

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

**SEPARACIÓ DE BÉNS
O PARTICIPACIÓ:
COMENTARI DE L'ARTICLE 23
DE LA COMPILACIÓ**

DISCURS D'INGRÉS
de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. ENRIC BRANCÓS I NÚÑEZ

i

CONTESTACIÓ
de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. ROBERT FOLLIA I CAMPS

26 de març de 1998

BARCELONA
MCMXCVIII

DISCURS D'INGRÉS
de l'acadèmic de número
IL·LM. SR. ENRIC BRANCÓS I NÚÑEZ

Sr. President,
Srs. Acadèmics,
Senyores,
Senyors,

Vull que les meves primeres paraules siguin d'agraïment a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, que m'ha volgut entre els seus membres. La brillant trajectòria d'aquesta docta Corporació en l'estudi i millora del nostre Dret fan que només pugui correspondre a la distinció que se m'atorga amb l'ofertament de la meva col·laboració més sol·licita. Servir a la Institució a la qual m'incorporo serà per a mi un honor i la millor demostració de gratitud.

JOAN-PAU XAMMAR, jurista català del segle XVII, conseller i assessor de la Batllia General, doctor de la Real Audiencia, catedràtic de Cànon de Barcelona, autor de *De officio judicis et advocati*, entre altres obres, és qui dona nom al setial que m'ha estat assignat. Pertany a la generació del gran FONTANELLA, i altres significats autors com FRANCESC FERRER o MIQUEL DE CORTIADA, que varen reeixir en la delimitació i renovació del dret català a través de gairebé l'únic instrument al seu abast, la jurisprudència. Cal recordar que entre les Corts de 1599 i les de 1702 no s'aprova cap constitució que faci referència al dret civil. FIGA FAURA¹, que va ser membre eximi d'aquesta Acadèmia, Notari també d'arrels gironines, en relació a aquesta època precisava: «*Dir que el nostre Dret és fonamentalment dret romà és una veritat a mitges, enunciada de forma ambigua i desencaiminadora. Perquè no és cap característica del dret català, sinó, al contrari, és allò que el fa semblant —allò que té de comú— amb tots els drets europeus. El que és característicament català —o castellà, o francès, o alemany, o italià— es construeix contra el dret comú. Tot això s'introdueix lentament, per pacte, per costum i, quan no hi ha més remei —perquè ni el pacte ni el costum no poden assolir el resultat que el sentit de la justícia exigeix—, per la llei paccionada, que no és mai quod principi placuit, sinó cristallització i formalització d'allò que hom creu socialment just.*

¹ FIGA FAURA, «Llibre del II Congrés...», p. 361.

El costum secundum, praeter o contra legem és sobirà perquè no és altra cosa que la consciència social, i aquesta preval sobre les lleis escrites.» Aquesta consciència social de què parla FIGA FAURA, equitat en definitiva, havia d'al·legar-se, segons la Constitució de 1599, en concepte de doctrina dels doctors. D'aquí ve la importància de la generació de Xammar. A través de les *Decisiones*, o comentaris de jurisprudència, i sempre amb el rerafons del dret romà, de vegades per separar-se'n, d'altres per estructurar científicament el dret del país, identificaren la *consciència social* i la convertiren en llei aplicable.

Després del Decret de Nova Planta ja tot va ser diferent. Però avui, recuperada la potestat legislativa pel Parlament de Catalunya, l'essencial, la *consciència social* dels catalans, pot tornar a cristal·litzar sense intermediaris externs i sense la necessitat de fonamentar les normes actuals en antecedents ja desfasats. Aferrar-se cegament al passat és seguir el joc del Decret de Nova Planta. Avui correspon investigar la consciència social d'un present que és gairebé el segle XXI per tal de facilitar-ne una regulació jurídica adequada. Per a aquesta recerca l'Acadèmia està en una posició immillorable. Poder participar-hi és el que més m'il·lusiona i el que més —repeteixo— els vull agrair.

I, tot seguit, passo a exposar l'objecte del meu discurs, que té quelcom a veure amb el que he dit fins ara.

I

SITUACIÓ PRÈVIA

El paper de l'home i de la dona en el si de la societat ha variat profundament en els darrers decennis. La sortida de la muller de l'entorn tancat de la casa i la seva incorporació al món laboral han trastocat les relacions —tant personals com patrimonials— en el si del matrimoni. De la dona que havia de refugiar-se en la protecció d'un marit que dirigia la família en exclusiva, amb l'obligació de fer front al sosteniment de les càrregues del matrimoni, hem passat a un règim on es comparteixen les responsabilitats com a conseqüència de l'acceptació sense reserves del principi de total equiparació dels sexes.

Després d'un estancament de segles, ara l'evolució és molt ràpida. Tant, que tot sovint hom té la impressió que el dret no aconsegueix atrapar el tren de la realitat. Un dels intents d'*aggiornamento* és l'article 23 de la CDCC, que persegueix atemperar el rigor que suposa el règim d'estricta separació de béns per al cònjuge que no obté una retribució fora de casa sobre la base de reconèixer una *compensació* per la dedicació a la família o a l'empresa de l'altre cònjuge. El que voldria ara és fer una anàlisi de si és la via adequada i suficient, i dels avantatges i inconvenients que té la literalitat de l'article 23 de la Compilació en la redacció de la Llei 8/1993 de 30 de setembre.

Voldria encetar el tema fent una ràpida panoràmica històrica que permetrà enquadrar més exactament l'article 23 dins la dinàmica dels temps. Situats a finals del segle XX, la gran qüestió en matèria de règim econòmic del matrimoni és l'elecció entre les tres grans modalitats —la comunitat, la participació o la separació de béns— per tal d'ajustar l'aplicació de béns i guanys del matrimoni a la realitat del repartiment de funcions, domèstiques i laborals, en el si de la família. Però convé veure que aquesta distinció no sempre ha tingut la mateixa importància. I no la va tenir en el passat perquè la concepció patriarcal de la família era de tal intensitat que a la pràctica la combinació dels efectes de les institucions de dret de família amb les de dret successori donava lloc que el marit fos l'administrador únic, indiscutible i indiscutit, de la pràctica totalitat dels béns de la parella, amb molt poques excepcions. És important destacar que només hi ha dos moments a la història en què es produeix una intensa equiparació d'home i dona al si del matrimoni: al dret romà clàssic, és a dir, en el període que va des d'August (31 a. C.) fins a Dioclecià (316 d. C.) i a l'actualitat. Al dret romà clàssic mai no es pot parlar, com ara, de total igualtat, però sí d'independència de la dona respecte del marit. Són, repeteixo, els dos únics moments.

Abans de tot això, a Roma, des de la Llei de les XII Taules fins gairebé al final de l'època republicana, la modalitat més freqüent de matrimoni, el matrimoni *cum manus*, suposava, com diu FRITZ SCHULZ², que la dona es trobava *in manu mariti* i no podia tenir patrimoni propi. El patrimoni que tingués abans de contraure matrimoni o el que adquirís després de casar-se es trametia automàticament al marit, el qual era propietari exclusiu d'aquest patrimoni amb dret a disposar-ne lliurement *inter vivos* o *mortis causa*. Al final, la influència del cristianisme suposà un retorn de segles al matrimoni patriarcal.

Al dret romà clàssic, tal com diu SCHULZ³, la mentalitat oberta dels juristes, el costum de l'alta societat romana, que rebutjava el matrimoni *cum manus*, i l'esforç creador dels jutges i els pretors, varen desenvolupar un dret matrimonial nou i humanitari sense cap ajut legislatiu. L'antic matrimoni patriarcal romà va subsistir, però va deixar de jugar un paper important en la vida social de Roma. En el matrimoni lliure el marit i la muller se situaven en pla d'igualtat. El matrimoni no produïa efectes patrimonials immediats, i marit i muller continuaven essent propietaris dels béns que tenien abans del matrimoni, així com dels adquirits amb posterioritat. Cadascun dels cònjuges podia disposar lliurement de la seva propietat i, especialment, l'esposa no necessitava l'autorització marital per a cap dels actes en què intervenia. En definitiva, el sistema del dret català o de l'anglès. Com a corol·lari del sistema, diu SCHULZ que el marit no estava obligat a mantenir la muller, i que la muller no era *heres legitima* del marit, ni viceversa.

² SCHULZ, «Derecho romano clásico», p. 113.

³ SCHULZ, «Derecho romano...», p. 100.

Però també assenyala que hi havia el costum matrimonial que la muller deixés en mans del marit l'administració dels béns patrimonials reservant-se només la potestat domèstica, encara que amb notables excepcions, com la de Terència, muller de Ciceró, la independència de la qual va enutjar el seu marit, sovint en dificultats econòmiques, fins al punt d'acabar en divorci.

Els principis que inspiren el dret romà clàssic es mantindran encara en el Corpus Iuris de Justinià. Però la idea patriarcal estesa pel cristianisme va coincidir amb la no menys patriarcal concepció del matrimoni dels pobles germànics. En ressorgir el Corpus Iuris, al s. XII, la regulació romana del matrimoni, tal com veurem, ja havia estat substituïda pel Dret canònic i, en l'aspecte patrimonial, els drets municipals van mantenir el patriarcat. El dret romà va passar a ser un dret subsidiari recollit només als manuals jurídics, excepte en alguns territoris en què va tenir una aplicació que tampoc no es pot qualificar d'absoluta. Aquest és el cas de Catalunya, on es varen barrejar elements autòctons amb d'altres visigòtics, francs i, finalment, amb el dret romà, que moltes vegades s'adoptà per facilitar una estructura jurídica fiable i contrastada a institucions formades pel costum. Això no vol dir que no hi hagués un substrat romà que és comú a tots els drets peninsulars. Sobre aquest punt és absolutament recomanable el treball del que va ser insigne membre d'aquesta Acadèmia, en LLUÍS FIGA FAURA⁴, amb motiu del II Congrés Jurídic Català, al qual em remeto.

Però, tornant al que ens interessa, cal destacar que a l'Edat Mitjana les tres grans religions monoteïstes, el judaisme, el cristianisme i l'Islam, després d'arraconar definitivament el paganisme romà, es varen decantar obertament per la jerarquització patriarcal de la família. Tal com diu l'excel·lent historiador i comparatista HELMUT COING⁵, malgrat que el matrimoni es concebia com a *societas* i no com a domini unilateral de l'home, el matrimoni va ser considerat patriarcalment com corresponia als textos bíblics (Gènesi 2,18; Efesis 5,25; Pere 3,1; Colossencs 3, 18 i 19). El marit és el cap de la comunitat matrimonial, la muller li deu *reverentia* i obediència, té el *devoir de soumission*. L'home ha de procurar el manteniment de la dona i el de la família. Li pertoca exercir una activitat lucratiua. Segons el *ius commune*, la muller estava sotmesa al *ius maritalae*. Aquesta submissió al poder marital no suposava al *ius commune* una pèrdua de la capacitat de gestió, però a la pràctica la regla era la contrària perquè molts drets estatutaris i consuetudinaris d'Europa havien conservat la institució de la *tutela mariti* (o de la *incapacité de la femme mariée*). Segons això, amb el matrimoni la dona perdia la capacitat de disposar de la seva propietat i d'obligar-se contractualment sense el consentiment del marit. La seva comesa era portar la casa i cuidar i educar els fills.

El control patriarcal del patrimoni familiar es produïa amb facilitat en els règims de comunitat, que dominaren gairebé tota l'Europa medieval, per la senzilla i certament elemental via d'ajuntar tot el patrimoni de marit i muller en un sol sac, la comunitat, que controlava absolutament el marit. En els estatuts territorials del centre i nord d'Europa es podien veure centenars de variants en la configuració de la comunitat, però la nota invariable era que la mà comuna era només la del marit. L'Allgemeines Landrecht prussià de 1794 (II,1, par.184) encara deia: «El marit és el cap de la comunitat conjugal i la seva decisió és determinant en afers comuns».

L'altre gran grup de règims matrimonials, el dotal, amb més o menys reminiscències del dret romà, no era gaire més favorable per a la situació de la dona casada. Respecte a l'esquema patriarcal no canviava excessivament el fet que, en els règims de separació o dotals, el marit tingués unes limitacions pel que feia als béns de la muller, dels quals no tenia la facultat de disposar, i que jurídicament la seva administració obeïa a una finalitat marcada. A la pràctica, les prerrogatives del marit dins el dret de família eren d'una importància tan acusada que s'imposaven sobre les facultats de la dona com a titular dominical dels seus béns. La llicència marital —de la qual en parlarem més endavant— i l'atribució de l'autoritat familiar al marit esborraven en gran part les diferències pràctiques entre un sistema de comunitat de béns i el de separació. D'altra banda, cal dir que la constitució de dot obligatori aportat per la dona —propi de l'antecedent justinianeu rebut pel dret català— beneficiava fonamentalment el marit en ser un ajut al sosteniment de les càrregues del matrimoni, al qual, en principi, estava obligat en exclusiva.

