

NOTAS ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN EN MATERIA DE FAMILIA -EFECTOS DE LA RUPTURA-

Adrián Pérez Mayor. Abogado del MI Colegio de Abogados de Barcelona

...Destacan los aspectos más novedosos de la reforma, mereciendo algunos el aplauso y otros (los menos) la reprobación, aún reconociendo que puedan existir otros, no tratados en el presente estudio, cual es el de la mediación familiar que se potencia mucho más que en el hasta ahora vigente Codi de Família...

1.- Larga y laboriosa gestación

El pasado 3 de septiembre de 2008 se publicó en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya el Edicto de fecha 28 de agosto de 2008, según el cual el Anteproyecto de Ley elaborado por el Departamento de Justicia del libro segundo del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia, se somete a información pública por término de 20 días antes de su aprobación por el Gobierno de la Generalitat.

Con anterioridad a éste, objeto de nuestro estudio, se publicó el 15 de junio de 2006 en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya un Proyecto de Ley que fue retirado por incidir en múltiples errores; entre otros y los más flagrantes en el concepto o definición del matrimonio se utilizaba el término «lealtad», ahora sustituido por «fidelidad» y, más grave todavía, se aludía constantemente a «prestación alimenticia» en vez de «prestación compensatoria», rompiendo así con *la doctrina emanada de nuestras Audiencias Provinciales acerca de que los alimentos entre cónyuges responden a una situación de constante matrimonio y la pensión compensatoria a una situación de ruptura con vocación definitiva* (no en balde ha sido definida como «prolongación de la solidaridad matrimonial con vocación de caducidad»).

A continuación en estas notas de urgencia se destacan los aspectos más novedosos de la reforma, mereciendo algunos el aplauso y otros (los menos) la reprobación, aún reconociendo que puedan existir otros, no tratados en el presente estudio, cual es el de **la mediación familiar (art. 233-6) que se potencia mucho** más que en el hasta ahora vigente Codi de Família: en cualquier fase del procedimiento y en cualquiera de las instancias, **los cónyuges pueden someter** sus discrepancias a mediación e intentar llegar a un acuerdo total o parcial, disponiéndose que los acuerdos obtenidos han de someterse a aprobación judicial cual si de un convenio regulador se tratara.

Asimismo, y de forma más específica, se prevé que los acuerdos conseguidos en mediación respecto de la custodia compartida, debidamente avalados por un mediador legalmente habilitado, se presume son beneficiosos para los intereses del menor pudiendo, no obstante, el Ministerio Fiscal solicitar la denegación de su aprobación por resultar perjudiciales para los hijos menores.

Por último, y en el caso de que la autoridad judicial requiera a las partes para su modificación, habrán de ser oídos los progenitores y los menores con suficiente conocimiento.

2.- Pactos en previsión de una ruptura matrimonial

Tales pactos que no son sino consagración del **principio de la autonomía de la voluntad** en sede matrimonial, se regulan en el art. 231-20, así como en el 233-5.

En el primero de ellos, tras establecer que se pueden otorgar en escritura pública o en **capítulos matrimoniales**, se fijan 2 requisitos:

- El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de ruptura tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, ingresos y previsibles expectativas económicas, siempre que esta información

fuese relevante en cuanto al contenido del pacto. Ya en la Exposición de Motivos se alude al trascendental papel que se atribuye al notario «para que quede garantizado que los pactos, particularmente de renuncia, hayan sido precedidos de la suficiente información sobre las respectivas situaciones patrimoniales y expectativas económicas».

- Son ineficaces si en el momento de pretenderse su cumplimiento resultan gravemente perjudiciales para un cónyuge por circunstancias sobrevenidas que no se preveyeron ni se podían razonablemente prever en el momento de su otorgamiento.

El art. 233-5 (Acuerdos fuera del convenio regulador) supone un reconocimiento (como ya se indicara anteriormente) al principio de la autonomía de la voluntad al incorporar los «prenuptial agreement in contemplation of divorce» de la «common law» y a los que ya se aludiera genéricamente en el art. 15 LCAT 1998\422 del Codi de Família (LCAT 1998\422) hasta ahora vigente.

