'article 437.4.4rt per evitar iniciar un procediment declaratiu a banda del procediment matrimonial.

Menció especial, també, a la compensació econòmica per raó de treball, regulada als articles 232-5 a 232-11 del Codi Civil de Catalunya, que actua com un mecanisme de correcció del règim de separació de béns en el cas que hi hagi diferències substancials en el patrimoni d'un i altre i, *“un cònjuge ha treballat per la casa substancialment que l'altre”* o *“el cònjuge ha treballat per l'altre sense retribució o amb retribució insuficient”*¹⁵.

2.2.5. La validesa de l'acord que varen subscriure els cònjuges a principis de 2017 i eventuais drets derivats de la separació judicial

En la present qüestió procedim a examinar la **validesa d'un acord privat que s'ha protocol·litzat notarialment**, tant en la seva **forma** com en el seu **contingut**. Abans, però, cal definir els pactes en previsió de ruptura matrimonial com a *“negocis jurídics en virtut dels quals els cònjuges o futurs cònjuges preveuen de forma anticipada les conseqüències que es puguin derivar d'un cessament de la convivència.”*¹⁶

El dret estatal no conté regulació dels pactes en previsió de ruptura matrimonial. Tot el contrari que al Llibre Segon del Codi Civil Catalunya o, per exemple, al País Basc a la Llei 7/2015, de 30 de juny de relacions familiars, que contenen regulacions molt detallades d'aquest tipus d'acords.

- Validesa de la forma acord protocol·litzat notarialment com a pacte en previsió d'una ruptura matrimonial d'acord amb l'article 230-20.1 del Codi Civil de Catalunya

Per analitzar la **validesa de la forma** de l'acord privat protocol·litzat pels cònjuges l'any 2017 pel qual convenien que ambdós renunciaven a qualsevol prestació econòmica a càrrec de l'altre i pactaven la guarda compartida sobre els fills, hem d'acudir a la regulació que es conté al **Codi Civil de Catalunya** sobre aquesta matèria. Ens remetem a aquesta norma perquè, tal com hem exposat a la qüestió precedent, els **efectes del matrimoni es regeixen per aquesta llei**.

Quant als pactes en previsió d'una ruptura matrimonial l'article 230-20.1 del Codi Civil de Catalunya estableix que:

“Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial es poden atorgar en capítols matrimonials o en una escriptura pública. En cas que siguin avantsupcials, només són vàlids si s'atorguen abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni.”

¹⁵ Enfront aquest supòsit el cònjuge que es trobi en una d'aquestes situacions tindrà dret a una compensació econòmica que té com a límit la quarta part i que es calcularà tenint en compte la durada i intensitat de la dedicació i, amb el treball domèstic, si s'ha inclòs la criaça dels fills o atenció personal a altres membres de la família. L'article 232-6 estableix les regles de càlcul. Els cònjuges poden pactar, però, l'increment, reducció o exclusió de la compensació (art. 232-7).

¹⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. *Los pactos pre-ruptura conyugal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018. 378 pàg. ISBN: 978-84-9099-760-4.

D'aquest precepte se'n deriva, doncs, la **invalidesa de l'acord de l'Edurne i l'Albert** en tant que la llei exigeix que aquest tipus de pactes es contemplin en **capítols matrimonials o bé en escriptura pública**. En el present cas els cònjuges van adoptar un acord privat, en document també privat, redactat i firmat per ells mateixos – exclusivament - que posteriorment es va unir a una acta de protocol·lització, apareixent la firma del Notari amb caràcter ulterior.

En aquest sentit, la jurisprudència, en resolucions com la STSJC Catalunya 32/2014, de 8 de maig de 2014, (Fonament de Dret 2on), estableix que un acord entre les parts que es protocol·litza, encara que es denominés o portés per nom capitulacions matrimonials o pacte en previsió de ruptura **no és ni té els efectes d'una escriptura pública**:

“[El contracte privat que és protocolitzat per un instrument públic (acta de protocolització)] No se trata de una escritura pública, pues, con independencia de que ambos (acta de protocolización y escritura pública) son instrumentos públicos a los efectos del art. 319. 1 LEC y 1218 CCIV, en el RN se diferencia entre escrituras públicas y actas notariales. A estos efectos, el art. 144 RN, establece que el contenido propio de las escrituras son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen la prestación de consentimiento y los contratos de toda clase, mientras que la órbita de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no puedan calificarse de actos o de contratos, pero, ello no obstante, las actas notariales pueden ser también referidas y tener un contenido de manifestaciones o declaraciones de las partes, reguladas en los arts. 143 a 271 RN, que el Notario puede protocolizar mediante instrumento público, pero sin que se le otorgue el carácter y consideración de escritura pública. Asimismo, el art. 215 RN establece que los documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato podrán protocolizarse por medio de acta por cualquiera de los contratantes para evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, reseñándose en tal caso que la protocolización se realiza sin ninguno de los efectos de la escritura pública y a los solos efectos de lo dispuesto en el art. 1227 CCIV, lo que sirve para aquellos supuestos de eficacia frente a terceros, pero no necesariamente cuando lo es inter-partes ya que los litigantes no tienen dicho carácter (terceros) en relación con el contrato debatido.”

- **Requisits dels pactes en previsió de ruptura continguts en capitulacions matrimonials o escriptura pública**

En relació amb els **requisits** que s'han de complir per tal que els pactes en previsió de ruptura siguin vàlids, la STSJ Catalunya 19/2016, de 31 de març de 2016 (Fonament de dret 2on) estableix que:

*“En cualquiera de los casos, además de la licitud de su objeto (art. 231-19.1, en relación con los arts. 232-7 , 233-5 , 233-16 y 233-21.3 y con el art. 6.3 C.C .) y de su forma pública constitutiva (art. 231-20.1), el CCCat exige una **serie de requisitos específicos para su validez**, que deben concurrir en el momento del otorgamiento, en la medida en que todos ellos están relacionados, directa o indirectamente, con la correcta formación del consentimiento negocial de los otorgantes, a fin de garantizar que este sea libre, voluntario y suficientemente informado.*

*Estos requisitos se hallan referidos: a) **al tiempo de su otorgamiento en relación con el de celebración del correspondiente matrimonio** (art. 231-20.1, modificado por la Llei 6/2015, de 13 mayo, en relación con el art. 231-19.2); b) **al cumplimiento de ciertos deberes de asesoramiento imparcial del notario autorizante para con los otorgantes** (art. 231-20.2); y c) **a la reciprocidad y a la claridad de aquellos pactos que comporten la exclusión o la limitación de derechos** (art. 231-20.3).”*

A més, el Codi Civil de Catalunya també imposa unes càrregues de les quals la mateixa sentència en fa una anàlisi amb l'objectiu de poder determinar la eficàcia del pacte:

“Tal sucede con: a) la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información sea relevante con relación al contenido del pacto de que se trate (art. 231-20.4); y b) que los pactos de que se trate no sean gravemente perjudiciales para el otro cónyuge a causa de circunstancias sobrevenidas que sean relevantes y que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron (art. 231-20.5).

El cumplimiento del deber de información que regula el art. 231-20.4 CCCat no constituye, propiamente, un requisito formal de la validez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez (cfr. STSJCat 46/2012 de 12 jul. FD2§2).

En cambio, la carga de probar dicho cumplimiento, o, alternativamente, de que el otorgante frente al que se invoca el pacto disponía por cualquier otro medio de dicha información al tiempo de su otorgamiento, sí constituye un presupuesto de su eficacia vinculante (art. 233-5.1 CCCat), con independencia de que el notario autorizante hubiere cumplido adecuadamente su deber de asesoramiento (art. 231-20.2 CCCat).”

- **Validesa del contingut de l'acord protocol·litzat notarialment**

Atès que la qüestió plantejada pel client també incloïa la repercussió dels pactes sobre els drets eventuais de la separació judicial, és important destacar que, el Codi Civil de Catalunya, com hem vist, **admet** que en aquest tipus de **pactes es pugui renunciar a drets i modular-los**, com ara el dret a la **prestació compensatòria** (art. 233-16), **prestació econòmica per raó de treball** (art. 232-7) o la **determinació de la guarda dels fills** (art. 233-5).

Ara bé les declaracions sobre aquestes matèries de voluntat hauran de complir amb el requisit formal que hem analitzat i exposat i, per tant, s'hauran de plasmar **en capítols matrimonials o escriptura pública de conformitat amb l'article 231-20**. El legislador català, a més, ha matisat aquest punt i ha establert que la validesa d'aquests tipus d'acords – on es produeix una exclusió o limitació de drets – estarà sotmesa també al fet que siguin pactes on hi hagi **reciprocitat i claredat d'allò que s'està acordant**.

Per tant, pel que fa a la forma, l'acord dels cònjuges és invàlid però el contingut sí que seria admissible.

- **Eventuals drets derivats de la separació judicial a conseqüència de la invalidesa de l'acord**

De la invalidesa de l'acord protocol·litzat pels cònjuges, **per defecte de forma**, en relació amb la guarda dels fills i la renúncia les prestacions econòmiques, se'n deriven les següents conseqüències.

En primer lloc, **l'Albert** estarà facultat, si ho creu convenient, per **sol·licitar la guarda exclusiva dels seus fills**, en la contestació a la demanda de separació judicial, en tant que l'Edurne no podrà oposar-li l'existència d'un pacte privat en què s'acordava la guarda compartida, ja que no serà eficaç de conformitat amb el que s'ha establert al llarg de l'examen d'aquesta qüestió.

En segon lloc, **l'Albert** també estarà facultat per **sol·licitar una prestació compensatòria**, de conformitat amb l'article 233-14 en tant que, donada la seva situació de concurs, i amb el trencament de la convivència es deriva que la seva situació econòmica ha resultat més perjudicada.¹⁷

¹⁷ Pel que fa a la compensació econòmica per raó de treball no creiem que sigui procedent en cap cas, ja que, dels antecedents no se'n deriva que cap dels dos hagi treballat substancialment més per la casa i tampoc que l'un hagi treballat per l'altre en cap moment.

2.2.6. Atribució de l'ús de l'habitatge

Segons el Codi Civil de Catalunya la regulació de tots els efectes del cessament de la convivència pot ser **pactada pels cònjuges o bé determinada judicialment** d'acord amb els criteris establerts a la llei. Per tant, en cas que no hi hagi pacte¹⁸ sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge haurem d'estar al que s'estableix als articles 233-20 a 233-25 del Codi Civil de Catalunya.