A més a més, als règims dotal i de separació de béns propis de les zones dominades pel dret romà, a banda que el marit administrava el dot, sembla bastant freqüent —ja al període justinianeu— que la muller entregués els parafernals al marit per a la seva administració, fins al punt de produir-se una certa confusió en la doctrina per diferenciar entre béns dotals, parafernals i els anomenats extradotals.

Pel que fa als drets corànic i hebraic, els dots aportats pel marit (el que s'anomena «preu de la virginitat») que els caracteritzaven podrien semblar, en principi, més favorables a la dona. Però tampoc no és així, ja que només constituïen una petita defensa de la muller en religions que admetien la poligàmia i la repudiació. En una visió molt optimista del problema, Lady Montagu, esposa de l'ambaixador britànic a Istanbul, comparava la situació de la dona turca amb la de l'anglesa, i afirmava que així com la pobresa a Anglaterra conduïa les dones solteres o abandonades a la prostitució, entre els otomans la muller repudiada tornava amb el dot a la seva família. Segurament Lady Montagu es referia només a la situació de les burgeses riques de la capital, però sembla evident que la situació als matrimonis humils era ben diferent. Pensem que al Marroc l'estudi MERNISSI

⁴ FIGA FAURA, Llibre del II Congrés Jurídic Català, p. 333.

⁵ COING, «Derecho privado europeo», t. I, p. 300.

assenyala a hores d'ara la repudiació com a causa principal de la inestabilitat dels matrimonis i de greus dificultats per a la dona abandonada. Pensem també que l'Estat d'Israel no penalitza la bigàmia fins l'any 1971 i que ho fa per no entrar en la validesa religiosa, mosaica o corànica, del segon matrimoni.

A Catalunya també es coneixia el dot aportat pel marit —«contradot»— però es desenvolupava en un context diferent que li donava un altre sentit. L'escreix i el *tantumdem* de Girona constituïen una atribució del marit a favor de la muller per tal de garantir-li una seguretat econòmica una vegada dissolt el matrimoni per una causa que no podia ser altra que la mort.

Però, pràcticament en tots els règims, àdhuc quan la dona era titular d'un patrimoni, romania subjecta al control del marit, amb l'excepció del dret català que veurem. La manifestació més clara del control patriarcal era la *tutela mariti* —que, llevat del territori de recepció del dret justinianeu— afectava tant la dona casada en règim de comunitat com la casada en règim de separació de béns. Tal com resumeix COING⁶: «D'acord amb molts drets territorials la dona, en casar-se, perd tota la capacitat de gestió. En contra del dret romà (en el qual ja s'havia superat aquesta fase) cau sota la tutela mariti. Amb el matrimoni la dona perd la capacitat de disposar sobre la seva propietat (per més que sigui seva), sense el consentiment del marit. No pot obligar-se a ella mateixa ni els seus béns mitjançant contractes. En conseqüència, al marit li correspon l'administració de tots els béns de la dona (àdhuc els parafernals reservats) i pot abocar cap a ell els fruits d'aquest patrimoni. En general se n'exceptuen les disposicions mortis causa. La dona comerciant generalment estava lliure de totes aquestes limitacions... Per exemple, segons el dret coutumier francès la dona no podia presentar-se davant un tribunal sense l'autorització del marit; els juristes saxons, pel contrari, mantenien que no era lícit que l'home la representés davant els tribunals sense el seu consentiment. El dret coutumier va preveure la possibilitat de substituir l'autorització del marit, denegada abusivament, per un decret judicial; però això no regia per tot arreu. Segons el dret holandès es podien excloure o limitar els drets del marit als capítols matrimonials; la jurisprudència francesa ho va considerar il·lícit.»

En definitiva, a tot Europa, el dret econòmic-familiar era clarament patriarcal fins al punt d'esborrar les diferències en les conseqüències, resultats o efectes pràctics entre els sistemes de comunitat i de separació de béns. Ja sigui perquè als règims de comunitat l'únic administrador era el marit, bé perquè al règim dotal la dona entregava la major part dels seus béns al marit a fi d'administrar-los i fer front a les despeses familiars, o bé per la llicència marital, hom pot dir que fins dates ben properes l'organització econòmic-familiar ha estat absolutament patriarcal, amb escassa intervenció i defensa de la dona.

Pel que fa al nostre país, diu COING: «A la Recepció (*del ius commune*) el dret dotal romà només va ser acceptat com a sistema general en alguns països. A reserva de les modificacions que resultaven en particular dels estatuts o de la pràctica contractual, va estar vigent als territoris peninsulars d'Itàlia, en la zona de *droit écrit* de França, així com a [Castella], l'Aragó i Catalunya». És acceptat pel comú que el règim de separació de béns, o més pròpiament dotal, és la base de la secular independència de la dona catalana. Com tantes altres afirmacions tòpiques, aquesta conclusió s'ha d'acceptar amb reserves, perquè una cosa és la independència jurídica i una altra la patrimonial. És cert que en el dret català el marit no té cap intervenció als parafernals si no és per voluntat de la muller⁷, però això no vol dir que les dones casades siguin titulars, en general, de patrimonis equiparables als dels marits. De tota manera, el desconeixement de la institució de la llicència marital en el dret català és absolut i de sempre, llevat un parèntesi a la segona meitat del s. XIX en què els Tribunals varem aplicar el dret castellà. Com diu FIGA FAURA⁸, «durant tota aquesta etapa històrica (l'anterior a la primera recepció del Dret Comú) la capacitat de la dona, casada o no, és absoluta. A la nostra terra no s'ha parlat mai en termes d'imbecillitas sexus ni de llicència marital. I d'això n'hi ha proves abundants. No tan sols els costums 22 i 36 de les Commemoracions de Pere Albert admeten per al dret feudal que la dona, sense intervenció del marit, pugui fer homenatge al senyor i prestar jurament de fidelitat que personalment haurà de complir si la cosa no és feudal, o és prefernal; sinó que, molt més tard, passa això mateix fins i tot en negocis per als quals seria justificada la intervenció del marit: l'any 1303, Elisenda, muller de Pere de Sobrerroca, es fa dona pròpia i sòlida de Dalmau de Rocabertí, senyor de Navata, sense intervenció del marit». Per la seva banda, BROCA⁹ diu literalment: «en su virtud, la mujer contrataba sin intervención de su esposo en cuanto atañía a los parafernales, dándolos, de esta suerte, en arrendamiento, en depósito, pignorándoles, hipotecándoles y enajenándolos; de lo cual, con apoyo en la antigua jurisprudencia, dan testimonio todos los escritores jurídicos del antiguo Principado (Fontanella, Cancer, Gibert, Vives i Cebrià, Durán y Bas), y son prueba concluyente los documentos notariales relativos a los parafernales, por cuanto en ellos se consigna que la otorgante obra sin intervención de su marido por tratarse de bienes parafernales». El que no es desprèn d'aquesta afirmació és que freqüentment, ja en el dret romà, la dona entregava al marit els parafernals per a la seva administració i que el marit feia seus els fruits amb l'única limitació que havia d'aplicar-los *circa se et uxorem*, és a dir, en benefici propi o de l'esposa. D'aquí va venir la dificultat doctrinal de

⁷ Commemoracions, Capítol 22, que remet a l'aplicació de la Llei 8.ª Cod. De pact. Convent., V, 14.

⁸ FIGA FAURA, Llibre del II Congrés Jurídic Català, p. 338.

⁹ BROCA, «Historia del Derecho civil de Cataluña...», cit., p. 849.

⁶ COING, «Derecho privado...», cit., t. I, p. 302.

distingir els béns parafernals d'una categoria certament poc definida: els anomenats extradotals.

Excepcionalment, i com un parèntesi al temps, després de la publicació de la Ley del Matrimonio civil de 1870 i del Codi Civil es va plantejar a Catalunya la qüestió de si la dona quedava sotmesa a la llicència marital per tal de poder disposar del seu patrimoni. L'article 49 de la Ley del Matrimonio Civil prohibia a la dona administrar els seus béns i celebrar contractes excepte en el casos previstos a la llei; l'article 50 conferia al marit l'administració dels béns de la dona llevat dels casos exceptuats per la llei. Els articles 61, 62 i 1387 del Codi Civil imposaven a la muller la llicència del marit per adquirir o alienar béns, tant a títol oneros com gratuït, i, en general per contractar o obligar-se. La Dirección General de los Registros y del Notariado (R. 12/7/1901) i posteriorment el Tribunal Suprem (S. 15/2/1908) varen entendre que, en ser d'aplicació a tot el territori les normes del Títol IV del Llibre 1r del Codi, relatives al matrimoni, la llicència marital havia de passar a ser d'aplicació a Catalunya. Es tracta d'un important retrocés en els drets de la dona catalana que de fet ja havia anunciat la sentència del Tribunal Suprem de 12 de maig de 1866 en considerar indispensable —encara que substituïble per l'autorització judicial— la llicència del marit en base a una norma de la Novísima Recopilación que no regia a Catalunya. Aquesta situació es mantenia encara en la reforma del Codi Civil de 1958, que recull en l'Exposició de Motius aquella famosa frase *«por exigencia de la unidad matrimonial existe una potestad de dirección que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido»*. Va ser la Compilació catalana, dos anys més tard, la que per a la dona catalana va suprimir definitivament la llicència marital. I, tot i així, autors com PUIG SALELLAS¹⁰ i FOLLIA¹¹ entenen que la llicència era inherent al règim econòmic i consegüentment, es mantenia per als casats sota règim de comunitat de guanys que guanyaven el veïnatge civil català i també per als catalans que pactaven la comunitat, encara que en aquest cas admetien la possibilitat de suprimir la llicència per pacte capitular, per bé que ambdós insistien en la necessitat urgent de supressió de la llicència per anacrònica.

Resumint, la llicència marital que coneix el dret castellà i que recullen les Leyes 54 a 59 de Toro té més aviat l'origen en la *Munt* —potestat del marit sobre la dona— del dret germànic. Aquesta concepció patriarcal del matrimoni, que és la que resulta del Nou Testament, tal com ja s'ha dit, passa als règims matrimonials de comunitat sota la direcció i administració del marit habituals en els drets estatutaris i consuetudinaris del centre i nord d'Europa durant tota l'Edat Mitjana, però és estranya a la independència obtinguda per la dona a la fase final del dret romà, que és la que es rep i manté a Catalunya.

De tota manera, no cal fer-se gaires il·lusions. A Catalunya no es pot dir que la situació de la dona fos equiparable a la de l'home. I és que el dret de família va íntimament lligat amb el dret successori, i al nostre país era pràctica generalitzada l'heretament en capítols amb la clàssica fórmula fideïcomissària: *«ins-tituyo herederos a mis hijos pero no a todos juntos sino a uno después de otro con preferencia de los varones sobre las hembras y del mayor sobre el menor»*. És a dir, perquè una dona arribés a ser hereva era necessari que el matrimoni no hagués tingut cap fill. Altrament la dona només rebria un dot, que administrava el marit i, en el millor dels casos, uns parafernals, que també era costum entregar al marit per tal que els administrés. Estem, també, dins una concepció patriarcal del matrimoni. Dificilment es pot parlar d'igualtat entre home i dona. Una cosa és l'equiparació jurídica i una altra de ben diferent l'equiparació a la realitat econòmica.

La recent equiparació dels sexes ha influït de manera diferent els règims de separació de béns i els de comunitat. Avui, els futurs esposos no acostumen a anar al matrimoni amb gaires propietats, llevat d'algun fill de casa bona que hi aporta un habitatge o una participació industrial o comercial. L'únic que aporten és la seva capacitat laboral. Equiparar els sexes, al si del règim de comunitat, ha convertit la muller en cotitular i coadministradora d'uns guanys que, malgrat haver-se considerat sempre comuns, abans només controlava el marit. En canvi, als règims de separació de béns, llevat que la dona treballi, situació que encara no és la més freqüent, difícilment gaudirà d'una independència econòmica equiparable a la del marit. I, encara que només sigui pel fet de la maternitat, la dona sempre tindrà més minvades les seves oportunitats professionals. En aquest sentit es pot dir que quantitativament i qualitativa, en relació a la situació anterior, l'avenç de la dona ha estat més important als règims de comunitat.

El legislador català —en línia amb la Resolució del Consell de Ministres del Consell d'Europa de 27-IX-78— n'és conscient o, com diu l'exposició de motius de la llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, *«no és insensible a la necessitat d'introduir correctius en el règim legal, per evitar les possibles situacions de desigualtat a l'hora de l'extinció»*. També en són conscients molts matrimonis quan, en efectuar una de les majors inversions familiars, la compra de l'habitatge, l'adquireixen per meitat. El que resulta més discutible és l'encert en la via adoptada per la llei: la compensació de l'actual article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya, que estableix que *«el cònjuge que, sense retribució o amb una retribució insuficient, s'hagi dedicat a la casa o hagi treballat per a l'altre cònjuge tindrà dret a rebre d'aquest, quan s'extingeixi el règim per separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni, una compensació econòmica si per raó del dit defecte retributiu s'ha generat una situació de desigualtat entre el seu patrimoni i el de l'altre cònjuge»*.

