ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

LA «RESURRECCIÓ» DELS CAPÍTOLS MATRIMONIALS

(L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència)

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número
IL·LM. SR. JUAN-JOSÉ LÓPEZ BURNIOL

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número
IL·LM. SR. JOSEP M. PUIG SALELLAS

30 de novembre de 1999

BARCELONA
MCMXCIX

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

LA «RESURRECCIÓ» DELS DÈBITOLS MATRIMONIALS

(L'autonomia de la voluntat en els pactes reguladors de la convivència)

PROF. DR. D'ORS-GILI
Catedràtic de Dret Civil
Doctor en Ciències Jurídiques
i
PROF. DR. ESTANCO
Catedràtic de Dret Civil
Doctor en Ciències Jurídiques

Barcelona, 1996

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

LA «RESURRECCIÓ» DELS CAPÍTOLS MATRIMONIALS

(L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència)

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. JUAN-JOSÉ LÓPEZ BURNIOL

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. JOSEP M. PUIG SALELLAS

30 de novembre de 1999

BARCELONA

MCMXCIX

ISSN 0210-4296 - Dip. legal: Sep. B. 3029-1958 - Altés, s.l., L'Hospitalet de Llobregat

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. JUAN-JOSÉ LÓPEZ BURNIOL

SUMARI

I. INTRODUCCIÓ

A. L'aparició de nous fets
1. La secularització del dret de família
2. L'equiparació de la dona a l'home
3. La igualació de tots els fills
4. La generalització del dret de propietat i la trivialització del fet successori
B. El canvi ideològic
C. La reforma legislativa
D. El nou escenari

II. ELS PRECEDENTS

A. La «casa»
B. La «ritualització» del matrimoni. El «matrimoni formal»
C. El negoci jurídic de dret de família

III. EL CANVI SOCIAL: DE LA FAMÍLIA PATRIARCAL A LA FAMÍLIA INDIVIDUALITZADA

A. La crisi de la família patriarcal
B. La fi de la família?
C. La família individualitzada i desinstitucionalitzada
D. El debat constitucional
E. Una nova perspectiva

IV. EL MARC LEGAL: DEL CONTRACTE SOBRE BÉNS A LA REGULACIÓ DELS EFECTES DE LA CONVIVÈNCIA

A. La regulació tradicional dels capítols
1. La funció social dels capítols matrimonials
2. El règim de separació de béns. El dot
3. L'heretament
a) L'heretament a favor dels fills dels contraents
b) L'heretament mutual
4. Causa i eficàcia dels capítols: el seu àmbit temporal de vigència
a) El règim general
b) Les excepcions
a') Els heretaments
b') Altres manifestacions d'eficàcia

B. La regulació vigent

1. Plantejament del tema
2. Alguns antecedents
3. L'ampliació de la causa dels capítols i la seva nova funció (la contractació d'*enderrocament*)
4. Conseqüències d'aquesta ampliació. Les seves diferents manifestacions per al cas de ruptura matrimonial
   a) Pactes relatius a la liquidació del règim econòmic matrimonial. Especialment, la modalització de la compensació econòmica per raó de treball
   b) Altres predeterminacions patrimonials per als casos de nul·litat, divorci o separació. La reaparició del dot sota altres formes: el *fons patrimonial familiar*
   c) Pactes successoris: la *reactualització* dels heretaments
      a') A favor dels fills
      b') Mutuals
   d) Eficàcia d'aquests pactes

V. CONCLUSIÓ

Paraules prèvies

Les primeres paraules de qui es disposa a ser rebut com a membre d'una corporació com aquesta Acadèmia han de ser, forçosament, de gratitud i de memòria.

De gratitud per als membres de l'Acadèmia, que han accedit benèvolament que pugui compartir les seves feines passant a ser un d'ells. Sóc conscient de la seva àmplia generositat i, com a conseqüència, deutor per partida doble d'un agraïment que sols podrà mostrar-se, d'una manera efectiva, mitjançant el compromís de col·laboració que assumeixo des d'aquest moment.

I de memòria per a l'il·lustre jurista i polític que m'ha precedit en aquest sitial: Josep Maria de Porcioles i Colomer. No em resulta difícil referir-me a ell. El vaig conèixer i he estudiat —fa algun temps— la seva trajectòria i la seva obra. Puc afirmar, per tant, amb cert coneixement de causa, que Porcioles va reunir, en grau eminent, la doble condició d'home de dret i d'home d'acció.

Va ser, en efecte, un home de dret, és a dir, un jurista que va beure la seva formació d'una doble corrent: la teòrica universitària, que posava l'accent en el dret romà i en el dret civil; i la pràctica notarial catalana —adquirida en el despatx del seu pare, el notari Joan de Porcioles—, que, fruit d'un costum secular intel·ligentment mantinguda, va contribuir en bona mesura a la preservació de la pau social, mitjançant una racional ordenació econòmica del país basada en la «conservació de les cases principals». El resultat estava cantat: Porcioles va ser un excel·lent jurista pràctic —un bon notari—, d'una ideologia conservadora molt pròxima als moviments d'arrel catòlica, que es va integrar des de molt aviat a l'escola jurídica tradicional catalana, com un dels seus membres més distingits. El moment àlgid de la seva trajectòria, en aquest camp, va ser la seva defensa davant les Corts espanyoles —el matí del dia 21 de juliol de 1960— del projecte de Compilació de dret civil de Catalunya.

Però Porcioles va ser també un home d'acció: un polític. Seguint l'exemple patern, Porcioles va simultaniejar l'exercici de la seva professió amb la participació en la gestió dels interessos generals, des que —en 1933— va ser nomenat se-

cretari de la Lliga Catalana, a Balaguer. Després de la Guerra Civil, va ser primer President de la Diputació de Lleida; més tard, director general dels Registres i del Notariat; i, finalment, alcalde de Barcelona durant quinze anys. En tots aquests càrrecs, va posar de relleu un tret vertebral del seu temperament: la seva capacitat de fer «coses», esprement al màxim les possibilitats d'un moment especialment difícil de la vida catalana. Els resultats van ser, sens dubte, diversos i són susceptibles de valoracions polítiques diferents. La seva ponderació no es procedent aquí i ara. Però allà queden, com obres degudes al seu impuls, la Llei i el Reglament hipotecaris vigent, el també vigent Reglament notarial, l'antiga Carta Municipal de Barcelona, la cessió del Castell de Montjuïc i el primer disseny de l'Àrea Metropolitana.

Ara mateix l'estic veient una tarda en el meu despatx, ja jubilat, parlant entretallada i vehementment, amb un sorprenent entusiasme que jo sóc incapaç de sentir, sobre un punt fosc d'un fideïcomís. Per això —per aquest record personal— les meves paraules d'avui van més enllà de la formal exigència protocol·lària, i estan tenyides d'un sincer i vell afecte.

I. Introducció

Una mínima exigència de cortesia intel·lectual obliga a anunciar a l'auditori l'objecte de l'exposició, així com les seves línies mestres. El títol, *La «resurrecció» dels capítols matrimonials* és, en principi, suficientment expressiu. Es tracta de posar de manifest, davant vostès, la previsible revitalització d'aquesta vella institució, com a conseqüència de la concatenació d'una sèrie de fets i de canvis ideològics, que han tingut el seu corresponent reflex legislatiu. Així, els capítols podrien deixar de ser en el futur, si es compleixen certes previsions, la mera relíquia que són en l'actualitat d'una vella institució que va prestar en el passat assenyalats serveis. En efecte, els capítols van arribar a ser l'espina dorsal de l'organització jurídica de la societat catalana, en concret, de la *casa* (l'empresa familiar agrària); però després van anar decaient —des del primer terç d'aquest segle— al compàs de la progressiva obsolescència de la societat *pairal*.

Les causes que fan possible, encara que no segura, aquesta revitalització de la pràctica capitular poden concretar-se en els tres següents apartats:

A. *L'aparició de nous fets*

1. *La secularització del dret de família.* La secularització és un fenomen cultural, neutre en principi per a la supervivència i el desenvolupament de la fe, que comporta, entre molts altres aspectes, l'assumpció per l'Estat laic de serveis o activitats prestats fins aleshores per l'Església. És una conseqüència lògica de

la tendència històrica consistent en una progressiva dessacralització del món, que culmina en un intent de comprensió exclusivament racional, sens perjudici del ple respecte al fet religiós, lliure i individualment assumit, si s'escau, per cada persona.

Especial importància ha tingut a Espanya, en aquest camp —des del segle XIX—, la lluita per la secularització del Dret de família, que comporta bàsicament l'admissió i regulació del matrimoni civil i de la seva plena eficàcia, la competència de la jurisdicció civil en matèria de causes de nul·litat, separació i divorci, i la competència estatal en la «llevanza» i conservació dels registres civils.

Bona prova de les tensions que es van produir en aquest terreny la tenim en el fracàs del Projecte de Codi civil de 1851 (de García Goyena), que s'ha atribuït tradicionalment, amb caràcter exclusiu, a l'oposició foral, quan el cert és que, amb igual o superior força, s'hi va oposar una fèrria oposició eclesiàstica —posada de relleu per Pablo SALVADOR CODERCH i Francisco TOMÁS Y VALIENTE—, per les seves moderadissimes propostes *sobre el dret matrimonial* (salvava tot Trento però gosava atribuir el coneixement de les causes de separació matrimonial —de divorci ni en parlava— als tribunals civils) *i de registre civil* (s'imposava un lleu control públic sobre els registres parroquials).

Però, en qualsevol cas, la tendència era imparable i, si bé amb un segle de retard en alguns aspectes, la secularització del dret de família es va consumar a Espanya amb la Constitució de 1978 i la reforma subsegüent del Codi civil, liberalitzadora del matrimoni civil i permissiva del divorci. És a dir, es va fer realitat el que correspon a una societat secular, autònoma i emancipada del fet religiós.

2. *L'equiparació de la dona a l'home.* Ha escrit l'historiador HOBSWAUM que la verdadera revolució del segle XX «curt» —el que transcorre entre 1914, inici de la Guerra Europea i 1989, caiguda del mur de Berlín— és, més fins i tot que la revolució informàtica i l'enginyeria genètica, l'ensorrament del domini que l'home ha exercit sobre la dona des del principi dels temps, és a dir, l'alliberament de la dona, que ha acabat —als països avançats— amb una dominació patriarcal mil·lenària, no sols en les capes socials altes, on sempre va ser menor, sinó a totes.

En aquest procés d'alliberament poden distingir-se tres etapes: en la primera —iniciada a mitjan segle passat amb la introducció de la profilaxi antisèptica, que va reduir les febres puerperals, causa principal de l'alta mortalitat femenina—, la dona ha passat, de tenir una esperança de vida molt més curta que la de l'home, a superar-lo amb una mitjana de 10 anys. En la segona, iniciada arran de la Guerra Europea, la dona passa a ocupar els llocs de treball que l'home havia hagut d'abandonar a causa del seu reclutament militar, de manera que aquesta integració laboral —ja irreversible— es converteix en el pressupost bàsic de la seva emancipació. La tercera etapa s'inicia en els seixanta, amb l'expansió de la píndola anticonceptiva, que permet a la dona controlar quan i de qui vol quedar em-

barassada, el que —juntament amb el seu projecte laboral propi— li permet que organitzi la seva vida d'una manera autònoma.

3. *La igualació entre tots els fills.* El concepte de «igualtat dels fills davant la llei» sol entendre's en el sentit que imposa un tractament idèntic dels matrimonials i dels extramatrimonials, tant quant als deures del progenitor com a l'herència d'aquest. El fonament últim d'aquesta regla d'identitat estricta de totes les classes de fills es troba en el principi d'igualtat de tots els ciutadans davant la llei, sense que pugui prevaler discriminació alguna entre ells per raó de naixement. Part de la doctrina civilista es va oposar a aquesta igualació al·legant el principi de protecció de la família; de la família «patriarcal», clar està, considerada per l'esmentat sector doctrinal com l'única família mereixedora del tal nom i de la conseqüent protecció jurídica. Però, amb la reforma del Codi civil —el 1981—, les distincions entre els diferents tipus de fills «van ser —com diu Lluís FLAQUER— escombrades pel vent de la història».

4. *La generalització del dret de propietat i la trivialització del fet successori.* Les últimes dècades han suposat l'extensió a la propietat immoble del fenomen del mercat i del sistema capitalista. Els habitatges ja no són béns de llinatge, producció ni inversió, sinó que —com ha assenyalat MEZQUITA— estan passant a cobrir un paper que fins avui era més aviat exclusiu dels béns de consum durador; això determina la massificació i mercantilització del seu trànsit i la «industrialització» de la seva producció (parcel·lació/urbanització/construcció). I això comporta, al seu torn, la massificació de la propietat immoble, amb la conseqüent generalització de la propietat d'habitatges, facilitada per la possibilitat jurídica —oberta per la Llei de propietat horitzontal— de dividir horitzontalment les cases en pisos i locals susceptibles d'aprofitament independent.

A conseqüència de tot plegat, la propietat immobiliària s'ha generalitzat. Ja no són sols propietaris els titulars dels vells patrimonis familiars (la «casa», l'empresa familiar agrària), que es transmetien íntegres i indivisos de generació en generació. Això té dues conseqüències: primera, que la major part dels patrimonis familiars són petits, ja que no es tracta de patrimonis dinàmics o de producció (una empresa familiar agrària, industrial o comercial), sinó de patrimonis estàtics o d'estalvi (patrimonis de subsistència), integrats per l'habitatge familiar, potser per una segona residència, i per alguns estalvis —millor o pitjor invertits— per assegurar la vellesa, tenint en compte la incertesa creixent dels sistemes públics de pensions. Segona, que —malgrat que el fenomen successori implica actualment a molts més ciutadans que en temps passats— la importància objectiva de l'herència va disminuint, atès que els grans patrimonis solen eludir —per òbvies raons fiscals— el «trànsit successori ordinari», i, d'altra banda, moltes situacions de contingut econòmic es transmeten avui al marge de l'herència (assegurances de vida, pensions de viudetat i plans de pensions).

B. *El canvi ideològic*

Com ha escrit Inés ALBERDI, les societats occidentals han passat del regne de la necessitat al regne de la llibertat. El desenvolupament econòmic ha comportat un avenç extraordinari en la millora de les condicions de vida de les seves poblacions i això ha permès l'aparició d'altres objectius vitals i altres alternatives familiars. La raó de ser de la família actual no és ja la supervivència de la «casa» familiar, que empara i protegeix tots els seus membres, sinó la recerca de la realització personal de cadascun dels membres. El canvi ideològic d'aquest final de segle en la família catalana està marcat per les idees d'igualtat entre els sexes, de llibertat d'elecció i de tolerància recíproca. La recerca de la felicitat és el motor fonamental del comportament i de les decisions al voltant del matrimoni. Davant els principis de sacrifici i entrega, que estaven presents en la idea tradicional de la família, sorgeix, cada vegada amb més força i major legitimació, el dret individual a la felicitat que tempera el sentit del deure. Davant la idea de matrimoni vitalici, sense excusa per escaparne, es legitima l'interès individual amb l'exigència d'una renovació constant de l'acord interpersonal. Això introdueix una major força en els llaços interns de la parella i és, a la vegada, la clau de la seva vulnerabilitat. D'altra banda, els fills ja no són un regal o una fatalitat del destí, sinó el fruit d'una decisió conscient dels pares. El resultat més evident és que són menys i estan millor atesos.

Amb tot això —observa Lluís FLAQUER— la família ha anat experimentant en els últims segles una tendència al que en podríem dir la seva «psicologització». Amb la desaparició de la base econòmica, les seves funcions s'han especialitzat en aspectes cada vegada més emocionals. La família occidental s'ha convertit en una fàbrica de personalitats humanes. La importància de la família en el món actual està en el fet que d'ella depèn la fixació de les aspiracions, valors i motivacions dels individus i que, d'altra banda, resulta responsable en gran mesura de la seva estabilitat emocional, tant en la infància com en la vida adulta.

Potser pugui semblar, a primera vista, que aquesta mutació ideològica no té una clara transposició jurídica, però això no és així. La professora ROCA TRIAS ha publicat recentment un innovador i suggestiu estudi *Familia i cambio social*, amb un subtítol que expressa de manera sintètica l'abast de la seva feina: *De la «casa» a la persona*. Es tracta, ni més ni menys, que de la proposta d'afrontar l'estudi de les institucions del dret de família partint d'una constatació inicial, que l'autora diu deure al professor FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, qui li «va fer notar que després de l'entrada en vigor de la Constitució espanyola res era igual que abans, que el nostre sistema jurídic havia canviat». El que significa que «la personalitat dels ciutadans —que els fa iguals davant la llei— no té una traducció pràctica en les normes del dret de família, en el que, fins a la Constitució de 1978, no va regir el principi d'igualtat, sinó el d'autoritat». Per abordar aquesta revi-

sió, ROCA TRIAS parteix d'aquesta premissa fonamental: «La personalitat consisteix en la titularitat dels drets fonamentals pels ciutadans». Per tant, per un jurista, l'objecte actual del seu estudi ha de recaure en l'aplicació dels drets fonamentals en l'àmbit de la família i, en concret, sobre tres punts: el dret a contraure el matrimoni, el dret a dissoldre el matrimoni i la protecció de menors. Aquest estudi ha d'escometre's, al seu judici, tenint molt presents dues idees: primera, que la família no forma part de l'organització de l'Estat, ni té en si mateixa cap reconeixement legal superior o diferent del que s'atribueix als membres que en formen part; i segona, que les bases de qualsevol regulació de la família són els drets fonamentals dels ciutadans, els quals no canvien de condició per estar integrats en un grup familiar. De tot això dedueix i conclou, d'una banda, que els poders públics assumeixen la protecció del grup familiar perquè en el seu si es compleixen unes funcions socials, però sense que la protecció tingui com a subjecte el grup familiar com a tal, sinó en la mesura que permet als respectius individus que el formen obtenir la satisfacció dels seus drets; i, per una altra banda, que, si bé és certa la necessitat que hi hagi una regulació jurídica de la família, la principal justificació de l'esmentada regulació és assegurar els drets dels individus que la formen.

C. *La reforma legislativa*

El perfil de la família espanyola actual és fruit, fonamentalment, de les reformes polítiques que van cristal·litzar en la Constitució de 1978 i que van modificar la regulació del matrimoni i de la família en 1981. L'estructura general de les relacions conjugals i paternofilials van sofrir una transformació total amb el disseny que en va fer la Constitució de 1978 i les reformes del Codi civil de 1981, que van suposar la culminació —amb més d'un segle de retard— d'un dels aspectes de la revolució liberal: la secularització del dret de família.

Els canvis legislatius que es van produir durant la Transició —assenyala Inés ALBERDI— han tingut una gran importància en la configuració d'una nova estructura de relacions familiars. En primer lloc, la Constitució espanyola de 1978 va incorporar el que serien les línies mestres de les transformacions familiars: la idea d'igualtat entre l'home i la dona i la idea d'igualtat de drets entre tots els fills, siguin quins siguin les situacions civils o les relacions entre els seus pares. L'equiparació de drets i de responsabilitats entre els cònjuges transforma el model matrimonial espanyol cap a l'anul·lació de l'autoritat masculina i la independència femenina, facilitant la igualtat social i laboral de la dona. També en la Constitució es va incorporar la possibilitat de ruptura matrimonial, reforçant amb això la llibertat individual i la capacitat d'elecció de l'individu.