Així doncs, donat que dels antecedents no se'n desprèn que existeixi cap pacte al respecte, i que l'Edurne sol·licita a la demanda de separació, com a mesura provisional, l'atribució de l'ús de l'habitatge, procedim a analitzar els **criteris legals per l'atribució de l'habitatge**.

Prèviament, però, és precís definir el que és l'habitatge familiar. Per un costat, **l'habitatge representa** *“un activo inmobiliario de gran valor patrimonial con el que se satisface las necesidades básicas de la familia, en particular, un interés básico como es el alojamiento. (...) Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad.”*¹⁹ Per l'altre costat, quant al **concepte stricto sensu d'habitatge familiar** hem d'estar al que s'estableix a la STSJ Catalunya, 67/2012, de 12 de novembre de 2012 (Fonament de Dret 3r), que diu que l'habitatge familiar és la:

“[...] base física donde se desarrolla la vida familiar, es decir, el inmueble habitable donde conviven los miembros de la familia hasta el momento en que se produce la crisis matrimonial. Aquella en la que habitualmente reside la familia y tiene por morada o centro de su convivencia, sin que pueda confundirse con aquellas otras que la familia habita o utiliza temporal o estacionalmente (conocidas como segundas o terceras residencias) o bien con otras susceptibles de ser utilizadas también por contar con elementos aptos para servir de domicilio familiar, aunque no lo sean de presente (STSJC 50/12, de 30 de julio, rollo 227/2011).”

En el cas que estem analitzant, doncs, entenem que l'habitatge familiar és **l'immoble, propietat de tots dos, situat a Lleida.**²⁰

- Criteris legals d'atribució de l'habitatge establerts al Codi Civil de Catalunya

Legalment s'estableix que, en defecte d'acord o en el cas que aquest no s'aprovi judicialment aquest, el **criteri preferent** és l'atribució de l'habitatge familiar amb el seu parament a **qui tingui la guarda dels fills comuns**. Fora d'aquest supòsit, en els casos que la guarda sigui compartida o distribuïda entre els progenitors, no hi hagi fills (o siguin majors d'edat) o que sigui previsible la necessitat que segueixi existint quan els fills arribin a la majoria d'edat, el criteri passa a ser que se li atribuirà al **cònjuge més necessitat de protecció**.

¹⁸ En cas que siguin els cònjuges qui ho pactin, es pot acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar amb el parament a un d'ells per satisfer, en la part que correspongui, els aliments dels fills comuns o la prestació compensatòria del beneficiari. De la mateixa forma, també es pot acordar la distribució de l'ús de l'habitatge per períodes determinats.

¹⁹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. «Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2017, núm. 762, pàg. 1964-2005.

²⁰ En tot cas, haurem d'estar al destí del domicili familiar d'acord amb la qüestió relativa a la declaració de concurs de l'Albert i la seva repercussió en l'habitatge familiar.

Excepcionalment, però, podem trobar casos en què hi hagi fills menors d'edat i que, així i tot, se li atribueixi l'ús de l'habitatge al **cònjuge que no té la guarda si és el més necessitat** i, a més, el **cònjuge a qui li correspon la guarda té recursos suficients per cobrir tant la seva necessitat d'habitatge com la dels fills**. De la mateixa forma és possible que el cònjuge a qui li correspondria l'atribució de l'ús de l'habitatge el cedeixi a l'altre cònjuge o prefereixi residir en un altre lloc.

En atenció a la situació dels cònjuges en el present cas, entenem que actualment **l'Albert seria el cònjuge més necessitat donada la seva situació econòmica d'insolvència** i, per tant, seria procedent atribuir-li a ell l'habitatge familiar. També s'hauria de plantejar l'atribució a aquest de conformitat amb **l'establiment del règim de guarda**, ja que, de la invalidesa de l'acord protocol·litzat, se'n deriva que el pare pugui sol·licitar tant la guarda compartida **com també la individual**.

- Conseqüències de l'atribució de l'habitatge familiar a un dels cònjuges

S'ha de tenir en compte que els **efectes de l'atribució són temporals** i, per tant, l'autoritat judicial podrà atribuir l'ús de l'habitatge, en defecte d'acord, tan sols durant un temps concret que **admetrà pròrrogues si es mantenen les circumstàncies que van motivar l'atribució** a un d'ells. A més, també és un **dret personalíssim** i, en conseqüència, la mort del cònjuge extingeix aquest dret. També es tindrà en compte l'atribució de l'ús de l'habitatge de plena o en part titularitat d'un dels cònjuges no beneficiaris per **ponderar la contribució en espècie per la fixació dels aliments dels fills**.²¹

En relació amb el dret d'ús que s'atribueix al cònjuge no titular de l'habitatge s'ha generat certa polèmica. Hi ha una part de la doctrina que sustenta que és un dret real i una altra que ho nega, o el que és el mateix, una part afirma que és un dret oposable *erga omnes* i l'altra no. S'ha de destacar, però, que en tot cas estem parlant del **dret d'ús** de l'habitatge, ja que el **contingut i l'extensió de les mesures d'atribució en cap cas pot ser major que el dret que inicialment es tenia**, ni pot generar un dret abans inexistent sinó que ha de mantenir i protegir el que la família ostentava anteriorment.

Finalment, també cal tenir en compte el que s'estableix a l'article 233-23 en relació amb les obligacions per raó de l'habitatge i qui se'n fa càrrec i l'article 233-24 sobre l'extinció.²²

²¹ Hi ha casos en la mateixa llei, però, que priven de l'ús de l'habitatge familiar com ara quan el cònjuge beneficiari tingui patrimoni suficient per satisfer les seves necessitats d'habitatge i la dels fills i quan el cònjuge hagi de cedir l'ús de l'habitatge familiar no vulgui cedir-lo però pagui la necessitat d'habitatge de l'altre d'una altra manera (art. 233-21 CCCat).

²² Aquesta última es produeix quan es doni alguna de les circumstàncies que hagin pactat els cònjuges i, en defecte, si es va atribuir per necessitat del cònjuge, per millora de la situació econòmica del beneficiari o empitjorament de l'altre, per matrimoni o convivència marital del beneficiari d'ús amb una altra persona, per mort del beneficiari o per venciment del termini o la pròrroga per la qual es va establir. Un cop s'extingeix l'ús el titular en recupera la possessió i, en cas que s'hagi inscrit de conformitat amb l'article 233-22 CCCat podrà sol·licitar la cancel·lació registral del dret d'ús.

2.2.7. Determinació de la guarda sobre els fills menors

Com ja s'ha expressat en qüestions anteriors, la regulació de tots els efectes de l'extinció del matrimoni o de la separació pot ser **pactada pels cònjuges o bé determinada judicialment**. Si la regulació és pactada, els acords es plasmaran en el Conveni Regulador de la ruptura. El Conveni regulador és “*un acuerdo de los cónyuges sobre los efectos de la crisis matrimonial (...)*”²³. En ell, doncs, es plasmen pactes sobre els fills sotmesos a la potestat, la previsió d'aliments en relació amb els fills majors d'edat o emancipats sense recursos propis, prestació compensatòria, atribució i ús del parament de l'habitatge familiar, compensació econòmica per règim de treball i liquidació del règim econòmic matrimonial.²⁴ Quant als fills sotmesos a la potestat, es va introduir la figura el Pla de Parentalitat del qual en parlarem en la qüestió successiva.

No obstant, el Conveni Regulador no és l'únic mecanisme amb el qual es poden adoptar pactes reguladors dels efectes inherents a la ruptura matrimonial.²⁵

En la qüestió sobre la **determinació de la guarda en relació amb el criteri o voluntat del legislador** s'ha d'estar al que s'estableix al preàmbul del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, el qual destaca que amb ell:

“S'abandona el principi general segons el qual el trencament de la convivència entre els progenitors significa automàticament que els fills s'han d'apartar d'un per a encomanar-los directament a l'altre. Per contra, s'introdueix com a norma que la nul·litat, el divorci o la separació no alteren les responsabilitats dels progenitors envers els fills. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen, després de la ruptura, el caràcter compartit i correspon a l'autoritat judicial determinar, si no hi ha acord sobre el pla de parentalitat o si aquest no s'ha aprovat, com s'han d'exercir les responsabilitats parentals i, en particular, la guarda del menor, atenint-se al caràcter conjunt d'aquestes i a l'interès superior del menor.”

La voluntat del legislador és la d'apostar pel manteniment, en el marc que sigui possible, de la coparentalitat respecte dels fills. En aquest sentit es tendeix a establir la **guarda compartida com a règim que reflecteix o s'adapta en major grau a l'exercici de la coparentalitat dels fills comuns**. En aquest sentit s'ha pronunciat el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la ITSJ de 6 d'abril de 2017 (Fonament de Dret 3r) o, entre altres, la STSJ Catalunya 34/2017, de 20 de juliol de 2017; STSJ Catalunya 52/2017, de 6 de novembre de 2017 (Fonament de Dret 5è) i STSJ Catalunya 53/2017, de 6 de novembre de 2011. Tanmateix, l'article 233-10.2

²³ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Familia*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 123. ISBN 978-84-9123-156-1

²⁴ A banda, també es poden adoptar pactes en relació amb el règim de visites amb altres familiars i la pensió alimentària.