¹⁰ PUIG SALELLAS, RJC, núm. Extraordinari, 75 aniversari, pàgs. 253 a 332.

¹¹ FOLLIA, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», entrada «Licencia marital».

II

DRET COMPARAT

Al dret comparat veiem diferents tractaments del treball domèstic o per l'altre cònjuge. Les solucions són absolutament dispars.

Al règim de separació de béns regulat pel BGB alemany no es preveu cap mena de compensació. És més, l'ajut mutu en la professió o comerç de l'altre cònjuge es considera com a assistència obligada entre consorts (§ 1353,1).

A Àustria tampoc no hi ha compensació pel treball domèstic.

A Anglaterra s'havia considerat antigament que quan la muller s'ocupava de la casa o dels fills donava lloc a una participació indirecta, un «*trust*», sobre l'habitatge familiar adquirit pel marit, però des de 1971 la Cambra dels Lords, en la resolució *Gissing v. Gissing*, ha rebutjat aquesta concepció.

A nombrosos estats dels que formen els Estats Units d'Amèrica, malgrat que el règim sigui el de separació de béns, les lleis permeten al jutge d'un cas de divorci repartir els béns i atribuir a una de les parts la propietat de béns de l'altre si l'equitat ho exigeix, a criteri del tribunal, en funció de les circumstàncies del cas i de la situació respectiva dels interessats¹². A causa d'aquestes transferències pot succeir que la pensió sigui innecessària, i quedi substituïda per un pagament alçat. Però molt sovint el repartiment s'afegeix a la pensió. Al cas *Garver v. Garver*¹³ se'n dona la justificació: «la teoria de la pensió es fonamenta en l'obligació de mantenir l'esposa, que obliga al marit en virtut del Common Law, mentre que el repartiment es basa en el dret de la dona a rebre una part equitativa dels béns que els consorts han acumulat per la unió dels seus esforços durant el matrimoni». Succeeix molt sovint que es confonen ambdós principis, que no donen lloc a dues decisions diferenciades, i es condemna un cònjuge bé a pagar una única quantitat alçada (*clean break*), bé a pagar una pensió. Aquesta manera de procedir pot crear dificultats, ja que la decisió sobre la pensió està subjecta a revisió i, en canvi, l'atribució de béns no.

A França només es compensa l'excés del treball domèstic en el cas d'adquisicions oneroses, a nom d'ambdós cònjuges, en què el diner ha estat aportat només per un. Si el cònjuge que no ha fet cap aportació dinerària treballava íntegrament a la casa o ajudava a la professió de l'altre es considera irrevocable la donació de la meitat de l'import de la compra per presumir-se remuneratòria d'aïtals serveis¹⁴. També, en comptades ocasions, la jurisprudència considera aplicable al divorci l'acció general d'indemnització de danys de l'article 1382 del CC, és

a dir, la doctrina de l'enriquiment injust. L'àmbit d'aplicació de l'article 1382 CC és diferent de la pensió d'aliments de l'article 226, perquè, mentre que aquesta compensa un desequilibri econòmic nascut de la ruptura, aquell permetria la indemnització d'un perjudici nascut durant el matrimoni. Excepcionalment, l'article 280 del *Code civil* estableix una prestació compensatòria a favor del cònjuge culpable del divorci si ha contribuït professionalment al negoci de l'altre. De tota manera, a la major part dels casos, el resarciment de l'enriquiment injust s'obté dins el règim de comunitat francès per la participació en els guanys del matrimoni.

A Itàlia, el jutge, en fixar l'assignació en cas de divorci, ha de tenir en compte tres criteris que haurà de considerar separatament: a) la condició econòmica del cònjuge; b) les raons o motius de la decisió; c) *la contribució personal i econòmica de cadascun dels cònjuges a la «conduzione» de la família i a la formació del patrimoni comú*¹⁵.

Al Codi civil espanyol, l'article 1438 estableix la retribució del treball per la casa de manera substancialment diferent a com es fa a l'article 23 CDCC, tal com veurem al llarg d'aquesta exposició.

III

FINALITAT DE L'ARTICLE 23 CDCC

Sens dubte, l'origen de l'article 23 CDCC es troba en les demandes de determinats grups de defensa de la dona per tal de moderar l'excessiu rigor del règim de separació de béns. La demanda inicial consistia en la substitució de règim de separació de béns per un règim de participació. La regulació actual és el resultat de dues successives retallades d'aquest punt de partida. La primera tingué lloc en l'avantprojecte que va presentar-se a les Jornades de Caldes d'Estrac de 1990. Per tal de respectar el tradicional règim de separació de béns es proposava que es mantingués com a primer supletori però que en els casos de separació o divorci el Jutge pogués aplicar les normes del règim de participació, el qual, en canvi, no tindria entrada en el supòsit de dissolució per mort d'un dels cònjuges.

El segon rebaix el produeix el Projecte de Llei presentat pel govern de la Generalitat al Parlament de Catalunya, publicat al B.O.P.C. de 16 de novembre de 1992, que introdueix l'actual redacció de l'article 23.

La norma aprovada vol apartar-se del règim de participació però, conscient del rigor que suposa el règim de separació de béns per al cònjuge —generalment l'esposa— que renuncia a un treball remunerat fora de la casa per atendre les

¹² New York Dom. Rel. Law, 234.

¹³ 184, Kan. 145, 334 P 2d 408 159.

¹⁴ REVEL, «L'article 214...», cit., p. 24.

¹⁵ SANTOSUOSSO, «Il Matrimonio», cit., p. 427.

necessitats domèstiques o el negoci familiar, vol adjudicar-li algun avantatge en cas de crisi matrimonial. La intenció última del legislador es desprèn de dues paraules clau del text de l'article 23: *compensació i desigualtat*.

La compensació econòmica del treball domèstic no ha sigut mai estranya al règim de separació de béns. L'antic article 50 CDCC establia que «*es considerará contribució a l'aixecament de les càrregues del matrimoni el treball realitzat per a la casa per qualsevol dels cònjuges*». És a dir, l'aportació econòmica de l'un es compensava amb el treball per a la casa de l'altre, igual per igual. Es tracta d'una formulació evolucionada, diguem-ne més diplomàtica, d'aquell principi recollit a tota la legislació medieval i àdhuc a la primera redacció de la Compilació, segons el qual el marit ha de procurar el manteniment de la muller i de la família i la muller ha de portar la casa, cuidar i educar els fills. Dit d'una manera o de l'altra, als efectes de compensar les aportacions de marit i muller al sosteniment de càrregues del matrimoni, s'assignava el mateix valor al treball domèstic que al diner aportat per a la manutenció ordinària de la família.

L'actual CDCC a l'article 8 manté aquest criteri i l'amplia en incloure-hi la col·laboració al terreny professional: «*Es considerará contribució a les despeses familiars el treball realitzat per qualsevol dels cònjuges en interès de la família per a la casa, o (i aquí ve l'afegit) com a col·laboració personal o professional no retribuïda, o amb retribució insuficient, a la professió o empresa de l'altre cònjuge*». Però, al mateix temps, el desvirtua l'article 23 quan ordena que sigui compensada amb diners o béns del patrimoni de l'altre cònjuge la col·laboració personal o professional en el cas de separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni. Ço que significa que avui el treball domèstic es valora més. A banda de ser contribució a l'aixecament de les càrregues del matrimoni i, per tant, equilibrador de l'aportació econòmica feta pel consort treballador fora de casa, dóna lloc, a més a més, a una compensació econòmica addicional. Parlant en termes comptables, compensa dues partides.

Fins aquí, però, no s'ha sortit del que és la lògica interna del règim de separació. Simplement s'han donat unes contrapartides de valor superior al treball per la casa i s'ha afegit el valor de la col·laboració professional com a aportació a compensar al si de les relacions familiars. No s'ha sortit del que s'anomena *regles de reembossament d'aportacions*.

En canvi, parlar de *desigualtat econòmica*, com fa l'article 23 CDCC, desborda la lògica interna del règim de separació de béns. Com diu la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de l'1 d'abril de 1997: «*Ciertamente no es muy afortunada la redacción del precepto, pues se atisba una cierta voluntad de igualar el patrimonio de los cónyuges, lo que, por un lado, no se conecta con el espíritu del régimen económico matrimonial legal catalán, y, por otro lado, parece querer equiparar económicamente la labor del cónyuge en el hogar, o en el negocio del otro cónyuge, con la labor realizada por el otro, lo que no significa otra cosa sino valorar eco-*

nómicamente los trabajos domésticos en función de la labor desempeñada por el cónyuge que trabaja fuera del hogar, con lo que a la postre se manifiesta como una pretendida comunidad de ganancias». Crec que no es pot dir més clar. L'únic que hi afegiria és que, a sobre, per augmentar la confusió, no es determina quina és aquesta proporció en els guanys, que dependrà de la lliure apreciació del jutge, amb la consegüent incertesa. De fet, ja s'han produït sentències completament «comunitaristes», com la de 9 de febrer de 1996 del Jutjat de 1.^a Instància n.º 15 de Barcelona que, en compensació del treball de l'esposa, li atribueix, en aplicació de l'article 23 CDCC, la propietat d'una de les dues parades de venda adquirides durant el matrimoni, de les quals era exclusiu titular el marit. L'article 23 ha donat pas a una liquidació pròpia d'una comunitat de guanys. De tota manera, el supòsit que dóna lloc a la sentència és extrem, ja que sembla desprendre's de l'exposició dels antecedents de fet que el negoci provenia inicialment, abans d'una sèrie de transmissions intermèdies, de la família de la muller, i també resulta que el marit no aportava la plena dedicació com a conseqüència d'una malaltia i que la dona havia tirat endavant les dues parades amb el seu esforç personal. Només quedaria preguntar-se: d'haver estat en pèrdues les dues parades, hauria atribuït el jutge la meitat de la responsabilitat pels deutes a la dona o només n'hauria fet respondre el marit —que n'era el titular— amb la totalitat dels seus béns, inclosos els adquirits fora de l'activitat en què participava l'esposa?

La referència a la desigualtat dels patrimonis dels cònjuges és incongruent amb l'esquema conceptual de la separació de béns. En un règim de separació, els respectius patrimonis no han de ser ni iguals ni desiguals. Així de senzill. Si un dels cònjuges treballa per a l'altre se li ha de retribuir la tasca realitzada en funció del seu propi valor de mercat però no en relació als guanys obtinguts per l'altre consort. El contrari és introduir per la porta falsa un règim comunitari al qual, a més a més, li mancarà la seguretat i la certesa de conèixer des del moment de la celebració del matrimoni la proporció de la participació en els guanys. El que no es pot dubtar respecte de la sentència comentada és que si la mateixa activitat que desenvolupava l'esposa l'hagués duta a terme un encarregat només hauria pogut cobrar els sous pendents. Mai no hauria pogut reclamar l'atribució directa en ple domini de la meitat del patrimoni guanyat. La resolució va més enllà de les *regles de reembossament* i arriba a la *comunicació de guanys*, però deixant a l'arbitri judicial el percentatge de participació.

L'article 39 del Projecte de Codi de Família procura resoldre aquesta incertesa amb una remissió a les normes de l'enriquiment injust. El precepte projectat disposa que el cònjuge té dret a rebre una compensació si es dóna una situació de desigualtat en el patrimoni de tots dos que impliqui un enriquiment injust, conseqüència d'una manca de retribució o d'una retribució insuficient. Vull pensar que el projecte introdueix la idea d'enriquiment injust per tal que actuï com un límit de la compensació. Però, i d'aquí ve la contradicció, el límit de l'enriquiment

ment injust no pot ser altre que el valor del treball determinat pel mercat laboral. Qualsevol quantitat que excedeixi del valor del treball al mercat laboral pressuposa que la retribució del treball per a la casa o per a l'empresa de l'altre cònjuge no es determina per la seva valoració intrínseca sinó per l'increment del patrimoni de l'altre. I aquest increment pot provenir de causes que no tinguin res a veure amb l'activitat del consort que roman a la casa, que excedeixin a bastament al benefici que pugui resultar de la manca de retribució o la retribució insuficient del consort col·laborador. I això ja no és la separació de béns sinó la participació. Tal com diuen les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona de l'1, 20 i 21 d'abril de 1997: «se está reconociendo que toma principios ajenos al sistema de separación de bienes de Catalunya, propios de otros sistemas de comunidad»; o «ciertamente no es muy afortunada la redacción del precepto, pues se atisba una cierta voluntad de igualar el patrimonio de los cónyuges, lo que, por un lado, no se conecta con el espíritu del régimen económico matrimonial catalán, y, por otro lado, parece querer equiparar económicamente los trabajos domésticos en función de la labor desempeñada por el cónyuge que trabaja fuera del hogar, con lo que a la postre se manifiesta como una pretendida comunidad de ganancias»; o, en definitiva, «es una fórmula legal excesivamente abierta para supuestos muy cerrados».