Lo cierto es que tanto los acuerdos adoptados conforme al art. 231-20 como los formalizados con posterioridad a la ruptura vinculan a los cónyuges, disponiéndose que *los relativos a la custodia de los hijos y a los alimentos sólo son eficaces de ser conformes con su interés en el momento de pretender el cumplimiento*, lógica consecuencia de la relevancia de la cláusula «rebus sic stantibus» en supuestos de ejecución prolongada o diferida en el tiempo.

Un requisito que habrá de ser tenido en cuenta es que en los acuerdos celebrados con posterioridad a la ruptura, y en aras al principio de la seguridad jurídica, cada cónyuge deberá contar con su propia asistencia letrada, ya que, caso contrario, pueden dejarse sin efecto durante los 3 meses siguientes a la fecha de su otorgamiento y como máximo hasta el momento de la contestación de la demanda o de la reconversión en el proceso matrimonial en que se pretenda hacerse valer (art. 233-5,2).

A nuestro entender de forma reiterativa e innecesaria los arts. 232-7 y 233-15 regulan los pactos sobre la compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria respectivamente, por resultar de aplicación lo ya previsto en el art. 231-20, al que se remiten ambos preceptos, resultando además ineficaces, por lo que atañe a la pensión compensatoria, «en lo que comprometan la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor», a lo que debiera añadirse y «el derecho de alimentos de los hijos que es prioritario» (arg. ex art. 233-13).

No obstante, puede resultar un correctivo a tal omisión el art. 233-17:

«A efectos de determinar la capacidad económica del deudor, han de tenerse en cuenta sus nuevos gastos familiares y dar prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos», lo que de alguna manera entronca con la problemática de lo que se ha venido en denominar «nuevo núcleo familiar del obligado al pago», prevaleciendo actualmente la tesis (no sin que hasta hace poco tiempo estuviera dividido el criterio de nuestras Audiencias Provinciales) de que ha de valorarse el hecho de la nueva descendencia del obligado al pago ya que, de lo contrario, se llegaría a una situación injusta de desigualdad para los hijos habidos de distintas uniones.

Otro tanto puede afirmarse -acerca de la innecesaridad del precepto- del **art. 233-20,3** en relación a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20) *al disponer que se puede pactar sobre la atribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso, resultando ineficaces los pactos que resulten en perjuicio del interés de los hijos o comprometan las posibilidades de atender las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.*

3.- Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda

Tras proclamar el art. 233-19 los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos en que no exista acuerdo o éste no sea aprobado (cónyuge al que corresponda la custodia o al más necesitado en supuestos de custodia compartida o inexistencia de hijos), el precepto siguiente (art. 233-20) regula los supuestos de exclusión y límites de tal atribución, proveyéndose entre los primeros cualquiera de los casos siguientes:

- a) Si el cónyuge que tiene la custodia tiene medios suficientes para cubrir las necesidades de vivienda y las de sus hijos.
b) Si el cónyuge que ha de ceder el uso puede asumir y garantizar las prestaciones alimenticias en cantidad que cubra las necesidades de la vivienda.

Como objeción a tales supuestos de exclusión, en cuanto a sus dificultades de aplicación, salvo aquellos en que medie conformidad y consentimiento, se nos antoja muy improbable puedan imponerse unilateralmente por el cónyuge del que resulten predicables cualquiera de las antedichas circunstancias ante las previsibles objeciones del cónyuge guardador o custodio de los hijos sobre las características de la nueva vivienda en comparación con la que fuera familiar, en cuanto a características, emplazamiento, mayor o menor proximidad al centro escolar, etc.

El art. 233-20,2,2º párrafo dispone:

«Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un 3º, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama la restitución».

Debe recordarse que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 15 de junio de 2006 ya se dedicaba especial atención al caso, muy frecuente en la práctica, de que algún familiar próximo hubiera cedido la vivienda para que fuera a vivir el matrimonio.

Tras afirmar que «la atribución del uso como consecuencia de la crisis no puede generar un derecho que antes no existía», toma partido el legislador, en tales casos por la figura del precario en vez de la del comodato, haciéndose eco así del giro jurisprudencial operado en tal sentido:

«si no se acredita una relación contractual diferente, la ley presume que se trata de una relación de precario, que cesará cuando quiera el cedente», concluyendo que «los que ocupan la vivienda familiar en condición de precaristas no pueden obtener una protección superior a la que proporciona el precario».