²⁵ Ja s'ha parlat dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial (art. 231-20 CCCat) i els pactes que es poden adoptar després de la convivència que, encara que no estiguin al Conveni Regulador pot sol·licitar-se que es compleixin sempre que no siguin contraris a la llei o l'ordre públic.

estableix que “l'autoritat judicial pot disposar que la **guarda s'exerceixi de manera individual si convé més a l'interès del fill.**”²⁶

Per la seva part la jurisprudència també ha reiterat, en resolucions com la STSJ Catalunya 34/2017, de 20 de juliol de 2017 (Fonament de Dret 4rt), que, en tot cas, sempre haurà d'estar al **interès superior del menor o favor filii** i a les seves circumstàncies concretes per a determinar la guarda:

*“La jurisprudencia reiterada de esta Sala -SSTSJC 63/2014, de 2 de octubre, 24/2015, de 20 de abril, 29/2015, de 4 de marzo, 39/2015, de 25 de mayo y 21/2016, de 7 de abril, - declara que ha de ser la **supremacia del interés del menor el parámetro esencial para la determinación de los regímenes de guarda**, conforme dispone el art. 211- 6. 1 del CCCat, en cuanto establece que el “ favor filii” es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte o pueda afectar, lo que ha sido igualmente regulado por la normativa constitucional (art. 39 CE), y la internacional aplicable: art. 3.1 Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; art. 24. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 y del principio 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo; artos. 12.1. b y 3.b, 15.1; 5 y 23 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, y también en la Resolución 2079 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.”*

En conseqüència, si la guarda es determina judicialment, com succeeix en els procediments contenciosos, a l'hora avaluar judicialment la **capacitat de cadascun dels progenitors** per l'exercici de la guarda s'hauran de tenir en compte els criteris continguts a l'article 233-11 del Codi Civil de Catalunya que són:

- a) La vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors, i també les relacions amb les altres persones que conviuen a les llars respectives.
 - b) L'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d'acord amb llur edat.
 - c) L'actitud de cadascun dels progenitors per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors.
 - d) El temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per procurar-los el benestar.
 - e) **L'opinió expressada pels fills.**
 - f) **Els acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciar-se el procediment.**
 - g) La situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors.
2. En l'atribució de la guarda, no es poden separar els germans, llevat que les circumstàncies ho justifiquin.
3. En interès dels fills, no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes.”

En el cas que estem analitzant, d'acord amb el criteri de la lletra f) i de conformitat amb el que havien pactat els cònjuges en l'acord privat protocol·litzat - no eficaç donada la seva invalidesa per defectes de forma -, la **guarda compartida era la voluntat dels cònjuges**. No obstant això, s'haurà de tenir en compte el que estipula la lletra e) del precepte, que és que també s'ha

²⁶ S'ha de tenir en compte l'apartat 4rt que estipula: “L'autoritat judicial, excepcionalment, pot encomanar la guarda als avis, a altres parents, a persones pròximes o, si no n'hi ha, a una institució idònia, a les quals es poden conferir funcions tutelars amb suspensió de la potestat parental.”

haurà d'estar a l'**opinió expressada pels fills**, encara que aquests siguin **menors**, ja que com tenen **15 i 16 anys**, com veurem, tenen capacitat per intervenir. La percepció i discerniment de la relació dels menors amb els seus pares i de la situació familiar podrà ésser molt il·lustrativa per l'autoritat judicial.

Finalment cal dir que, en la línia de l'aposta per la coparentalitat, l'Institut Nacional d'Estadística ha detectat un descens en els casos en què la custòdia dels fills menors va ser atorgada a la mare i un increment en els casos d'atorgament de la guarda compartida.²⁷

2.2.8. Contingut del pla de parentalitat

Abans d'entrar al fons de la qüestió, es defineix el **pla parentalitat**, segons el Preàmbul del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, com “*un instrument per a concretar la manera com ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills.*”

En referència al pla de parentalitat i la seva configuració destaquem la STSJ Catalunya, 20/2014, de 20 de març de 2014 (Fonament de Dret 2on) que estableix:

“Sin alcanzar la minuciosidad que se establecen en planes de parentalidad, regulados por el derecho comparado, como en algunos países anglosajones, podríamos destacar que el plan de parentalidad del CCCat son declaraciones del progenitor o de los progenitores -si es de mutuo acuerdo-, relacionados con la guarda del menor para la organización de la vida diaria con una finalidad preventiva destinada a resolver los problemas más frecuentes que puedan surgir, evitando futuras disputas entre los padres, incluso acudiendo a la mediación familiar, en los términos expresados en el art. 233.9.3 CCCat. Téngase presente que, si bien no quedan sujetos a una determinada formalidad, la Disposición Adicional Novena establece la difusión de información sobre el plan de parentalidad por parte del Departament de Justicia en colaboración con los colegios profesionales y la facilitación de modelos para adaptarlos a las diferentes etapas del menor.”

Així doncs, quan en els procediments de separació o divorci matrimonial existeixen fills menors, com és el cas, cal adoptar mesures per regular l'exercici de les responsabilitats parentals. Nogensmenys **cal fer una distinció entre si la separació o divorci del matrimoni és de mutu acord o no**. En el primer dels casos, el pla de parentalitat haurà d'estar-se als **pactes dels cònjuges de conformitat amb el contingut mínim de l'article 233-9 del Codi Civil de Catalunya**. En el cas contrari, quan sigui contenciós, com es desprèn dels antecedents de fet, la **resolució judicial no haurà de contenir** una regulació en el marc del contingut mínim de l'article mencionat.

De conformitat amb el que s'acaba d'exposar, i tal com ha expressat la SAP Barcelona, 815/2014, 9 de desembre de 2014 (Fonament de Dret 3r) el que es preveu a l'article 233-9 no opera quan es produeix quan la separació o divorci del matrimoni contenciós. Si no hi ha acord, la resolució esmentada estableix que el jutge no podrà crear un pla de parentalitat sinó que **haurà d'avaluar la concurrència de la capacitat de coparentalitat o no** i, en funció del seu examen, **determinarà la guarda d'acord amb els criteris de l'article 233-11 del Codi Civil**

²⁷ Instituto Nacional d'Estadística (24 de setembre, 2018). *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2017* [Comunicat de premsa]. <https://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf>.[Consulta 17/11/2018].

de Catalunya (exposats en la qüestió precedent) i d'acord també amb les propostes que cadascun dels progenitors presenti²⁸. Textualment la resolució estableix:

“Por tanto, no cabe asimilar la profundidad y detalle que las partes pueden dar al plan de parentalidad respecto al “ejercicio de las potestades parentales” cuando están de acuerdo, con sus aportaciones particulares cuando presentan individualmente sus propuestas, ni con la determinación por el juez de “la manera de ejercer la guarda”, que incluirá como medidas definitivas pertinentes sobre el “ejercicio de las responsabilidades parentales” el deber de alimentos y las visitas a los abuelos, ex art. 233-4.1. Pero no ha de resolver el juez respecto todas y cada una de las previsiones sobre las que cada progenitor debe reflexionar, relacionadas en el art. 233-9.2, aunque para fijar los efectos de la crisis el juez atienda al carácter conjunto de las responsabilidades parentales.

Sólo los padres están en disposición de profundizar sobre sus responsabilidades como progenitores y la ley no sólo les invita a llegar a acuerdos, sino que les obliga, en otro caso, a presentar sus propias opiniones y propuestas, como un ejercicio de introspección. En caso de falta de acuerdo, lo más importante no es el detalle del plan, sino la constatación de la concurrencia o no de las capacidades de coparentalidad (respeto, confianza, comunicación, cooperación) en cada uno de los proponentes. Ante ello, el juez no puede suplir ese proceso, ni “integrar” o “conciliar” las diversas reflexiones de los padres personalmente (muchas veces suplidas por las de los abogados de las partes) creando una especie de plan de parentalidad judicial. El juez determina la guarda teniendo en cuenta las propuestas y ateniendo a los criterios del art. 233-11, pero no está en disposición ni es su función suplir a los progenitores.”

Referent al **contingut mínim del pla de parentalitat**, recollit al 233-9 del Codi Civil de Catalunya, sota la rúbrica amb el mateix nom, s'estableixen els següents extrems: el **lloc o els llocs on viuran els fills habitualment** incloent les normes o regles que permetin determinar a quin progenitor li correspon la guarda en cada moment; les **tasques de les quals s'ha de responsabilitzar cada progenitor** en relació amb les activitats quotidianes dels fills; la manera com s'han de fer els **canvis en la guarda** i com s'han de repartir els costos que generin; el **règim de relació i de comunicació** amb els fills durant els períodes en què un progenitor no els tingui amb ell; el **règim d'estades dels fills en períodes de vacances i dates especialment senyalades** tant pels fills com pels progenitors o família; el tipus d'educació i les activitats extraescolars, formatives o de lleure, si és necessari; la manera de complir el **deure de compartir tota la informació sobre l'educació**, la salut i el benestar dels fills i, finalment, la **manera de prendre les decisions relatives al canvi de domicili i altres qüestions rellevants pels fills**. A més, també es pot incloure una clàusula que contempli la possibilitat de recórrer a la mediació familiar en cas que hi hagi diferències derivades de l'aplicació del pla o que es prevegi l'adaptació del pla a les necessitats de les diferents etapes dels fills.

2.2.9. Eventualitat d'un posterior procediment de divorci essent els fills ja majors d'edat

- De l'extinció de la potestat parental amb la majoria d'edat

Hem de començar la resolució d'aquesta qüestió destacant que, tal com exposa l'Exposició de Motius del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, la **potestat parental** és un dels “*elements*

²⁸ Habitualment les propostes dels cònjuges sí que es configuren d'acord amb el marc del contingut mínim establert a l'article 233-9 del Codi Civil de Catalunya. Vegeu Annex I – Proposta de Pla de Parentalitat de l'Albert.

integrants de les responsabilitats parentals que els progenitors assumeixen com a resultat del vincle de filiació”.

Segons el Codi Civil de Catalunya, una de les **causes d’extinció de la potestat parental és “l’emancipació o majoria d’edat dels fills” (art. 236-32.c)**). Això implica que un gran nombre d’aspectes relacionats amb la potestat parental que en cas de divorci o separació del matrimoni havien de determinar-se, en tant que els fills menors quedaven sotmeses a ella, amb la majoria d’edat ja no resulta necessari que es regulin donat que s’haurà extingit aquella.

Concretament, si en el present cas plantegéssim un procediment de divorci on la Beth i el Marc ja fossin majors d’edat, no seria necessari regular qui ostentaria la custòdia d’aquests, ja que, amb la majoria d’edat la Beth i el Marc **no estarien sotmesos a la protecció i tutela d’una persona**; els pares **no podrien prendre decisions transcendents ni ser responsables pels actes dels majors d’edat i tampoc els podrien prohibir**, als qui han esdevingut ciutadans de ple dret, **que abandonessin l’habitatge familiar**.