La confusió general es reflecteix també en les esmenes presentades al projecte de Codi de Família. Així, l'esmena 40 d'Esquerra Republicana ens parla de compensar el patrimoni «adquirít a títol oneros durant la convivència» atenent «la quantia de la desigualtat patrimonial produïda». Què hi pot haver que estigui més a prop del règim de comunitat de guanys? Però, com mínim, al règim de comunitat de guanys se sap des del principi que la compensació és al 50%. Els contraents pràcticament no podran saber exactament les conseqüències econòmiques d'un matrimoni que en principi serà contret sota el règim de separació. La cosa es complicarà en el cas que s'admeti l'esmena número 9 del Grup Mixt, que proposa que «aquest dret (la compensació) és, a priori, irrenunciable». El resultat, certament còmic, serà que a Catalunya, per tal de salvar de paraula el règim de separació de béns, l'hauréu extingit de fet, atès que ja no es podrà pactar la separació de béns pura. Tindrem formalment un règim de separació que realment serà un règim de participació en proporció indeterminada, encara que determinable pel jutge.

En definitiva, l'article 23 planteja un problema irresoluble. Si es tenen en compte els guanys del cònjuge treballador fora de casa per tal de determinar la compensació s'altera l'esperit i estructura del règim de separació de béns. Si, pel contrari, només es compensa una eventual retribució que percebria el cònjuge que roman a la casa no té sentit introduir el potencial «si pel dit defecte retributiu s'ha generat una situació de desigualtat». Sempre que una persona treballa per a una altra sense retribució es genera un desequilibri econòmic, un enriquiment de l'un a càrrec de l'altre. I, en aquest darrer cas, el cònjuge «fort» ha de restituir el valor

d'aquest treball encara que el seu patrimoni particular no s'hagi incrementat. Com a mínim s'ha estalviat un sou.

Altrament, pel que fa a la col·laboració que es presta en el negoci o activitat professional del consort, una gran part de la doctrina tendeix a considerar-la com a deute extramatrimonial, que difícilment es pot encaixar dins les relacions de família. Per això, l'article 1438 CC exclou la compensació de la col·laboració professional. A la doctrina, LACRUZ¹⁶ considera que es dona un contracte tàcit de treball. LETOURNIÈRE hi veu una societat de fet, en contra de la idea de DÖLLE, que considera que no es pot presumir l'existència d'una societat de fet llevat que l'aportació sigui d'un lloc regular, amb l'aplicació de l'entera força de treball o mitjans financers significatius. És a dir, la formulació doctrinal tampoc no és unànime. Personalment penso que no es pot considerar soci aquell que no participa en el risc empresarial. I, si el règim és de separació de béns —no de comunitat de guanys— l'única figura que permet participar en els beneficis és la societat de fet, que a la vegada suposaria participar a les pèrdues, que no és el cas. La compensació de l'article 23 CDCC no pot donar lloc, doncs, a una societat de fet, i tampoc no pot consistir en una participació en els guanys sense extralimitar-se del règim de separació. Una vegada més es demostra la indefinició de la seva naturalesa.

Una altra evidència que la finalitat de l'article 23 CDCC no resulta del tot entenedora es fa palesa en la polèmica sobre si aquest precepte és o no incompatible amb la reclamació de la pensió regulada per l'article 97 CC.

Lluís JOU¹⁷, en comentar la reforma, proclama la independència de la compensació ex article 23 CDCC de la pensió compensatòria prevista a l'article 97 del CC. Afirmar, crec que encertadament, que la pensió té per objecte compensar *des-equilibris futurs*. Tal com exemplifica l'autor, es tracta del cas d'una persona que, sense patrimoni propi, ha contret matrimoni amb algú amb patrimoni i/o rendes considerables de manera que, per raó de l'esmentat matrimoni, el «feble» passa a tenir una situació social i un «tren de vida» determinat que amb la separació o divorci perdrà. L'article 97 cerca esmorteir aquest canvi de «status», aquest desequilibri que es produirà en el futur. Val a dir que la jurisprudència es va apartant de la idea que la separació o el divorci han de donar lloc a rendes vitalícies, sobretot quan el consort que les ha de rebre és idoni —i té edat— per incorporar-se al món del treball. De fet, la idea de la pensió vitalícia va bastant lligada a la del matrimoni indissoluble. Si un dels cònjuges trenca aquest tracte perpetu que és el matrimoni per manca de la relació afectiva necessària per la vida de parella, almenys ha de complir les obligacions econòmiques a què es va comprometre. Avui gairebé es pot dir que el matrimoni ha deixat de ser un contracte a perpetuïtat i, en conseqüència, cap dels consorts no pot aspirar, al·legant el consentiment ini-

¹⁶ LACRUZ, «Elementos...», cit., IV, p. 536.

¹⁷ JOU, «Comentaris...», p. 201.

cialment manifestat, a gaudir vitaliciament de la posició econòmica de l'altre. Però en qualsevol cas, amb caràcter vitalici o temporal, el que pretén l'article 97 és compensar aquest desequilibri futur, nascut de la ruptura, i com a mínim facilitar la reincorporació al treball, sempre difícil, del consort menys afavorit econòmicament.

En canvi, seguint l'argument de JOU, la compensació de participació prevista a l'article 23 CDCC és una compensació de *desequilibris passats* que consisteixen en l'existència d'un treball no retribuït o insuficientment retribuït del «feble» per a la casa o per al negoci del «fort». És fonamenta, per tant, en l'existència d'un enriquiment injust.

Com que els fonaments d'ambdós preceptes és diferent, la seva compatibilitat comporta que en ocasions es pugui meritjar la pensió i no la compensació, i viceversa. Encara que també intueix JOU que no es pot duplicar comptablement la quantia de la compensació. Per això diu: «és evident que si s'atribueix una compensació per la via de l'article 23 CDCC amb fonament precisament a aquella dedicació i col·laboració la pensió compensatòria serà inferior, perquè el cabal del cònjuge "feble" serà major».

Però no és aquesta la direcció cap a la qual s'orienta la jurisprudència catalana més recent, almenys la de l'Audiència Provincial de Barcelona¹⁸. Com sia que l'article 97 CC, a l'hora de fixar les circumstàncies que tindrà en compte el jutge per fixar la pensió pren en consideració: «4.ª - La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª - La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge» considera aquesta jurisprudència que la pensió i la compensació ex article 23 CDCC tenen la mateixa raó de ser i que, per tant, si la seva traducció econòmica es vol reclamar per una de les vies no es pot reclamar per l'altra.

No ens trobem, doncs, en l'evitació de la duplicació comptable sinó en una incompatibilitat total entre els dos preceptes.

Jo m'haig d'inclinar pel punt de vista de JOU, que també és el que segueix l'Audiència Provincial de Tarragona a la sentència de 20 de març de 1996, per diferents raons:

— Es pot pensar que el legislador català no va tenir en compte que ja l'article 97 CC introduïa la valoració de la dedicació a la casa o al negoci o activitat de l'altre consort. Que no es va adonar que ja existia una solució legalment prevista. El que és més difícil de pensar és que el legislador del mateix Codi Civil, en un altre article —el 1438, que recull unes previsions similars a les de l'article 23 CDCC— també es despistés.

— La mateixa Audiència Provincial de Barcelona es contradiu. En les sentències de 28 de juny de 1996 (ponent: D. Andrés Salcedo Velasco) i 1 de ju-

liol de 1996 (ponent: Josep Juanola Soler), es declara l'exempció de les compensacions de l'article 23 per l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats i s'argumenta com a raó fonamental que «hi pot haver aportació de béns sense formació de patrimoni comú» i que «aportaciones las hay; contribuciones las hay. Otra cosa es que no se forme una masa de comunidad germánica». En conseqüència, el pagament de la compensació de l'article 23 CDCC és un acte de dissolució de la societat conjugal. Dir que si es practica aquest acte de dissolució ja no es pot reclamar la pensió de l'article 97 CC és com dir que si es practica la liquidació de la comunitat de guanys tampoc no procedeix la pensió compensatòria. A ningú no se li ocorreria aquest despropòsit.

— Crec que és clara la idea que la pensió compensatòria vol evitar desequilibris futurs, mentre que la compensació de l'article 23 retribueix una dedicació passada. La primera té caràcter alimentici mentre que la segona cancel·la un deute.

En resum, no vull dir que no sigui més pràctic i aclaridor el criteri de la incompatibilitat, però des d'un punt de vista conceptual no hi pot haver més incompatibilitat que la que es derivaria d'una dualitat comptable. És més, m'atreveiria a dir que la jurisprudència ha adoptat el criteri de la incompatibilitat com una sortida falsa per no aplicar un article d'intel·ligència molt difícil. En qualsevol cas, em sembla que l'article 23 CDCC no és incompatible amb tot l'article 97 CC sinó només amb els apartats 4 i 5 d'aquest article.

Aquesta és la interpretació que caldrà donar a l'article 39,4 del projecte de Codi de Família si arriba a establir que «el dret a aquesta compensació és compatible amb els altres drets de caràcter econòmic que corresponen al cònjuge beneficiat, i serà tingut en compte per a la fixació d'aquests altres drets».

IV

QUANTIFICACIÓ DE LA COMPENSACIÓ

Voldria estructurar aquest punt entorn de dues afirmacions de Lluís JOU¹⁹ en el seu Comentari a la Modificació de la Compilació. Primera: «la compensació no es generarà mai, per molta que hagi estat la dedicació o el treball no retribuït, si en el moment del divorci no hi ha patrimoni o si el "fort" té el mateix patrimoni que tenia quan es va casar». Segona: «la determinació de la desigualtat de patrimonial s'haurà de fer en base a les normes del règim de participació en els guanys». Cal remarcar que el propi JOU albira tot seguit els problemes que planteja la seva solució en dir: «La determinació de la causa de la desigualtat entre el patrimoni d'un cònjuge i el de l'altre pot resultar a la pràctica realment complicada. L'estalvi d'un sou pot realment provocar una gran diferència de patrimonis?»

¹⁸ Sentències de 18 de setembre de 1996, 17 de desembre de 1996, 30 de desembre de 1996, 8 de gener de 1997, 1 d'abril de 1997, 20 d'abril de 1997.

¹⁹ JOU, «Comentaris...», p. 203.

De fet, JOU es troba amb dificultats a l'hora de quantificar la compensació de l'article 23 CDCC. Si es tracta de compensar un sou, del que endemés s'ha de deduir la part corresponent a coparticipació a l'aixecament de les càrregues del matrimoni, el desequilibri patrimonial no serà mai de quantia elevada i, per descomptat, mai no es podrà fer una atribució com la que resultava de la sentència salomònica abans comentada de les parades de venda: una per a cadascú. Si aquesta compensació del treball domèstic o per a l'altre cònjuge es determina, no pel que d'acord amb els preus del mercat de treball cobraria un tercer que realitzés la mateixa activitat domèstica, sinó per l'increment del patrimoni («*si no hi ha increment no hi ha compensació*», diu JOU) del cònjuge «fort», ens n'anem més enllà del règim de separació de béns.

Tampoc no és gaire coherent amb el règim de separació de béns l'afirmació que si el cònjuge fort té el mateix patrimoni que tenia quan es va casar no procedeix la compensació. Entenc que, en el pitjor dels casos, haurà estalviat un sou que ha de rescabalar d'acord amb la teoria de l'enriquiment injust a la qual ens hem remès constantment.

D'altra banda, liquidar d'acord amb les normes de la participació un règim de separació ja és celebrar la cerimònia de la confusió.

Però, àdhuc admesa la hipòtesi que la col·laboració domèstica o professional d'un consort a favor de l'altre s'ha de retribuir en qualsevol cas, la doctrina es pregunta quina ha de ser la quantia concreta de la retribució. Aquest dubte tampoc no es resol amb l'article 23 CDCC a la mà. LACRUZ ha dit que la compensació constitueix un *salari diferit*²⁰. DíEZ PICAZO s'inclina pel que ell anomena *preu de l'atur*²¹. La conseqüència econòmica no és la mateixa segons es miri des de l'un o l'altre punt de vista. Si es parla de salari diferit l'import de la retribució no ha d'excedir del cost d'un empleat domèstic o, en definitiva, del salari d'un treballador per compte d'altri. En canvi, si el que es retribueix és l'atur, s'hauran de tenir en compte els rendiments que obtenia el cònjuge que roman a la casa al moment en què deixa la feina que desenvolupava. Així, un cirurgià o cirurgiana acreditat tindria dret a percebre els mateixos guanys que obtenia amb el seu treball abans de dedicar-se a la família. Seguint aquesta darrera interpretació de la compensació podria donar-se el cas, si el que roman a la casa és el cònjuge que obtenia més ingressos, que el consort que treballa fora de la família no guanyi prou per pagar aquest anomenat *preu de l'atur*.

En definitiva, i per adelantar alguna solució, crec que només es poden resoldre els dilemes que planteja l'article 23 CDCC fent una espècie de prova del nou. Atès que la *conditio iuris* del precepte és que el cònjuge no estigui retribuït o que la retribució sigui insuficient, quina ha de ser la retribució que impedeixi

reclamar la compensació? Sens dubte ha de ser suficient una retribució similar a la que s'obtingria al mercat laboral. Si el cònjuge col·laborador obté un sou de mercat entenc que no pot pretendre que prosperi cap reclamació.