Muy probablemente la incorporación de tal doctrina a un texto legislativo hará que los cónyuges que se hallen en la situación que se describe normativamente extremen toda clase de cautelas o bien para garantizarse el uso pacífico de la vivienda familiar por parte de los cedentes o, caso contrario, para arbitrar las correspondientes soluciones alternativas.

Lo contrario supondría una situación de riesgo para el cónyuge custodio o más necesitado de protección al que indefectiblemente se le atribuirá el uso de la vivienda ante la acción que pueda emprender el propietario-cedente legitimado para ella no ya por lo dispuesto en el texto legal sino por lo proclamado por el propio **Tribunal Constitucional (S. 126/1989 [RTC 1989\126])**: «la presunción de cosa juzgada, con eficacia para terceros, sólo alcanza a las cuestiones relativas al estado civil, pero no a la relación contractual de cesión (atribución de la vivienda) de carácter patrimonial».

Ni que decir tiene que **el Tribunal Supremo** se halla en la misma línea; valga por todas **la Sentencia de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006\180)** :

«cuando exista un contrato que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo nos hallaremos ante un precario», añadiendo que si cuando cesa el uso propio del comodato y el concedente o comodante no reclama la devolución del inmueble, «la situación del usuario es la de un precarista».

4.- Custodia compartida y Plan de Parentalidad

Es evidente que el legislador catalán toma decididamente partido por la custodia compartida o alterna (¿Por qué no emplear de una vez por todas este término en vez del primero que no refleja en absoluto las características de la institución?).

Pero, como se significará a continuación, tal pretensión continuará siendo una entelequia en los procedimientos contenciosos.

El art. 233-10,3 proclama que «la autoridad judicial atribuye preferentemente la guarda con carácter compartido», no sin antes establecer (art. 233-8,2) que «a efectos de determinar el régimen de guarda, relaciones personales con los hijos y ejercicio de la potestad parental, los cónyuges han de presentar sus **propuestas de plan de parentalidad**, con el contenido previsto en el art. 233-9», siendo éste «el lugar en el que vivirán habitualmente los hijos, las modalidades de relación en los períodos de tiempo en el que los progenitores no tengan la guarda, la forma de ejercer sus responsabilidades y tomar decisiones por lo que hace al cuidado y educación y también efectivamente las tareas que ejercerá cada uno».

Por cierto, **el Plan de Parentalidad** se define y conceptúa en la Exposición de Motivos como «instrumento para ordenar las cuestiones principales que afectan a los hijos en la perspectiva de la separación de los progenitores y su continuada participación en el crecimiento y educación de aquéllos».

Además de las propuestas de **Plan de Parentalidad**, según el art. 233-10, para determinar el régimen de guarda serán tenidas en cuenta, entre otras circunstancias:

- 1.- el tiempo que cada uno de los progenitores haya dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura,
- 2.- los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio con anterioridad al procedimiento y
- 3.- la opinión expresada por los hijos, por cierto sin fijar edad para su exploración que habrá de ser la de 12 años no ya porque su antecedente inmediato (el Codi de Família [LCAT 1998\422] en su art. 82,2 LCAT 1998\422) así lo dispone sino porque el propio art. 236,11,4 prevé, en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, se oigan «a los hijos que hayan cumplido 12 años o que, teniendo menos, tengan suficiente conocimiento».

A lo ya expuesto debe añadirse que, conforme el art. 233-2, **al convenio regulador deberá acompañarse el plan de parentalidad**, que así refuerza su razón de ser en los procedimientos consensuales *resultando más que dudosa en la práctica su eficacia y utilidad en los procedimientos contenciosos*, máxime al preverse, entre aquellas circunstancias a tener en cuenta para determinar el régimen de guarda, «la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, en especial para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con los dos progenitores» (art. 233-10), lo que descartaría esa hostilidad y falta de diálogo que a su vez imposibilita la atribución de una custodia alterna.