- **Conseqüències de la majoria d’edat en la regulació del divorci de mutu acord**

Cal iniciar la resolució d’aquesta qüestió fent referència al fet que, si el divorci fos de **mutu acord** entre l’Edurne i l’Albert i els fills fossin ja menors d’edat, aquest es podria assolir mitjançant la formulació d’un **Conveni Regulador** enfront del **Lletrat de l’Administració de Justícia** o en **escriptura pública enfront del Notari**, de conformitat amb la regulació de l’article 87 del Codi Civil Espanyol que remet a l’article 82 del mateix codi²⁹ i l’article 233-2.2 del Codi Civil de Catalunya, que regula les mesures definitives proposades pel Conveni Regulador.

- **Sobre el dret d’aliments i el dret l’ús de l’habitatge familiar si existeixen fills majors d’edat**

Encara que *strictu sensu* no s’hagi de parlar de pàtria potestat o guarda i custòdia, els fills majors d’edat segueixin essent econòmicament dependents respecte dels progenitors. En aquest sentit, el Codi Civil de Catalunya conté una **regulació de pensió d’aliments pels fills majors d’edat**, en el marc que es comentarà a continuació, i també ha tingut en compte aquesta circumstància a l’hora d’establir els **críteris legals per l’atribució de l’habitatge familiar**.³⁰

Enfront l’existència de fills majors d’edat i l’esdeveniment d’un procediment de divorci el Codi Civil de Catalunya recull, a l’article 237-1, la possibilitat de **fixar aliments per fills majors d’edat o emancipats que no tinguin recursos econòmics propis i que convisquin amb un dels progenitors**, o el que seria el mateix, conté una regulació per quan *de facto* es produeixi una custòdia monoparental o individual d’un d’ells. Concretament s’estableix:

²⁹ Aquest precepte estableix que els fills majors d’edat hauran d’atorgar el consentiment enfront del Lletrat de l’Administració de Justícia o del Notari respecte de les mesures que els afectin per no tenir ingressos propis i convisque al domicili familiar.

³⁰ El que acabem d’exposar, però, operarà en defecte d’acord dels progenitors en relació amb aquests dos extrems i tots aquells que, sense interferir en la plena capacitat dels fills majors d’edat, considerin precisos els progenitors.

“S’entén per aliments tot el que és indispensable per al manteniment, l’habitatge, el vestit i l’assistència mèdica de la persona alimentada, i també les despeses per a la formació si aquesta és menor i per a la continuació de la formació, un cop assolida la majoria d’edat, si no l’ha acabada abans per una causa que no li és imputable, sempre que mantingui un rendiment regular. Així mateix, els aliments inclouen les despeses funeràries, si no estan cobertes d’una altra manera.”³¹

Per tant, en el cas que es plantegés el divorci i la Beth i, o, el Marc no fossin independents econòmicament i estiguessin convivint amb l’Albert o l’Edurne podrien ser beneficiaris de la prestació d’aliments i en ella s’inclourien també les despeses de formació, per exemple, universitària sempre que es compleixi amb els requisits establerts a l’article que acabem de ressenyar.

Íntimament relacionat amb el que s’acaba d’exposar és la qüestió relativa a l’ús de l’habitatge familiar. Cal tenir en compte que de la **regulació dels aliments del Codi Civil de Catalunya se’n deriva que aquests ja comprenen l’habitatge**. Així doncs, per aquest costat i *a priori*, no hi hauria d’haver repercussió dels fills en l’atribució de l’habitatge familiar.

No obstant la majoria d’edat de la Beth i en Marc si que podria tenir repercussió en una eventual atribució de l’habitatge. En el cas que hi hagi un acord entre els cònjuges, el legislador ha admès que es pot pugui pactar l’atribució l’ús de l’habitatge al cònjuge **amb qui convisquin els fills** a fi de satisfer, **en la proporció que es determini, els aliments dels fills comuns**.

A més, la majoria d’edat també tindria **repercussió en l’atribució de l’ús de l’habitatge familiar, en defecte d’acord**. Encara que, conforme a dret, no es pugui parlar de guarda dels fills es podrà atribuir l’habitatge al cònjuge amb qui convisquin aquests. Sobre aquesta qüestió s’ha de destacar que el **motiu per l’atribució al cònjuge amb qui conviu els fills** és la necessitat a causa d’aquesta convivència. En aquest sentit cal destacar el que han exposat autors com Santiago Espiau:

“En aquest cas, tal com estableix l’article 233-20.2 CCCat, la durada de l’atribució es condiciona a la de la guarda, de manera que es manté mentre aquesta duri i cessa una vegada els fills aconseguixin la majoria d’edat o s’emancipin. Tal vegada aquí el legislador es podria haver fet ressò d’una jurisprudència que defensava que l’atribució havia de durar mentre els fills, ja majors d’edat, convisqueu en l’habitatge familiar, per raó —llavors— d’una dependència no ja jurídica, sinó econòmica. Però la veritat és que no ho ha fet així i ha reproduït el criteri establert en el Codi de família en el sentit que la durada de l’ús atribuït s’estableix en funció de la durada de la guarda: així es desprèn de l’article 233-20.2 CCCat i de les referències a la majoria d’edat dels subapartats b i c de l’article 233-20.3 CCCat, i ho afirma a més expressament l’article 233-24.1 CCCat. Ara bé, com que aquest és el criteri del legislador, el cònjuge beneficiari de l’atribució pot sol·licitar al jutge la pròrroga de l’ús atribuït en aquests casos si, una vegada els fills són majors d’edat o s’emancipen, continuen vivint en l’habitatge familiar; però llavors la justificació de l’ús ja no es trobarà en la guarda dels fills, sinó en la situació de necessitat del cònjuge amb el qual convisquin: a això es refereix l’article 233-20.3c CCCat. I no cal dir que, si es concedeix la pròrroga, caldrà fixar-ne la durada per un període de temps determinat.”³²

³¹ Quant a la determinació de la quantia, l’article 237-9 del Codi Civil de Catalunya estableix que la proporció haurà d’estar-se a les necessitats de l’alimentat i als mitjans econòmics i possibilitats de la persona o persones obligades a prestar-los.

³² ESPIAU, Santiago. «El règim jurídic de l’habitatge familiar en situacions de crisi matrimonial». *Revista Catalana de Dret Privat*, 2014 vol. 14, pàg. 9-25.

Arran del que s'acaba d'exposar s'ha de tenir en compte que, tal com expressàvem en la qüestió relativa a l'atribució de l'habitatge, aquesta és de **caràcter temporal**. Si la **convivència amb els fills majors d'edat és la raó d'atribució, un cop desaparegui es declararà l'extinció del dret d'ús**. En aquesta línia es situa la SAP Barcelona, 571/2011, de 26 d'octubre de 2011 (Fonament de Dret 4rt) , que va declarar precisament l'extinció del dret d'ús perquè la raó de la seva atribució - la convivència amb un fill major d'edat sense ingressos propis - havia desaparegut en haver-se independitzat el fill.

En el present cas, l'Eduard i l'Albert són copropietaris de l'habitatge familiar i, si es sol·licités a l'autoritat judicial la corresponent pròrroga, el **dret d'ús podria prolongar-se**, a favor de qui el tingués atribuït fins que la Beth i el Marc fossin independents econòmicament.³³

- **Sol·licitud de mesures en relació a fills majors d'edats adoptades per l'autoritat judicial**

Finalment cal dir que, en defecte d'acord dels cònjuges, l'article 233-4.1 del Codi Civil de Catalunya estableix que per fer valer aquests drets s'haurà de sol·licitar a l'autoritat judicial, a **instància del cònjuge amb qui els fills conviuen**, que **s'acordin aliments** per a aquests últims fins que tinguin ingressos propis o estiguin en disposició de tenir-ne. Com expressàvem, també es podrà sol·licitar per algun dels cònjuges que **l'autoritat judicial** adopti mesures en relació amb **l'habitatge** familiar i el seu parament d'acord amb **l'eventualitat que els fills siguin majors d'edat**.

En resum, s'estableix una legitimació processal especial per al progenitor amb qui estiguin els fills, encara que aquests ja siguin majors d'edat i, per tant, tinguin capacitat processal pròpia.

2.2.10. El destí dels immobles arran de la declaració del concurs de l'Albert.

La declaració de concurs de l'Albert implica la **vinculació de tot el seu actiu al pagament dels crèdits i deutes** que l'han portat a la **insolvència** i al **sobreendeutament**.

La Llei Concursal parteix, a l'hora de determinar la massa activa, del **principi d'universalitat** consagrat a l'article 76 que estipula que *"1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento."* Per tant,

³³ Posteriorment, s'hauria d'estar a l'acord de les parts o s'hauria de sol·licitar una modificació de mesures donat que, de conformitat amb l'article 233-7 del Codi Civil de Catalunya i 775 de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC) haurien variat substancialment les circumstàncies, per tal d'atribuir l'habitatge al cònjuge més necessitat d'acord amb el que acreditessin cadascun dels cònjuges. En aquest sentit Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Secció 1a núm. 36/2014, de 22 de maig (Rec 2014/3744): *"En nuestra sentencia STSJC, de 9 de enero, declaramos que la viabilidad de los procedimientos de modificación de las medidas dispuestas previamente en procesos de separación, divorcio y nulidad, el art. 233-7.1 CCC exige que hayan variado sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas, y recordamos –con cita de la STSJC 48/2012, de 26 de jul.- que es necesario que en la demanda se describa el cambio de circunstancias producido"*

diríem que, *a priori*, en el present cas s'hauria d'analitzar només quin seria el destí de la quota de la qual és titular l'Albert de l'habitatge familiar, perquè és l'únic bé - del que en tenim constància - que sigui propietat seva. Tanmateix, analitzarem també el destí de l'immoble que constituïa la seu de l'empresa de l'Albert.

- **Presumpcions *iuris tantum* de l'article 78 de la Llei Concursal i article 231-12 del Codi Civil de Catalunya**

L'article 77 regula específicament els béns conjugals i estableix que, en cas de concurs de la persona casada, la massa activa comprendrà "*els béns i drets propis o privatius del concursat*". No obstant, l'article 78 va més enllà i regula la **presumpció de donacions i pactes de supervivència dels cònjuges** i estableix:

"1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. (...)"