Només vull afegir que per acabar arribant a aquest punt es pot formular l'article 23 CDCC d'una manera més clara, senzilla i menys imprevisible pel que fa a les seves conseqüències. Altra cosa és que, en el fons, el legislador vulgui compensar la col·laboració domèstica o professional del cònjuge amb una participació a la bona marxa dels afers familiars. Però, en aquest cas, la via ha de ser una altra. Tornaré sobre aquest punt a les conclusions.

V

PER QUÈ NO HI HA COMPENSACIÓ EN EL SUPÒSIT DE MORT D'UN DELS CÒNJUGES?

Potser el punt més freqüentat per les crítiques dirigides pels especialistes a l'article 23 és la poc justificable restricció segons la qual només s'aplica en les situacions de ruptura matrimonial per crisi. Diu la doctrina que no es veu la raó per la qual té millor tractament el cònjuge separat o divorciat que aquell que conserva el vincle fins la mort del seu consort. Només es pot justificar la discriminació amb el raonament, més sociològic que jurídic, que en l'extinció normal del matrimoni el vidu o vídua acostumen a veure resoltes les seves necessitats econòmiques mitjançant beneficis successoris testamentaris o *ab intestato*. Cal pensar que, en aquest cas, l'afecte que es professen marit i muller els porta, en la majoria dels casos, a atorgar testament amb disposicions de l'un a favor de l'altre.

Certament, l'estadística confirma aquestes suposicions. Però el càlcul de probabilitats no és el millor sistema d'atribució de drets, sobretot quan no es tracta de drets o facultats conferits de manera gratuïta, sinó de la més estricta retribució d'un treball realitzat. El consort que ha treballat tota una vida en el negoci familiar no ha d'esperar una disposició testamentària per rebre allò que tindria si s'hagués separat o divorciat.

Si s'admet que darrere l'article 23 hi ha la teoria de l'enriquiment injust no es pot fer la distinció entre els matrimonis estables i els separats o divorciats. L'enriquiment injust genera un deute que cal pagar en qualsevol dels casos. En el futur, l'article 39 del nou projecte de Codi de Família, en la mesura que explicita aquesta idea d'enriquiment injust, agreujarà la incoherència.

Molt probablement són aquestes les raons per les quals l'article 1438 del Codi civil evita la distinció entre el supòsit d'extinció del matrimoni per mort i els de separació o divorci, i crec que el legislador català les haurà de tenir en comp-

²⁰ LACRUZ, «Elementos...», p. 537.

²¹ DíEZ PICAZO, «Sistema...», p. 537.

te i, només si es considera oportú, evitar liquidacions extemporànies, determinar un termini breu de reclamació, que podria ser el d'un any a comptar des de la mort que dona lloc a l'extinció del règim.

VI

DRET PROCESSAL

Pel que fa al procediment de reclamació del deute de l'article 23 els tribunals catalans sostenen posicions totalment diverses i, fins i tot, contradictòries.

La sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 25 d'abril de 1996 declara que *«tal cuestión estrictamente patrimonial resulta ajena a la materia propia del derecho de familia y esencial del proceso de separación matrimonial, por lo que debe ser rechazada, sin perjuicio de poder ejercitarse en el proceso ordinario que corresponda; en el que ambas partes podrán esgrimir sus respectivos argumentos y medios de prueba encaminados al ejercicio de las acciones recíprocas que entiendan se correspondan en virtud de las actuaciones de carácter estrictamente económico (trabajo, inversiones, etc.) realizadas en los bienes comunes si existieren, o de propiedad exclusiva de cada uno de ellos durante el tiempo que duró la convivencia, puesto que, como ha quedado dicho, el proceso matrimonial va encaminado por su propia naturaleza a obtener un pronunciamiento básico (la nulidad, separación o divorcio del matrimonio en su día contraído) y unos pronunciamientos accesorios en aras a regular las consecuencias inmediatas de la ruptura (atribución del uso del domicilio conyugal, el uso de los bienes muebles e inmuebles disfrutados por la familia, pensiones alimenticias y/o compensatoria, etc.), pero sin que sea el marco adecuado para complejas liquidaciones de bienes y de relaciones fundamentalmente económicas aunque tuvieran su desarrollo en el marco de las relaciones afectivas propias del matrimonio»*. En altres sentències de tribunals d'instància hom entén que, atès que és pressupòsit essencial de la reclamació derivada de l'article 23 CDCC la nul·litat, la separació o el divorci, primer procedirà aquesta declaració i, després, en el declaratiu ordinari, la determinació de la compensació.

En canvi, la major part de la jurisprudència admet que la reclamació ex art. 23 CDCC pot tenir la seva seu en el mateix procediment matrimonial. Segurament la sentència transcrita parteix de la base equivocada que en el règim de separació de béns —a diferència del de comunitat de guanys— no hi ha liquidació. Les sentències de la Secció 4.^a de la Sala d'Afers Contencioso-Administratius del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 28 de juny de 1996 (Ponent: D. Andrés Salcedo Velasco) i de l'1 de juliol de 1996 (Ponent: D. José Juanola Soler) s'encarreguen de demostrar que una cosa és el règim i una altra el patrimoni comú i que hi pot haver liquidació del règim (liquidació per les contribucions a les

càrregues del matrimoni, treball personal, etc.) sense qui hi hagi d'haver uns béns comuns. Aquest és el criteri de l'article 41 del projecte de Codi de Família.

Malgrat l'aparent claredat queden dues preguntes per fer-se. Primera: el fet que la compensació es pugui reclamar al si del procediment matrimonial té com a conseqüència que no es pot reclamar dins un procediment ordinari per enriquiment injust de naturalesa patrimonial exclusivament i no matrimonial? Segona: si la reclamació té lloc dins d'un procediment matrimonial, concretament dins el primer procediment de separació, pot tornar a plantejar-se la qüestió en un posterior procediment de nul·litat o divorci?

En relació al primer interrogant resulta difícil pensar que el fet de no presentar-se la reclamació dins el procediment matrimonial pressuposi una renúncia tàcita a la compensació patrimonial i que, conseqüència d'aquesta renúncia, ja no es pugui reclamar per cap altre mitjà processal. Bé, sempre es pot argumentar que l'article 23 CDCC és una espècie pròpia del dret de família dins la doctrina de l'enriquiment injust en general i que aquesta especialització implica un tractament jurídic independent. Personalment considero bastant forçat que la compensació del treball d'un cònjuge al negoci de l'altre només es pugui reclamar dins un procediment de dret de família. Una cosa és dir, com fa la sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 25 d'abril de 1996, que la compensació és exclusivament dret patrimonial que ha de quedar fora del procediment matrimonial, i una altra de ben diferent és afirmar que només es pot reclamar en el primer dels procediments matrimonials iniciats, com ho fa l'article 40 del projecte de Codi de Família. És més, considero que la compensació de la col·laboració al negoci o activitat professional de l'altre consort queda més aviat lluny del dret de família. En qualsevol cas convindria que el legislador es pronunciés sobre aquest punt, sobretot per precisar l'abast de l'article 40 del projecte de Codi de Família, del qual passo a tractar tot seguit.

Respecte de la segona qüestió, el projecte de Codi de Família ja es pronuncia a l'article 40,1r: *«El dret a la compensació econòmica establert en l'article anterior només es pot exercir en el si del primer procediment en el qual se sol·liciti la separació, el divorci o la nul·litat, i no es pot formular en un procediment posterior de nul·litat o divorci»*. (No es diu que no es pugui formular en un posterior procediment ordinari.) Personalment no veig la necessitat de limitar l'oportunitat processal al primer procediment. Em sembla una solució poc ortodoxa des del punt de vista del dret ritual. Suposa vincular la subsistència —no pas l'exercici— del dret material a l'oportunitat processal: si no s'exerceix en el primer procediment decau el dret material de manera que ja no es podrà reclamar en cap altre procediment. Amb el temps pot acabar conduint la reclamació de la compensació a un procediment de dret patrimonial pur posterior al matrimonial. (Aquesta segona possibilitat serà gairebé innegable quan es tracti de reclamar la retribució del treball al negoci o activitat professional de l'altre consort.) De fet, l'únic que

s'ha de evitar és la duplictat comptable. És evident que si se sol·licita la pensió compensatòria en el primer procediment i en el segon s'hi afegeix la reclamació de la compensació de l'article 23 en resulta una duplictat comptable. I això és el que persegueix evitar l'article 40 del nou projecte, però amb una solució forçada. Personalment no hi veig inconvenient que en el segon procediment pugui reclamar-se la compensació si simultàniament s'ofereix la revisió de la pensió compensatòria de l'article 97 CC. Al consort creditor li pot interessar més el pagament alçat a què dóna lloc l'article 23 que la prestació periòdica que —llevat la capitalització de comú acord— resulta del 97 CC i, tractant-se com es tracta d'un crèdit vençut, no se li ha de negar aquesta possibilitat.

VII

DRET INTERTEMPORAL

Alguna sentència d'instància s'ha plantejat la qüestió de si l'actual article 23 és aplicable als matrimonis celebrats abans de l'entrada en vigor de la llei 8/93, de 30 de setembre. L'argument és senzill: el fet que la disposició final de la llei declari que només serà d'aplicació als casos de separació, divorci o nul·litat dels matrimonis que s'hagin iniciat a partir d'aquesta data no vol dir que es reconeguin efectes retroactius a l'esmentada disposició legal en el sentit que l'acte o negoci no es regirà pel dret derogat sinó pel nou. En aquest cas l'acte o negoci és el règim econòmic del matrimoni, que es regula per la llei vigent al moment de la constitució però no de l'extinció.

En contra d'aquesta argumentació es pot oposar que l'article 23 no és pròpiament una norma de fixació del règim sinó només de liquidació, i que no dóna cap dret nou sinó que només explicita una possible causa d'enriquiment injust, que existiria encara que cap norma la recollís expressament. Però aquestes afirmacions no són exactes al cent per cent. La Llei 8/93 ha introduït un canvi substancial. El treball domèstic passa a tenir una retribució superior. Si abans de la llei el treball domèstic es compensava amb la major participació a l'aixecament de les càrregues del matrimoni del cònjuge que obtenia els ingressos familiars —per tant, el possible enriquiment injust es compensava amb la major aportació patrimonial del cònjuge laboralment actiu— després de la llei s'afegeix un plus, aquesta compensació ja no es considera suficient i se n'estableix una altra d'addicional, la de l'article 23. Compensació addicional que, segons com s'interpreti, introdueix una participació dins el règim de separació de béns. Fins a quin punt la nova compensació suposa una mutació substancial del règim de separació de béns que no podria tenir efectes retroactius? Fins a quin punt és una simple norma de liquidació? La llei 8/93 sembla inclinar-se per considerar l'article 23 una regla de li-

quidació o de reembossament —no d'alteració del règim— i ordena la retroactivitat plena a la Disposició Final en establir que no s'aplicarà als procediments ja iniciats. És a dir, s'aplicarà als matrimonis anteriors que inicien el procediment de separació, divorci o nul·litat amb posterioritat a la publicació. Si la llei no fos retroactiva, no afectés els matrimonis celebrats anteriorment a la publicació de la llei, només es podria aplicar a les parelles que, el mateix dia d'entrada en vigor, haguessin contret matrimoni i haguessin iniciat la separació simultàniament, que fóra absurd. Així doncs, amb la lletra de la llei a la mà és clar que el legislador va voler la retroactivitat.

En un esforç de major precisió, CARLES MIR²² entén que també es podrà demanar la compensació de l'article 23 quan la demanda reconvençional hagi estat interposada després de l'entrada en vigor de la llei (que és, pel que fa a l'article 23, la de la seva publicació).

VIII

RENÚNCIA A LA COMPENSACIÓ

La jurisprudència²³ ha declarat el caràcter dispositiu de la compensació de l'article 23 CDCC, però es tracta de dos supòsits que no constitueixen renúncia anticipada sinó posterior a la interposició de la demanda de separació o divorci. També, la totalitat de la doctrina admet la renúncia dins el marc del procediment familiar. El dubte es presenta en la qüestió de si la compensació és renunciabile anticipadament, és a dir, al temps de la celebració del matrimoni. JOU²⁴ es manifesta favorable a la renúncia sobre la base que l'article 7 CDCC dóna la més ampla llibertat de pacte en matèria de règim de béns, i que si l'article 23 fos d'ordre públic ho hauria de declarar expressament. Resumeix: *«finalment, predicar la solució contrària equival a concloure que a Catalunya, país en què el règim de separació absoluta de béns ha estat tradicional i en general ben acceptat, l'únic règim que no es podrà pactar amb llibertat serà precisament el de separació de béns»*.