La que sin duda será la disposición normativa más polémica (salvo que no se modifique antes de su aprobación definitiva por el Parlament) la encontramos en **el art. 233-10,2:** **«en defecto de acuerdo o si éste no es aprobado, la autoridad judicial, habiendo oído al Ministerio Fiscal, decide sobre el régimen de guarda».**

Entendemos que en su actual redactado tal precepto podría ser inconstitucional de contraponerlo al art. 92, apartado 8 LEG 1889\27 del Código Civil (LEG 1889\27) (Ley 15/2005, de 8 de julio [RCL 2005\1471]):

«Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

En definitiva, **el informe favorable se sustituye por un simple trámite de audiencia**, debiendo recordar que cuando se promulgó la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892) en materia de separación y divorcio, regía en Catalunya el Codi de Família por lo que se alzaron voces en contra de la aplicabilidad del art. 92.8 CC, que fueron acalladas por las que mantenían -y mantienen de modo ya unánime- que ese «informe favorable del Ministerio Fiscal» es un «prius» o requisito de procedibilidad, resultando obvio que si el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, en legislación procesal (art. 149,I,6ª RCL 1978\2836 CE [RCL 1978\2836]), el art. 92.8 resulta de aplicación en Catalunya.

No resulta objetable que **la exigencia del «informe favorable del Ministerio Fiscal» limita y desvirtúa la capacidad decisoria y discrecional de Juez** por lo que se concluyó en el encuentro celebrado en Madrid entre Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de Familia los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 que **el informe desfavorable del Ministerio Fiscal no impedirá en todo caso al Juez aprobar la custodia compartida**, si entiende que es lo más adecuado para el menor.

Tal conclusión carece de valor alguno y en tanto no se reforme o suprima, el «informe favorable del Ministerio Fiscal» resultará de aplicación en toda España en los supuestos de atribución de custodia alterna en los que no exista acuerdo entre los progenitores.

Por último, conviene destacar, por lo que atañe a la «mens legislatoris», que en el último momento se ha cambiado la denominación del tan repetido art. 233-10; de autotitularse «régimen de guarda» ahora, en el Anteproyecto, responde a «régimen de ejercicio de la responsabilidad parental».

5.- Abuelos, nietos, familiares y convivientes

Al igual que acontece en otras legislaciones europeas, paulatina y progresivamente, la denominada «familia extensa» cobra mayor importancia y adquiere carta de naturaleza en la regulación tanto de los efectos derivados de la ruptura matrimonial como en el reconocimiento de unos derechos y deberes que antes sólo merecían consideración jurisprudencial en base a unos textos legislativos de carácter supranacional, como la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990\2712) , entre otros. Como se verá y teniendo como referencia tanto el Código Civil (LEG 1889\27) (arts. 94 LEG 1889\27 y 160 LEG 1889\27) como el Codi de Família (LCAT 1998\422) (arts. 76,1,a) LCAT 1998\422 y 135,2 LCAT 1998\422), se aborda con mayor profundidad tal problemática no sólo en su aspecto relacional sino en el obligacional-económico.

Quizás, por eso nos obsequia el legislador con un artículo de nuevo cuño dentro del largo «iter» legislativo; el art. 231-1 (La heterogeneidad del hecho familiar) que tras afirmar que el núcleo primario de convivencia, integrado por madres, padres, hijos e hijas constituyen la familia comprendiendo, en su sentido extenso, las relaciones entre ascendientes, descendientes, colaterales por naturaleza, adopción y afinidad, concluye que «excepcionalmente, y con los efectos que se determinan legalmente, se reconocen como miembros de la familia a los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la reconstitución de nuevas familias después del divorcio o las crisis de pareja».

Ya entre los deberes propios del matrimonio y en el precepto que de alguna forma lo conceptúa (art. 231-2) figura el «cuidado y atención de otros miembros de la familia que están a su cargo y convivan con ellos» (los cónyuges).

Por lo que hace a la contribución a los gastos familiares el art. 231-6 preceptúa que tanto los hijos, comunes o no, mientras conviven con la pareja contribuyen proporcionalmente a tales gastos así como los otros parientes convivientes «en la medida de sus posibilidades y de acuerdo con los gastos que generen».

Ello no es sino lógica consecuencia de que se conceptúen como gastos familiares (art. 231-5,2) «los alimentos, en el sentido más amplio, de los hijos no comunes que convivan con los cónyuges y los gastos originados por otros parientes que convivan».