I, precisament, en aquesta mateixa línia iniciada per la Constitució s'inscriuen dues lleis aprovades recentment pel Parlament de Catalunya. En efecte,

el 30 de juny de 1998, es va aprovar la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família. I el mateix dia, tot seguit, es va aprovar també la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella. És aquesta la primera llei promulgada a Espanya sobre aquesta important matèria —amb posterioritat ha estat aprovada una llei anàloga a l'Aragó—, malgrat que incideix en un tema sobre el qual està molt generalitzada la convicció social de la necessitat de la seva regulació.

De tots dos textos legals, val la pena reclamar ara la seva atenció sobre dos preceptes:

Primer. L'article 15. 1 del Codi de família (CF): «En els capítols matrimonials, hom pot determinar el règim econòmic matrimonial, convenir heretaments, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients, *àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial*». Convé retenir aquest últim incís, absolutament innovador, que obre —al meu judici— una sèrie de possibilitats enormes d'ampliar les matèries que podran ser objecte d'estipulació capitular en el futur, revitalitzant, en conseqüència, la virtualitat operativa dels capítols.

Segon. L'article 3.1 de la Llei d'unions estables de parella (LUEP): «*Els membres de la parella estable* (heterosexual) *poden regular vàlidament*, en forma verbal, per escrit privat o *en document públic*, les relacions personals i patrimonials derivades de la convivència i els drets i els deures respectius. També poden regular les compensacions econòmiques que convinguin per al cas de cessament de la convivència amb el mínim dels drets que regula aquest capítol, els quals són irrenunciables fins al moment en què són exigibles». Sense entrar ara en debats nominalistes respecte a si aquest document públic —aquesta escriptura— que pot atorgar una parella heterosexual mereix o no el nom de capítols, el que sí que resulta indiscutible és que el seu contingut és típica i tòpicament «capitular», per la qual cosa —tenin en compte que, en dret, el que no són efectes és literatura i, normalment, mala literatura— cap concloure que estem davant d'un nou supòsit de revitalització de les velles capitulacions, és a dir, d'extensió del seu àmbit d'aplicació.

D. *El nou escenari*

Tot l'esmentat es concreta així: els nous fets i el canvi ideològic que han afectat la família durant aquest últim segle n'han provocat la crisi definitiva de l'estructura patriarcal d'aquella —fundada en la dominació del marit/pare— i han precipitat la seva progressiva «desinstitucionalització». Per la qual cosa procedeix preguntar-se si, en aquest context de «desinstitucionalització», s'àmplia l'àmbit de possible actuació de l'autonomia privada, és a dir, queda potenciat el possible joc del negoci jurídic de Dret de família i, en concret, dels capítols matrimonials.

S'intenta, a continuació, respondre aquesta última pregunta. Per això, s'e-

xaminaran primer, succintament, els precedents en els que s'inscriu l'evolució històrica dels capítols; es reflexionarà breument, tot seguit, entorn del trànsit del matrimoni «institucionalitzat» al matrimoni «individualitzat»; i es tancarà l'exposició amb una referència concreta a les possibilitats que brinda el marc normatiu vigent, en el sentit apuntat.

II. Els precedents

A. *La «casa»*

El dret de família i el dret de successions, quant a determinants de les diferents formes d'organització social, constitueixen un aspecte important de qualsevol cultura. Una d'aquestes formes d'organització és la que es denomina sistema de família troncal, caracteritzada per l'existència d'una línia genealògica composta per successives parelles conjugals —una en cada generació—, unides entre si per vincles paterns filials, i en què, de tots els fills d'un matrimoni, sols un d'ells és elegit per quedar-se a la casa paterna, atraient hi el seu cònjuge. L'esmentada elecció, normalment efectuada d'acord amb prelacions de masculinitat i primogenitura, així com la indivisibilitat i permanència del patrimoni familiar, podien ser imposades:

1. Amb caràcter perpetu pel «fundador de la casa», fent ús de la facultat d'establir una «vinculació», que li havia estat concedida com a privilegi pel Rei. Així succeïa, per exemple, en els «mayorazgos» castellans. Per la qual cosa, tal com va observar amb suma agudesa Gonzàlez Palomino, «no va haver a Castella substitucions fideïcomissàries amb aquest nom perquè va tenir un altre, el »mayorazgo«, que, en el fons, no va ser més que una substitució fideicomisaria desbocada»).

2. Mitjançant la imposició de la lliure voluntat del titular del patrimoni familiar (l'empresa familiar agrària: la «casa»), concertada en capítols —per cada supòsit successori— amb la del seu hereu, d'acord amb el costum del país voluntàriament acceptada.

Així ha succeït històricament en Catalunya, on les rigoroses i generalitzades normes de masculinitat i primogenitura, destinades a assegurar la continuïtat del grup domèstic i la indivisibilitat del patrimoni familiar, s'han aplicat mitjançant la seva plasmació en successius heretaments atorgats lliurement en capítols matrimonials, sense acudir a l'ús del privilegi vinculador. Aquest és el significat històric essencial dels capítols matrimonials catalans: assegurar, mitjançant els heretaments, la perpetuació del patrimoni familiar generació rere generació, mitjançant la lliure ordenació de la successió pactada irrevocablement en capítols matrimonials, d'acord amb el costum de la terra. El correcte funcionament d'aquest sis-

tema successori va ser el determinant, juntament amb l'emfiteusi i la masoveria, del desenvolupament de l'agricultura catalana durant el segle XVIII, i va propiciar en Catalunya un major progrés socioeconòmic que als països regits per sistemes hereditaris de simple igualtat. I, atès que les institucions han de ser valorades per la seva capacitat per propiciar el progrés col·lectiu, s'ha de concloure que els capítols matrimonials —a través de l'heretament com peça mestra del sistema successori tradicional català— ha complert secularment la seva funció amb òptim rendiment social.

Les pràctiques de transmissió vinculada de títols jurisdiccionals, i de les propietats que hi són adscrites, eren part essencial d'una ben pensada estratègia que buscava promoure l'ordenada reproducció social d'una elit dominant, i —a la vegada— l'estabilitat de tot un sistema polític. Ara bé, aquesta pràctica va anar estenent-se gradualment a altres estaments de la població, arrelant amb força particular en la pagesia lliure de l'època postfeudal moderna. I, amb referència a Catalunya, TERRADES (esmentat per Andrés BARRERA) vincula l'origen de la institució de l'«hereu» (ordenada en capítols) a la implantació de l'ordre feudal, a partir del moment en què la noblesa cristianacarolíngia va consolidar el seu domini en terres catalanes, davant el poder islàmic atrinxerat al sud de la Marca Hispànica, progressivament estesa, per osmosi o imposició política, als esglaons inferiors de la societat estamental. Es va generar així una estructura social denominada «pairalista», que va fer de Catalunya una societat ordenada, amb un teixit social travat, estable i jerarquitzada —d'una banda—, i dinàmica —per una altra—, les excel·lències de la qual han estat més o menys cantades segons la perspectiva ideològica dels autors catalans que se n'han ocupat.

És destacable que, davant aquesta forma d'ordenar el fet successori, s'han alçat sempre els Estats centralitzats i burocratitzats, partidaris de l'herència divisa, per raons òbvies de debilitació de les estructures socials preexistents, el que redunda en augment del seu poder, per col·locar l'individu directament davant l'Estat. Així, per exemple, els revolucionaris francesos van derogar pràctiques consuetudinaries molt arrelades en una part de França, i van establir les bases de la normativa hereditària que va quedar posteriorment plasmada en el Codi de Napoleó (BARRERA).

Si el sistema català va sobreviure a la legislació desvinculadora del segle XIX, l'explicació s'ha de buscaren el fet que el seu fonament es trobava, no en un privilegi emparat per la llei, aparentment fort però fàcilment derogable, sinó en un costum lliure i espontàniament acceptat que, malgrat semblar més dèbil, és a la llarga més durador, per basar la seva força vinculant en la convicció social de la seva conveniència i utilitat, transmesa espontàniament de generació en generació. No captar aquesta vigència social, històricament determinant, pot produir un desenfocament greu, com l'experimentat per GONZÁLEZ PALOMINO, qui va arribar a afirmar que «la famosa llei de Monsó (que va fixar la legítima del quart,

pagadora en diners) era una llei senyorial, que tenia de considerar-se afectada per la de llei de «señoríos».

És manifest el caràcter axial que ha tingut en els capítols el concepte de «casa», entesa com una realitat permanent que havia de prevaler sempre sobre els individus, els qui havien de sacrificar els seus interessos personals perquè aquella subsistís al llarg dels temps. No obstant això, avui —com hem vist—, l'individu no accepta aquesta subordinació a l'interès de la casa, a la qual considera un ens obsolet. Això, unit a la mutació de valors apuntada, ha provocat l'abandonament de la pràctica capitular, i, consegüentment, dels heretaments, que constitueixen, a més a més, un instrument excessivament rígid, ja que en èpoques d'inestabilitat econòmica tenen l'inconvenient de provocar una excessiva immobilització del capital-terra. Va ser PUIG SALELLAS un dels primers en posar-ho de relleu: «L'any 1920, que és el primer en el qual el document (capítols) apareix individualitzat en l'estadística notarial, i quan la població total era de 2.344.697 habitants, es van atorgar 2.696 capítols matrimonials a Catalunya. Doncs bé, el 1987, quan la població catalana ha experimentat l'increment que tots coneixen, el nombre de capítols ha descendit a 488. Si pensem, a més a més, que d'aquest número una gran part reflecteix una situació de crisi matrimonial o simplement el desig de passar d'un règim de comunitat a un altre de separació, lluny, com a conseqüència, del document tradicional, el canvi esdevé encara més notable. I aquesta última consideració és més evident, si es pensa que, a diferència de l'antiga estadística, quan els capítols s'atorgaven principalment a les comarques de Lleida i de Girona, ara la situació és molt diversa. El major nombre de capítols s'atorga a les comarques barcelonines (365), mentre Lleida baixa a 21 i Girona a 42». En l'última estadística disponible («Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado» del any 1997), el nombre total dels capítols atorgats en totes les notaries catalanes es manté baix —648—, corresponent 482 a Barcelona (299 a la capital), 70 a Tarragona, 48 a Lleida i 48 a Girona. Per la qual cosa pot sostenir-se que resulta plenament vigent la conclusió de PUIG SALELLAS.

B. *La «ritualització» del matrimoni. El «matrimoni formal»*

ÁLVARO D'ORS va escriure, en els seus *Elementos de Derecho Privado romano,* aquestes paraules: «En el concepte romà, hi ha matrimoni legítim (iustae nuptiae) quan un home (vir) i una dona (uxor) que reuneixen els requisits per això (connubium), conviuen amb aparença honorable (honor, affectio maritalis). Les cerimònies que puguin celebrar-se, els esponsals entre els nòvios, la mateixa adquisició de la »manus« sobre la dona, la constitució del dot, totes aquestes poden ser proves de l'honorabilitat, però el matrimoni mateix no consisteix més que en la convivència, i cessa amb ella, és a dir, per la constància de que unilateralment o bilateralment es vol posar fi a la convivència (divortium o repudium)».

En aquesta, com en altres matèries, la tradició jurídica originària de l'Església catòlica va seguir el model romà sense alterar-lo ni una mica. Per la qual cosa pot sostenir-se que, fins que el Decret «Tametsi» —promulgat l'11 de novembre de 1563— va exigir la celebració formal del matrimoni com a requisit necessari per la seva validesa, l'esquema romà estava vigent. Conseqüentment, moltes de les que avui considerem unions de fet haguessin estat considerades amb tota normalitat, abans del Concili de Trento, com autèntics i vàlids matrimonis, ja que —com ha escrit Antonio MONTSERRAT— «abans de l'entrada en vigor del Decret »Tametsi«, el simple consentiment matrimonial d'una dona i d'un home, emès en la intimitat de la seva relació, sense testimonis ni documents escrits, els convertia en marit i muller, davant Déu i davant la humanitat». Les repercussions processals d'aquesta situació són manifestes, ja que com afegeix el mateix autor: «En l'actualitat es demana als tribunals canònics que declarin la nul litat del matrimoni. Abans de Trento, en canvi, el més freqüent era demanar que el tribunal declarés la seva validesa: així va succeir en el 70 % dels casos matrimonials sotmesos al provisorat de Ely (Anglaterra) entre 1374 i 1382; en 38 dels 41 casos haguts en Canterbury entre 1410 i 1420; en 100 dels 228 processos matrimonials celebrats a Augsburg en 1350».

És a dir, que —com afirmen Víctor REINA i Josep-Maria MARTINELL— «durant segles, la tradició judeo-cristiana va conèixer l'existència de matrimonis sense forma de celebració els quals va reconduir dins de la teoria consensual (i el seu corresponent esquema legal) mitjançant la presumpció, i en molts casos ficció, que el comportament sexual o conjugal equivalia a un consentiment, bé inicial o sobrevingut. I aquesta va ser la manera d'integrar dins de la legalitat canònica les "unions matrimonials" entre persones que podien contraure pública i legítimament matrimoni».

L'exigència formal imposada pel Decret «Tametsi» va suposar l'inici d'una llarga tradició de «control social» del matrimoni i, per tant, de la família. Aquesta tradició de recerca del control social del matrimoni —i, conseqüentment, del control de la família, i, per tant, del control de la societat sencera— no és una exclusiva de l'Església catòlica, sinó que va passar a l'Estat modern per la via de la codificació liberal. Així, fins a data molt recent —com apunta LACRUZ—, l'actitud general dels ordenaments davant la unió lliure ha estat la de l'abstenció, ja preconitzada per Napoleó en redactar el seu Codi: «Qui es sostreu al Dret, ha de ser oblidat pel Dret». Aquesta actitud d'abstenció dels ordenaments es deu —segons LACRUZ— a tres motius:

En primer lloc, les relacions extramaritals es consideraven com immorals i contràries a l'ordre públic. Així, per exemple, el jutge anglès DARLING va resoldre —en 1911— el cas «Upfill versus Wright», basant-se en aquesta convicció, que va concretar en unes paraules lapidàries: «Jo no crec que hagi gran diferència entre que la demandada sigui una prostituta o que sigui merament l'amant d'un home».

En segon lloc, els ordenaments prioritzen i els tribunals accentuen l'interès social que la relació entre home i dona resulti tan estable com sigui possible, en particular si hi ha fills, cosa que sols s'aconsegueix —segons el criteri tradicional— a través del matrimoni. Segons aquesta concepció, la llei no ha de debilitar tal estabilitat concedint a les parelles no casades uns drets propis de les casades.

Un tercer motiu per refusar la concessió de drets a la cohabitació extramatrimonial és la dificultat de determinar amb precisió quina ha de ser la relació protegida. El cònjuge que reclama un dret sols ha de demostrar el seu matrimoni, mentre que les relacions extramatrimonials —inclosa la convivència que sols es distingeix del matrimoni per l'absència d'una formalitat legal— són de prova molt més complexa que la celebració de núpcies.

No obstant això, la mutació social dels últims anys ha estat radical. Per mostrar el canvi de mentalitat operat, pot citar-se una altra sentència anglesa, recaiguda en el cas «Dyson Holdings versus Fox» —el 1976—, que considera a una parella no casada com una «unitat familiar», tingui o no fills, sempre que la relació aconsegueixi un «apropiate degree of apparent permanance and stability». En el fons, el que ha vingut succeint durant l'últim terç d'aquest segle, ha estat la gradual extensió de la convivència paramatrimonial com una alternativa vàlida al matrimoni, ja que es considera que tant la unió de fet com el matrimoni generen igualment una família. No és difícil trobar, en la literatura sobre el tema, afirmacions en el sentit que l'home modern tendeix a superar el matrimoni civil, estatal, i a desenvolupar la seva personalitat en un matrimoni intern, individual i autoresponsable.

En aquest tema, i amb independència del sentit últim de la seva feina, Pedro-Juan VILADRICH BATALLER reconeix —en un llibre d'expressiu títol: *L'agonia del matrimoni legal*— que «està molt estesa la convicció que l'únic que diferència la simple unió de fet entre home i dona i el matrimoni, resideix en el fet que aquest últim s'ha celebrat amb els requisits de forma i solemnitats prescrits per la legalitat vigent i s'ha inscrit en els registres oficials, mentre que tota aquesta cerimònia legal ha faltat en el primer cas. Entre un i altre supòsits, no obstant, no hi hauria diferències substancials, això és, en la natura de les relacions "maritals". La diferència estaria en la celebració legal i en la corresponent inscripció de registre. El primer cas quedaria fora del Dret per falta de la seva legal celebració, mentre que el segon seria "matrimoni" precisament perquè la seva celebració formal el constituiria en realitat legal i oficial. El matrimoni, doncs, seria la forma legal de "fer les coses" entre un home i una dona, i les altres serien formes extralegals. En suma, el matrimoni consistiria en la vida marital legalitzada».

Prenent com a referència una enquesta nacional del Centre d'Investigacions Sociològiques publicada en 1989, el 34% dels enquestats va trobar com raó determinant per no casar-se el fet de resultar més fàcil la separació, però major va ser el percentatge que va opinar que «la cerimònia civil o religiosa no afegeix res

al seu compromís (37%); a més a més, les percepcions positives van superar àmpliament les negatives: «és una forma de conèixer-se millor abans del matrimoni» (27%), o «és pràcticament el mateix que estar casat» (29%), davant «és alguna cosa immoral» (20%), o «perjudicial per a la parella» (11%).

Hi ha qui rebutja les reflexions que antecedeixen —i altres similars— com pura fullaraca retòrica. Però, més enllà d'aquests alleujaments, fruit gairebé sempre d'una determinada sobrecàrrega ideològica, no es podrà enfocar degudament el tema de les unions de fet, si no s'arriba a advertir que el que hi ha, en el fons, no és tant la voluntat de substituir el matrimoni per la unió lliure, sinó la decisió de substituir l'actual disciplina per una comunitat més lliure i voluntària, en la qual siguin els vincles afectius i no el pronunciament oficial la base i la regla del consorci. No es rebutja el matrimoni, sinó que, davant el model «oficial», es postula una altra via d'accés a la família, diferent, però amb una pretensió igual o superior de compromís ètic.

Sergio LLEBARÍA ha perfilat de manera precisa el reflex jurídic de la situació actual de la parella de fet, en el títol d'un treball seu sobre aquest tema: *Hacia la familia no matrimonial.* Fa, d'entrada, una crida a la prudència: «El fenomen de ha despullar-se de tota exageració que, per excés o per defecte, maculi la seva autèntica transcendència jurídica. Ni la parella de fet és un invent d'homosexuals, ni el matrimoni pateix un procés de desinstitucionalització». Però admet també, tot seguit, que el contingut i la sistemàtica dels article 32 —dret a contraure matrimoni— i 39 —protecció de la família— de la Constitució espanyola «faculten a pensar que el dret a casar-se no s'identifica ni absorbeix el dret a formar una família en condicions d'igualtat.»