El que exposa aquest precepte són dues presumpcions *iuris tantum*³⁴ que es poden sintetitzar de la següent manera: la primera presumpció de l'article 78.1 (primera part), implica que es presumeix que el **concurSAT va donar al seu cònjuge** la totalitat de la contraprestació satisfeta per aquest, si l'adquisició es va fer **durant l'any anterior al concurs**; de manera que **si el bé s'ha adquirit conjuntament pels dos cònjuges, la presumpció afectarà la meitat de la contraprestació satisfeta**. La segona (art. 78.1 segona part), implica que, sens perjudici de prova en contrari, es presumeix que el **concurSAT va donar al cònjuge la meitat de la contraprestació satisfeta** per aquest, de manera que, si el bé s'ha adquirit conjuntament per ambdós cònjuges, la presumpció **afectaria la part del cònjuge no concursat**, que hauria de dividir-se en dues parts i la presumpció afectaria una d'elles sempre que l'adquisició també s'hagi fet en **l'any anterior a la declaració del concurs**.

Per la seva part, l'article **231-12 del Codi Civil de Catalunya** estableix que en cas de declaració de concurs, els **béns adquirits per l'altre cònjuge** (no concursat) durant **l'any anterior** se subjecten al règim següent.

*"a) Si la contraprestació per a adquirir-los procedia del cònjuge concursat, se'n presumeix la donació.
b) En aquella part en què no es pugui acreditar la procedència de la contraprestació, se'n presumeix la donació de la meitat.
2. La presumpció de l'apartat 1.b es destrueix si s'acredita que, en el moment de l'adquisició, l'adquirent tenia ingressos o recursos suficients per a fer-la."*

- **Destí del pis propietat d'ambdós situat a Lleida**

Quant a l'habitatge familiar no resulten d'aplicació les **presumpcions *iuris tantum*** de l'article 78 de la Llei Concursal i l'article 231-12 del Codi Civil de Catalunya en tant que, segons se'n desprèn del cas, l'immoble es va adquirir a l'inici de la convivència i, per tant, es va fer molt abans de l'any anterior a la declaració del concurs.

³⁴ Per tal de desvirtuar-les o desacreditar-les cal aportar prova del contrari.

Cal destacar que l'Eduarne podria detreure la quota de titularitat de l'Albert del bé immoble satisfent a la massa la meitat del valor de l'immoble, d'acord amb l'article 78.3 de la Llei Concursal i l'article 231-17 del Codi Civil de Catalunya, si **l'habitatge familiar s'hagués adquirit amb pacte de supervivència**. Nogensmenys, aquest **no és el cas que se'ns planteja** i tan sols podríem plantejar-nos l'aplicació analògica d'aquests preceptes.

Així doncs, no operant cap de les dues presumpcions, i no resultant possible que l'Eduarne pugui detreure la quota de titularitat de l'immoble corresponent a l'Albert, quedaria afecte al concurs el percentatge o quota de titularitat del bé que ostentés aquell.

- **Destí l'edifici de tres plantes que constituïa la seu social de l'empresa de l'Albert objecte de compravenda amb l'Eduarne**

Pel que fa al bé immoble que constituïa la seu de l'empresa immobiliària, propietat de l'Albert, aquest va ésser venut per part de l'empresa i no per part del cònjuge. Així doncs, no és procedent analitzar les presumpcions de la Llei Concursal i el Codi Civil de Catalunya.

En cas que la compravenda s'hagués realitzat per part de l'Albert, com a persona física i com a cònjuge de l'Eduarne seria d'aplicació l'article 231-11 del Codi Civil de Catalunya que estableix la llibertat de contractació:

“Els cònjuges es poden transmetre béns i drets per qualsevol títol i fer entre ells tota mena de negocis jurídics. En cas d'impugnació judicial, correspon als cònjuges la prova del caràcter oneros de la transmissió.”

Per tant, com que la compravenda es va realitzar entre l'empresa de l'Albert i l'Eduarne, en cap cas la contraprestació satisfeta es consideraria donada a l'Albert en tant que estem enfront d'un negoci entre una persona jurídica, amb personalitat jurídica pròpia i diferent de l'Albert, i l'Eduarne.

2.2.11. Procediment i competència per l'exercici de les corresponents accions matrimonials

En virtut del que s'estableix al Capítol IV del Llibre IV sota la rúbrica “*De los procesos matrimoniales y de menores*” (arts. 769 i següents) de la Llei d'Enjudiciament Civil³⁵ el procediment a seguir és un **procediment especial** que es regeix per les **regles del judici verbal però subjecte a especialitats pròpies** contemplades a l'article 770.1r a 7è.³⁶

³⁵ Normativa processal aplicable a tot l'estat

³⁶ La LEC estableix que en qualsevol moment del procediment, si concorren els requisits de l'article 777 LEC, es podrà sol·licitar que es continuï el procediment per via dels tràmits contemplats a aquest article, referents a la separació o divorci de mutu acord (sol·licitat per un dels cònjuges o un amb el consentiment de l'altre). A més, si el procediment només versa sobre la guarda i custòdia dels fills menors, l'adopció de mesures cautelars seguirà els tràmits per l'adopció de mesures prèvies, simultànies o definitives dels processos de nul·litat, separació o divorci. Finalment, les parts, de comú acord, podran sol·licitar la suspensió per acudir a mediació. D'entre les regles especials que estableix aquest precepte destaquem que amb la demanda s'haurà d'acompanyar certificació de la inscripció del matrimoni i, si és el cas, certificació de la inscripció del naixement dels fills al Registre Civil i qualsevol altre document en el qual es fundi el dret del cònjuge. Si es sol·liciten mesures de caràcter patrimonial, s'hauran d'aportar documents que permetin avaluar la situació econòmica i que, a diferència dels processos

Tal i com s'expressa a la doctrina “(...) el legislador procesal civil no solo utilizó la vestidura del juicio verbal para camuflar ciertos procesos especiales o con especialidades procedimentales (algunos de ellos, además, revestidas de la nota de sumariidad), sino que también ha dedicado uno de sus Libros (concretamente el IV) a la regulación de un importante elenco de procedimientos especiales (...)”³⁷ Per tant, reiterem, estem enfront un **procediment especial** ja que, encara que es tramiti segons les normes del judici verbal, té una sèrie de regles especials i s'emmarca en el Llibre IV amb d'altres procediments també de caràcter especial.

Pel que fa a la **competència per al coneixement de les accions matrimonials** que se'ns plantegen en aquest supòsit cal remetre'ns al que s'estableix a l'article 769:

“1. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiese determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor. [...] 4. El tribunal examinará de oficio su competencia. Son nulos los acuerdos de las partes que se opongan a lo dispuesto en este artículo.”

D'aquest article se'n deriva que l'òrgan competent per conèixer del present procediment de separació i de les mesures en relació als fills és el **Jutjat de Primera Instància de Lleida**³⁸ (que per torn correspongui) que és el Jutjat del partit judicial on es situa el domicili conjugal. Només en el cas que l'Albert es mudés a un partit judicial diferent podria ser competent el Jutjat de Primera Instància de la residència del demandat.

Cal tenir en compte la **vis atractiva provocada per la declaració de concurs** en virtut de la qual és l'òrgan judicial que coneix del concurs qui coneixerà també d'altres litigis instats envers el concursat un cop declarat aquell. En aquest cas, però, segons l'article 8 de la Llei Concursal, els processos sobre matrimoni i menors seran una excepció.³⁹

2.2.12. Intervenció dels fills menors en el procediment de separació.

Referent a la qüestió plantejada, i seguint amb l'aplicació de la Llei d'Enjudiciament Civil, l'article 770.4 (paràgrafs segon i tercer) estableix que:

“Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias (...) así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los

declaratiu en general, la incompareixença sense causa determinada, si pot implicar que es considerin admesos els fets al·legats per la part que efectivament hagi comparegut.

³⁷ VALLESPÍN PÉREZ, David. «Capítulo XI Los procesos especiales del Libro IV de la LEC y su remisión en ocasiones a los trámites del juicio verbal». A: VALLESPÍN PÉREZ, David. *Juicio Verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española: análisis tras su reforma por la Ley 42/2015*. Lisboa: Juruá, 2016, pàg. 101-106. ISBN: 978-98-9712-391-7.

³⁸ Partit Judicial de Lleida.

³⁹ La mencionada *vis atractiva* només es planteja en cas que el concurs s'hagués declarat anteriorment a la demanda de separació judicial interposada per l'Edurne.

hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.”⁴⁰

Atès que els fills del matrimoni – la Beth i en Marc - tindrien 16 i 15 anys, respectivament, entenem que **podrien intervenir en el procediment**, ja que són majors de 12 anys i aquesta és l’edat fixada pel legislador per tal de presumir la seva capacitat per ser escoltats.⁴¹

Tanmateix, de la dicció literal de la LEC **no se’n deriva la intervenció imperativa dels menors** sinó que, merament, es reconeix el **dret** a la seva intervenció i a ésser escoltats.⁴² El que estableix aquest precepte és **objecte de controvèrsia** en tant que es discuteix si el dret a ésser escoltats és absolut o relatiu, i està subjecte a si el menor vol intervenir en el procediment.

En aquest sentit, si acudim a l’article 9 de la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, estipula que s’ha de **garantir el dret del menor ha ésser escoltat**. En l’àmbit de Catalunya, l’article 7 de la Llei 14/2010, dels drets i les oportunitats en la infància i l’adolescència també regula aquest dret i s’estableix:

- “1. Els infants i els adolescents, d’acord amb llurs capacitats evolutives i amb les competències assolides, i en qualsevol cas a partir dels dotze anys, **han d’ésser escoltats** tant en l’àmbit familiar, escolar i social com en els procediments administratius o judicials en què es trobin directament implicats i que aboquin a una decisió que n’afecti l’entorn personal, familiar, social o patrimonial.*
- 2. Els infants i els adolescents poden manifestar llur opinió ells mateixos o mitjançant la persona que designin.*
- 3. En l’exercici del dret d’ésser escoltat s’han de respectar les condicions de discreció, intimitat, seguretat, recepció de suport, llibertat i adequació de la situació.”*

També fan referència al dret en qüestió els articles 211-6.2 i els articles 233-11.1 e) i 236-19 del Codi Civil de Catalunya que estableixen, respectivament, que s’ha de **tenir en compte l’opinió dels fills per a determinar la guarda**, com hem vist, i que per a qualsevol **acte** que impliqui una **prestació personal es requerirà el consentiment dels fills**.