Obsérvese que el art. 236-23,1, por lo que se refiere a los hijos comunes, establece que «tienen el deber de contribuir proporcionalmente a los gastos familiares, mientras convivan con la familia, con los ingresos que obtengan de su actividad, con el rendimiento de sus bienes y derechos y con su trabajo en interés de la familia, siempre que no sea contrario a la equidad».

Dentro del mismo capítulo destinado a la potestad parental existe un precepto (el art. 236-4) que dispone que «los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, los hermanos y otras personas próximas y todos éstos tienen también el derecho a relacionarse con los hijos. Los progenitores han de facilitar estas relaciones y nada más las pueden impedir si hay una justa causa».

Como no podía ser menos ese haz de derechos-deberes (derecho de relacionarse y deber de facilitar o no impedir tales relaciones) cuando cobra mayor importancia y más problemático resulta es en situaciones de ruptura conyugal, siendo por tal causa que el art. 233-11 (lógica consecuencia del precepto reseñado, inspirado en el art. 135 LCAT 1998\422 del Codi de Família y que recuerda lo proclamado en el art. 160 LEG 1889\27 del Código Civil) prevé que los cónyuges propongan un régimen de visitas, estancias y comunicación de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar que podrá ser aprobado judicialmente «previa audiencia de los interesados y siempre que éstos presten su consentimiento».

Concluye el precepto que «las personas a las que se haya concedido el régimen de visitas y comunicación están legitimadas para reclamar judicialmente el cumplimiento».

Y ya que se viene haciendo alusión a algunos preceptos que se hallan en el capítulo destinado a la potestad parental, quizás resulte oportuno exponer que, según la Exposición de Motivos, el término «potestad parental» sustituye a «la potestad del padre y de la madre» por ajustarse mejor a la nueva realidad jurídica que posibilita el establecimiento de relaciones de filiación, tanto por vía de adopción como del consentimiento a la reproducción asistida, con cónyuges o convivientes en pareja estable del mismo sexo.

6.- Compensación por razón de trabajo

Ya el legislador catalán introdujo tal figura en el año 1998 al promulgarse el Codi de Família (LCAT 1998\422) , concretamente en su art. 41 LCAT 1998\422 , como un intento de paliar los desajustes patrimoniales que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes puede producir en ocasiones, en particular, tras la ruptura conyugal:

«En los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en el caso que se haya generado, por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto».

Sorprendentemente, por lo que después se indicará, según la Exposición de Motivos, «la nueva regulación abandona toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto, prescinde de la idea de sobrecontribución a los gastos familiares implícita en la formulación del hasta ahora vigente art. 41 LCAT 1998\422 del Codi de Família y se fundamenta, sencillamente, en el desequilibrio que produce entre las economías de uno y otro cónyuge el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro sí».

Aún resultando la compensación por razón de trabajo uno de los efectos más controvertidos de la ruptura conyugal, su regulación no figura en el capítulo III y sí en la sección I del capítulo II que trata del régimen de separación de bienes, en tanto norma de liquidación del mismo en casos de crisis matrimoniales.

Por otra parte, no estamos muy de acuerdo con la supuesta «mens legislatoris» tanto acerca de que no es de ningún modo la compensación por razón de trabajo «remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto» como de la inutilidad de acreditar la mayor dedicación a la casa.

En cuanto a lo primero por lo que el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya viene manteniendo sobre el particular acerca de que la compensación por razón de trabajo tiene su origen en la existencia de un enriquecimiento injusto causado por el hecho de que el que cuenta con un mayor patrimonio se ha beneficiado del más pobre (entre otras, S. 30 mayo 2007). Y en cuanto a lo segundo porque el propio art. 232-5 prevé como primer supuesto el del cónyuge que ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro.

El otro supuesto al que se refiere el mismo precepto para tener derecho a la compensación es el del «cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente», requiriéndose tanto en un caso como en otro un desequilibrio patrimonial.

Obsérvese que hasta ahora son imperceptibles las diferencias del art. 232-5 con el art. 41 LCAT 1998\422 del Codi de Família, por lo que hace a las causas de reclamación de la compensación por razón de trabajo, destacando que a diferencia de lo que acontece en este último precepto no hay referencia alguna a la compatibilidad con «otros derechos de carácter económico que correspondan al cónyuge beneficiario», cual es el caso de la pensión compensatoria, si bien en el art. 233-14,a) hay una referencia implícita a tal compatibilidad.