En aquesta línia de pensament, entenc que la família sorgeix no sols del matrimoni, que és la «forma» habitual de crear-la, sinó que també existeix una família allà on un home i una dona estan units de fet, de manera que es produeixi una autèntica «possessió d'estat» marital —aquesta possibilitat ja va ser apuntada fa temps per RODI i JOSSERAND—, perquè hi concorren els tres clàssics requisits exigibles per al seu reconeixement: «nomen», que se'ls tingui i tracti socialment com a marit i muller; «tractatus», que la seva relació sigui efectivament marital; i «fama», que la unió sigui notòria i coneguda. Des d'aquesta perspectiva, resulta lògic extreure dues conseqüències:

Primera. Una forta reserva davant la decisió de regular la unió de fet heterosexual en una llei especial (la LUEP), al marge del Codi de família, ja que aquesta unió de fet genera autèntiques relacions familiars. Com apunta LLEBARÍA amb raó, «el que era urgent ja va ser abordat: igualtat dels fills (matrimonials i extramatrimonials)». Però el tema no s'esgota aquí. Perquè, pot discutir-se si es justifica o no una diferent protecció de la família, en funció de l'existència o no de matrimoni. Però el que no pot, de cap manera, discutir-se és que la «família no matrimonial» generada per una unió de fet heterosexual és una autèntica família, per

la qual cosa la seva regulació va haver d'abordar-se sense excuses en la seva seu pròpia, que és el Codi de família. No haver-ho fet així, regulant-la conjuntament amb la unió de fet homosexual, no pot justificar-se amb unes preteses raons de política legislativa, sinó que respon, amb certesa, a un motiu més profund: la resistència a acceptar sense reserves que la unió de fet heterosexual genera unes autèntiques relacions familiars. Possiblement, perquè rau de manera subjacent en el fons de tal posicionament, encara que no es reconegui de manera explícita, l'antiga i soterrada convicció que la unió de fet heterosexual suposa «com qüestió de principi, un desordre moral i social». Que aquest judici de valor personal pugui sustentar-se —aquestes paraules les va escriure José-Luis LACRUZ en 1984— és una cosa absolutament respectable a títol individual. Però legislar el 1998 d'acord amb idèntic criteri, encara que sigui encobert, és discutible que respongui a la convicció social dominant. I aquesta és la crítica màxima que pot fer-se a una llei. Perquè és en la convicció social dominant, que tota llei ha d'assumir, condensar i expressar, on es troba —precisament— l'arrel de la força normativa del seu mandat.

Segona. La constatació que, per molt que es vulguin «marcar distàncies» entre la família matrimonial i la família no matrimonial, la «força normativa dels fets» és irrefrenable, per la qual cosa resulta obligada i inevitable, al cap i a la fi, l'extensió de l'aplicació del règim matrimonial primari a les unions estables heterosexuals, tal com fa la LUEP. El que no deixen de criticar els qui s'oposen com Judith SOLÉ RESINA— a «la similitud que, a molts efectes (segurament massa), presenten aquests tipus de relacions amb el matrimoni segons la concepció de la qual parteix la Llei», el que implica —al seu judici— «una desnaturalització» del concepte mateix d'unió de fet.

Aquesta pretesa «desnaturalització» del caràcter merament «fàctic» de la unió de fet heterosexual ha estat un dels arguments més comunament utilitzats, per aquells que s'oposen a la regulació jurídica dels efectes de l'esmentada unió. Així, aquests entestats defensors d'una curiosa idea de llibertat solen preguntar-se, retòricament, com pot admetre's que, a causa de la reglamentació jurídica de la unió de fet, una parella no pugui ja unir-se «lliurement», sense quedar subjecta als efectes d'una normativa jurídica —anàloga a la matrimonial— que ambdós —ell i ella— han volgut excloure, potser, concertada i deliberadament.

La resposta a aquesta pregunta exigeix situar-nos en un pla superior al jurídic i aprofundir en el concepte mateix de llibertat. Recordem, molt breument, que segons la interpretació usual —segueixo a Alejandro LLANO—, el fonament filosòfic de la modernització consisteix en la progressiva radicalització i subjectivació de la llibertat humana, entesa com desvinculació i autonomia. La llibertat es realitza a si mateixa en un procés d'autoalliberament que pugna per arribar a ser absoluta, és a dir, completament deslligada d'una suposada essència metafísica i dels llaços estables que la tradició presentava com a naturals. Des del punt de vis-

ta cultural, les principals etapes d'aquest procés són el Renaixement, la Reforma i la Il·lustració, com a aplicacions de l'actitud alliberadora als terrenys de l'art, de la religió, de la ciència i del dret. Es tracta de passos en una mateixa direcció: la supressió de límits imposats als actors socials, que aconsegueixen progressivament llibertat d'acció i capacitat de decisió.

Des d'aquesta perspectiva, resulta evident que la regulació jurídica de la unió estable de parella pot semblar -a primera vista- una involució. Però aquesta conclusió oblida un aspecte fonamental: que, sens perjudici de la progressiva ampliació de l'àmbit de la llibertat individual, que informa i vertebra l'evolució històrica de la nostra civilització, segueix sent consubstancial amb el concepte mateix de llibertat la idea de responsabilitat. Hi ha llibertat perquè existeix responsabilitat, i no al revés. Com a conseqüència, som lliures perquè som responsables; és lliure qui assumeix càrregues, qui no eludeix les conseqüències dels seus actes. La llibertat no consisteix en la possibilitat d'elegir entre diverses opcions intranscendents —entre l'una o l'altra marca de whisky, per exemple—, sinó en la capacitat d'adoptar decisions que impliquin responsabilitats. Per exemple, viure sols o viure en parella. Però amb el benentés que aquesta última opció, lliurement elegida, no implica de cap manera una via per eludir les responsabilitats derivades d'una vida en comú, que sorgeixen tant entre els convivents, com pel que fa a tercers. I la regulació jurídica de les unions estables de parella no pretén una altra cosa que conformar, des de l'angle dels interessos generals i amb subjecció a la convicció social dominant, aquelles responsabilitats.

D'altra banda, en algunes ocasions, els qui més abominen de la regulació de les unions estables de parella, en nom d'una llibertat —falsa per irresponsable— que aixequen com a bandera de modernitat, el que intenten és protegir, d'aquesta manera indirecte, la seva concepció estrictament tradicional del matrimoni, preservant-lo com via d'accés exclusiva a la família i impedint així la possibilitat d'una família «no matrimonial» que rebutgen. I és que, si es regulen les unions estables de parella, resulta inevitable la progressiva assimilació del règim jurídic de la família extramatrimonial al règim jurídic de la família matrimonial. Per la qual cosa resultarà progressivament, amb el pas del temps, que els estatus jurídics de tots dos tipus de família tendiran a confondre's, a assimilar-se els seus respectius efectes. És a dir, s'accedirà a la realitat familiar tant a través del matrimoni, com mitjançant la «possessió d'estat». Amb el que haurà tocat la seva fi el monopoli matrimonial «formal», institucionalitzat i rígid, que es veurà substituït pel «matrimoni a mesura», en virtut de la possibilitat d'autoregular les unions estables de parella, dins del marc fixat per la llei, mitjançant un document que no és, en el fons, una altra cosa que una varietat moderna d'un vell institut: els capítols.

Això ens porta a una última reflexió al voltant de la configuració i l'àmbit del negoci jurídic de dret de família.

C. *El negoci jurídic de dret de família*

La Llei de 7 de juliol de 1981 va introduir la figura de l'anomenat «conveni regulador», com a instrument per regular —de manera pactada— tant les situacions de crisi matrimonial com les que subsegueixen a la separació, la nul·litat o el divorci. La introducció d'aquesta institució va precipitar la necessitat de replantejar-se el joc del principi general de l'autonomia privada en l'àmbit del dret de família.

Després de la superació de la polèmica al voltant de la natura pública o privada del dret de família, part de la doctrina civilística va sentir la necessitat d'oferir un assaig sistemàtic dels problemes generals d'aquell, anteposant a l'estudi de les seves diverses institucions (matrimoni, filiació i tutela) una anàlisi dels conceptes rectors i dels principis generals, i en concret, el tractament del negoci jurídic familiar, diferenciant-lo del negoci jurídic patrimonial.

En aquesta línia, DÍEZ-PICAZO va defensar —en un treball publicat fa quaranta anys— l'admissió, dins d'uns marges, de l'autonomia privada al camp del dret de família, enumerant els diversos negocis jurídics familiars previstos llavors pel dret positiu espanyol: la promesa de matrimoni, el matrimoni, el pacte sobre la cura dels fills una vegada executada la nul·litat del matrimoni (art. 71 CC), el reconeixement de fill natural, l'emancipació, l'adopció, els capítols matrimonials, les donacions nupcials, etc. Ha de destacar-se, precisament, la importància del supòsit de l'art. 71 del CC, pel seu significat com antecedent immediat del conveni regulador.

Davant aquesta postura, els negadors de la figura del negoci jurídic en el dret de família es donaven suport, sobretot, en l'existència d'un ordre públic familiar i en el caràcter fortament imperatiu dels mandats familiars, dominats per l'interès general, i de la tutela dels quals han de tenir cura els òrgans de l'Estat.

En qualsevol cas, i prescindint del valor dogmàtic que pugui tenir —de contorns necessàriament imprecisos— el concepte de negoci jurídic de dret de família, resulta útil, d'entrada, perquè serveix per destacar que el principi d'autonomia privada té cabuda en el dret de família, així com per contrarestar aquell corrent doctrinal que ha explicat els actes familiars de declaració de voluntat com actes de natura no negocial (actes de poder estatal o actes de poder familiar), fonamentant-se en el fet que el dret de família es troba dominat per la idea d'interès públic, de la tutela del qual estan encarregats els òrgans de l'Estat i els òrgans familiars mateixos.

Admès, així, que l'autonomia privada té cabuda en el dret de família, és a dir, que —com sosté LACRUZ— existeixen àmbits abandonats al poder individual, convé destacar dos fets:

a) Que mentre el joc de l'autonomia privada és creixent en l'àmbit del dret de família, és a dir, que —en l'actualitat— van caient en el seu àmbit, una darre-

re l'altra, les antigues normes prohibitives i de dret necessari, aquestes van guanyant terreny en l'àmbit del dret patrimonial. En aquest últim sentit es va pronunciar, fa pocs mesos, el professor JIMÉNEZ DE PARGA, en el seu discurs d'ingrés en aquesta mateixa Acadèmia, en destacar la regulació accentuadament intervencionista de la societat de responsabilitat limitada, que han dut a terme la Llei i el Reglament vigents del Registre Mercantil.

b) Que, atesa la crisi de l'antiga organització econòmica familiar (de la «casa», és a dir, de l'empresa familiar agrària), així com la progressiva menor interdependència econòmica entre els membres d'una mateixa família, han anat perdent progressivament importància algunes velles i fonamentals institucions del dret de família de contingut patrimonial i, en concret —com hem vist—, els tradicionals capítols matrimonials típics del dret català.

En resum: s'està manifestant un joc creixent de l'autonomia privada en l'ordenació de les relacions familiars, en concret, de les situacions de crisi, i una progressiva pèrdua d'importància d'algunes institucions destinades a regular aspectes exclusivament econòmics del matrimoni.

En aquest marc —com un negoci jurídic de dret de família de contingut variable i no necessàriament patrimonial— s'han d'enquadrar, al meu judici, els capítols matrimonials, més enllà del seu tòpic contingut estrictament referit a l'economia «normal» del matrimoni. És a dir, uns capítols entesos com l'instrument adequat per establir les estipulacions i els pactes lícits —personals i patrimonials— que es considerin convenients, fins i tot en previsió d'una ruptura matrimonial.

No obstant això, amb referència al conveni regulador, un sector doctrinal ha sostingut que l'autonomia de la voluntat juga un paper secundari en l'elecció de les solucions per a les situacions de crisi matrimonial, atès que, en primer lloc, els efectes de la nul·litat, la separació i el divorci són establerts per la llei, en una intervenció decisiva del poder públic; i, a més a més, aquesta mateixa llei imposa un model únic en les crisis matrimonials, en la confecció del qual s'han tingut en compte els principis constitucionals d'igualtat i de protecció dels fills. El que és, sens dubte cert; però tampoc pot perdre's de vista que la llei imposa un marc determinat, però no traça el dibuix «emmarcat», que queda —en principi— a l'arbitri dels contraents o cònjuges.

III. EL CANVI SOCIAL: DE LA FAMÍLIA PATRIARCAL A LA FAMÍLIA INDIVIDUALIZADA

A. *La crisi de la família patriarcal*

El Dret és una realitat històrica, per la qual cosa qualsevol modificació de l'estatus jurídic preexistent s'insereix en un procés de canvi, que enfonsa les seves

arrels en el passat i es projecta cap al futur. Conseqüentment, l'estudi de qualsevol institució jurídica ha de ser emprès des d'una perspectiva històrica. El que resulta doblement cert en matèria de dret de família, atesa la profunda imbricació de les seves institucions en el substrat social de cada època i l'estreta interrelació existent entre els seus principis fonamentals i el sistema de valors socialment dominant.

Des d'aquesta perspectiva —i per el fa al nostre estudi—, ha d'assenyalar-se que la situació de què es procedeix és, d'entrada, la d'un país en què la secularització del dret de família —la plena admissió del matrimoni civil i del divorci— va arribar amb segle i escaig de retard, per la qual cosa la consideració estrictament formal del matrimoni —fruit de la persistent empremta del dret canònic—, així com la seva catalogació com a única forma d'accés a la realitat familiar, estan encara fermament arrelats en amplis sectors —encara que segurament no majoritaris— de la població espanyola i, en concret, de la catalana.

Malgrat aquest punt de partida, la societat espanyola en general —i la catalana en particular— no són immunes a les profundes tensions que la família està experimentant en l'actualitat. Manuel CASTELLS tracta d'aquest tema en un capítol del seu llibre *La era de la información*. Part de la constatació que l'eix que ha vertebrat la configuració tradicional de la família és el patriarcat, que es caracteritza per implicar una autoritat dels homes sobre les dones i els seus fills, en el si de la unitat familiar, imposada des de les institucions. Però, en aquest fi de mil·lenni, la família patriarcal, pedra angular del patriarcat, es veu desafiada pels processos interrelacionats de la transformació del treball i de la consciència de les dones. ¿Per què ha succeït així, a partir del els anys 60?

La raó es troba —al seu judici— en una combinació de quatre elements: primer, la transformació de l'economia i del mercat laboral, en estreta associació amb l'obertura de les oportunitats educatives per a les dones. Segon, la transformació tecnològica de la biologia, la farmacologia i la medicina, que ha permès un control creixent de l'embaràs i la reproducció de l'espècie humana. Tercer, en aquest context de transformació econòmica i tecnològica, el patriarcat ha sofert l'impacte del desenvolupament del moviment feminista. I quart, la ràpida difusió de les idees d'una cultura globalitzada i en un món interrelacionat.

L'observació de les tendències que afecten l'estructura i dinàmica de la família patriarcal en les estadístiques nacionals comparades és —segons l'opinió de CASTELLS— un poderós signe del canvi. Així, en primer terme, la dissolució de les llars de les parelles casades, per divorci o separació, és un primer indicador de la desafecció a un model de família que es basava en el compromís, a llarg termini, dels seus membres. En segon lloc, la freqüència creixent de les crisis matrimonials i la dificultat, cada cop més gran, per fer compatibles matrimoni, treball i vida semblen associar-se amb dues altres fortes tendències: el retard de la formació de parelles i la vida en comú sense matrimoni. I, finalment, com a resultat d'a-

questes diferents tendències, juntament amb factors demogràfics com l'envelliment de la població i les taxes de mortalitat diferents segons el sexe, sorgeix una varietat creixent d'estructures de llars, amb el que es dilueix el predomini del model clàssic de la família nuclear tradicional (parelles casades en primeres núpcies i els seus fills) i es debilita la seva reproducció social, i proliferen les llars unipersonals i les d'un sol progenitor.

Tota aquesta argumentació posa en dubte l'estructura i els valors de la família fundada en l'autoritat paterna. Encara que també és possible efectuar una valoració negativa de la crisi d'aquest tipus de família. Així, Fracis FUKUYAMA sosté —en un recent assaig respecte a les causes que expliquen, al seu judici, els problemes del desordre social contemporani— que el primer i principal dels grans canvis esdevinguts en els anys 1965-1995 és el declivi de la família, que ell atribueix a l'augment del divorci i a l'absència d'un compromís cívic, atès que la nova família trencada destrueix, segons ell, la confiança i els hàbits socials, a causa de l'absència de la figura del pare i la falta d'autoritat paterna. El cert és que FUKUYAMA va molt lluny, ja que arriba a afirmar que el treball assalariat de les dones i el control de la natalitat són els dos factors fonamentals del canvi familiar, acompanyats dels sistemes de protecció social. I afegeix que precisament la protecció social fomenta la ruptura familiar, ja que l'existència del *welfare* incita a la desviació, perquè fa més suportables els seus efectes. Aquest diagnòstic ha estat qualificat per Inés ALBERDI com a intencionadament antifeminista, atès que culpa, com causants dels problemes que se'ns presenten a tots, només a les dones, les persones que més recentment s'han alliberat dels lligams i les dependències què van estar sotmeses durant segles. Com bon pensador reaccionari que és, Fracis FUKUYAMA detecta els problemes, però no és capaç de veure els aspectes positius del canvi social.

B. *La fi de la família?*

Davant aquesta posició clarament involutiva de FUKUYAMA, ha de afirmar-se que la crisi de la forma clàssica de família no significa, de cap manera, el final de la família, ja que, en el desenvolupament històric de les societats —com destaca certerament Isaiah BERLIN—, no hi ha sols valors bons contraposats a valors dolents, hi ha molts valors bons i legítims contraposats entre si i hem d'optar entre ells; i, en optar, molt sovint hem de deixar de banda valors també legítims. És en aquest sentit que, encara que comprenent la resistència d'aquells grups socials que perden preeminència amb el canvi, s'ha de donar tracte preferent —i identificar com més dignes de protecció— els interessos emergents de les dones; que imposen, amb el canvi de les seves pautes de conducta i el seu nou ordre de prioritats, una transformació fonamental que influeix en les famílies i incideix a la societat com un tot. En un recent treball *La familia en España. Pasado y presente,* David S.

REHER ha posat de relleu la radical inexactitud de la idea de la fallida de la família a causa de la modernització social i econòmica, malgrat comptar amb una tradició bastant llarga en certs cercles de científics i crítics socials, si bé reconeix que les formes familiars i l'organització de la família han experimentat fluctuacions significatives. Com assenyala Lluís FLAQUER, totes les enquestes coincideixen a assenyalar que la família és un dels valors que més aprecien els ciutadans, per la qual cosa es pregunta com s'explica aquest esparpell tan espectacular de la família, la representació pública de la qual fa uns tres segles que estava per terra. I estima que el creixent prestigi de la família en la nostra societat ve donat per la major necessitat psicològica que tenim d'ella, que augmenta a mesura que els seus membres s'individualitzen i la seva intensitat institucional s'esvaeix. Ara bé, quan la família ve a menys com a ingredient de l'organització social, augmenta la seva importància com a objecte del debat polític, ja que el presumpte fi de les ideologies en el terreny del públic comporta una intensificació dels debats al camp privat. En qualsevol cas, ja no és possible ni desitjable el retorn al règim patriarcal. La família ha perdut consistència institucional, però ha guanyat intensitat psicològica i emocional. Ja no hi ha una família amb majúscula, amb un patró normatiu únic, però hi ha una pluralitat de famílies amb minúscula, formades per persones que encara creuen que aquesta aventura val la pena i que s'organitzen segons el seu bon criteri.