Per la seva part, l’article 12 de la Convenció sobre Drets del Nen, adoptada per l’Assemblea General de les Nacions Unides, el 20 de novembre de 1989 i ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990 regula:

⁴⁰ També podrien intervenir a la compareixença per determinar si s’adopten mesures provisionals prèvies a la demanda de nul·litat, separació o divorci (art. 771.2 LEC).

⁴¹ En tot cas, si intervenen els menors, el Ministeri Fiscal haurà d’intervenir per vetllar pels seus interessos de conformitat amb el que estableix l’article 749 de la LEC.

⁴² És important destacar que, en cas que la separació o el divorci fossin sol·licitats de mutu acord, l’article 777.5 estableix en relació amb els fills menors: “*Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.*”

*“1. Los Estados Partes **garantizarán al niño**, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

*2. Con tal fin, se **dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.**”*

Així doncs, donat que existeix certa contradicció entre el que s'estipula a la Llei d'Enjudiciament Civil i les normes que acabem de citar, la jurisprudència del Tribunal Suprem, en Sentències com la STS 427/2015, de 10 de juliol de 2015 (Fonament de Dret 2on)⁴³ estableix que els **menors hauran de ser escoltats sense que la part hi pugui renunciar i s'haurà d'acordar l'audiència d'ofici**. Per tant, s'entén que la jurisprudència ha optat per establir que si el menor és major de 12 anys, o és menor de 12 anys però té capacitat suficient, el seu dret s'haurà de fer valer imperativament en els casos que s'estiguin regulant aspectes relacionats amb ells.

En aquesta mateixa línia STEDH, ass. Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c Espanya, d'11 d'octubre de 2016 que va establir la nul·litat d'una sentència d'un procediment de divorci per vulneració de l'article 6.1 del Conveni Europeu de Drets Humans en tant que s'havia **privat “indegudament” a les filles de la recurrent del seu dret a ser escoltades personalment pel Jutge**. I diu: *“Por lo que el TEDH concluye que las jurisdicciones internas no han garantizado a la demandante su derecho a un proceso equitativo, en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio. En consecuencia, se ha producido vulneración de esta disposición.”*

El que s'acaba d'exposar en relació amb la configuració del dret dels fills a ésser escoltats i la seva operativitat en el marc processal, però, **no està exempt de polèmica**, sobretot destacada per part de la doctrina, en el sentit que s'ha posat de relleu que les audiències als menors, en la pràctica processal, puguin resultar una obligació imposada al menor i no un dret i que, de la forma en què estan regulades les audiències, aquestes siguin més aviat perjudicials per als menors que no pas il·lustratives per l'autoritat judicial.

⁴³ Aquesta sentència recull doctrina anterior del Tribunal Suprem.

3. CONCLUSIONS

I. Règim jurídic de la convivència en parella. De conformitat amb l'examen realitzat, tot i la manca de regulació estatal de la convivència en parella estable i de normes de conflicte en relació amb les parelles o unions de fet, a l'Edurne i l'Albert els seria d'aplicació la regulació del dret civil català. En principi la seva convivència es regularia sota la Llei 10/1998, ja que compleixen els requisits analitzats per al reconeixement de la seva convivència com a parella de fet. No obstant, donat que es van casar l'any 2011 i aquest fou l'any d'entrada en vigor del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya també els seria d'aplicació aquest últim pel que fa als efectes, essencialment en el cas de cessament de la convivència, en virtut del que estableix la Disposició Transitòria Segona.

II. Repercussió dels anys de convivència sobre els eventuais drets derivats de la crisi matrimonial. Pel que fa a aquesta qüestió concloem que, efectivament, aquest període de convivència pre-matrimonial pot tenir influència en la posterior determinació de la compensació per raó de treball i la prestació compensatòria. Ho afirmem de conformitat amb la interpretació conjunta dels preceptes reguladors d'aquestes matèries i, sobretot, d'acord amb la interpretació establerta per la jurisprudència tant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya com del Tribunal Suprem. Concretament els anys de convivència poden tenir repercussió en l'atorgament i la determinació de la quantia dels drets a la compensació per raó de treball i la prestació compensatòria.

III. Determinació de la filiació de la Beth i en Marc. Examinada la qüestió sobre la filiació i la normativa aplicable, i partint de la premissa que estem enfront d'una filiació per naturalesa en tots dos casos - en tant que presumim que la Beth i el Marc són fills biològics de la parella -, concloem que els fills comuns tenen la consideració de fills matrimonials. Si bé és veritat que en el moment de néixer els progenitors no estaven casats i, per tant, s'emmarcarien sota la regulació dels fills no matrimonials, d'acord amb el que s'establia a l'article 91 del Codi de Família i el que s'estableix a l'article 235-7 del Codi Civil de Catalunya, amb la celebració del matrimoni de l'Albert i l'Edurne els fills varen passar a ostentar la consideració de matrimonials. En tot cas, els efectes són els mateixos, excepte en els **drets voluntaris adquirits per tercers**, sobretot en l'àmbit successori, i el que canvi més significatiu és s'adquireix *l'status familiae* amb la filiació matrimonial.

IV. Règim econòmic matrimonial. D'acord amb el que estableixen les normes de conflicte del Codi Civil Espanyol per a la determinació del règim econòmic matrimonial - i en defecte d'un pacte reflectit en escriptura pública o de capítols matrimonials - el règim econòmic de l'Edurne i l'Albert és el de separació de béns, en tant que la residència comú immediatament posterior a la celebració del matrimoni fou Lleida. Per tant els resulta de plena aplicació el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Aquest últim estableix el mencionat règim com a supletori en defecte d'aquell hagin acordat les parts. A més, tots els altres efectes del matrimoni també estaran subjectes al dret civil català.

V. Validesa de l'acord privat protocol·litzat notarialment. En relació amb aquesta qüestió concloem que l'acord privat dels cònjuges, tot i la protocol·lització notarial, no és vàlid com a

un pacte en previsió de ruptura matrimonial o com a capítols matrimonials, ja que no compleix els requisits de forma establerts pel Codi Civil de Catalunya a l'article 230-20.1. En aquest sentit la jurisprudència ha establert que no es pot equiparar la protocol·lització d'un acord privat a una escriptura pública.

La invalidesa i, per extensió, ineficàcia d'aquest acord provoca que els cònjuges no puguin oposar-se mútuament l'existència d'aquest i, per tant, es deriva la possibilitat, per part de l'Albert de: per un costat sol·licitar la guarda exclusiva dels fills i, per un altre costat, la possibilitat de sol·licitar una eventual prestació compensatòria donat que amb el trencament de la convivència pot entendre's que la situació econòmica del client ha resultat més perjudicada.

VI. Atribució de l'habitatge familiar. En aquest cas concloem que el pis propietat de l'Edurne i l'Albert és el domicili conjugal i habitatge familiar. En defecte d'acord s'hauria d'atribuir l'ús de l'immoble, en primera instància, al cònjuge que ostentés la guarda, i, si s'adoptés judicialment la guarda compartida, s'hauria d'atribuir al cònjuge més necessitat. En el present cas, entenem que, en cas que es resolgués que la guarda fos compartida, l'Albert seria el cònjuge més necessitat donada la seva situació econòmica d'insolvència acreditada pel concurs que s'està tramitant sobre la seva persona. Si l'Albert sol·licités la guarda i custòdia individual (i s'adoptés judicialment aquesta) la mencionada circumstància portaria aparellada també l'atribució de l'ús de l'habitatge propietat d'ell i l'Edurne perquè seria el cònjuge que ostenta la guarda (a banda del més necessitat). Per últim, cal tenir en compte que es podria atribuir l'habitatge al cònjuge més necessitat - que, com hem dit, entenem que seria l'Albert - encara que li fos atorgada la guarda i custòdia individual a l'Edurne.

VII. Determinació de la guarda sobre els fills. Pel que fa a la determinació de la guarda, el legislador ha optat per apostar per la coparentalitat. Com a règim que més s'adapta a aquesta es tendeix a fixar la guarda compartida entre els progenitors. Nogensmenys sempre s'haurà de tenir en compte l'interès superior del menor i, per tant, es podrà atribuir la guarda individual a un dels cònjuges si les circumstàncies indiquen que aquest règim és més beneficiós pel menor. En el present supòsit, l'any 2017 els progenitors havien pactat la guarda compartida en cas de crisi matrimonial. Tot i la invalidesa de l'acord adoptat com a pacte en previsió de ruptura, la voluntat dels progenitors i, el que entenien que beneficiava més als seus fills, era la coparentalitat exercida per via de la guarda compartida. Entenem, doncs, que les circumstàncies envers els fills no han canviat des de l'acord dels progenitors de 2017, data molt recent. Tanmateix, també haurem d'estar a l'opinió expressada pels fills, de conformitat amb la lletra e) del precepte. D'aquesta forma es permetria a l'autoritat judicial tenir en compte que la voluntat dels fills i conèixer el seu punt de vista en relació amb les circumstàncies familiars que els envolten.

VIII. Contingut del pla de parentalitat. Quant al contingut del pla de parentalitat, aquest variarà en funció de si la separació o divorci és de mutu acord o contenciós. En el primer dels casos, els pactes dels cònjuges hauran d'estar-se al contingut mínim de l'article 233-9 del Codi Civil de Catalunya i, en tot cas, els progenitors i l'autoritat judicial hauran d'adoptar-los i ratificar-los, respectivament, tenint en compte l'interès superior del menor. En el cas que el divorci sigui contenciós l'autoritat judicial haurà d'avaluar la concurrència de la capacitat de

coparentalitat o no i, en funció del seu examen, determinarà la guarda d'acord amb els criteris de l'article 233-11 del Codi Civil de Catalunya i les propostes dels progenitors en relació amb el contingut de l'article 233-9. Tant el legislador com la jurisprudència han entès que el jutge, en procediments contenciosos no pot assumir la funció d'integració i conciliació de totes les qüestions contemplades a l'article 233-9 del Codi Civil de Catalunya.

IX. Eventualitat d'un posterior procediment de divorci on els fills siguin majors d'edat.

Atès que actualment s'està tramitant una separació, que no trenca el vincle matrimonial, en un posterior divorci on els fills ostentessin la majoria d'edat i on es dissolgués el mencionat vincle, no caldria regular tot el que serien les qüestions relacionades amb la potestat parental, ja que aquesta s'extingeix amb l'assoliment de la majoria d'edat. Per un costat, si el divorci fos de mutu acord, es podria adoptar Conveni Regulador o escriptura pública enfront del Lletrat de l'Administració de Justícia o Notari i els menors haurien de prestar el seu consentiment en tots aquells pactes o mesures que els afectessin.