Jo hi afegiria una altra idea. L'ordre públic no varia d'un dia per l'altre de manera radical. La mateixa consciència popular que ha acceptat la «compensació» del treball domèstic d'un cònjuge per la contribució dinerària a l'aixecament de càrregues del matrimoni de part de l'altre cònjuge no pot haver canviat fins a no admetre un pacte en aquest sentit.

²² MIR, «Estudi sobre el nou article 23...».

²³ Sentències de l'A.P. de Barcelona de 2 de setembre de 1996 i de 8 de gener de 1997.

²⁴ JOU, «Comentari a la Reforma...», cit., p. 200.

Ara bé, admès el caràcter dispositiu, almenys «a posteriori», de l'article 23, es torna a plantejar amb tota la seva intensitat el problema de la retroactivitat. No essent d'ordre públic no sembla que hi hagi motiu per imposar la compensació a matrimonis que, de fet, no la van pactar perquè, en contraure matrimoni, no existia aital norma. Així doncs, malgrat la claredat de la disposició final de la Llei 8/93, que permet reclamar-la en els casos de separació, divorci i nul·litat iniciats després de la seva publicació, la formulació legal no sembla gaire congruent amb el principi general d'irretroactivitat.

En qualsevol cas sembla evident que la modificació s'hauria de pactar en escriptura pública d'acord amb l'article 12,1,2 de la CDCC.

IX

RESUM FINAL

A tall de conclusió es pot dir que els ordenaments jurídics han valorat el treball domèstic de manera molt diversa.

1. Alguns el consideren com una contribució a l'aixecament de les càrregues del matrimoni exclusivament. El valor econòmic de la col·laboració domèstica es compensa amb l'aportació pecuniària que fa el consort que obté ingressos de la seva activitat professional o industrial. En castellà es resumiria exactament amb la frase: «*lo comido por lo servido*». És el plantejament de la CDCC anterior a la llei 8/1993.

Amb una construcció jurídica diferent, presumint la renúncia de l'excés de valor, també arriba a aquest punt l'article 1676 del Codi Civil de Portugal en dir: «*Si la contribució d'un dels cònjuges en les atencions de la vida familiar excedeix de la part que li corresponia, es presumeix que renúncia al dret a exigir de l'altre la corresponent compensació*».

2. Altres atribueixen un valor superior al treball domèstic i entenen que excedeix del cost de la subsistència del cònjuge que roman a la casa, però sense ultrapassar el que seria el salari corresponent a la funció realitzada. Així, l'article 1438 del CC: «*...el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación...*». Cal destacar que aquesta formulació és independent del fet que el patrimoni de l'altre consort hagi augmentat o disminuït durant el matrimoni. Tal com diu ÁLVAREZ OLALLA²⁵: «*Ha desaparegut així, del text definitiu de la llei, la referència a l'enriquiment de l'altre cònjuge, continguda al text del Projecte de 1979... no estem ja davant un enclavament comunitari al règim de separació de béns, sinó davant una espècie de salari diferit*

que operará de manera objectiva, independentment que l'altre cònjuge obtingui o no ingressos...». Encara que reconeix que «*...la supressió de l'exigència d'un enriquiment per part del cònjuge obligat a compensar s'ha realitzat només externament, atès que en la valoració del jutge aquell serà un criteri a tenir en compte indubtablement.*»

Se seguirien, per tal de quantificar la compensació, les regles dels reemborsaments tal com es fa en el cas d'aportacions desproporcionades d'un i altre cònjuge. És clar que, segons com es quantifiqui, podria arribar-se a una compensació inversa. Amb sornegueria ens ho explica LACRUZ²⁶: «*Caldrà valorar el treball prestat efectivament i el contravalor que representa el manteniment de l'esposa (o espòs) a la llar: el nivell de satisfacció de les seves necessitats i atencions personals, espectacles i esbarjo, vestit, viatges, vacances, vehicles, etc., tot allò que en les famílies adinerades pot rebuixar del tot o en gran part les pretensions de l'esposa (o espòs) la qual té a més a més qui l'ajudi en els treballs de la casa...*»

3. Finalment, un tercer grup estableix una relació entre la retribució del treball domèstic d'un dels cònjuges i una eventual «desigualtat patrimonial» respecte de l'altre o un enriquiment de part d'aquest darrer. El Projecte de reforma del CC de 1979, amb una redacció rebutjada per poc coherent amb el règim de separació de béns en el qual s'inseria, resumia: «*El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación equitativa si el otro cónyuge se hubiese enriquecido durante el matrimonio*». També, l'actual article 23 CDCC es pot incloure dins aquest grup, ja que atorga la compensació en base a una «desigualtat patrimonial» (s'ha de dir que la igualtat no té sentit dins el règim de separació de béns) i a un presumpte enriquiment injust d'un cònjuge a les esqueses de l'altre.

Plantejada la compensació de l'article 23 CDCC com un mitjà reequilibrador de les desigualtats patrimonials dels cònjuges desemboca irremissiblement a l'aplicació de les regles del règim de participació per tal de quantificar-la. JOU²⁷ ho exposa clarament: «*...el text vigent no dona cap pauta. Però, si no és el de les normes del règim de participació, quin criteri caldrà seguir...?*» ROCA TRIAS²⁸ també s'inclina per les normes del règim de participació. El meu parer és el contrari. Des del meu punt de vista no és aplicable el sistema de liquidació pel règim de participació de béns: a) perquè seria una desvirtuació del règim supletori aplicable, que és el de separació de béns. De fet no existiria el règim de separació de béns en els supòsits de crisi matrimonial; b) perquè el legislador, en el nou projecte de Codi de Família, sembla que s'aparta de la possible liquidació pel règim de participació quan remet, amb més o menys encert, a les regles generals de l'enriquiment injust; c) perquè només proce-

²⁵ LACRUZ, «Elementos...», cit., p. 538.

²⁷ JOU, «Comentari a la Reforma...», cit., p. 204.

²⁸ ROCA TRIAS, «Instituciones...», cit., p. 208.

²⁵ ÁLVAREZ OLALLA, «Responsabilidad patrimonial...», cit., p. 103.

deix el règim de participació si s'ha pactat en capítols. D'altra manera estaríem davant d'una causa de naixement del règim de participació no prevista a la llei; d) perquè, si no fos així, la llei hauria de determinar el percentatge de participació.

A més a més, quan es tracta de la col·laboració d'un dels cònjuges en la professió o indústria de l'altre, tal com assenyala ROCA TRIAS, resulta difícil encaixar-la dins el dret de família. Sembla més plausible la idea del CC de deixar-la fora del dret econòmic-matrimonial i, en tot cas, remetre-la a una posterior reclamació patrimonial, societària o laboral. El que passa és que el legislador català vol considerar el cònjuge que treballa amb el seu consort quelcom més que un treballador per compte aliè. Vol que la dona catalana tingui una posició superior a la que atorga el CC a l'article 1438. Li vol donar una participació, però sense que sigui dit, sense definir-la amb precisió per tal de no alterar el tradicional règim de separació de béns. En definitiva, vol i dol. A resultes d'aquesta incerta línia de política jurídica la participació pot acabar sent del 50% —tal com ja s'ha vist en alguna sentència— i el règim de separació il·lusori.

En qualsevol cas, la norma jurídica té per finalitat crear seguretat, no incertesa, i en l'article 23 CDCC hi ha més del segon que del primer. Ja hem vist que l'article 23 CDCC planteja qüestions i dubtes en la seva estructura mateixa:

— Què significa «desigualtat patrimonial» dins un règim de separació de béns? Des de quan el règim de separació té per principi igualar patrimonialment els cònjuges?

— Quina és la quantia que cal rescabalar? El que cobraria un tercer que fes la mateixa feina, és a dir, un salari diferit? El que ha deixat de guanyar el cònjuge que roman a la casa, o substitució de l'atur? Una participació en el patrimoni del consort fixada arbitràriament pel jutge en funció del nivell econòmic de la família mesurat en funció d'un enriquiment injust? De quina quantia serà aquest enriquiment injust: la d'un salari diferit, la del cost d'estar aturat, la «x»-ena part del guany obtingut pel consort que treballa externament a la família? La pregunta es converteix en circular. Vull dir que la referència que l'article 39 del projecte de Codi de Família fa a l'enriquiment injust tampoc no resol el dubte. N'hi ha més.

— Cobra compensació el cònjuge que simultanejava el treball domèstic amb un treball retribuït fora de casa? Ha de cobrar compensació el consort de casa rica envoltat de servei domèstic?

— Per què es diu que no procedeix la compensació quan el cònjuge treballador fora de casa no ha obtingut cap guany? No s'ha estalviat també el sou d'una mainadera-cuïnera-cambra? Què té a veure la fixació de l'import d'un deute amb la prosperitat econòmica del deutor?

— Per què es diu que s'haurà de determinar l'existència d'una pèrdua o guany segons les regles del règim de participació? Per què barregem la participació amb el règim de separació de béns? Per què barregem la participació amb

el règim de separació de béns i, a sobre, deixem a l'àrbitri judicial el percentatge de participació?

Hi ha molts més interrogants però vull aturar-me aquí. És clar que el legislador s'ha fet ressò d'una demanda social: moderar la rigidesa del règim de separació de béns. Però la via adoptada és incerta perquè, sense voler-ho, l'article 23 CDCC acaba concedint una participació de quantia indeterminada. Per això la jurisprudència, en veure la inconcreció de la fórmula adoptada, ha defugit el problema per la via fàcil de declarar la incompatibilitat de l'article 23 CDCC amb l'article 97 CC. En definitiva, no el vol aplicar. Així, doncs, no s'ha avançat gaire, o gairebé gens. Com tampoc no avança gaire el futur article 39 del Projecte de Codi de Família. I és que darrere hi ha la qüestió inevitable: el manteniment o substitució del règim de separació de béns.

Si el legislador vol mantenir el règim de separació de béns haurà d'evitar formulacions obertes con la de l'article 23 CDCC, que puguin donar entrada a una participació indeterminada. No tindrà més solució que retribuir la col·laboració domèstica segons les regles del mercat. Si, bo i afegint-hi aquesta retribució, el legislador considera excessivament rigorós el règim de separació de béns, farà bé d'abandonar-lo. Davant l'alternativa cal tenir en compte les següents consideracions:

— El Dret ha de crear certesa en les relacions jurídiques.

— El Dret, a Catalunya, es caracteritza per cercar l'autocomposició d'interessos i evitar sempre l'heterocomposició. Allò que puguin regular els cònjuges no ha de quedar a l'àrbitri del jutge.

— En els casos de separació o divorci, els desequilibris derivats del rigor del règim de separació s'acaben compensant per la pensió de l'article 97 CC que en definitiva fixa el jutge al seu criteri, és a dir, per una fórmula d'heterocomposició i de proporció incerta. Difícilment dos jutges diferents acordaran la mateixa pensió. Corol·lari: el règim de separació acaba generant més incertesa que la participació en percentatge determinat.

— Cal conciliar diverses realitats tot sovint contraposades: la voluntat d'equiparació dels sexes pel que fa a les seves possibilitats professionals; les limitacions que la maternitat imposa a la dona; la independència econòmica com a base de la llibertat personal i com a justa compensació del treball individual; i el fet que el matrimoni suposa una certa comunicació de recursos en la qual no es pot pretendre l'exactitud comptable. El matrimoni suposa una comunitat d'interessos però també una comunitat de sentiments i afectes en què es difícil portar una comptabilitat.

Tal com ja he dit, una cosa és la igualtat jurídica dels cònjuges i una altra de ben diferent, com ha quedat demostrat històricament, la igualtat en la seva respectiva independència patrimonial. Quan un dels cònjuges es dedica a la casa, difícilment —en un règim de separació de béns— podrà assolir el mateix grau d'independència patrimonial que l'altre. Difícilment es poden atendre les neces-

sitats domèstiques de la família sense perdre oportunitats al terreny professional. La separació de béns aconsegueix igualar jurídicament però no compensa la renúncia econòmica del consort, home o dona, que roman a la casa cercant el benestar de la família. En aquest sentit el règim de separació de béns no és just ni s'ajusta a la realitat. És més, mirant-ho retrospectivament, ha estat un mitjà al servei de la concepció patriarcal de la família perquè és, en definitiva, el no-règim. Com a mínim, el règim dotal introduïa un correctiu: el dot. En ser un no-règim reflecteix sense cap mena de correcció el context social de cada moment. Al seu moment la societat va ser patriarcal i la separació de béns no va suposar cap interferència, ans al contrari. Avui, el context social és d'equiparació dels sexes, però jurídica, que no sempre vol dir efectiva. També el lliberalisme econòmic més aferrissat defensava la igualtat, però no hi va haver igualtat efectiva fins que no es van arbitrar mecanismes equilibradors. No ens enganyem: si es vol mantenir la família com a estructura social primària, si es vol que no segueixi disminuint la taxa de natalitat, si es vol una proximitat de l'infant als seus progenitors sense que aquests s'hagin de veure perjudicats per la seva dedicació, s'han d'introduir correctius al règim de separació de béns per tal de no desincentivar la dedicació a la família. Cal, doncs, moderar-lo però sense caure en un igualitarisme que ignori l'esforç individual i, sempre, respectant, mitjançant la llibertat de pacte, les opcions personals, aspectes ambdós —esforç i llibertat— que són inherents a la manera de sentir d'aquest país. Aquesta és, em sembla, la consciència social de la qual parlava al principi. Cristal·litzar-la no resulta gens fàcil. Potser la tradició de les quartes del dret català es podria incorporar al règim de participació, donant lloc a un règim supletori de participació en els guanys al 25% que combinaria en proporció més adequada la independència patrimonial dels cònjuges, la col·laboració econòmica i domèstica inherent a la situació matrimonial i la retribució de l'esforç individual. Tal vegada, si volem mantenir-nos dins el tradicional règim de separació, n'hi hagi prou amb fixar una retribució certa i previsible a la col·laboració domèstica. En qualsevol cas cal evitar fórmules «excessivament obertes» —tal com ho diu la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 21 d'abril de 1997— que introdueixen incertesa i limiten la llibertat dels cònjuges per preveure el seu futur i regular els seus propis interessos.