C. *La família individualitzada i desinstitucionalitzada*

¿És possible arribar —es pregunta FLAQUER— a una família totalment individualitzada i desinstitucionalitzada?; ¿es produirà una opcionalitat entre el matrimoni i la cohabitació?; ¿o bé es tornarà a un nou model institucional de la família, amb una regulació social més forta?. I conclou que sembla poc probable una tornada enrere en els comportaments, per la qual cosa es pot conjecturar que continuarà la democratització de l'organització familiar, així com la proliferació de les relacions «no formals» i la crisi dels valors estrictament institucionals en l'àmbit privat.

Un reflex, exclusivament jurídic, d'aquesta realitat emergent es manifesta de manera explícita, concisa i contundent —encara que no unànimement acceptada— en l'obra *Las uniones matrimoniales de hecho,* de Víctor REINA i Josep-Maria MARTINELL. Després de constatar el buidat de continguts institucionals del matrimoni civil (superació de la indissolubilitat, que ha desaparegut amb el divorci; restricció de l'exigibilitat jurídica dels elements obligacionals clàssics del matrimoni; mitigació jurisprudencial de les conseqüències de la culpabilitat, en matèria de separació i divorci; desaparició de la prefixació legal de l'ordenació a la procreació com a fi del matrimoni), conclouen que, davant aquesta realitat, ha reconèixer-se la minvada funció que exerceix actualment el matrimoni, des d'a-

questa perspectiva institucional, atès que a penes hi ha vertaders principis ni obligacions per protegir, en el terreny estrictament matrimonial. «És probable —afegeixen— que, quan amb el pas dels anys s'examini amb perspectiva històrica aquest tipus d'estructures juridicomatrimonials, la valoració no sigui molt favorable i que aquestes estructures es contemplin com un episodi més d'un procés sinuós, que potser haurà culminat amb la definitiva i absoluta liberalització de continguts institucionals, en què ja gairebé estem». No obstant això, reconeixen que «no està mancat el matrimoni "consensual-formal" d'una important funció difícilment substituïble. En efecte, la seva significació i sentit ha de buscar-se en l'actualitat en la seva dimensió operativa, de manera que el matrimoni civil és un instrument, i la seva regulació legal un sistema de garanties i presumpcions, en el marc del dret de família».

És a dir: el matrimoni és «un» instrument i «un» sistema; però no l'únic mitjà d'accedir a la realitat familiar plena, ja que —en la dinàmica tossuda dels fets— la família ja ha deixat de ser una realitat institucional rígida, d'accés exclusiu mitjançantel matrimoni. A la família també s'accedeix, per exemple, a través de la «possessió d'estat» que genera la unió estable de parella heterosexual. De la família «institucionalitzada» s'està passant, amb rapidesa progressiva, a la família «individualitzada».

D. *El debat constitucional*

L'art. 39.1 de la Constitució estableix que «Els poders públics asseguren la protecció social, econòmica i jurídica de la família».

Amb referència a aquest precepte, la professora ROCA TRIAS es planteja, en el seu treball esmentat, «una qüestió essencial i prèvia: ...saber quina família pot reclamar la protecció acordada en el programa constitucional». En resposta a aquesta pregunta, sembla clar —afortunadament— que el legislador constitucional no ha limitat la protecció constitucional a un tipus específic de família. En realitat, la Constitució utilitza un «concepte prejurídic de família», que no es troba en el seu propi articulat, sinó que s'hi ha de buscar fora. Aquest ha estat el camí seguit pel Tribunal Constitucional, malgrat que les discussions parlamentàries al voltant del tema semblen donar a entendre que el legislador estava pensant en la família estandard —la família «nuclear»—, d'origen matrimonial. En efecte, el Tribunal Constitucional no ha exclòs de l'esmentada protecció una altra classe d'unitats familiars «formades sobre bases o amb caràcters diferents a aquells que existeixen en un moment històric determinat». El Tribunal Constitucional ha pretès desentranyar —en aquesta línia— «el que en cada moment haconsiderarse digne de protecció».

Pot citar-se, en aquest sentit, la conegudíssima STC 222/1992 (d'11 de desembre), segons la qual

«la nostra Constitució no ha identificat la família a la qual mana protegir amb la que té el seu origen en el matrimoni, conclusió que s'imposa no sols per la regulació ben diferenciada d'una institució i una altra, sinó també, al costat d'això, pel mateix sentit emparador i tuïtiu amb què la Norma fonamental considera sempre la família i, especialment, en el repetit article 39, protecció que respon a imperatius lligats al caràcter »social» del nostre Estat».

Si bé, la STC 184/1990, sobre pensions de viudetat a persones no casades, deixa absolutament clar que no hi ha tampoc una exigència constitucional d'igual protecció en les diferents situacions. En efecte, segons ella

«És clar que en la Constitució de 1978 el matrimoni i la convivència extramatrimonial no són realitats equivalents. ... El vincle matrimonial genera *ope legis* en la dona i el marit una pluralitat de drets i deures que no es produeix de manera jurídicament necessària entre l'home i la dona que mantenen una unitat de convivència no basada en el matrimoni.»

Resulta evident que, de la dialèctica entre ambdós criteris (obertura del concepte de família/no exigència d'idèntica protecció per a tots els «tipus» de família), sorgiran sens dubte conflictes, que sols podran ser resolts —en cada cas— d'acord amb «la realitat social del temps en què ha de ser aplicada (la Constitució), atenent fonamentalment a l'esperit i la finalitat» (art. 3.1 CC), que de cap manera va ser consagrar dogmàticament i inalterablement un determinat tipus de família —la família nuclear matrimonial— com a únic supòsit mereixedor de la protecció constitucional.

En aquest sentit, Inés ALBERDI posa de relleu com «la legalització del divorci el 1.981 va ser, finalment, el detonant de la ruptura amb un model de família tradicional ancorat en la idea de la submissió personal dels individus a la institució, fossin quines fossin les condicions en què el matrimoni es trobés. ...Amb la Constitució de 1978 la societat espanyola ha assistit a una transformació fonamental desprenent-se d'una forma tradicional de matrimoni i de família després de més de quaranta anys d'indissolubilitat matrimonial». Ara bé —afegeix—, «la Constitució dóna suport expressament a la institució familiar, a la vegada que permet la seva futura evolució i diversitat. Com no entra a definir què és la família, permet una gran varietat d'interpretacions del que aquesta sigui, obrint possibilitats per satisfer una sèrie de demandes que es plantegen en els moments actuals, tant per exigència d'una sèrie de col·lectius històricament marginats (homosexuals o mares solteres), com dels avenços científics i tecnològics que ens confronten amb noves possibilitats de configuració de les unitats familiars».

E. *Una nova perspectiva*

Els nous fets apuntats i el canvi ideològic que faciliten han provocat —segons hem vist— una doble conseqüència: d'una banda, la crisi irreversible dels models clàssics de família en la nostra àrea cultural (desaparició de la la família patriarcal i no exclusivitat de la família nuclear); i, per una altra, el qüestionament del matrimoni «formal», entès com a mitjà exclusiu —i institucionalment rígid— per accedir a una realitat familiar mereixedora de la protecció constitucionalment establerta.

Tot plegat apunta a una nova perspectiva: la que brinda l'aparició d'un nou model de família, desinstitucionalitzada i individualitzada, a la qual es pot accedir tant pel matrimoni «formal» com per la possessió d'estat que genera una unió de fet. Conseqüentment, en la determinació i configuració del contingut de drets i obligacions recíprocs propis d'aquesta nova família «plural» resultarà decisiva la voluntat dels cònjuges —o convivents— contractualment expressada. El que implicaria, de ser cert, una revitalització o resurrecció dels capítols. Examinem ara, per tant, la virtualitat operativa d'aquests en el futur, per la qual cosa resulta convenient una referència a la seva història —a la funció que van prestar en el passat—, més des d'un angle «fisiològic» que estrictament «anatòmic».

IV. El marc legal: del contracte sobre béns a la regulació dels efectes de la convivència

A. *La regulació tradicional dels capítols*

1. *La funció social dels capítols matrimonials.*

A partir del la segona meitat del segle XI —escriu Lluís To Figueras— s'estén entre els pagesos catalans el costum de transmetre els patrimonis mitjançant una donació. Aquestes donacions segueixen, al principi, l'esquema formal de les tradicionals donacions de pares a fills; i no serà fins al segle XIII quan se'ls donarà un nom específic, que és el d'«heretament». Aquestes donacions als fills presenten tres característiques que les distingeixen clarament dels seus precedents. En primer lloc, es tracta de cessions que s'emmarquen dins d'un pacte matrimonial, ja que l'objecte de la donació serveix als fills beneficiaris com esponsalici ofert en contrapartida del dot. En segon lloc, l'objecte de la donació era tot el patrimoni dels pares o el essencial d'aquest i, atès que el beneficiat era un sol fill, això implicava un repartiment clarament desigual de l'herència entre els descendents. En tercer lloc, els pares cedien aquests béns amb una reserva d'usdefruit vitalici, que fixava amb precisió el lloc de cadascun en el si de la «casa».

A partir d'aquest moment, es va generalitzar la pràctica capitular com a pas previ a l'enllaç matrimonial del primogènit («hereu») —o de la primogènita («pubilla»)—, abans del casament. En els capítols, les parts arribaven a un compromís

respecte a qüestions bàsiques concernents al matrimoni projectat i a la seva successió futura: pacte ferm d'afavorir amb l'herència al «casat a casa», obligacions actives i passives a les que està sotmès el matrimoni, béns dotals que aportarà a la casa la dona («jove») —o l'home que entra com a «pubill»—, dret d'usdefruit a favor del «sobrevingut» si envidues i, en fi, previsions per a la successió de la parella que es forma. Abans de casar-se s'havia de «lligar bé les coses»; el contrari era propi de «gent descurada, de poc seny». Un casament celebrat sense abans haver atorgat els corresponents capítols era adjetivat com «casament de gitanos». Si bé, lògicament, no atorgaven capítols els qui no podien aportar «cap dret»; els capítols quedaven per als que tenien «força».

Tot plegat —en paraules de Josep FAUS (1907)— regit «pel principi cardinal de tot el nostre dret hereditari i familiar, (que) és la conservació del patrimoni», la conservació de la «casa», del «mas». La paraula «mas» («mansus») sembla que va néixer a la Galia en una època anterior a la carolíngia Jordi DE BOLOS— i es va difondre per les terres catalanes amb la conquesta francoaquitana, en època de Carlemany. Designa el prototip català d'habitatge-explotació «pagesa», fruit dels esforços sumats de generacions d'avantpassats i cristal·lització d'una voluntat ferma i sostinguda per ampliar i consolidar l'autonomia domèstica.

PUIG SALELLAS ha tractat amb precisió jurídica aquesta matèria, en la seva obra *De remences a rendistes: els Salellas (1322-1935)*, basant-se en el fons documental de la seva pròpia família materna. Destaca com, per aconseguir la conservació de la «casa», era precís cobrir un doble front: primer, evitar la degradació del patrimoni a través de la seva divisió per via successòria; i segon, evitar el pas del patrimoni a una altra família, especialment en el supòsit que el seu últim titular no tingues descendència. Veiem-ho:

Per evitar la disgregació del patrimoni familiar era precisa una doble línia d'actuació. En primer lloc, instituir un sol hereu i, després, disminuir quantitativament «els drets» —la legítima— dels altres fills. Doncs bé, el vehicle documental idoni per aquests dos objectius eren els capítols matrimonials, que, tenint en compte que eren un conveni entre dues famílies i prenent com a referència la hipòtesi estadísticament dominant —que l'hereu sigui home— són susceptibles de ser considerats des d'una doble perspectiva:

— Vistos des de la perspectiva de la família del nuvi, eren el document on se solemnitzava l'elecció d'aquest com a futur gerent del patrimoni familiar, a través de l'heretament.

— Vistos des de la perspectiva de la família de la núvia, eren el document on, amb el pagament del dot i la denominada «definició» de drets, se solemnitzava aquella delimitació dels drets legitimaris.

Pel que fa al segon d'aquells objectius, és a dir, el manteniment del bloc patrimonial en la família en cas de falta de descendència de l'hereu, el mecanisme també era doble i també de plasmació capitular:

Primer, el denominat pacte «reversional», que provocava el retorn a la generació anterior, si l'hereu moria sense posteritat en vida d'ella.

Segon, la substitució fideïcomissaria, que donava lloc a la transmissió a un germà de l'hereu o als seus descendents, si aquella mort sense posteritat tenia lloc morta ja la generació anterior.

Finalment, a més a més de l'heretament i el dot, els capítols podien contenir una tercera vessant, d'aparició més tardana: les previsions efectuades pels nuvis respecte a la seva futura successió. D'aquesta manera, els capítols estenien encara més la seva virtualitat operativa, estenent la seva vigència reguladora a tres generacions, de manera que quedava reforçada la decisiva aportació dels capítols a l'estabilitat d'aquelles estructures familiars.

D'aquest ampli ventall, interessa —als efectes d'aquest treball— centrar l'atenció en dues institucions: el dot i l'heretament, tant l'heretament a favor dels fills dels contraents —pur, prelatiu i preventiu—, com l'heretament mutual. Amb el benentès que una correcta comprensió del significat i funció del dot exigeix una prèvia referència, encara que sigui brevíssima, al règim econòmicomatrimonial de separació de béns.

2. *El règim de separació de béns. El dot.*

Fa 25 anys, DELGADO ECHEVARRÍA iniciava la seva monografia *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña* amb aquestes paraules: «L'estudi detallat i sistemàtic del règim de separació de béns entre els cònjuges catalans està encara per fer. No hi ha res d'estrany en això, ja que aquest règim, avui per molt bones raons el legal en Catalunya, no ha estat emperò, fins a temps recents el típic, tradicional i viscut en aquesta regió». I afegia: «el dot (ha estat) la peça mestra del sistema tradicional de relacions econòmiques familiars.»

En efecte, el règim economicomatrimonial tradicional català no ha estat en realitat un règim de separació, i fins fa poc els autors solien referir-s'hi amb la denominació de «règim dotal». «Catalunya és costum casar-se sota el règim dotal», escrivia DURAN I BAS en la seva memòria . Per BROCÀ I AMELL, «el sistema familiar de béns és a Catalunya eminentment contractual i es basa en les capitulacions o capítols matrimonials (capítols), vertader codi familiar que [...] és la llei orgànica de la família»; i, per PELLA I FORGAS, «hi predomina el sistema dotal i de les donacions esponsalícies». S'ha de recordar, a aquests efectes, que s'entén per dot aquells béns que la dona o un altre per ella aporta al marit per ajudar-lo a suportar les càrregues del matrimoni, i que li són tornats una vegada dissolt aquest o suspesos els seus efectes (BORRELL I SOLER). D'això resulta que el dot complia una doble funció: primera, subvenir al sosteniment de les càrregues del matrimoni; i segona, constituir un «capital de subsistència» per a la dona, en cas de dissolució o suspensió dels efectes del matrimoni. La transcendència d'aquesta segona funció queda subratllada pel fet que, en el dret català clàssic, només tenia dret a la quarta marital la viuda «indotada» o pobre.

Ara bé —com destaca DELGADO— el sistema dotal no pot ser sinó «paccionat»; no hi ha dot sinó quan es constitueix expressament. Si els interessats res disposen, respecti el legislador el seu silenci, res imposi: aquest és el sentit del «règim de separació» en el dret català, segons la ment dels seus expositors moderns. Els autors clàssics ni tan sols es plantegen la qüestió, i es limiten a afirmar que els béns de la dona no constituïts en dot són parafernals o extradotals i no gaudeixen dels privilegis d'aquella. El règim de separació així concebut vindrà a ser la simple absència de regulació específica, el buit jurídic que, en nom de la llibertat de contractació, es tolera quan excepcionalment «res disposin els interessats». Segons l'esmentat, a Catalunya el règim legal supletori de separació de bens és —fonamentalment— el resultat de l'obsolescència de la pràctica capitular constituint dot, que ha produït la no vigència del règim tradicional. Davant aquesta realitat, el compilador podia haver seguit un d'aquests tres camins: a) proposar com a supletori el règim dotal; b) no imposar cap norma en defecte de pacte, designant aquesta situació com a «règim de separació»; i c) crear «ex novo» un règim supletori. El compilador va optar, amb bon criteri, per la segona de les opcions.

I va encertar plenament, perquè —sens perjudici de la correcta valoració dels antecedents històrics efectuada per DELGADO— ha matisar-se la seva postura, dogmàticament impecable, en el sentit que la idea de separació de béns entre els cònjuges ha estat molt arrelada des de sempre en la mentalitat catalana, per constituir una de les bases en què s'assenta la perpetuació indivisa del patrimoni familiar en mans d'una mateixa família. De manera que el dot constitueix una conseqüència de la «vivència» prèvia —i sense que cap calgui explicitació— d'un sistema de separació absoluta de béns. És a dir, que —des del meu punt de vista— no es tracta que, a Catalunya, el règim històric hagi estat el dotal i no el de separació; sinó que el règim històric català ha estat el dotal, per viure's d'una manera radical el sistema de separació absoluta de béns entre «el titular-gerent» —així el designa expressivament PUIG SALELLAS— de la «casa» i el «sobrevingut», sigui «cabalera» o «pubill». Per fer-se càrrec plenament del significat profund d'aquesta dinàmica, s'ha de partird'una constatació senzilla: el que avui designem com règim de separació de béns ha constituït —des de Roma— una de les bases sobre les quals s'ha instrumentat —en qualsevol temps i lloc— la perpetuació del poder econòmic de les famílies oligàrquiques, amb la finalitat d'excloure al patrimoni familiar de qualsevol erosió com a conseqüència del matrimoni del seu titular. Per descomptat que, avui mateix, els autènticament rics —és a dir, aquells el capital dels quals constitueix un instrument de poder— es casen en règim de separació de béns, atorgant per això capítols, si el règim supletori establert per la seva llei personal és qualsevol dels de comunitat.

Aquest règim de separació —primer subjacent i més tard formalment establert com a supletori— ha funcionat a plena satisfacció perquè la seva vigència pràctica ha vingut modalitzada per una pràctica consuetudinària —fruit del bon sentit del poble català— que consisteix:

— en l'habitual adquisició dels immobles (molt especialment de l'habitatge conjugal i de la segona residència) a nom de tots dos cònjuges, per meitat i proindivís;

— en la freqüentíssima titularitat solidària dels comptes corrents, llibretes i dipòsits bancaris oberts indistintament a nom de tots dos cònjuges;

— i en la tendència -avui decreixent- a «posar a nom de la dona» alguns béns, amb la finalitat d'excloure'ls, en principi, de les eventuals responsabilitats derivades de les activitats industrials o comercials del marit.

El problema apareix quan, després de l'admissió del divorci, el règim de separació de béns pot resultar lesiu per aquell dels cònjuges que ha treballat, sense compensació, per a la casa o per a l'altre cònjuge, generant-se així una situació de desigualtat entre els respectius patrimonis de tots dos. ¿Comporta això la necessitat de seguir el model italià, substituint el règim de separació per un de comunitat?. La resposta és negativa, tenint en compte les reformes introduïdes durant els últims anys en el règim de separació, i que avui recull el vigent Codi de família (molt especialment, la introducció de la compensació econòmica per raó de treball). Però és que, a més a més, l'actual regulació dels capítols permet afrontar amb suficients recursos el problema plantejat, en els termes que s'examinaran en l'apartat següent, en tractar del «fons familiar patrimonial».