Per un altre costat, el Codi Civil de Catalunya conté normes respecte als fills majors d'edat i en relació amb els progenitors. Això ho fa tenint en compte que, tot i la majoria d'edat, *de facto* la situació segueixi essent similar a quan els fills eren menors d'edat, o el que és el mateix, que aquests segueixin depenent econòmicament dels progenitors. Per aquest motiu s'adopten mesures en relació a la prestació per aliments de conformitat amb les quals l'autoritat judicial pot fixar aliments per fills majors d'edat o emancipats que no tinguin recursos econòmics propis i que convisquin amb un dels progenitors. Quant a l'atribució de l'habitatge familiar, si els fills són dependents econòmicament, el Codi Civil de Catalunya estableix que s'atribuirà l'ús de l'habitatge al cònjuge amb qui convisquin aquests, tot i la majoria d'edat. La raó de fons de l'atribució, però, variarà respecte de quan els fills eren menors d'edat i es basarà en la posició de cònjuge més necessitat que es deriva de la continuació convivència dels fills amb el cònjuge i de la seva dependència econòmica. Aquesta atribució, però, serà temporal i es prolongarà fins que aquesta dependència desaparegui.

X. Destí dels immobles arran de la declaració de concurs de l'Albert. En referència al destí dels immobles com a conseqüència de la declaració de concurs concloem que no resulten d'aplicació les presumpcions l'article 78 de la Llei Concursal i 231-12 del Codi Civil de Catalunya en relació amb l'habitatge familiar propietat de tots dos perquè l'adquisició es va produir abans de l'any anterior a la declaració de concurs. Per tant, quedaria afecte al concurs el percentatge de participació en la titularitat de l'immoble de l'Albert, de conformitat amb l'article 76 de la Llei Concursal. Com l'immoble no es va adquirir en pacte de supervivència, l'Eduarne no podria detreure la quota de l'Albert del concurs satisfent la meitat del seu valor de conformitat amb l'article 78.3

Pel que fa a l'immoble que constituïa la seu de l'empresa de l'Albert, objecte de compravenda amb l'Eduarne, com que el titular era l'empresa és una persona jurídica amb personalitat jurídica pròpia, i no l'Albert, el concurs d'aquest últim - persona física-, no afecta la compravenda ni a la contraprestació satisfeta per l'Eduarne.

XI. Procediment i competència per la tramitació del procediment de separació. El procediment a seguir és un procediment especial que el legislador va determinar que seguiria les normes generals d'un dels dos procediments declaratius, el judici verbal però, tanmateix, tindria les seves especialitats processals en virtut de la seva consideració com a especial. Per al coneixement del procediment de separació és competent el Jutjat de Primera Instància de Lleida, de conformitat amb els antecedents de fet. Si els cònjuges residissin en partits judicials diferents, seria competent el Jutjat de Primera Instància de Lleida, ja que és el lloc on es va establir el domicili conjugal o bé el Jutjat de Primera Instància del lloc de residència de l'Albert, que en aquest cas és el demandat.

La declaració de concurs, si fos anterior a la demanda de separació, no afectaria la competència en tant que els procediments matrimonials són una de les excepcions contemplades al primer apartat del precepte, de conformitat amb l'article 8 de la Llei Concursal reguladora de la jurisdicció exclusiva i excoent del Jutge del concurs,

XII. Intervenció dels fills menors d'edat en el procediment de separació. Finalment, de la interpretació conjunta de la Llei d'Enjudiciament Civil, la Llei 14/2010 dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (en l'àmbit català), la Llei Orgànica 1/1996, de protecció a la infància i l'adolescència, la Convenció sobre els Drets de l'Infant i la jurisprudència, tant del Tribunal Suprem com del Tribunal Europeu de Drets Humans, arribem a la conclusió que, si el nen té capacitat i, en tot cas si és major de 12 anys, té dret a ésser escoltat si en el procediment s'estan dilucidant qüestions que l'afecten. Per tant, tot i la controvèrsia i polèmica que envolta aquesta circumstància, aquest dret haurà de fer-se valer d'ofici per part de l'òrgan judicial o bé a instància de part (que inclou la sol·licitud del mateix menor per a ésser escoltat).

EMISSIÓ DEL DICTAMEN

Havent realitzat l'examen jurídic de totes les qüestions plantejades a continuació s'efectuarà un seguit de recomanacions dirigides a l'Albert, que és el client que ha encomanat el present dictamen.

A fi d'analitzar la viabilitat de les possibles pretensions d'aquest, en l'apartat d'anàlisi jurídic s'han efectuat un seguit de valoracions sobre el règim aplicable a la convivència amb l'Eduarne de forma anterior a contraure matrimoni i els seus efectes en la posterior celebració d'aquest, la filiació, el règim econòmic matrimonial, els pactes en previsió de ruptura i també s'han analitzat qüestions relacionades amb la guarda i custòdia dels fills així com l'atribució de l'habitatge i les conseqüències sobre els béns immobles derivats de la declaració de concurs.

Per començar, quant al procediment de separació instat per l'Eduarne, entenem que el que resultaria més beneficiós pels cònjuges i, sobretot pels fills menors d'edat, seria arribar a un acord amb l'Eduarne respecte del règim de la guarda i custòdia i l'atribució de l'habitatge així com per regular els efectes del cessament de la convivència. Això ho afirmen en tant que, encara que s'hagués de sotmetre a l'aprovació judicial allò que haguessin pactat, ells mateixos podrien reflexionar i acordar el que realment fos convenient tant pels fills comuns com per ells. En aquest sentit recomanariem al nostre client, en la mesura que la relació ho permetés, l'inici d'un període de mediació que sempre és benvinguda per part dels Tribunals. Tanmateix, donat que l'Albert va ocultar les pèrdues de la seva empresa i la signatura de contractes de reserva a l'Eduarne, entenem que, interposada la demanda de separació amb les mesures provisionals sol·licitades, les parts no es trobin en disposició de pactar.

Així doncs, una vegada examinat el cas en els termes plantejats en l'anàlisi legal, seria interessant efectuar les recomanacions i assumir les estratègies que s'expressen a continuació.

Donat que la separació no trenca el vincle matrimonial això implicaria que hi hauria la possibilitat de sol·licitar en un futur el divorci, fins i tot quan els fills fossin majors d'edat. Aquest fet deixaria oberta la possibilitat d'una futura reconciliació sense necessitat de tornar a casar-se. En el cas que se sol·licités el divorci un cop els fills fossin majors d'edat no caldria iniciar un procediment judicial si aquest fos de mutu acord, ja que es podria adoptar un Conveni Regulador enfront del Lletrat de l'Administració de Justícia o escriptura pública enfront del Notari. A més, en tot cas, les qüestions sobre la guarda i custòdia i responsabilitats parentals ja no s'haurien de discutir i tan sols s'exceptuarien les qüestions relatives als aliments i l'ús de l'habitatge.

Per tant, en aquest cas, la nostra recomanació passaria per no reconvenir a la demanda presentada per l'Eduarne sol·licitant el divorci, encara que legalment es permeti aquesta possibilitat, i que la separació també impliqui el discerniment sobre qüestions com la guarda, ja que els fills encara són menors d'edat. Optariem, doncs, per la **formulació de la contestació a la demanda de separació** sol·licitant, en primer lloc, la **guarda i custòdia compartida**, donat que dels antecedents de fet res ens indica que la relació dels fills amb algun dels progenitors no sigui bona. Per demostrar aquests factors caldria que els menors poguessin

expressar quina és la seva relació amb els pares per via d'un reconeixement judicial (donada la seva presumpció de capacitat i el seu dret a ésser escoltats).

De forma subsidiària es sol·licitaria la custòdia individual amb un ampli règim de visites amb la mare, i ho fonamentaríem en el fet que l'Albert està plenament capacitat per assumir-la i que la seva relació amb els fills és bona, entre d'altres arguments. Juntament amb la guarda individual es sol·licitaria una prestació d'aliments pels fills a l'Edurne per fer front a totes les despeses de manteniment, habitatge, vestit i assistència mèdica i també les despeses derivades de la formació.

A més, també es **sol·licitaria que s'atribuís l'habitatge familiar de Lleida a l'Albert** en tant que és el cònjuge més necessitat donada la seva situació de concurs i, per tant, d'insolvència. Per acreditar aquests factors caldria obtenir la Interlocutòria de declaració de concurs i també documentació bancària, declaracions tributàries o factures o nòmines – que usualment també consten com a documentació aportada al concurs per acreditar l'expressada insolvència. En aquest sentit, segons el nostre punt de vista, de les circumstàncies es desprèn que la situació econòmica de l'Edurne és més favorable en tant que l'aparença d'aquesta és de solvència per raó de la seva professió i perquè res ens indica el contrari.

Subsidiàriament, si s'estimés la custòdia exclusiva per l'Albert es sol·licitaria l'atribució de l'habitatge en tant que li correspondria per ser el cònjuge que ostenta la guarda dels fills, a banda de ser el cònjuge més necessitat. Un motiu més que justificaria l'atribució seria la contribució en espècie a la prestació d'aliments pels fills. Pel cas que la custòdia li fos atribuïda de forma exclusiva a l'Edurne es sol·licitaria l'atribució de l'habitatge per raó de necessitat del nostre client i perquè, com dèiem, presumim que l'Edurne té mitjans suficients per cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills.

Tanmateix, cal recordar que, quant al domicili familiar, s'hauria d'estar al destí final d'aquest, ja que, amb la declaració de concurs, la quota corresponent a l'Albert resultaria afectada pel concurs per fer front als seus crèdits.

Així mateix es sol·licitaria una **prestació compensatòria** en tant que, tot i la mala gestió dels negocis de l'Albert, arran del cessament de la convivència la situació econòmica d'aquest ha resultat ésser la més perjudicada i se'n deriva la impossibilitat de mantenir el nivell de vida del que gaudia tant durant els anys de convivència en parella com durant el matrimoni.