He dit. Moltes gràcies.

BIBLIOGRAFIA

- AGUSTÍN TORRES, Fiscalidad de algunas cesiones entre cónyuges. El artículo 23 de la Compilación. RJC, núm. 4-1994.
- ALBALADEJO, Curso de Derecho civil, IV. Derecho de Familia. L. Bosch. Barcelona 1989.
- ÁLVAREZ OLALLA, Responsabilidad Patrimonial en el régimen de separación de bienes. Aranzadi. Pamplona 1996.
- ÁLVAREZ SALA-WALTER, Aspectos imperativos en la nueva ordenación del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular. RDN, CXII, 1981, p. 7-56.
- DE LOS MOZOS, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XVIII, 3. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid 1984.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Régimen matrimonial de separación de bienes. Tecnos. 1974.
- DÍEZ PICAZO, Sistema de Derecho Civil. Tecnos. Madrid 1995.
- FIGA FAURA, Llibre del II Congrés Jurídic Català. Barcelona 1972.
- FOLLIA CAMPS, La licencia marital. Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix. Barcelona 1974.
- GARCÍA SERRANO, Notas sobre el trabajo doméstico. A propósito de los arts. 1319,1 y 1438 del CC. ADC, t. XXXVIII, f. III, p. 585 y ss. 1985.
- GARRIDO CERDA, Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro. AAMN, tomo XXV, p. 166.
- GARRIDO DE PALMA, Derecho de familia el matrimonio y su economía... Trivium. Madrid 1993.
- GETE ALONSO, La compensación económica... La Llei, n.º 139, Octubre 1996.
- HAUSER, JEAN y HUET-WEILLER, DANIELE. Traité de Droit Civil. La famille. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris, 1991.
- JOU MIRABENT, Comentarios a la Modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. 1995.
- LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil, IV. L. Bosch. Barcelona 1989.
- MONTES PENADES, Comentario del Código Civil. Tomo II. Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Derecho de Familia. Madrid, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. 1989.
- PUIG FERRIOL, Institucions del Dret Civil de Catalunya, t. III, Tirant lo Blanch. València. 1992-1994.
- PUIG SALELLAS, La reforma de la Compilación en materia de relaciones económicas entre cónyuges, RJC, 1983.

La reforma de la Compilació en matèria de relacions econòmiques entre cònjuges. II Jornades de Dret Català a Tossa de Mar, Barcelona 1982.

«El dret de família a Catalunya i la realitat social». RJC, 1990.

REBOLLEDO VARELA, Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el código civil. Montecorvo. Madrid 1983.

ROCA TRIAS, Institucions del Dret Civil de Catalunya. T. III. Tirant lo Blanch. València 1992-1994.

SALLÉS COSTA, Tratamiento de algunos desplazamientos patrimoniales entre cónyuges como consecuencia de la disolución del régimen económico matrimonial de separación de bienes en relación al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. AEAF, Dykinson. Madrid 1997.

SANTOSUOSSO, Fernando. Il Matrimonio. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino 1987.

SCHULZ, Derecho romano clásico. Bosch. Barcelona.

SOBREQUES VIDAL, Historia General del Derecho Catalán hasta el siglo XVIII. Barcelona Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona 1989.

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic

IL·LM. SR. ROBERT FOLLIA I CAMPS

Sr. President,
Srs. Acadèmics,
Senyores,
Senyors,

S'acostuma a dir que ningú es pot nomenar veritablement mestre fins que algú deixeble seu l'hagi superat. Després de sentir el magnífic discurs de recepció del meu estimat deixeble Enric Brancós, tan ben construït, amb tanta profunditat i finura, i amb un estudi tan complet de la jurisprudència, no hi ha dubte que m'ha superat àmpliament i per tant ja em puc sentir veritablement mestre.

Enric Brancós va néixer a Girona el 1953, i el 1975, als 22 anys, ja gaudia de la doble llicenciatura de Dret i Econòmiques.

El 1979 va guanyar amb molt bon número les oposicions al Notariat, obtenint la Notaria de La Bisbal.

Poc després, el 1983, guanyava unes oposicions entre Notaris, obtenint la categoria de primera, accedint a la Notaria de Sabadell.

Un any després, el 1984, guanyà per concurs la Notaria de Girona, on encara resideix. Un breu però substanciós currículum.

No ha abandonat tampoc el camp de l'ensenyament i de 1985 a 1997 ha estat professor associat de Dret Civil a la Universitat Autònoma de Barcelona, desenvolupant la seva tasca a l'Estudi General de Girona.

En el camp que podem dir-ne corporatiu també ha destacat la seva tasca. Així:

El 1986 fou nomenat Vocal del Tribunal Arbitral de censos de la província de Girona.

El 1987, Vocal de la Comissió redactora de l'Avantprojecte de la Llei d'Urbanitzacions Privades de Catalunya.

El 1993, Vocal de la Comissió de Coordinació Notaries-Registres de la Propietat, redactora del projecte del R.D. 2537/94, de tanta importància ja que regula la comunicació Notaries-Registres via fax.

El 1996, fou nomenat membre del Notariado Español ante la Comisión de Asuntos de la Unión Europea de la Unión Internacional del Notariado Latino.

I el 1997, membre de la Comissió redactora de l'Avantprojecte de la Llei d'Unions Convivencials diferents del matrimoni.

També ha tingut una important participació en tasques diverses que li ha encomanat tant la Junta Directiva com la Junta de Degans del Notariat.

Finalment, en quant a treballs publicats i conferències cal citar:

«La substitució fideïcomissària a Catalunya», XXVè Aniversari de la Compilació, Girona 1985.

«Titularitats Urbanes Compartides», Jornades Dret Civil català. Tossa de Mar, 1986.

«Possibles Reformes del Dret Civil català», XXVè Aniversari de la Compilació catalana. Lloret de Mar, 1986.

«L'avantprojecte de la Llei d'Urbanitzacions Privades de Catalunya.» Cambra oficial de la Propietat Urbana de Girona, 1988.

«La nova Llei de Successió Intestada de Catalunya», Centre d'Estudis i Formació del Departament de Justícia de la Generalitat. Barcelona, 1988.

«La disposició addicional 4.ª de la Llei de Taxes.» Girona, 1989.

«¿A qué incremento de patrimonio se refiere la D.A. 4.ª de la Ley de Tasas?» Revista Jurídica Española La Ley. Madrid, 1989.

«La reforma de las sociedades mercantiles de capital: disolución y liquidación.» Barcelona, 1989.

«La tributación de los préstamos hipotecarios por el Concepto Actos Jurídicos Documentados.» Barcelona, 1989.

«La nova Llei de Societats Anònimes.» Cicle de conferències a la Cambra de Comerç, Indústria i Navegació de Girona, Girona, 1989.

«Institució d'hereu i fideïcomisos en el Dret Successori Català. Conferència a la U.N.E.D., Girona, 1989.

«Principis del Dret Successori Català.» U.A.B., Estudi General de Girona, 1990.

«Comentaris al Codi de Successions», articles 206 a 234. Editorial Bosch, Barcelona, 1992.

«La opción de compra como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario». Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XXXIII. Madrid, 1993.

«Previsions dels pares dels disminuïts psíquics davant la seva successió. Jornades de Dret Civil Català. Tossa de Mar, 1994.

BRANCÓS en el seu discurs fa una completa exposició de la problemàtica de l'article 23 de la Compilació, que actualment està en tràmit en el projecte de Codi de Família. Les seves referències històriques, l'estudi exhaustiu de juris-

prudència i doctrina, principalment sobre la compatibilitat amb el 97 del CC, i sobretot la finura de les seves conclusions fan que poca cosa hi pugui afegir. Per això em referiré en general al règim de separació de béns i concretament a quatre punts que el perfilen, per veure fins a on hi incideix el dit article.

1. Diré en primer lloc seguint el que he sentit dir moltes vegades a FIGA FAURA —si bé quan escrivia no era tan radical— que el règim de separació de béns no ha estat mai el supletori general de Catalunya, ja que el règim supletori era el dotal.¹ En sentit no massa diferent es manifesta LALINDE ABADIA.² També DURAN I BAS ens diu que «a Catalunya és costum casar-se sota el règim dotal.»³ I BORRELL I SOLER al parlar del patrimoni familiar no hi posa més que dues seccions, «els capítols matrimonials en general» i el «sistema dotal en general.»⁴ Per altra part en els capítols clàssics normalment no es parlava del règim de separació de béns ja que es donava per entès.

Precisament en aquesta manca d'estipulació concreta sobre el règim econòmic matrimonial en els capítols, és on radica segons ENCARNA ROCA I PUIG FERRIOL la clau sobre si el règim legal de béns a Catalunya ha estat tradicionalment el de separació de béns o el dotal, com propugna LALINDE ABADIA. Ells simplement afirmen que el règim dotal o matrimoni amb dot és l'expressió potser més adequada a la naturalesa del règim matrimonial.⁵

I és que, com deia també FIGA FAURA, el règim de separació no és tal, sinó un no règim, un respecte total a la llibertat de contractar no afectada pel matrimoni i que permet en cada cas concret elegir la titularitat de les adquisicions, bé a nom dels dos, bé al del marit sol, bé al dels dos consorts, inclús amb pacte de sobrevivència, que incideix ja en el camp successori.

Precisament referint-nos a aquesta darrera institució es pot considerar histò-

¹ «El Dret Matrimonial català en la seva etapa més brillant es basteix doncs damunt la institució dotal —que pressuposa un règim bàsic de separació de béns i un origen voluntarista, és a dir, capitular» (Lluís FIGA FAURA, «Estatut personal i patrimonial dels cònjuges», en llibre del Segon Congrés Jurídic Català de 1971, pàg. 351).

² Jesús LALINDE ABADIA, «La dote y sus privilegios en el Derecho catalán», Ediciones Anabasis, Barcelona 1962, pàg. 16 i 17: «La dote se construye en el eje de todo el sistema económico-matrimonial romano...» «El derecho catalán recoge toda la regulación de la dote en masa del derecho común, especialmente del derecho romano...»

³ Manuel DURAN I BAS, «Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña». Barcelona 1883, pàg. 50. Poc més endavant ens diu que «está tan inviscerado en las ideas jurídicas del pueblo catalán el sistema dotal romano que no es posible derogarlo ni modificarlo sin lastimar profundamente aquellas ideas e introducir la perturbación en la sociedad doméstica en relación a los bienes de los cónyuges» (pàg. 51).

⁴ Antoni M. BORRELL I SOLÉ, «Dret Civil vigent a Catalunya». Barcelona 1923. Volum IV, Dret de Família, pàg. 158-169.

⁵ Luis PUIG FERRIOL, Encarna ROCA TRIAS, Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña, Tom II, *Derecho Familiar catalán*. Barcelona 1979, Bosch Casa Editorial, pàg. 6 i 51.

ricament, com uns capítols de gent treballadora, que no signava cap document al contraure matrimoni perquè no tenien béns i que normalment tampoc testaven, i respecte als pocs béns que adquirien els deixaven ja ordenats tant per ara com per a després de la seva mort.

I el fet d'elegir cada vegada a les adquisicions el nom del titular, és prou conegut que havia donat lloc a la figura dels béns posats a nom de l'esposa sobre els quals hi ha força literatura jurídica.⁶

2. El segon punt a que em volia referir és a la casa, entesa com un conjunt patrimonial vinculat a una família. La importància d'aquesta institució en el nostre Dret és palesa i fa que més que de règim patriarcal s'hagi de parlar d'un règim pairal en el qual la diferència de sexes és molt petita.

La importància de la casa la trobem en tots els autors del Dret català. Així DURAN I BAS deia que a Catalunya passa quelcom semblant al que passava a l'antiga Roma, la identificació del patrimoni amb la família. I que quan es constitueix una nova família per mitjà del patrimoni no es crea només una nova llar sinó un nou graó de la cadena de generacions, organitzant-se la conservació del patrimoni.⁷

PORCIOLES⁸ ens diu que la casa es converteix en el centre de la família, resum d'un passat i projecció d'un futur. Tot es fa per la casa... La casa no pot morir, deu seguir essent el centre que aglutina la família, afegint-hi FAUS⁹ amb el seu romanticisme que té un no sé què de misteriós i legendari i que tot això explica la preocupació de la Compilació per la casa i els seus drets.