3. *L'heretament.*

a) *L'heretament a favor dels fills dels contraents.*

L'heretament a favor dels fills dels contraents es divideix avui per la doctrina civilista —tal com va fer la Compilació en el seu moment i fa avui el Codi de successions— en pur, preventiu i prelatiu. L'heretament pur —segons afirma PUIG SALELLAS— constitueix una possibilitat més teòrica que real, és un heretament irrevocable, en el qual es crida com hereu, amb caràcter definitiu, a un dels fills naixedors, determinat per l'encadenament d'una sèrie de preferències: masculinitat, primogenitura i estirp. L'heretament preventiu crida també a un fill i pel mateix sistema, però de manera subsidiària, és a dir, sols per al cas d'inexistència d'una institució posterior ordenada, lògicament, en testament. L'heretament preventiu, contràriament, no conté pròpiament cap crida i, com a conseqüència, no constitueix un heretament en el sentit propi de la paraula; simplement estableix preferències a favor dels fills i de les filles del matrimoni que es contrau, en relació amb els d'un matrimoni posterior.

b) *L'heretament mutual.*

L'heretament mutual consisteix, com és sabut, en la institució contractual recíproca d'hereu entre els cònjuges contraents. Resulta simptomàtic que PUIG SALELLAS no se n'ocupi, en la seva crònica/estudi juridicofamiliar, d'aquesta classe d'heretament. Això significa que els cònjuges de la família Salellas no el van practicar mai. La qual cosa no té res d'estrany, ja que —com escriu BROCA—sols

modernament s'ha aplicat als cònjuges l'heretament mutual preventiu, «consignant en els capítols matrimonials que en cas de morir abintestat qualsevol d'aquells, sigui el seu hereu el supervivent, el qual, si existissin fills de tots dos, haurà de disposar dels béns així adquirits a favor d'aquests fills en les parts iguals o desiguals que bé li semblaran.» La Compilació, d'altra banda, va regular l'heretament preventiu —en l'art. 95— com «una successió pactada que té la natura de preventiva i que se sotmet a les regles generals de la successió», segons paraules de FAUS i CONDOMINES. I el Codi de Successions va donar un pas més regulant en l'art. 99, al costat d'aquest heretament mutual de caràcter preventiu —que manté—, una altra classe d'heretament: l'heretament mutual, al qual atribueix els efectes de l'heretament «simple» —i que segons PUIG FERRIOL i ROCA TRIAS hauria de qualificar-se com un heretament «pur». En qualsevol cas, es tracta —«simple» o «pur»— d'un heretament concebut amb el caràcter d'irrevocable, al qual és d'aplicació el previst en l'art. 9. 2 de la Compilació, que exigia el consentiment de tots dos cònjuges per a la modificació dels pactes successoris entre ells, sense necessitat del consentiment de les altres persones que haguessin concorregut als capítols.

4. *Causa i eficàcia dels capítols: el seu àmbit temporal de vigència.*

a) *El règim general.*

Els capítols han estat, històricament, un document formal en què es solemnitzava un negoci jurídic complex atorgat en contemplació d'un matrimoni projectat, o bé en consideració d'un matrimoni ja celebrat però per al que existia encara l'expectativa d'una vigència temporal indefinida.

Donat el seu caràcter complex, el seu contingut era plural i es dividia —seguint a LACRUZ BERDEJO— en dos grans apartats. El primer —el de les «estipulacions capitulars»—, estava constituït per tots els pactes relatius al règim matrimonial dels contraents o cònjuges, així com per tots els pactes successoris atorgats normalment pels pares d'un dels contraents a favor d'aquest, i —en tot cas— pels propis contraents a favor de la seva descendència comú. En el segon apartat —el de les «aportacions capitulars»— es formalitzaven les aportacions de béns a o entre els contraents o cònjuges.

Ara bé, malgrat la seva complexitat, els capítols constituïen un sol negoci, per respondre el seu atorgament a una sola causa: la celebració d'un matrimoni i l'ulterior compliment dels fins d'aquest, entesos segons la convicció social dominant de l'època: la conservació de la «casa». De l'existència d'una única causa deriven dos conseqüències: la primera és la interdependència de les estipulacions d'una banda i de les aportacions per una altra, així com la interdependència de les estipulacions i de les aportacions entre si; la segona és que els capítols constitueixen un negoci jurídic onerós, ja que aquesta recíproca interdependència de totes les seves estipulacions no és sinó una conseqüència lògica del seu onerositat.

En altres paraules: totes les estipulacions i aportacions capitulars estan lligades per un invisible però no per això menys operatiu principi del «do ut des».

Una conseqüència fàcilment deduïble de l'exposat era que els capítols s'entenien com un negoci estrictament matrimonial que s'atorgava sols en contemplació d'un matrimoni futur o del futur d'un matrimoni ja celebrat però que té encara davant de si una àmplia expectativa. Per la qual cosa: primer, no era ni tan sols imaginable que es pogués regular capitularment una situació de convivència de fet; i segon, l'àmbit de la vigència temporal dels capítols s'esgotava —donada la seva causa— a l'extingir-se el matrimoni per qualsevol causa que no fos la mort d'un dels cònjuges. A aquesta mateixa concepció —però encara més restrictiva, doncs sembla limitar de fet el contingut dels capítols a les aportacions capitulars— respon el Codi civil, que es refereix als capítols com «contratos sobre bienes con ocasión de matrimonio».

Pot concloure's, en suma, que la doctrina tradicional considerava que la nul·litat del matrimoni o la seva dissolució per divorci provocaven la ineficàcia dels capítols, de manera que aquests prestaven el seu últim «servei» al regular la liquidació de les relacions econòmiques entre els cònjuges, així com a l'ordenar la successió del difunt. Però de cap manera es podia ni imaginar que aquells mateixos capítols poguessin regular situacions sorgides amb posterioritat a la dissolució del matrimoni per una causa diferenta a la mort d'un dels cònjuges. No obstant això, el propi ordenament establia unes excepcions.

b) *Les excepcions.*

a') Els heretaments.

L'antic art. 13. 2n. b) de la Compilació, modificada per la Llei 8/1.993, de 30 de setembre, disposava que «Els capítols matrimonial quedaran sense efecte: ...En el cas de dissolució del matrimoni per divorci. Això no obstant... conservaran la seva eficàcia: a) Els heratments i les donacions a favor d'un dels contraents, si l'afavorit contínua vivint a la casa i treballant per a ella i hi ha descendència del matrimoni. ...b) Els heretaments a favor de la descendència del matrimoni en consideració als quals s'havien atorgat els capítols. Nogensmenys, els heretaments purs esdevndran revocables». És a dir —deixant de banda el primer apartat per constituir la mera relíquia d'un passat obsolet—, conserven la seva eficàcia l'heretament preventiu a favor dels descendents —el que resulta irrellevant, donada el seu substancial revocabilitat—, i l'heretament prelatiu a favor dels descendents, el que atorga una enorme virtualitat a aquesta mena d'heretament, en els casos de ruptura matrimonial, per assegurar que determinats béns dels qui van ser cònjuges passin necessàriament —a l'obrir-se la seva successió— als fills comuns. S'ha de tenir en compte que la prelació més freqüent en Catalunya era la de nupcialitat, combinada amb la de sexe i la de grau, normalment sota la fórmula «fills per fills, filles per filles».

Respecte a l'heretament prelatiu entén EGEA que la subsistència de l'here-

tament s'explica —pel que fa a la prelació de nupcialitat— perquè aquest tipus d'heretament és una institució destinada precisament a solucionar els conflictes successoris que puguin sorgir pel que fa als fills o les filles del matrimoni en consideració del qual es va atorgar l'heretament i els d'un hipotètic segon matrimoni de l'heretant. És en aquest sentit que l'art. 95 CS defineix l'heretament prelatiu com una limitació a la facultat de designar hereu a favor de certs fills, però sense atribuir-los un dret successori directe. I conclou, amb raó, que aquesta justificació de la irrevocabilitat de l'heretament prelatiu no es dóna en cas d'altres prelacions diferents de la de nupcialitat examinada, per la qual cosa no es comprèn bé la causa per la qual el legislador ha generalitzat idèntic règim per a totes elles, en lloc d'aplicar a l'heretament prelatiu —en cas de prelació diferent de la de nupcialitat— al règim de revocabilitat de l'heretament pur.

El problema es planteja amb referència a l'heretament pur, doncs la norma transcrita el «transmuta» en revocable. No obstant això, donada la peculiaritat d'aquest tipus d'institució, que normalment precisa que es concreti posteriorment quin dels fills és el cridat, PUIG SALELLAS entén que no estem davant un supòsit d'irrevocabilitat en sentit estricte, argumentant que no existeix una institució que destruir, sinó que es tracta de la recuperació plena —per part dels cònjuges— de l'absoluta disposició «mortis causa» sobre la totalitat del seu béns.

Quant als heretaments mutuals, malgrat l'absència de referència normativa respecte a això, sembla clar que la nul·litat del matrimoni o la seva dissolució per divorci provocavan la seva ineficàcia. El que —com observa amb raó EGEA— respon al mateix principi que l'art. 132 CS pel que fa a a les disposicions testamentàries a favor del cònjuge.

b') *Altres manifestacions d'eficàcia.*

No obstant aquesta voluntat d'erradicar fora de l'àmbit normatiu dels capítols les situacions derivades de la nul·litat del matrimoni i del divorci, la realitat és més forta que els prejudicis ideològics i que les proclamacions dogmàtiques. I d'aquí que el mateix art. 13. 2 de la Compilació es veiés obligat a salvar allò que es disposa per l'art. 35 de la pròpia compilació, segons el que, «en cas de divorci no s'haurà de restituir el dot si la dóna n'és l'única culpable i hi ha descendents del matrimoni que restin sota la cura del pare, mentre hi estiguin». Del que es desprèn que, si no es donen els requisits que exigeix el precepte (i el fet de que es pugui donar el requisit de culpabilitat exclusiva i formalment declarada de la dona és més que hipotètic, donada la saludable pràctica jurisprudencial al respecte), procedirà la restitució del dot. Del que resulta un supòsit clar d'eficàcia dels capítols, tot i el divorci dels cònjuges, que ens brinda un punt de suport clar per afrontar la regulació vigent en aquesta matèria, després de les importants modificacions legislatives a les que abans s'ha fet referència.

B. *La regulació vigent*

1. *Plantejament del tema.*

Recordem una altra vegada que l'art. 15 del CF permet que els capítols continguin tots aquells pactes que es considerin convenients, fins i tot en previsió d'una ruptura matrimonial. Y recordem també, de nou, que l'art. 22 de LUEP permet als convivents heterosexuals regular vàlidament, fins i tot per document públic, les relacions personals i patrimonials derivades de la seva convivència. Doncs bé, tenin en compte que els nous fets reiteradament exposats, així com el canvi ideològic simultani, han precipitat una crisi de la família patriarcal tradicional i l'aparició incipient d'una pluralitat de noves famílies desinstitucionalitzades i individualitzades, ¿s'inicia una nova etapa dels capítols, que considera a aquests com una «eina» documental útil per contribuir a donar forma i contingut jurídic a aquesta nova realitat emergent, especialment pel que fa a la regulació de les conseqüències de la dissolució del vincle o de la cessació de la convivència?. L'intent de respondre a aquesta pregunta aconsella primer girar la vista enrere per examinar alguns antecedents, així com plantejar-se frontalment si s'ha produït una alteració en la «causa» dels capítols.

2. *Alguns antecedents.*

En els anys quaranta, Ramon FAUS I ESTEVE va pronunciar una conferència en la «Academia Matritense del Notariado» en què va estudiar amb detall els convenis de separació amistosa. Deia FAUS: «La separació conjugal per simple acord és un fenomen social cert i important, que es desenvolupa al marge de la llei a pesar de la seva prohibició.» I assenyala en Catalunya —àmbit al que circumscriu el seu estudi— alguns antecedents summament expressius, extrets de l'Arxiu de Protocols de Barcelona:

— Una escriptura de 28 de juliol de 1413, en què —després de la seva separació— el marit restitueix el dot amb tots els seus augments a la dona.

— Una altra de 29 d'agost de 1414, en què el marit —així mateix, després de la separació— restitueix el dot a la seva dona (excepció feta d'alguns béns que es detallen), li paga una suma en diners a canvi de la renúncia d'aquella al seu dret a aliments, i li lliura una joies facultant-la perquè les vengui a través de corredor, fent seu el preu la dona i reservant-se el marit un dret de tempteig pel mateix preu.

— Una tercera de 19 de maig de 1565, en què ambdós cònjuges en trànsol de separació pacten que el marit satisfarà ala dona una pensió vitalícia que es determina i li entregarà algunes robes.

Però, sobretot, resulta il·lustratiu que, en un formulari notarial del que és autor Andrés FONTCUBERTA —corresponent al segle XVII— existeix un model d'escriptura de separació, en què es plasmen amb detall les noves relacions entre els cònjuges separats.

Davant aquesta pràctica, mantinguda soterradament de manera ininterrom-

puda al llarg dels segles, el sistema jurídic imperant imposava un rebuig absolut. Així, s'adduïen contra la validesa dels pactes de separació conjugal raons d'ordre públic, de bones costums, d'il·licitud de la causa, de prohibició de transacció sobre qüestions matrimonials i d'inalterabilitat del règim econòmic-conjugal.

La situació va canviar radicalment amb l'admissió del divorci, ja que van passar a admetre's els pactes de separació i divorci, és a dir, el «conveni regulador», que pot definir-se com aquell negoci jurídic familiar en què els cònjuges regulen les conseqüències de la separació o el divorci, i que deu necessàriament acompanyar-se a la demanda quan la separació o el divorci siguin sol·licitats per ambdós cònjuges, o per un d'ells amb el consentiment de l'altre. Es tracta, per tant, d'un negoci jurídic de Dret de família, que constitueix un requisit processal i té caràcter transaccional i, com a conseqüència, causa onerosa.

Respecte a les diferències entre capítols i conveni regulador, vaig escriure en 1994 un treball —«Concepte, natura i contingut del conveni regulador»— en què sostenia que res sembla en principi més divers, doncs es diferencien tant per la causa com pel contingut: 1. Per la causa: Els capítols són un contracte atorgat «causa matrimonii», tant si s'atorguen abans com després de celebrat aquest; el conveni té la seva causa precisament en el contrari, en la cessació dels efectes del matrimoni, ja sigui provisional (separació) o definitiva (divorci). 2. pel contingut: Els capítols són un contracte relatiu a béns (tant les estipulacions capitulars com les aportacions capitulars tenen una exclusiva transcendència patrimonial), mentre que en el conveni tenen importància fonamental els aspectes no patrimonials: determinació de la persona a cura de la que hagin de quedar els fills, l'exercici de la pàtria potestat, el règim de visites i la comunicació i estada dels fills amb el progenitor que no viva amb ells.

No obstant, aquestes diferències no impedeixen que existeixi una clara connexió o punt de contacte importantíssim, atès que el conveni sempre implicarà una modificació de la situació jurídica anterior creada, en el seu cas, pels capítols. A aquest respecte, recordem que existeix una relació d'interdependència entre les estipulacions i les aportacions capitulessis, que té la seva traducció positiva en l'art. 18. 1 CF, segons el que «per a la modificació dels capítols o per a deixarlos sense efecte, cal el consentiment de totes les persones que els havien atorgat, o dels seus hereus, si la modificació afecta drets que aquelles haguessin». Doncs bé, si el conveni regulador té l'abast previst pel precepte esmentat, sembla que aquest precepte haurà de ser-li aplicat. En aquesta mateixa línia, ha sostingut la doctrina —amb referència al Dret comú— que haurà de respectar-se el pactat en capítols, i no podran els cònjuges alterar el contingut d'un capítol pel posterior atorgament d'un conveni, fora que s'utilitzi el procediment establert a l'article 1.331 del Codi civil, que és l'equivalent del transcrit art. 18.1 CF esmentat.

Pel que fa al reconeixement de la dependència de tots els pactes d'un conveni regulador, resulta reveladora una recentíssima Ressolució de la Dirección

General de los Registros y del Notariado, de 26 de juliol de 1999, en la qual es debatia la posibilitat d'inscriure en el Registre de la Propietat la cessió d'una meitat indivisa de l'habitatge familiar que, amb ocasió d'un conveni aprovat judicialment, realitza un del cònjuges a favor del seus fills comuns (un de nascut i l'altre concebut). Afirma el Centre Directiu que s'ha de tenir en compte «l'unitat i recíproca interdependència de les distintes previsions que integren aquests convenis», i que «no es pot ignorar que en les cessions de l'habitatge familiar que un cònjuge realitza en els convenis reguladors de la separació o el divorci, a favor de l'altre cònjuge o dels fills comuns, té una decisiva rellevància la necesitat d'atendre la situació creada per la crisi matrimonial».

En el meu esmentat treball, concloïa aquest apartat assenyalant el següent: «Pot admetre's, finalment, que són vàlides les clausules establertes en els capítols matrimonials en què es predetermini la regulació d'eventuals futures situacions de separació , nul litat o divorci; així, per exemple, pactant les bases del procés de liquidació del règim econòmic matrimonial adoptat. L'eficàcia de dites clausules dependrà, òbviament, de que es donin els seus respectius pressupostos de fet». No cap dubta de que la reforma de l'art. 15 CF —al fer referència expressa als supòsits de ruptura matrimonial— ha confirmat i ampliat la possibilitat prevista. El que ens porta a examinar l'ampliació de la causa dels capítols i les seves conseqüències.

3. *L'ampliació de la causa dels capítols i la seva nova funció (la contractació «d'enderrocament»).*

La causa dels capítols ja no és exclusivament una «causa matrimoniii» cenyida a les situacions de normalitat matrimonial i a la dissolució del vincle per mort d'un dels cònjuges. L'esmentada causa s'ha ampliat a la contemplació de les situacions de patologia matrimonial, el que resultava inevitable després de l'admissió del divorci. Perquè no podia extreure's indefinidament del lliure joc de la voluntat de tots dos cònjuges, contractualment formalitzada, la regulació de les conseqüències de la seva separació o divorci, o de la nul litat del seu matrimoni. Cap així sostenir que s'ha ampliat la funció dels capítols fins a estendre-la al que podria metafòricament denominar-se «contractació d'enderrocament», és a dir, aquella que té per objecte pactar les pautes que facilitin eventualment, en el seu moment, la sortida d'una determinada situació de convivència jurídicament trascendent, que ja no és per definició i necessàriament «per a tota la vida».

És cert que, al tractar d'aquesta matèria, aviat es xoca amb les normes de caràcter imperatiu, establertes pel legislador per a la protecció dels tercers i, fins i tot, per protegir una de les parts —la més dèbil— davant les imposicions lesives de l'altra. Però, sense negar l'existència i conveniència d'aquests límits, és també cert que la seva interpretació i valoració han de fer-se des d'una nova perspectiva: la que brinda l'ampliació de l'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els

negocis jurídics de Dret de Família, a conseqüència del canvi social i ideològic tantes vegades reiterat. Procedeix, per tant, entrar en el detall de les qüestions concretes.