A més, donat que l'Edurne ha sol·licitat mesures provisionals, també es **sol·licitarien en nom de l'Albert mesures provisionals** que passarien per la sol·licitud de l'atribució de la guarda i custòdia compartida dels fills i, subsidiàriament la guarda i custòdia exclusiva, l'atribució l'habitatge familiar a l'Albert, donada la seva situació de necessitat.

En tot cas es sol·licitaria el manteniment de la potestat parental compartida entre els dos cònjuges.

Finalment, si per raons de càrrega de treball dels Tribunals, el procés es dilata en el temps, i les relacions entre els cònjuges milloressin, es recomanaria **instar la suspensió per acudir a**

mediació o, en el seu cas, per pactar una separació o, fins i tot, un divorci de mutu acord que, segons el nostre parer, que sempre tindrà més possibilitats d'atendre a les necessitats reals tant dels fills com dels mateixos cònjuges.

BIBLIOGRAFIA

ARIÑO, Bárbara; FAUS, Manuel. «Filiación. Concepto y Clases». A: *Vlex. Práctico de Derecho de Familia* [en línia] <<https://practicos-vlex.es/vid/filiacion-concepto-clases-583763374>> [Consulta 11/10/2018].

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. «Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2017, núm. 762, pàg. 1964-2005.

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan (dir); FERRER I RIBA, Josep (dir); FARNÓS I AMORÓS, Esther (coord.). *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Familia i relacions convivencials d'ajuda mutua*. Barcelona: Atelier, 2014. pàg. 140. ISBN: 978-84-9123-156-1.

ESPIAU, Santiago. «El règim jurídic de l'habitatge familiar en situacions de crisi matrimonial». *Revista Catalana de Dret Privat*, 2014 vol. 14, pàg. 9-25.

Instituto Nacional d'Estadística (24 de setembre, 2018). *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2017* [Comunicat de premsa]. <https://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf>.[Consulta 17/11/2018].

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel. «Filiación Natural. El artículo 9.4 del Código Civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo». *Cuadernos de Derecho Transaccional*, marzo 2018, col 10. núm. 1, pàg. 600.

MARTÍN-CASALS, Miquel. «El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental?». *InDret*, juliol 2013, núm. 3/2013 pàg. 1-43.

M. DÍEZ SOTO, Carlos. «Tema 20. Vecindad Civil». A: LLEDÓ YAGÜE, Francisco (coord.); SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia (coord.); MONJE BALMASEDA, Oscar (coord.). *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Tomo I. Parte sustantiva*. Madrid: Dykinson, 2011, pàg. 623-659. ISBN: ISBN 978-84-9982-097-2.

NIETO MORALES, Concepción; TORRES REVIRIEGO, María del Rosario; ZAMORA SEGOVIA, María Luisa; HERNANDO RAMOS, Susana. *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores* (2016). Madrid: Dykinson, 2016. 217 pàg. ISBN: 978-84-9085-967-4.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. *Los pactos pre-ruptura conyugal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018. 378 pàg. ISBN: 978-84-9099-760-4.

VALLESPÍN PÉREZ, David. «Capítulo XI Los procesos especiales del Libro IV de la LEC y su remisión en ocasiones a los trámites del juicio verbal». A: VALLESPÍN PÉREZ, David. *Juicio Verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española: análisis tras su reforma por la Ley 42/2015*. Lisboa: Juruá, 2016, pàg. 101-106. ISBN: 978-98-9712-391-7.

ANNEX

ANNEX 1. Proposta de Pla de Parentalitat de l'Albert

Lleida, el dia 23 de novembre de 2018

D. ALBERT RODRÍGUEZ CABALLERO, major d'edat, amb domicili a Lleida, Carrer de les Illes Canàries, núm. 103, 2n 1a, i proveït de D.N.I núm. 46.707.668-G aporta la següent proposta de Pla de Parentalitat

Proposta de pla de parentalitat d'acord amb el que estableix l'article 233-9 del Codi Civil de Catalunya.

(A) Decisions relatives a la guarda i al lloc en què viuran habitualment (art. 233-9.2a)

Els fills estaran sota la guarda d'ambdós progenitors i els períodes de convivència al domicili de cadascun d'ells seran quinzenals.

(B) Tasques de les quals s'ha de responsabilitzar cada progenitor en relació amb les activitats quotidianes dels fills (233-9.2b)

Mentre no s'acordi el contrari, els progenitors són els principals responsables de la cura dels fills comuns.

Mentre estiguin en la seva companyia, cada progenitor es farà càrrec, per ell mateix o mitjançant d'altres persones que designi, de les tasques domèstiques generades per la cura dels fills mentre els tinguin en la seva companyia.

Cada progenitor es farà càrrec, per ell mateix o mitjançant d'altres persones que designi, de portar els fills a l'escola i les activitats extraescolars, així com de recollir-los, mentre estigui en la seva companyia.

Cada progenitor pot escollir les persones adequades perquè tinguin cura dels fills mentre no se'n puguin fer càrrec.

(C) Forma en la qual s'han de dur a terme els canvis en la guarda (art. 233-9.2c)

Els intercanvis tindran lloc al domicili del progenitor que tingui la guarda en cada moment. Durant el període escolar, a l'escola a l'inici o la fi de la jornada escolar (o en la seu on té lloc la determinada activitat extraescolar).

Si un progenitor, per qualsevol causa, no pot fer efectiva la guarda que té assignada, és responsable de trobar un sistema alternatiu de guarda pels fills.

El progenitor que sol·liciti el canvi en la guarda és responsable de qualsevol despesa addicional de cura o transport dels fills que pugui resultar del canvi.

(D) Règim de Relació i de comunicació amb els fills durant els períodes en què un progenitor no els tingui amb ell (art. 233-9.2 d)

El progenitor amb qui no estiguin els fills podrà comunicar-se amb ells per qualsevol mitjà sempre que ho consideri oportú. En cas de comunicació telefònica, caldrà respectar l'horari de descans dels fills, de l'altre progenitor i, si és el cas, de la resta de la seva família.

Així mateix, sempre que les circumstàncies no ho impedeixin i existint sempre un preavís telefònic, el progenitor amb qui no estiguin els fills podrà visitar als menors o contactar amb ells i, en especial, en cas de malaltia dels menors els podrà trucar i visitar, respectant sempre la intimitat de la vida particular de l'altre progenitor.

(E) Règim d'estades dels fills amb cadascun dels progenitors en períodes festius, de vacances i en dates especialment assenyalades per als fills, per als progenitors o per llur família (art. 233-9.2 e)

1) Vacances de Nadal

- Quant a les vacances de Nadal, els menors passaran la meitat de les vacances escolars de Nadal amb el seu pare i l'altra meitat amb la seva mare, iniciant-se el primer període el dia següent a aquell que finalitzin les classes i finalitzant el mateix el dia 31 de desembre al migdia.
- El segon període s'iniciarà el dia 31 de desembre al migdia i finalitzarà el dia immediatament anteriorment a aquell que comencin les classes.

Els pares s'alternaran cada any els diferents períodes, corresponent el primer període a la mare els anys parells i el segon els anys imparells, de forma que al pare li correspondrà els anys parells el segon període i en els anys imparells primer període.

2) Setmana Santa

- Quant a les vacances de Setmana Santa, els menors passaran la meitat de les vacances escolars amb el seu pare i l'altra meitat amb la seva mare, iniciant-se el primer període el dia següent a aquell que finalitzin les classes i finalitzant el mateix, el dimecres al migdia.
- El segon període començarà el dimecres al migdia i finalitzarà el dia immediatament anterior a aquell que comencin les classes.

Els pares s'alternaran cada any els diferents períodes, corresponent-li el primer període a la mare els anys parells i el segon els anys imparells i així successivament i alterna.

3) Vacances d'estiu

- Quant a les vacances d'estiu, els menors passaran la meitat de les vacances escolars d'estiu amb el seu pare i l'altra meitat amb la seva mare, repartit en dos períodes de la següent manera:
 - o 1r – Des del dia 1 de juliol fins al dia 31 de juliol.
 - o 2on – Des del dia 1 d'agost fins al dia 31 d'agost.

Els pares s'alternaran cada any els períodes que tindran els menors en la seva companyia, corresponent el primer període a la mare els anys parells i el segon els anys imparells, i així successivament i alterna.

- La present reglamentació, independentment de defensar els drets i interessos legítims del pare i la mare, té com a finalitat última el benestar dels fills i haurà de ser interpretada i aplicada en aquest sentit, tenint sempre present la voluntat dels fills, més encara a mesurar que es vagin fent grans.

(F) Decisions relatives a l'educació i a les activitats extraescolars, formatives i de lleure (art. 233-9.2f)

Mentre els fills resideixin amb ell, cada progenitor autoritzar que participin en les activitats que no requereixin organització prèvia, així com en les activitats socials.

Cal tenir present que cada progenitor té dret a exposar als fills les seves creences religioses o morals.

Es requereix l'acord dels pares per tal d'inscriure els fills en activitats esportives o d'altres que requereixin un entrenament especial mentre els fills són amb l'altre progenitor.

(G) Deures d'informació i consulta entre els progenitors en relació als fills (art. 233.9.2g)

Els progenitors hauran de comunicar-se, amb un preavís mínim de 30 dies, la seva intenció de canviar de domicili. Si el canvi de domicili d'un progenitor impedeix el règim de relacions establert, els progenitors hauran de revisar el pla de parentalitat per tal d'assolir-ne un altre que s'adapti el millor possible a les necessitats dels fills.

Cada progenitor ha d'informar a l'altra dels aspectes relatius a la salut, educació i lleure dels fills.

Ambdós progenitors s'hauran d'intercanviar i tindran accés als documents rellevant dels seus fills.

Tota informació relativa als fills s'haurà d'intercanviar entre els progenitors que en cap cas poden utilitzar els fills com a missatgers per a transmetre's informació, plantejar qüestions o proposar canvi.

El progenitor que tingui la targeta sanitària i/o el document d'identitat dels fills li ho haurà de facilitar a l'altre progenitor. Qualsevol malaltia dels fills comuns haurà de ser notificada pel progenitor que el tingui en la seva companyia a l'altre de forma immediata, podent ser visitat dins dels horaris normals que no interrompi el bon funcionament familiar.

A més, qualsevol dels progenitors podrà prendre qualsevol decisió en cas d'urgència tals com malaltia, accident, hospitalització o una altra circumstància que afecti la salut dels fills, comunicant-ho immediatament a l'altre progenitor.