Per la seva part ROCA SASTRE¹⁰ afirma que en l'ambient rural la família és una entitat permanent i continuada que sobreviu als canvis del seu cap, el qual encara que propietari dels béns és en realitat un simple administrador o gestor, ja que els béns es regulen vinculats a l'entitat familiar.

I PUIG SALELLAS recentment ens acaba de donar un exemple de pervivència de la casa amb relació precisament a la seva família.¹¹

Tot això fa que en el cas de que per la causa que sigui, normalment per falta de fills mascles, hereti una dona, aquesta es converteixi en pubilla, el que li dóna

una preponderància enorme. Aquesta no lliura els béns al marit perquè els administri sinó que els administra ella personalment, sense cap intrusió del marit. Aquest, en paraules de FAUS CONDOMINES¹², es converteix en una espècie de rei o príncep consort sense cap interferència en el govern de la casa. La pubilla és per tant ordinàriament, afegeix, propietària usufructuària i administradora del seu patrimoni familiar i més encara usufructuària i administrativa (sic) del cabal o dot aportat a la casa pel pubill son marit. La seva situació en la casa i família és purament adjectiva, tan adjectiva com la dels reis consort a les monarquies regides per reines. Aquesta posició ha donat lloc a les dues institucions de l'aixovar o dot del marit i també de la soldada del pubill o crèdit que tenia al seu favor pels anys que havia treballat sense cobrar (institució que ha sigut criticada amb ironia sobretot per persones alienes a nosaltres, però que no és tan llunyana de l'actual article 23, si bé no s'imposava com ara).

La situació del marit front a la pubilla era bastant desangelada. Dient BORRELL I SOLER que «els autors catalans qualificaven de *magnum tristiae signum* l'entrada del marit a casa de l'esposa», afegint també que el nom de pubill probablement es deriva del de pubilla, ja que aquesta és com l'astre principal, i el pubill com un satèl·lit.¹³

En canvi la posició de la dona com a pubilla era molt forta, no tan sols en el camp patrimonial sinó que arribava molt més enllà, essent corrent fa anys de que fins i tot traslladés el seu cognom en els fills. Clarament ens ho diu BORRELL¹⁴: «A voltes es pacta que els fills tinguin d'usar en primer lloc o junt amb el del pare, el cognom de la pubilla.»

I també PUIG SALELLAS ens ho ha demostrat amb referència als pergamins de la seva família.¹⁵

Aquest predomini de la dona que actua totalment independent de qualsevol autoritat la trobem fins i tot en els casos de dona no pubilla o cabalera, ja que en els capítols matrimonials era típic pactar un usdefruit ple de facultats, inclús d'elecció d'hereus, que exercia sense intervenció de ningú i que ha fet que se la nomenés «senyora majora poderosa i usufructuària».¹⁶

FIGA FAURA referint-se a l'època anterior a la primera recepció del Dret comú, en el que ha desaparegut la referència a l'usdefruit de la vídua, ens diu que aquesta «no té cap usdefruit. La vídua té la regència de la família i del patrimoni

⁶ Vegeu per tots Juan José PINTÓ RUIZ, «Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho Civil de Cataluña». Estudios Jurídicos sobre la mujer catalana. Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil catalán, Duran i Bas, pàg. 69 i següents.

⁷ Manuel DURAN I BAS, ob. cit., pàg. 47 i 87.

⁸ Discurs de presentació del projecte de Compilació a les Corts.

⁹ Sentido ético y progresivo de la Compilación en Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, editada per l'Acadèmia en 1961, pàg. 51.

¹⁰ Ramón M.ª ROCA SASTRE, «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio», en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid 1945, Instituto Editorial Reus, pàg. 338.

¹¹ Josep M. PUIG SALELLAS, «De remences a rendistes: Els Salellas 1322-1935». Fundació Noguera. Barcelona 1996.

¹² Josep FAUS I CONDOMINES. «Els capítols matrimonials a la comarca de Guissona.» Revista Jurídica de Catalunya, tom XIII, Barcelona 1907, pàg. 343.

¹³ BORRELL I SOLER, ob. cit., pàgs. 317 i 319.

¹⁴ BORRELL I SOLER ob. cit., pàg. 318.

¹⁵ «Per tant, els fills de Joan Dot i de Narcís Puig es diran Salellas. Aquesta circumstància, doncs, ha permès que molts cognoms del país, que haurien desaparegut, puguin buscar avui les seves arrels molt enrere en el temps.» (PUIG SALELLAS, ob. cit., pàg. 22.)

¹⁶ Vegeu per tots ROCA SASTRE, ob. cit., pàg. 369.

familiar, és a dir: la vídua es converteix en cap de casa —encara que els fills siguin majors d'edat—. ¹⁷

I PUIG SALELLAS ens acaba de dir en el seu citat llibre que «en realitat, el paper que ha correspost a les dones en les històries familiars catalanes en aquest món agrari ha estat de primer ordre, no tant en aquests casos de titularitats directes —les pubilles— que estadísticament són menys que els casos de titularitat masculina, com a través de les regències víduals». ¹⁸

He volgut destacar aquests punts perquè a Catalunya no hi ha hagut mai cap tipus de manca o disminució de capacitat de la dona pel fet de casar-se. Si en alguns casos la dona no pubilla encarregava l'administració dels parafernals al marit no era per manca de capacitat, sinó perquè hi hagués una unitat de direcció. El marit no tenia més facultats que les que tindria una dona pubilla que es casés en cabaler. El sexe donava només una prioritat, per costum, com la donava també la major edat. Fora d'això la seva posició era igual que la de l'home.

En honor a la veritat he d'afegir que no tots els autors estan d'acord amb el que dic. Així Encarna ROCA i PUIG FERRIOL afirmen que l'autonomia de la dona casada catalana no era tan àmplia com alguns autors han volgut deduir a partir de la possibilitat de disposició dels béns parafernals, afirmant que és una autonomia de tipus purament patrimonial, ja que per exemple no podien crear Dret ni a través del procediment de Corts ni a través de costums i que tampoc no exercien mai la pàtria potestat sobre els fills comuns, fent falta la tutela si moria el marit. ¹⁹

3. I això ens porta al que crec jo que és el principi fonamental del Dret català i del que en deriven altres més coneguts, com el de llibertat de testar, que està més estudiat. El Dret català fonamentalment consuetudinari, ha partit de la base de que qui millor pot regular els seus interessos és la pròpia persona. Ha considerat sempre a l'home com un autèntic major d'edat al qual se li ha de deixar un ventall d'amples possibilitats. I és aquesta llibertat, aquest confiar que en cada moment es prendran les disposicions més oportunes, el que explica aquesta falta de règim o de reglamentació que és el nomenat règim de separació de béns, que com he dit abans permetia enfront a cada operació (compra normalment) estudiar com i a nom de qui s'havia de fer. I que preveia en els capítols les mesures que s'havien de prendre respecte a cada cas concret.

Jo diria que així com el respecte a la llibertat en el Codi Penal restringeix o suprimeix les mesures de seguretat, en el camp civil català aquest respecte prefe-

reix que en un cas concret es produeixin resultats injustos, que no pas que per evitar aquests resultats una persona perdi la seva iniciativa i no pugui atendre bé, segons el seu lleial saber i entendre, els problemes de la seva família.

A més, el perill de l'abús d'aquesta llibertat no és massa gran perquè junt a la Llei i els propis costums de tipus jurídic hi ha uns altres costums, que sense tenir caràcter vinculant són normalment observats. Com per exemple el de donar als fills no hereus una instrucció suficient o, si aquesta no era possible, un mitjà de vida decorós. I això no és nou, sinó de sempre. Ja HORACI deia que de res serveixen les lleis, que són vanes sense els costums. ²⁰

Referint-se a la llibertat de testar, ja DURAN i BAS trobava impossible que el pare pugui extralimitar-se en l'exercici de la seva llibertat ²¹ i molt recentment ROCA-SASTRE MUNCUNILL ens diu que la llibertat de testar no significa la possibilitat d'un exercici desordenat de la facultat de disposar... ja que pressuposa la necessitat d'usar del dret de testar d'una manera normal i conforme a l'equitat. ²²

4. Ara bé, tot el que he dit s'ha d'entendre que es refereix al tipus de societat rural, que era la predominant a Catalunya fins a finals del segle i potser fins a mitjan de l'actual. FIGA FAURA ens diu clarament que fins a les darreries del segle XX el patrimoni com objecte principal del Dret Civil «es tracta d'un patrimoni immoble i en la part més important és agrícola, la terra és l'única font de rendiments». ²³ I és en aquesta societat rural on tenen veritable encaix aquestes institucions i on el principi de correcció de la Llei pel costum té plena eficàcia. Ens ho deia ja el mestre ROCA SASTRE a la seva memorable conferència «La necesidad de diferenciar lo rural de lo urbano», assenyalant que en la família troncal rústica l'organització enrobusteix la família, en forma un òrgan permanent intermedi entre l'Estat i l'individu, i és un crisol de virtuts, dipòsit de tradicions, seminari de bons ciutadans i cantera d'energia social. I que les lleis no poden desbordar tal realitat. En canvi reconeix que tot això no succeeix a la família urbana preguntant-se àdhuc si seria convenient un doble règim jurídic successori. Estimant però que és més eficaç una forma àmplia i elàstica. ²⁴

Per això les institucions més típiques del Dret català i per tant el règim de separació de béns potser no s'adapten avui del tot a l'estat actual de Catalunya tan poc ruralitzada. En el darrer Anuari de «la Caixa», la població que habita en nu-

¹⁷ FIGA FAURA, ob. cit., pàg. 337.

¹⁸ PUIG SALELLAS, ob. cit., pàg. 22.

¹⁹ Lluís PUIG FERRIOL, Encarna ROCA TRIAS, ob. cit. pàg. 61.

²⁰ HORACI, Odes, 3, 24, 35.

²¹ DURAN i BAS, ob. cit., pàg. 216.

²² Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Derecho de Sucesiones», Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona 1991, tom II, pàg. 18.

²³ FIGA FAURA, ob. cit., pàg. 329.

²⁴ ROCA SASTRE, ob. cit., pàgs. 373 i 376.

clis de fins a mil habitants, que són els veritablemen rurals, no arriben al quatre per cent. I els que habiten en llocs fins a cinc mil habitants no arriben al deu per cent.²⁵

En aquest fet se n'afegeix un altre, el nombre de separacions i divorcis cada vegada més nombrosos, fet quasi desconegut en el nostre Dret i que segurament es deu, en la major part, a la desaparició d'aquests costums socials que regulaven l'actuació de moltes persones.

Totes aquestes circumstàncies són les que han fet preguntar al legislador català si es podia mantenir el règim de separació de béns, si s'hauria d'anar a un de participació o si només caldria introduir certes modificacions pels casos de separació o divorci.

El legislador, que havia pres ja una posició, té novament entre mans aquest problema. En un Estat democràtic el Parlament és clarament sobirà per decidir sense cap tipus d'entrebanc. Però no legislarà encertadament si no té en compte un cert tractament històric i si no atén, a més, a la realitat cultural del nostre país.²⁶ I per ajudar al legislador en la seva tasca, treballs com el discurs d'en Brancós que acabem d'escoltar són de vital importància.

Moltes gràcies.

ÍNDIX

<i>Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número II·lm. Sr. Enric Brancós i Núñez . . .</i>	5
I. Situación prèvia	8
II. Dret comparat	16
III. Finalitat de l'article 23 CDCC	17
IV. Quantificació de la compensació	23
V. Per què no hi ha compensació en el supòsit de mort d'un dels cònjuges?	25
VI. Dret Processal	26
VII. Dret intertemporal	28
VIII. Renúncia a la compensació	29
IX. Resum final	30
<i>Contestació de l'acadèmic de número II·lm. Sr. Robert Follia i Camps</i>	37

²⁵ Població total de Catalunya 6.090.040. Població que viu a municipis de fins 1.000 habitants 202.261. Població que viu a municipis de menys de 5.000 habitants 583.055. Anuario Comercial de España 1998, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (pàgs. 94 a 112).

²⁶ Voldria citar aquí a Juan José LÓPEZ BURNIOL, que a «La Vanguardia» del dia 11 de gener i en el seu article «Política y derecho» deia aquestes coses: «Un tratamiento antihistórico del derecho no logra desembarazarse de la relatividad del orden históricamente concreto que intenta superar», i entre altres coses afegia: «La raíz última de lo justo se halla en la voluntad social dominante, democráticamente expresada en cada momento histórico y que hoy se concreta en forma de leyes, a las que los Jueces están sometidos imperativamente... el derecho es por tanto una realidad cultural en determinadas circunstancias de tiempo y de lugar que impiden su extrapolación vinculante más allá de aquéllas.»