Respecte a l'alteració de la causa dels contractes matrimonials, i, en concret, dels post-matrimonials, després de l'admissió del divorci, es prenuncia extensament Giacomo OBERTO, amb referència al Dret italià, defensant l'existència d'una causa típica pera aquest tipus de negocis: «il contrato tipico de la crisi coniugae».

4. *Conseqüències d'aquesta ampliació. Les seves diferents manifestacions per al cas de ruptura matrimonial.*

En principi, encara que abans semblava que el contingut dels capítols havia de ser sols patrimonial, després de la reforma resulta clar que els futurs cònjuges —o aquests mateixos una vegada celebrat el matrimoni— poden també convenir entre ells aspectes personals de la seva convivència, amb vistes al manteniment d'aquesta o per al cas de la seva ruptura. Així mateix i amb idèntics objectius, els capítols poden també contenir clausules amb acords relatius als fills. Ara bé, en tot cas, aquests capítols seguiran sent diferents del conveni regulador que es refereixen els articles 81. 1, 86 in fine, 90 i 103 CC, ja que la natura d'aquest ve marcada per la seva condició de requisit processal i la necessitat —per la seva eficàcia— de l'homologació judicial.

Un incís. Una de les objeccions que tradicionalment s'oposaven —en l'àmbit del Dret comú— a les estipulacions capitulars pactades en previsió d'una possible ruptura del matrimoni era el principi d'immutabilitat de les capitulacions una vegada celebrat el matrimoni. Òbviament, una vegada decaiguda l'esmentada prohibició, l'antiga objecció no té sentit.

Com a conseqüència, aquestes clausules de contingut personal o relatives als fills (incloses les estipulacions de tota mena pactades en previsió d'una ruptura), que eren nul·les en el sistema anterior, són en l'actualitat plenament vàlides i tenen el caràcter d'estipulacions capitulars, sense perjudici de les següents matisacions:

— que no poden infringir les normes de caràcter imperatiu relatives al principi d'igualtat de sexes davant la llei, a la pàtria potestat i a la tutela;

— no podran assortir efectes com conveni regulador, en el seu cas, sense la seva ratificació davant del Jutge i la ulterior homologació per part d'aquest, sense perjudici que —al constar en escriptura pública— gaudeixen d'una major facilitat de prova.

D'altra banda, els pactes de contingut patrimonial no podran tampoc infringir aquestes normes d'ordre públic: les relatives a la contribució a les despeses del manteniment familiar (art. 5 CF), a la responsabilitat davant tercers per despeses familiars (art. 8 CF), i a la presumpció de donació en cas de fallida o con-

curs d'un dels cònjuges pel que fa als béns adquirits a titol onerós per l'altre durant l'any anterior (art. 12 CF). A més a més, en cap cas aquests pactes podran redundar en perjudici de tercers.

Respecte al domicili familiar i sense perjudici del mandat de l'art. 2 CF (determinació del domicili familiar) i de la prescripció de l'art. 9 CF (relativa a la disposició de l'habitatge familiar), cap plantejar-se la possibilitat de que ambdós cònjuges decideixin —de comú acord— mantenir cadascun el seu propi domicili personal, sense atribuir a cap d'ells el caràcter de domicili familiar comú. No sembla això possible en el supòsit que els cònjuges tinguin descendència comú subjecta a la seva pàtria potestat, doncs l'existència d'un domicili familiar és llavors exigència inderoable d'aquesta; però, contràriament, pot perfectament imaginar-se l'esmentada possibilitat en el supòsit que el matrimoni no tingui descendència comú subjecta a la seva potestat.

És pertinent, finalment, indicar la possibilitat de pactar que el règim econòmic-matrimonial estipulat en capítols constitueixi una regulació complerta, per la qual cosa no podrà substituir-se ni completar-se amb la normativa de cap règim legal supletori, ni de primer ni de segon grau, tot salvant sempre la vigència imperativa del règim econòmic-matrimonial primari.

Fetes aquestes consideracions de caràcter general, procedeix considerar de manera específica les estipulacions capitulars pactades en previsió d'una ruptura matrimonial.

a) *Pactes relatius a la liquidació del règim econòmic-matrimonial. Especialment: la modalització de la compensació econòmica per raó de treball.*

Amb referència exclusiva, en principi, al règim de separació de béns, tres són les qüestions a considerar:

Primera. Determinació dels béns privatius de cada cònjuge. No presenta cap problema que els capítols continguin l'inventari de les aportacions de tots dos cònjuges, amb la finalitat de demostrar la seva procedència privativa i evitar l'aplicació de l'art. 40 CF (presumpció de comunitat) als béns o drets de titularitat dubtosa. No sembla dubtosa, així mateix, la possibilitat de pactar i predeterminar que qualsevulla donacions entre els cònjuges —tant les atorgades en capítols con les atorgades fora d'ells— se entendran fetes amb el caràcter de revocables per supervinença o supervivença de fills, per incompliment dels deures i càrregues del matrimoni, i per ingratitud del donatari.

Per contra, considero que resulten rebutjables aquests dos pactes:

1. El que exigeix la forma escrita per admetre l'existència i validesa de qualsevol tipus de negoci jurídic celebrat pels cònjuges exclusivament entre sí (forma ad solemnitatem).

2. El pacte que, després de proclamar la més estricta independència econòmica entre els atorgants, formalitza la renúncia recíproca d'ambdós cònjuges a l'acció d'enriquiment injust.

La raó de la seva ineficàcia es comú: infringexen normes de Dret necessari (d'ordre públic), com son les reguladores de la forma dels negocis jurídics, en el primer cas, i les reguladores del cobrament de l'indegut, en el segon supòsit.

Segona. Modalització de la presumpció de comunitat de l'art. 40 CF. És obvi que la substitució injustificada i gratuïta d'aquesta presumpció per una altra a favor d'un sol dels cònjuges quebrantaria el principi d'igualtat de sexes davant la llei, establert per l'art. 14 de la Constitució, així com el mandat de l'art. 32 del mateix cos legal, que parla del «dret a contraure matrimoni amb plena igualtat jurídica». Ara bé, no sembla existir obstacle perquè, atesa la composició i el caràcter productiu del patrimoni d'un dels cònjuges, així com la seva activitat professional, comercial o industrial, puguin pactar-se en capítols alguna o algunes estipulacions encaminades a facilitar l'atribució a aquell de béns que en realitat li pertanyin i siguin —sols en aparença— de titularitat dubtosa, facilitant determinades proves mitjançant la seva preconstitució.

Tercera. Predeterminació de la compensació econòmica per raó de treball establerta per l'art. 41 CF. No cap la renúncia anticipada a aquest dret, que seria atemptatòria contra l'ordre públic. No cap tampoc, per la mateixa raó, una fixació anticipada de la seva quantia. Però no sembla que existeixi obstacle per a una predeterminació del seu contingut ulterior, estipulant i concretant aquells aspectes que hauran de tenir-se en compte i valorar-se al temps de la seva eventual fixació, com la compensació —total o parcial— dels seus respectius treballs per ambdós cònjuges, així com el criteri i els barems pels que haurà de ser avaluada, al seu moment, la situació de desigualtat entre el patrimoni de tots dos cònjuges, per verificar si implica un enriquiment injust d'un d'ells respecte de l'altre. Amb altres paraules: no es pot enervar la vigència dels drets, però si predeterminar —o modalitzar— la ulterior fixació del seu contingut. I anàloga postura pot sostenir-se pel que fa al dret a pensió. Per tant, després de proclamar que, en relació amb l'aixecament de les càrregues del matrimoni ambdós cònjuges contribuiran en proporció als seus recursos i possibilitats, esdevé possible pactar que el treball per a la família de ambdós cònjuges —encara que sigui desigual— formarà part de dita contribució, per la qual cosa no donarà lloc a compensació de cap mena.

Respecte a les unions de fet heterosexuals, és cert que l'art. 3. 1 «in fine» LUEP disposa que el dret a una compensació econòmica (art. 13 LUEP) i el dret a pensió (art. 14 LUEP) «són irrenunciables fins el moment que són exigibles». Però ha de quedar clar —al meu judici— que, si bé és irrenunciable —amb caràcter previ— el dret a «evitar l'enriquiment injust» de l'altre (el que constitueix la «ratio» dels dos preceptes citats), si poden pactar-se prèviament les pautes d'acord amb les quals hauria de ser ponderat en el seu moment l'existència o no —i el contingut al seu cas— dels esmentats drets, amb la conseqüència automàtica d'invertir —si procedeix— la càrrega de la prova, fins a fer impossible o dificultar extraordinàriament la seva reclamació ulterior.

I, pel que fa a als règims de comunitat, deu destacar-se que la generalitat de la doctrina entén que les normes de liquidació de la massa comú són d'ordre públic. No obstant això, si és possible pactar estipulacions capitulars destinades a preconstituir proves al voltant de la determinació dels béns comuns i dels respectius patrimonis privatius, així com per precisar que deutes han de tenir la consideració de comuns i quals el caràcter de deutes privatives de cadascun dels cònjuges, sempre dins del respecte més estricte a les normes imperatives del règim matrimonial primari.

b) *Altres predeterminacions patrimonials per als casos de nul·litat, divorci o separació. La reaparició del dot sota altres formes: el «fons patrimonial familiar».*

Sembla una afirmació tòpica la de que gairebé tot el repertori de solucions jurídiques als diferents problemes que es plantegen, en les successives situacions històriques, està ja completat. És molt difícil configurar un nou dret real; gairebé impossible tramar un tipus contractual que no sigui el resultat de modificar algun dels preexistents. I així succeeix també en l'àmbit del Dret de família, quan es preten articular algun sistema per atendre a les despeses, pensions i indemnitzacions que porten causa d'una nul·litat matrimonial, una separació o un divorci. Perquè a aquesta finalitat ha atès històricament el dot, des dels temps de Roma. I, per tant, malgrat la seva recent desaparició —acompanyada de displicència—, no seria estrany que ressorgís sota un altre nom —el de «fons matrimonial familiar»—, pactant-se en capítols, a imatge i semblança del que està ja succeint en altres països.

En efecte, en Dret comparat, el fons patrimonial familiar es pot constituir per contribuir a satisfer les despeses familiars i les originades per aliments, pensions o indemnitzacions, previstes per la llei per als casos de nul·litat, separació judicial o divorci. Es pot formalitzar abans o després de la celebració del matrimoni, mitjançant aportacions dels cònjuges o d'un tercer. La constitució i les aportacions ulteriors haurien de fer-se constar en escriptura pública, és a dir, en capítols. Els béns que constitueixen el fons patrimonial familiar no podrien ser desafectats sense el consentiment dels cònjuges constituents i del aportant de qui procedissin.

Els beneficiaris del fons patrimonial familiar poden ser els cònjuges, i també els fills menors d'edat o incapacitats existents quan el matrimoni es dissolgui per mort o divorci o en el moment de la separació. També podrà pactar-se que, als efectes de la compensació prevista per l'art. 41 CF per al treball realitzat, el cònjuge que tingui dret a ella pot ser designat, amb caràcter preferent, beneficiari de la totalitat o d'una part dels béns del fons patrimonial corresponent a l'altre.

Convindrà pactar que la propietat dels béns del fons patrimonial correspon als dos cònjuges en proindivís ordinari; que els fruits han de ser destinats preferentment a la satisfacció de les despeses familiars; que qualsevol cònjuge pot portar a terme actes d'administració ordinària relatius als béns del fons patrimonial familiar, però que per als actes de disposició cal el consentiment de tots dos còn-

juges. Els béns del fons patrimonial familiar respondrien davant tercers, de manera preferent, pels deutes familiars.

El fons patrimonial familiar —de pactar-se— s'extinguiria per la dissolució del matrimoni (per mort o divorci), per la declaració de nul·litat o per la separació judicial dels cònjuges; llevat de si el beneficiari del fons és un menor o incapacitat, en el qual cas continuarà la vinculació dels béns fins que el menor arrivi a la majoria d'edat, mori o cessi la causa d'incapacitació. El fons patrimonial familiar es liquidaria de d'acord amb allò que es preveu en el moment de la seva constitució i, a falta de pacte, els béns es dividirien per meitat entre els cònjuges, en virtut de la presumpció de comunitat.

c) *Pactes successoris: La «reactualització» dels heretaments.*

a') *A favor dels fills.*

L'art. 20 CF reitera, substancialment, idèntic mandat preceptuant la ineficàcia dels capítols per causa de nul·litat o de divorci, a l'establert per l'antic art. 13 de la Compilació abans examinat. La qüestió consisteix a considerar si aquesta norma és de caràcter imperatiu, o si —donada la possibilitat que atorga l'art. 15. 1 CF de «convenir (en capítos) els pactes lícits que és considerin convenients, àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial»— té natura dispositiva, per la qual cosa cap pactar —per exemple— un heretament pur amb el caràcter d'irrevocable, en previsió d'una ruptura matrimonial.

Al meu judici, no cap dubta de que això és possible, atesa l'ampliació de la causa negocial dels capítols. És a dir, que resulta completament natural la possibilitat de que ambdós cònjuges pactin, en seu de capítols i en tràngol de divorci, disposicions —a titol universal o singular— a favor de tots o algun dels seus fills comuns. No obstant això, sembla prudent restringir aquesta possibilitat a la totalitat o part dels béns existents en el moment de la ruptura matrimonial, però sense estendre-la als béns futurs, per no contravenir la prohibició de pactes sobre herència futura més enllà dels límits que autoritza el propi art. 15 CF.

L'esmentada Resolució de la DGRN, de 29 de juliol de 1999, conté un pronunciament que pot resultar il·lustratiu a aquest respecte: «...Siendo uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio el relativo a la vivienda familiar, y obedeciendo la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos (cfr. artículo 97 CC), en modo alguno puede afirmarse que sea extraño al contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de la vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el artículo 90-B del Código civil exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por una parte, ...las especificaciones exigidas en el artículo citado constituyen el contenido "mínimo" del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de la cesión de propiedad...».

b') *Mutuals.*

Per idèntiques raons, amb igual extensió i dins de límits anàlegs, jutjo admissible la possibilitat de pactar un heretament simple —o pur, si millor es vol— a favor d'un o de tots dos cònjuges, per al cas de ruptura matrimonial. Tinguis present, per exemple, la possibilitat de pactar, per aquesta via, un usdefruit sobre un habitatge —o el ple domini d'aquest— a favor de la dona, per al cas separació o divorci.

d) Eficàcia d'aquests pactes.

Una primera objecció podria consistir en la impossibilitat de subjectar l'eficàcia de certes estipulacions capitulars a una condició suspensiva consistent en una eventual i ulterior ruptura matrimonial. Però aquesta objecció ha deixat de tenir virtualitat després d'admetre's, en Dret comú, la possibilitat d'atorgar capítols després de la celebració del matrimoni, ja que l'argument esgrimit contra tal possibilitat era, precisament, la impossibilitat d'atorgar capítols després de celebrat el matrimoni.

L'objecció seriosa és una altra. En realitat, aquestes estipulacions capitulars acordades en previsió d'una ulterior ruptura matrimonial no deixen de ser uns pactes de separació amistosa preconstituits, que no tenen més valor que el purament obligacional propi d'aquests pactes de separació amistosa, tot i que estiguin atorgats en capítols. Per la qual cosa, de cap manera pot pretendre's —sense més— que substitueixin i facin les vegades del conveni regulador. A aquests efectes, s'ha de distingir el valor d'aquestes estipulacions capitulars convingudes en previsió d'una ruptura matrimonial:

— Si, posteriorment, es sol·licita la separació o el divorci de mutu acord: Assorteixen plens efectes i no procedeix l'adopció de les mesures previstes en els arts. 91 a 101 CC, tret d'en els extrems no previstos per aquelles.

— Si, posteriorment, un dels cònjuges sol·licita la separació o el divorci, oposant-se l'altre o bé ignorant el pacte celebrat. Existeix un corrent jurisprudencial i doctrinal que entén —en matèria d'aliments— que tot pacte previ no té valor si s'acut als Tribunals en sol·licitud de separació judicial doncs, en aquest cas, s'estaria davant una substitució anticipada de la resolució judicial, el que implicaria una transacció sobre aliments futurs prohibida per l'art. 1.814 CC. No obstant, el criteri d'altres sector doctrinal és contrari a aquest sentir, ja que entén que el jutjador haurà de recollir en la sentència els aliments prèviament fixats en el pacte, llevat que el cònjuge obligat a prestar-los hagués vingut a pitjor fortuna, el que haurà de provar.

En qualsevol cas, és clar que, si ambdós cònjuges no procedeixen de comú acord ratificant-se a més a més ambdós davant del Jutge en el contingut del pacte, a aquest li faltarà valor com conveni regulador, sense perjudici de l'eficàcia que el propi Jutge li atribueixi en el tràmit contenciós ulterior. En aquest supòsit, l'eficàcia de les estipulacions capitulars haurà de ser determinant «inter parts»,

atès el mandat de l'art. 15. 1 «in fine» CF, sense detriment de l'homologació que correspon al Jutge en defensa dels drets i interessos de tercers.

V. Conclusió

La crisi inocultable del matrimoni formal —erosionat per la freqüència dels divorcis— i la desinstitucionalització progressiva de la família —que ha donat pas a una pluralitat de formes «familiars»— redunden en una creixent ampliació de l'àmbit de l'autonomia de la voluntat en la configuració jurídica de la convivència estable de parella. El que implica una revitalització dels capítols, en la seva funció històrica de «carta familiar». Noves realitats en vells odres.

Això confirma una vella idea que m'ha perseguit des que vaig començar a tenir un cert coneixement del Dret català i de la funció que ha desenvolupat en la història d'aquest vell país. És la següent: l'essència —el «moll de l'os»— del Dret civil català no es troba ni en una ni en una altra institució; ni en el règim de separació de béns, ni en la legítima curta, ni en els heretaments, ni en els fideïcomissos; el seu principi vertebrador es troba en la funció determinant que l'ordenament jurídic català ha atribuït, des de sempre, a l'autonomia de la voluntat dels ciutadans. Així, el Dret català ha permès inveteradament l'atorgament de capítols després de celebrat el matrimoni i ha atribuït als testadors una llibertat dispositiva —tres quartes parts de la seva herència—, molt major que l'habitual en els altres països de la seva mateixa tradició jurídica. El tarannà jurídic català no està imbuït d'aquell temor pel possible mal ús de la llibertat, que es traslueix en altres ordenaments, sota la forma d'una sobreabundància de normes prohibitives. Contràriament, la tradició jurídica catalana ha confiat al llarg dels segles en el lliure exercici dels drets civils, adaptat prudencialment a una pràctica consuetudinària voluntàriament acceptada i evolutivament entesa. Si es vol un exemple simple però evident, pensis en com la legítima curta, que tant ha contribuït històricament a la perpetuació dels patrimonis familiars —les empreses familiars agràries— en la persona del «hereu», permet avui a ambdós cònjuges atorgar els seus respectius testaments instituint-se recíprocament hereus dels seus respectius patrimonis, sense més limitació que un dret legitimari dels descendents o pares, que només atribueix a aquests un crèdit per l'import d'una quarta part del valor de l'herència, i sense la protecció del Registre, un cop ha sigut suprimida la menció legitimaria. No es pot, doncs, comparar aquesta situació actual dels cònjuges catalans, amb la dels seus coetanis subjectes al Dret comú, que resten lligats per una legítima llarga de dos terços a favor dels descendents.

Aquesta llibertat civil —així practicada— és la que ha proporcionat al sistema jurídic català una extremada capacitat d'adaptació a les més diverses cir-

cumstàncies, algunes de les quals —d'arrel política- han estat enormement adverses. En realitat, aquesta transcendent rellevància de la llibertat civil ha estat la raó profunda de la subsistència del propi sistema. El que constitueix una manifestació concreta d'un fenomen molt més ampli, que Ramón TRIAS FARGAS va saber concretar en unes paraules amb les que poso punt final a aquesta exposició: «Catalunya ha sobreviscut perquè ha unit la seva causa a la causa eterna de la llibertat ... I perquè hem sabut defensar la llibertat i identificar-ens amb ella, amb sacrificis enormes, encara existim i formem part, modestament però dignament, del concert de les nacions».

BIBLIOGRAFIA

Pablo SALVADOR CODERCH, *«La Compilación i su historia»*; Bosch; Barcelona, 1.985; pàg. 2.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *«Los supuestos ideológicos del Codigo civil: el procedimiento legislativo»*, en «La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura»; Siglo XXI de España Editores; Madrid, 1985; pàgs. 374 i ss.

Eric HOBSBAWM, *«Historia del siglo XX»*; Crítica; Barcelona, 1995; pàgs.. 322 i ss.

Lluís FLAQUER, *«El destino de la familia»*; Ariel; Barcelona, 1998; pàg.. 109.

José-Luis MEZQUITA DEL CAHO, *«Sistema español de Derecho cautelar»*; Bosch; Barcelona, 1989; pàgs. 353 i ss.

Inés ALBERDI, *«La nueva familia española»*; Taurus; Madrid, 1999; pàgs. 31 i ss.

Lluís FLAQUER, *«El destino de la familia»*; Ariel; Barcelona, 1998; pàgs. 199 i ss.

Encarna ROCA TRIAS, *«Familia i cambio social (De la »casa« a la persona)»*; Civitas; Madrid, 1999; pàgs. 29 i ss.

Inés ALBERDI, *«La nueva familia española»*; Taurus; Madrid, 1999; pàgs. 55 i s.

José GONZÁLEZ PALOMINO, *«Enajenación de bienes pseudo-uufructuados»*; en «Estudios jurídicos de arte menor» — Volum II; Universidad de Navarra; Pamplona, 1964; pàg. 323.

Andrés BARRERA GONZÁLEZ, *«Casa, herencia i familia en la Cataluña rural»*; Alianza Editorial; Madrid, 1990; pàgs. 2n, 20n, 27 i ss.

Andrés BARRERA GONZÁLEZ, *«Casa, herencia i familia en la Cataluña rural»*; Alianza Editorial; Madrid, 1990; pàg. 27.

José GONZÁLEZ PALOMINO, *«El acrecimiento en la mejora»*; en «Estudios jurídicos de arte menor» — Volum II; Universidad de Navarra; Pamplona, 1964; pàg. 254.

Josep-Maria PUIG SALELLAS, *«Les relacions econòmiques entre esposos en la societat catalana d'avui»*, discurs d'ingrès a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya; Revista Jurídica de Catalunya; Barcelona, 1981; pàgs. 379 i ss.

Dirección General de los Registros y del Notariado, *«Anuario 1997»* — Volum II; Ministeri de Justícia — BOE; Madrid, 1998; pàgs. 3.019 i ss.

Álvaro D'ORS, *«Elementos de Derecho Privado Romano»*; Publicaciones del Estudio General de Navarra; Pamplona, 1960; pàg.. 245.

Antoni MONTSERRAT VALERO, *«Las parejas de hecho»* (I i II); dos articles dels que em va ser facilitat el text abans de la seva publicació.

Víctor REINA i Josep-Maria MARTINELL, *«Las uniones matrimoniales dehecho»*; Marcial Pons; Madrid, 1996; pàg. 32.

José-Luis LACRUZ BERDEJO, *«Derecho de Familia»*; Llibreria Bosch; Barcelona, 1984; pàgs. 577 i ss.

Pedro-Juan VILADRICH BATALLER, *«La agonía del matrimonio legal»*; EUNSA; Pamplona, 1984; pàgs. 119 i ss.

Inés ALBERDI, (dir), *«Informe sobre la situación de la familia en España»*; Madrid, 1995; pàg. 196.

Sergio LLEBARÍA, *«Hacia la la familia no matrimonial»*; Cedecs; Barcelona, 1997; pàg. 27.

Judith SOLÉ RESINA, *«Comentari a la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (I)»*; «La Llei de Catalunya», número 224; pàg. 3.

Alejandro LLANO, *«La nueva sensibilidad»*; Espasa-Calpe; Madrid, 1988; pàgs. 29 i ss.

Luis DÍEZ-PICAZO, *«El negocio jurídico de Derecho de familia»*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962.

Manuel CASTELLS, *«La era de la información»* (Vol. 2) —«El poder de la identidad»—; Alianza Editorial; Madrid, 1998; pàgs. 159 i ss.

Francis FUKUYAMA, «The end of order»; The Social Market Foundation; Londres, 1997.

Inés ALBERDI, *«La nueva familia española»*; Taurus; Madrid, 1999; pàgs. 380 i ss.

David S. REHER, *«La familia en España, pasado y presente»*; Alianza Editorial; Madrid, 1996; pàg. 388.

Lluís FLAQUER, *«El destino de la familia»*; Ariel; Barcelona, 1998; pàgs. 199 i ss.

Lluís FLAQUER, *«El destino de la familia»*; Ariel; Barcelona, 1998; pàgs. 205 i ss.

Víctor REINA i Josep-Maria MARTINELL, *«Las uniones matrimoniales de hecho»*; Marcial Pons; Madrid, 1996; pàgs. 13 i ss.

Encarna ROCA TRIAS, *«Familia y cambio social (De la »casa« a la persona)»*; Civitas; Madrid, 1999; pàgs. 37 i ss.

Inés ALBERDI, *«La nueva familia española»*; Taurus; Madrid, 1999; pàgs. 56 i ss.

Lluís TO FIGUERAS, *«Família i hereu a la Catalunya Nord-Oriental (segles X-XII)»*; Publicacions de l'Abadia de Montserrat; Barcelona, 1997; pàgs. 289 i ss.

Andrés BARRERA GONZÁLEZ, *«Casa, herencia y familia en la Cataluña rural»*; Alianza Editorial; Madrid, 1990; pàgs. 89 i ss..

Jordi DE BOLÓS, *«El mas, el pagès i el senyor»*; Ariel, Barcelona, 1995; pàgs. 40 i ss.

Josep-Maria PUIG SALELLAS, *«Els Salellas. De remençés a rendistes»*; Fundació Noguera; Barcelona, 1997; pàgs. 95 i ss.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *«El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña»*; Tecnos; Madrid, 1974; págs. 23 i ss.

Guillem M. DE BROCÀ, *«Història del Dret de Catalunya especialment del civil i exposició de les institucions del Dret civil del mateix territori en relació amb el Codi civil d'Espanya i la jurisprudència»*; Generalitat de Catalunya — Departament de Justícia; Barcelona, 1985; Pàgs. 740 i ss.

R. FAUS I ESTEVE i F. d'A. CONDOMINES I VALLS, «Derecho especial de Cataluña»; Llibreria Bosch; Barcelona, 1960; pàg. 133.

Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *«Institucions del Dret civil de Catalunya»* — Volum III — Dret de Successions; Tirant lo Blanch; València, 1998; pàgs. 430 i ss.

José-Luis LACRUZ BERDEJO, *«Derecho de Familia»*; Llibreria Bosch; Barcelona, 1984; pàgs. 318 i ss.

«Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonial entre còjuges»; VV.AA.; Generalitat de Catalunya — Departament de Justícia; Barcelona, 1995; pàgs. 81 i ss.

Ramon FAUS I ESTEVE, *«La separación de hecho en el matrimonio»*; Anales de la Academia Matritense del Notariado — Tomo II; Instituto Editorial Reus; Madrid, 1950; págs. 314 i ss.

Giacomo OBERTO, «I contratti della crisis coniugale», Tomo I; Giuffrè Editore; Milano, 1999; pàgs. 696 i ss.

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. JOSEP M. PUIG SALELLAS

Els capítols matrimonials com a emblema del pactisme civil

Juan-José López Burniol va néixer a Alcanar. El seu pare, Segundo López Martín, n'era notari i havia adoptat una de les actituds lògiques del bon notari rural: casar-se amb Assumpció Burniol Casas, una noia del poble. És el que jo vaig fer essent notari de Ponts, i és una decisió que sol donar bon resultat.

Estudia dret a la Universitat de Navarra i d'allí li ve la seva admiració per l'obra d'Álvaro d'Ors. Ingressa en el notariat l'any 1971. Guanya aleshores la notaria de Valdegovia, a la província de Burgos i, després del pas per la notaria de Tudela, l'any 1977, per oposició entre notaris, arriba a Barcelona. Jo era, en aquells temps una mica complicats, degà del Col·legi i em correspongué de donar-li possessió.

López Burniol s'integra ben aviat en les tasques corporatives i, l'any 1987, ocupa també el deganat del Col·legi. El seu prestigi és notori en els nostres àmbits jurídics, però també arriba més enllà i, mentre era president de la institució Lluís Figa, el 1987 és designat magistrat del Tribunal de la Mitra d'Andorra i, el 1993, quan aquest país adopta la seva actual estructura política, esdevé magistrat del seu Tribunal Constitucional, que presideix els dos anys següents, cessant, per tant, el 1995, quan, per torn, li correspon cedir la presidència a un magistrat de nacionalitat francesa.

El 1998 és nomenat membre de la Comissió Jurídica Assessora. Però, a part d'aquests càrrecs i d'altres activitats, com ara la seva tasca docent a la Universitat Pompeu Fabra, la seva condició de ciutadà responsable el du a interessar-se per qüestions que van més enllà de l'estricte marc jurídic i, al final, López Burniol acabarà integrant-se en una sèrie d'activitats, no necessàriament jurídiques, que no és ara el moment d'enumerar.

Mentrestant, la seva condició de lector infatigable li ha proporcionat una formació cultural sòlida i, per tant, pot parlar de moltes altres coses i no només de dret. I comença a escriure. No els haig d'explicar aleshores que els seus articles regulars de *La Vanguardia* han esdevingut ja un punt de referència.

És normal, doncs, que la nostra institució l'acollís com a membre l'any 1994. I avui és per a mi una satisfacció certa fer-li costat en aquest acte, des de la posició especial que m'atribueix la lectura d'aquest text de contestació. Si, aquell ja una mica llunyà 1997, el vaig rebre com a notari de Barcelona, ara, amb el plaer que afegeix una amistat adquirida des d'aleshores, l'acompanyo complagut en aquesta recepció solemne com a acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

* * *

El tema escollit per a l'ocasió és, naturalment —ens trobem en un marc acadèmic—, un tema jurídic. Però en el rerefons de l'exposició del nou acadèmic i ben clarament en l'àmplia part introductòria, hi ha tot un tema de notori interès social, que cal situar en el marc del profund canvi cultural que estem vivint en allò que respecta a la concepció de la família i del matrimoni.

I, si em permeten la *boutade,* com d'altra banda ja resulta del discurs, la culpa de tot la tenen les senyores. És una afirmació que ja és tòpica: és a dir, una de les grans revolucions del segle XX, la primera en allò que fa referència a la relació entre persones, naturalment, en el marc del primer món, és l'alliberament o, dit en termes jurídics, la plena afirmació de la personalitat jurídica de la dona, que, com és natural, ha vingut de la mà del seu accés a la cultura. Un progrés benèfic que s'accelera cada dia amb la seva presència cada cop més evident en les aules universitàries, a dalt i a baix de la tarima.

Però jo no repetiré allò que diu López Burniol en la seva exposició i que, en general, comparteixo. M'agradaria, en canvi, de fer tres observacions al marge, perquè sempre és agradable discrepar en algunes coses dels punts de vista dels amics, perquè això sol ser després font d'agradables converses. La primera fa referència al concepte de família; la segona, al dels capítols matrimonials; la tercera, a un aspecte molt concret de l'exposició del nou acadèmic.

a) És cert que hi ha una tendència general a estendre el concepte de família a la parella, no només la parella matrimonial i l'extramatrimonial heterosexual, sinó també a l'homosexual, com resulta, per exemple, de l'ultim treball d'Encarna Roca, que, en la seva obra *Familia y cambio social,* que gràficament subtitula *De la «casa» a la persona,* ha aprofundit en el tema.

Però jo em pregunto per què. Probablement perquè la Constitució, als seus articles 32 i 39, parla del matrimoni i parla de la família, però, com és natural, en la circumstància de 1978, no parla de les parelles de fet, que ara —i em sembla perfecte— hom vol emparar també. Es tractaria, doncs, de cercar una justificació digna per a aquesta protecció, amb una finalitat evident: assolir el reconeixement i la regulació pel legislador d'aquestes situacions personals.

La qüestió, però, és veure si realment fa falta anar tan amunt per assolir aquest objectiu. I, en aquest sentit, és evident que, a Catalunya, sense necessitat

d'acudir a cap declaració constitucional, sinó per estimables raons d'oportunitat social, aquell reconeixement i aquella regulació configuren el contingut de la llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella. Una regulació que, en allò que afecta a les parelles heterosexuals —i en això coincideixo amb el meu col·lega—, s'hauria d'haver inclòs en el Codi de Família.

Jo sempre he tingut entès que l'home i la dona, en el matrimoni no són parents, sinó cònjuges i, per tant, que la seva relació no és de família, sinó simplement matrimonial, que no és poc. És a dir, tots els drets que tenen l'un i l'altre constant matrimoni i en el moment de la seva dissolució, per mort o per altra causa, els corresponen per raó de matrimoni, i no els cal un altre títol.

El concepte de família, en canvi, neix amb l'existència de fills, fins i tot adoptius. Per tant, la parella de fet heterosexual pot constituir, aquí i avui, perfectament una família, ja sigui a través de la filiació biològica o de l'adoptiva, que té reconeguda pel legislador. I l'homosexual igualment, allà on se li reconegui el dret a adoptar, situació que no es produeix a Catalunya, a la vista del contingut de l'article 115.2 del Codi de Família.

Per tant, des del meu punt de vista, la protecció que, en les seves relacions directes, correspongui a cada un dels protagonistes d'aquestes dues situacions de fet tindrà el seu fonament en el reconeixement que els hagi volgut donar el legislador, precisament per la situació de parella, per tant, de manera autònoma. I no crec que correspongui un títol diferent.

b) Més enllà de l'actual situació d'emergència, per manca d'alternativa documental, tinc les meves reserves sobre que l'instrument que hagi de regular la crisi matrimonial sigui realment un document capitular. Per tant, em fa l'efecte que el recurs a aquesta denominació no és altra cosa que una solució transitòria.

Com indica el seu nom, els capítols matrimonials s'atorguen en ocasió de matrimoni i no és un argument en contra el fet que, segons l'article 15.1 del Codi de Família, també puguin preveure els efectes d'una ruptura. Són, per tant, un estatut per a un matrimoni que s'ha de celebrar o que, un cop celebrat, vol regular la seva circumstància, però amb idea de permanència, fins i tot, si és el cas, amb previsió anticipada de la seva eventual crisi. I aquest no crec que sigui el cas del document en qüestió, que parteix precisament d'una situació d'inestabilitat.

El que passa és que, precisament en el cas de crisi, com observa López Burniol, no tenim a mà cap altre document alternatiu que el conveni regulador de l'article 81.1, del Codi Civil, que, evidentment, és una altra cosa, ja que pressuposa l'existència d'un procés de separació o de divorci en marxa, i aquest no és el cas.

Per tant, com en tantes altres situacions jurídiques incipients, hom està parlant de capítols a causa d'una insuficiència de la normativa vigent. Caldrà, doncs, treballar en una nova concepció del conveni regulador, de forma que aquest no pressuposi necessàriament una situació processal de separació o de

divorci. Es tracta, per tant, de construir de manera franca un document específic, destinat precisament a la regulació de la crisi, tingui o no aquesta una projecció processal.

El que passa és que la nova situació en la qual ens trobem ens posa fins i tot davant d'una perspectiva documental més complexa encara. Perquè al costat dels capítols en sentit estricte i d'aquest document regulador de la crisi —el nou conveni regulador—, resten encara els documents públics que, en relació amb les parelles heterosexuals i homosexuals, respectivament, ens presenten els articles 3 i 22 d'aquella llei d'unions estables de parella.

Crec que l'aproximació d'aquests dos documents als capítols matrimonials és molt més entenedora que no la d'aquell nou conveni regulador, conveni que, d'altra banda, també farà falta en relació amb aquelles dues unions estables, quan la seva estabilitat faci crisi al seu torn.

La tasca és certament complexa. Fou molt més fàcil la d'aquells notaris que, un dia, en una magnífica decisió de tècnica documental, decidiren unir en un sol text —els capítols— aquella sèrie de documents que hom atorgava independentment en ocasió de matrimoni. És a dir, reunint en un sol text els que contenien l'heretament, el pagament del dot, la constitució d'aquest en la nova família de la núvia, i fins i tot el document de definició de drets, que, en general de manera separada, aquesta signava al seu pare.

Allò fou simplement un acte de juxtaposició, fruit de l'observació de la realitat: tots els documents que s'unien es signaven simultàniament, davant del mateix notari. Ara la cosa és intel·lectualment més complexa: es tracta de tot un esforç de creació doctrinal, projectat, a més, sobre situacions de parella no homogènies, que s'hauria de dirigir en una doble direcció.

D'una banda, els nous capítols, que ja no serien matrimonials només, que s'atorgarien en ocasió de la celebració del matrimoni o de la constitució de la parella, heterosexuals o homosexual, i que podrien contenir també aquella previsió anticipada de la crisi de l'actual article 15.1 del Codi de Família. D'altra, el conveni regulador precisament de la situació de crisi, que s'atorgaria en sorgir aquesta.

Aquest document, evidentment, s'ocuparia d'aspectes que podríem qualificar de convencionals, des de l'atribució de les residències familiars a la liquidació de les relacions econòmiques, inclosa la fixació de pensions, si s'escau. Però —i la necessitat la detecta perfectament el nou acadèmic— caldrà que pugui incloure també pactes successoris, relatius als dos interessats i als seus fills. Per tant, disposicions irrevocables, que, com apunta també el nou acadèmic, no podrien arribar a la institució d'hereu. Podien abastar, com a màxim, el patrimoni present.

c) Resta la qüestió concreta. Amb tots els respectes del cas, discrepo de l'abast que hom vol donar a la referència que l'article 20.2, *b*), del Codi de Família fa als heretaments ordenats a favor de la descendència del matrimoni, tot mantenint la seva virtualitat en els casos de nul·litat o de divorci.

El nou acadèmic, citant Egea, sobreentén que el precepte fa referència també als heretaments prelatius i no només als preventius. Per a mi, en canvi, encara que el text no ho digui expressament, crec que la referència s'ha d'entendre feta només als heretaments preventius. En primer lloc, perquè el text del precepte parla de descendents i no només de fills, tant és així que la clàusula dels heretaments prelatius només parla dels segons: fills per fills, filles per filles, si es té en compte el text que es repeteix constantment en les clàusules capitulars.

En segon lloc, perquè, si l'efecte de la nul·litat o del divorci en relació amb els heretaments preventius purs —al marge de la realitat o no d'aquest tipus d'heretament a la pràctica— és la revocabilitat, segons el que expressament estableix el segon incís d'aquella lletra *b*), és a dir, la revocabilitat d'un cridament directe d'un dels fills del matrimoni, amb major motiu aquelles situacions de crisi han de suposar la revocabilitat d'una clàusula que estableix simplement una relació de preferència a favor d'aquests fills.

I, en tercer lloc, per tal com el sentit general del precepte permet deduir que el legislador s'està referint en ell a cridaments efectius, per tant, a disposicions de caràcter positiu, no a limitacions de la llibertat de disposició *mortis causa,* que això i no altre cosa són els heretaments prelatius.

I, si no, vegeu el text de l'article 95 del Codi de Successions, segons el qual, l'heretament prelatiu simplement «constitueix una limitació de la facultat de designar hereu», sense que sigui capaç d'atribuir als fills concernits «dret successori directe».

* * *

Al final, hom podrà pensar que estem assistint a una espècie de sessió necrològica en honor dels capítols matrimonials. En qualsevol cas, López Burniol dóna a aquest document el gran relleu que li correspon en el nostre sistema jurídic privat i el situa en el que ell qualifica del moll de l'os del nostre dret civil. És a dir, en el seu principi vertebrador, que, en paraules seves, «es troba en la funció determinant que l'ordenament jurídic català ha atribuït, des de sempre, a l'autonomia de la voluntat dels ciutadans».

Comparteixo l'observació i jo m'atreveixo a fer un pas més en l'afirmació d'aquest abast metajurídic dels capítols. Perquè la reiteració de l'exercici de llibertat que representava el seu sistema, mantingut segle darrere segle, de pactes entreteixits, de persona a persona, però també entre famílies, inevitablement havia d'acabar impregnant tot el marc social. O, dit d'una altra manera, estic convençut que els capítols matrimonials, a través del seu ampli sistema convencional, gràcies a la seva notable projecció social, constitueixen una referència imprescindible —però una referència només—, si hom vol donar un abast total a allò que s'ha denominat el pactisme.

És a dir, en general, en parlar de pactisme, hom sol parlar només del pactisme polític. Es tracta d'una actitud social que, certament, no és exclusiva d'aquest

país, però que crida especialment l'atenció dels historiadors. El que succeeix és que la seva decadència s'inicia ja al segle XV i, en qualsevol cas, és un fet que només encetarà el segle XVIII. O, dit d'una altra manera, si hom vol parlar de pactisme des d'una àmplia perspectiva social, no només des de dalt, el pactisme polític s'ha de complementar necessàriament amb el pactisme civil i, aquí, crec que el document emblemàtic són els capítols.

El que succeeix és que l'abast social de cada una de les referències del pactisme civil i, entre elles, dels atorgaments capitulars, és més reduït: afecta només les famílies concernides i el seu marc de relació més immediat. En canvi, el pactisme polític està en condicions de mostrar exemples emblemàtics, de transcendència general evident.

¿Qui pot negar la importància històrica i, fins i tot, qui no se sentirà influït per l'escenografia de l'acord que, en ocasió de l'inici de l'elaboració dels Usatges, recau entre Ramon Berenguer I i els altres senyors de la terra que, amb l'usatge *«Princeps namque»*, admeten l'autoritat preeminent del comte, després de la revolta d'alguns d'ells?

És a dir, si el text del segon usatge, *«Cum dominus»*, podia donar lloc a una certa sensació d'autosuficiència, en explicar que qui estableix els Usatges és «lo senyor Ramon Berenguer, veyl compte e marquès de Barcelona e subjusador d'Espanya», l'usatge següent, *«Hec sunt usualia»*, ens explica com el marc era més pròpiament el d'una convenció. Per tant, un pacte: «açó són los Usatges de la cort; los quals establiren a tenir en tota lur terra per tots temps lo senyor Ramon, veyl comte, e Alamurs, sa muler». Però no ells dos tots sols, sinó «ab consel e volentat dels grans hòmens d'aquesta terra, ço és a saber», i segueix la nòmina d'aquells que ara, a més d'aconsellar, volien.

Eren vint-i-dos. Tres vescomtes, Ponç de Girona, Ramon de Cardona i Ulait de Barcelona. I, després, els que devien ser els altres homes influents del país, des de Gombau de Besora, Alaman de Cerevelló o Ramon de Montcada, a Guillem Bernat de Queralt o Arnau Mir de Tost, passant per Mir Gilabert, el més recalcitrant dels rebels.

El gran exemple del pactisme polític, però, el tindrem al segle següent, en els acords que Pere II ha d'establir amb els seus súbdits més poderosos, a canvi dels recursos que no té i que aquests li faciliten per finançar la conquesta de Sicília. És a dir, l'enfrontament amb el papa i, a través dels Anjou, amb la corona francesa, dos adversaris habituals de Catalunya.

Som al 1283 i és aleshores quan té lloc la sanció de les constitucions «Una vegada lo any» i «Volem, statuim», que estableixen les noves regles del joc, en allò que fa referència a l'elaboració de les lleis. En la primera, el comte rei prometia que «una vegada lo any nos, e los successors nostres celebrem dins Cathalunya General Cort als Catalans». En la segona, que «si nos, o los sucessors nostres Constitutio alguna general, o statut fer volrem en Cathalunya, aquella, o aquest

façam de approbatio, e consentiment dels Prelats, dels Barons, dels Cavallers, e dels Ciutadans de Cathalunya, o ells apellats, de la major, e de la pus sana part de aquells».

Són la institucionalització de les Corts. Però el cas és que, com he dit, la poada en marxa del pactisme polític s'iniciarà al cap de dos-cents anys, a finals del segle XV. El marc és un dels esdeveniments més dramàtics que ha viscut el país durant la seva època d'independència política, en definitiva, la primera de les tres guerres civils que, al llarg de la història, han enfrontat els catalans.

És la que té lloc entre la Generalitat i Joan II, un Trastàmara, en ocasió de l'empresonament per aquest del seu primogènit, el príncep de Viana. El primer assalt es tanca amb el triomf de la Generalitat i l'anomenada capitulació de Vilafranca, signada el 21 de juny de 1461. El comte rei no podrà entrar a Catalunya sense permís de la Diputació del General i Carles de Viana esdevé el seu lloctinent. Però es tracta d'un pacte que durarà poc.

Mort Carles de Viana, Joan II inicia el conraatac. Es resol amb la desfeta de la Generalitat i se signa una de nova capitulació, la de Pedralbes, el 24 d'octubre de 1472. Eren uns altres temps i el sobirà ja era prou fort com perquè, en un període de temps relativament curt, per la força, estigués en condicions de deixar sense efecte un pacte subscrit onze anys abans, ni que es guardessin les formes. És a dir, que se signessin unes noves capitulacions. Formalment, un nou pacte.

Evidentment, després dels Trastàmares, els Àustries i fins i tot, després, el 1702, Felip II, també guardarien les formes i, per bé que de manera cada cop més espaiada, seguiran convocant les Corts, tot jurant de respectar el dret de la terra. Tan espaiadament que Miquel Sarrovira i, després, Lluís de Peguera hauran d'acabar escrivint sengles tractats sobre la forma de celebrar-les.

És a dir, els historiadors podran seguir explicant la teoria del pactisme polític, però aquella relació d'igual a igual entre el sobirà i els seus súbdits més poderosos, que n'era l'essència, era una actitud que, en el temps i en les ideologies, quedava cada cop més allunyada. En qualsevol cas, de dret, el procés acabarà definitivament el 1714, en el marc d'una segona guerra civil.

En canvi, mentre tot aquest procés polític s'esdevenia i també després, quan s'havia extingit, la gent i no només els molt poderosos, pactaven i seguien pactant en ocasió de matrimoni. Primer, a través de documents independents d'heretament i de constitució dotal, que, com he dit, s'atorgaven simultàniament, després, gràcies a aquella síntesi notarial a la qual també he fet referència, en un sol document: els capítols. Que arribaran ben vius fins a la segona meitat del segle XX.

Són, doncs, com he dit, la referència emblemàtica d'aquell altre pactisme, el civil. Un conveni intergeneracional que, com ens ha explicat perfectament López Burniol, no perseguia altra cosa que la continuïtat de la casa, fonamentalment, a través de l'heretament. El pare, que es fa gran i que, des de l'altre cantó de la relació, havia tingut la mateixa vivència quan era ell qui es casava, cerca el

compromís definitiu del fill, vint, trenta anys més jove que ell, a fi de garantir-ne aquella continuïtat. És natural aleshores que, en compensació d'aquesta adscripció, el fill vulgui garantir, precisament amb el pacte, la seva posició, tot evitant el greu perjudici que li representaria un canvi de criteri patern.

En realitat, l'heretament era, a més, un pacte de pactes, car podia contenir en el seu si tota una sèrie d'acords subordinats. Des dels usdefruits viduals a favor de les esposes de l'heretant i de l'heredatari, on aquests es convenien, fins al conveni entre aquests dues sobre la llegítima dels fadristerns, passant, en algunes comarques, pel pacte d'aliments, pel cas que la convivència entre pare i fill fes crisi.

En qualsevol cas la identificació d'aquell món agrari amb el sistema, especialment en el territori de la Catalunya Vella, fou total, i jo sempre recordaré el que va contestar-me un pagès de la part d'Organyà, quan, servint jo la meva primera notaria de Ponts, vingué a fer capítols matrimonials. Em digué que, no solament feia hereu el fill que es casava, sinó que, a més, li donava en vida tot el patrimoni, reservant-se'n l'usdefruit i només dues peces de terra en ple domini. Jo vaig agafar-lo a part i, amb la ingenuïtat pròpia del notari novell, vaig dir-li:

— Ja sap el que està fent, en fer donació de present i, per tant, perdre del tot el control de la situació?

Però a Organyà —no en general— es veu que aquest era el costum. I aquell home alt i ferreny, al qual, malgrat els més de quaranta anys transcorreguts, encara recordo gairebé físicament, amb una mirada una mica enutjada, ja que devia entendre que la meva intervenció era una impertinència, em donà la gran resposta. La contesta definitiva:

— El meu pare ho féu amb mi i jo haig de fer-ho amb el meu fill.

El pacte, multiplicat per molt, doncs, s'havia transformat en costum i, per tant, en norma de conducta general per al poble. Gairebé en llei no escrita, si això fos possible. Però el sistema quedava coix, si només se'l reduïa a l'heretament del nuvi, perquè restava l'altre gran problema, aquest en la família de la núvia: el de la seva llegítima.

El cas és que el país, al llarg d'un interessant procés que, naturalment, no és el moment de descriure, havia anat reduint la quantia de la llegítima de manera notable, i no per caprici. Perquè, en un marc, com l'agrari, de poques disponibilitats monetàries, calia reduir al màxim els pagaments en diners, i, entre ells, el dels drets legitimaris —els anomenats drets de casa— dels fills.

La història és prou coneguda. La llegítima gòtica dels quatre cinquens sofreix la primera erosió quan Pere II concedeix a Barcelona el privilegi del *Recognoverunt proceres»,* el 1284. És la reducció als vuit quinzens i l'inici d'un procés que assoleix una notable intensitat en el segle XIV, que acaba amb la llegítima del quart de la constitució «Zelant la conservació de les cases principals», aprovada, com a dret general, a les Corts de 1585. És a dir, la que avui és la llegítima de l'article 355 del Codi de Successions.

Però no n'hi havia prou amb la llegítima curta. Al final, tot era un problema de càlcul i, per trobar el seu import, primer s'havia d'estar d'acord amb el valor total del patrimoni que s'havia de dividir per quatre. I és aquí on apareix el segon pacte: la *deffinitio* o aquell conveni entre el pare, que paga el dot, i la filla, que el cobra, en virtut del qual aquesta prometia no reclamar res més d'allò que rebien en la corresponent carta dotal.

Era encara un pacte capitular, que Lluís Figa va explicar-nos de manera magistral en la seva comunicació al II Congrés Jurídic Català i que combinava el pacte *de non petendo,* la renúncia de drets i el jurament confirmatori. I no era encara l'últim, ja que, amb el temps, aniran apareixent pactes nous, ara entre els contraents. Des de l'heretament mutual, en el qual els cònjuges, generalment uns fadristerns, es feien hereus recíprocament, als que es pactaran a favor de la descendència esperada, els anomenats heretaments prelatiu i preventiu.

Al final, resultava un document que havia d'acabar tenint una notable influència en les mentalitats, atès que els motius de penetració eren molt més determinants que no els que concorrien en el pacte polític. Primer —ja ho he indicat—, a causa de la seva major permanència en el temps, car arriba gairebé als nostres dies. Segon, per raó de la seva major projecció social, ja que el document no només l'atorgaven els poderosos, aquelles cases principals de la constitució de 1585, sinó qualsevol pagès amb un patrimoni propi. Però, si, més enllà del fet institucional, ens parem en l'estricta consideració de l'acte en si, per raó de la seva reiteració i de la difusió que assolia entre la gent.

Reiteració, ja que l'atorgament capitular no era únic en la vida de les persones. El pare els havia atorgat ja en casar-se i és possible que encara els atorgués després, ja hereu, en anar-se casant els seus germans, bé acompanyant el seu pare o, si aquest havia mort, com a titular que ja havia esdevingut de la casa. Naturalment, després, precisament en aquesta titularitat, tornaria a la notaria en ocasió del casament de cadascun dels seus fills. I aquests, arribat el seu torn, anirien repetint l'experiment.

Difusió, perquè el document era, en certa manera, un esdeveniment social. Els arxius ens mostren com, a vegades, s'atorgava en la mateixa casa de l'hereu, on es traslladava el notari, el dia del casament, i això en presència dels parents i dels altres convidats. Però, en qualsevol cas, en una societat sense gaires esdeveniments per explicar, no hi ha dubte que els capítols, sobretot el dot de les filles, devien ser un motiu de conversa, de xafardeig, si volen, més enllà de l'estricte marc de relació familiar.

La impregnació social era, per tant, una conseqüència imparable, i tot plegat contribuïa al fet que la gent s'anés convencent, primer, que era benèfic pactar sobre les coses importants i, segon, que era benèfic també que els pactes es complissin de manera pacífica.

Per això, amb el permís dels historiadors, jo seguiré convençut que, si hom està disposat a parlar de pactisme i hom vol fer-ho des d'una perspectiva general, no només des d'una contemplació elitista, des de dalt, no té sentit centrar el punt de mira només en el pacte polític. Cal pensar també en el pacte civil.

* * *

Ara bé, estic d'acord amb López Burniol que, de fet, llevat de casos residuals, tot això —també els capítols— és història. Ens ha aportat unes dades estadístiques, que no desmenteixen, sinó tot el contrari, les que jo vaig oferir en el meu ingrés en aquesta Acadèmia, l'any 1981. És més: enfront del mig miler de capítols que s'atorguen a tot Catalunya el 1998 —exactament 546—, només a la ciutat de Madrid se n'atorguen 7.075; a València, 1.982, i 952 a Bilbao, cal suposar que, en la seva majoria, per pactar la separació de béns.

I és que hem passat d'una societat rural, que, en començar el segle XX, tenia el 50 per 100 de la població activa a l'agricultura, a una altra de clarament urbana, en la qual el percentatge d'aquella població agrària no arriba al 3. És a dir, l'edifici se'ns ha ensorrat per manca de fonaments, quan tothom vol viure a la ciutat i quan, com a mostra eloqüent, la conurbació barcelonina, segons com es calculi, supera ja els quatre milions d'habitants.

Per tant, si, des d'aviat farà tres segles, el pactisme polític ja no és d'aquest món, també comença a ser història el document que era l'emblema del pactisme civil. Aleshores, què en queda de tot això? Crec que res o, com a molt, molt poca cosa. Perquè, si fos cert encara que els catalans tenim una certa tendència al diàleg, per exemple, a l'hora de fer política, no crec que això sigui pactisme.

L'actitud diguem-ne enraonada que el catalanisme pugui tenir a l'hora de demanar més competències o més recursos fiscals a l'estat, no ressuscita el pactisme. Es tracta simplement d'un estil dialèctic que ve imposat per la situació constitucional d'inferioritat des de la qual es du a terme la negociació política. Per tant, aquesta no és altra cosa que una negociació convencional, deformada, en contemplar-la, pel fet que una de les parts negociadores estengui la seva projecció política només a Catalunya.

El contrast és a l'abast. És a dir, no fa gaire temps, quan el partit regionalista de Lleó ha obtingut del partit del govern una determinada política d'inversions, a canvi dels seus vots en l'Ajuntament de la capital de l'antic regne, ningú no ha parlat de pactisme polític, almenys en el sentit que hem comentat fins ara. I, de fet, no pot dir-se que la situació sigui diferent.

Però tot això ja seria encetar una altra matèria que no és a l'ordre del dia, i el president em cridaria l'atenció. D'altra banda, si haguéssim de parlar de política, jo no sé si coincidiria tant amb el nou acadèmic com en parlar de capítols matrimonials.

ÍNDEX

Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Il·lm. Sr. Juan-José López Burniol 5

I. *Introducció* 10

A. L'aparició de nous fets 10
1. La secularització del dret de família 10
2. L'equiparació de la dona a l'home 11
3. La igualació de tots els fills 12
4. La generalització del dret de propietat i la trivialització del fet successori . 12
B. El canvi ideològic 13
C. La reforma legislativa 14
D. El nou escenari 15

II. *Els precedents* 16

A. La «casa» 16
B. La «ritualització» del matrimoni. El «matrimoni formal» 18
C. El negoci jurídic de dret de família 24

III. *El canvi social: de la família patriarcal a la família individualitzada* 25

A. La crisi de la família patriarcal 25
B. La fi de la família? 27
C. La família individualitzada i desinstitucionalitzada 28
D. El debat constitucional 29
E. Una nova perspectiva 31

IV. *El marc legal: del contracte sobre béns a la regulació dels efectes de la convivència* . 31

A. La regulació tradicional dels capítols 31
1. La funció social dels capítols matrimonials 31
2. El règim de separació de béns. El dot 33
3. L'heretament 35
a) L'heretament a favor dels fills dels contraents 35
b) L'heretament mutual 35
4. Causa i eficàcia dels capítols: el seu àmbit temporal de vigència . . . 36
a) El règim general 36
b) Les excepcions 36
a') Els heretaments 36
b') Altres manifestacions d'eficàcia 38
B. La regulació vigent 39
1. Plantejament del tema 39
2. Alguns antecedents 39

3. L'ampliació de la causa dels capítols i la seva nova funció (la contractació d'*enderrocament*) 41
4. Conseqüències d'aquesta ampliació. Les seves diferents manifestacions per al cas de ruptura matrimonial 42
a) Pactes relatius a la liquidació del règim econòmic matrimonial. Especialment, la modalització de la compensació econòmica per raó de treball 43
b) Altres predeterminacions patrimonials per als casos de nul·litat, divorci o separació. La reaparició del dot sota altres formes: el *fons patrimonial familiar* 45
c) Pactes successoris: la *reactualització* dels heretaments 46
a') A favor dels fills 46
b') Mutuals 47
d) Eficàcia d'aquests pactes 47

V. *Conclusió* 48

Bibliografia 51

Contestació de l'acadèmic de número Il·lm. Sr. Josep M. Puig Salellas 53