Quizás el término «prestación compensatoria» merece una explicación.

Según la Exposición de Motivos se sustituye, en la terminología utilizada en el Anteproyecto, el término «pensión compensatoria» por el de «prestación compensatoria» *al generalizarse la posibilidad de abono en forma de capital.*

Por cierto, en sede de prestación compensatoria el legislador catalán introduce una importante novedad (art. 233-13,2):

«Si uno de los cónyuges muere antes que pase un año desde la separación de hecho, el otro podrá interponer demanda, dentro de los 3 meses siguientes a la muerte del causante, a los únicos efectos de determinar su derecho a la prestación compensatoria. La misma regla se aplicará cuando el procedimiento matrimonial se extinga por causa de la muerte del cónyuge que habría de pagar la pensión compensatoria».

El tan repetido art. 232-5, si bien con carácter general, señala los criterios a tener en cuenta para determinar la cuantía de la compensación:

- a.- la duración e intensidad de la dedicación,
- b.- los años de convivencia y en particular,
- c.- en el caso de trabajo doméstico, el hecho de que haya incluido la crianza de los hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges, destacándose así una vez más, en la nueva regulación, la importancia de los familiares convivientes o, si se prefiere, de la denominada familia extensa.

A continuación se dispone que «la compensación tiene como límite la 1/4 de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con el artículo siguiente», que no es otro que el referente a las reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios de los cónyuges:

- a) «El patrimonio de cada uno de los cónyuges está integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones».
- b) «Se ha de añadir al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes de los que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, y también el valor del detrimento producido por actos realizados con la intención de perjudicar al otro cónyuge».
- c) «Se ha de descontar del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al iniciar el régimen y que conserve en el momento de su extinción, deducidas las cargas que los afecten, y también los derechos adquiridos durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de convivencia».

Además expresamente se prevé que «las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen se imputan a la compensación por el valor que tengan en el momento de la extinción del régimen».

Ateniéndonos a la Exposición de Motivos, se incluye, entre otras, la Disposición Adicional IVª en la que «se persigue ofrecer una vía procesal para canalizar la reclamación de la compensación por razón de trabajo e incentivar que en el proceso correspondiente se presente toda la documentación relevante».

Ese «procedimiento paralelo», que se iniciaría con la propuesta de inventario de bienes propios y del otro cónyuge con indicación de su valor e importe de sus obligaciones, se tramitará en pieza separada, ajustada al procedimiento del juicio verbal ordinario, previniéndose que la Sentencia que se dicte en el proceso principal resolverá todas las pretensiones suscitadas en la pieza separada.

7.- La criticable disposición transitoria tercera

Antes de proceder a los comentarios críticos que nos merece, la transcribimos literalmente:

1. «En los procesos matrimoniales iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley es de aplicación la normativa vigente en el momento de iniciarlos. No obstante, si las 2 partes están de acuerdo y lo manifiestan en el momento procesal oportuno, se pueden adoptar las medidas provisionales y definitivas y, si cabe, liquidar los bienes comunes con sujeción a las disposiciones del Codi Civil».

2. «Los efectos de la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial decretadas al amparo de la legislación anterior se mantendrán, con la posibilidad de modificar las medidas por circunstancias sobrevenidas en aplicación de las normas vigentes en el momento de su adopción. El mantenimiento de estos efectos se producen sin perjuicio de la aplicación del Codi Civil en los procesos matrimoniales que puedan entablarse entre los mismos cónyuges después de la entrada en vigor de esta ley».

3. «No obstante lo que dispone el apartado 2, a petición de parte se podrá acordar:

a.- la revisión de las medidas adoptadas en relación con la custodia de los hijos comunes o

b.- el régimen de relaciones personales,

c.- la sustitución de la pensión compensatoria acordada con anterioridad por la entrega de un capital en bienes o en dinero y

d.- la sustitución de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar por el abono de una prestación dineraria, de acuerdo con lo que disponen los artículos 233-11, 233-16 y 233-20 del Codi Civil.

La revisión se tramitará por el procedimiento previsto para la modificación de las medidas definitivas».

Pese a que **la Exposición de Motivos** recalca su trascendencia («por resultar especialmente importante al permitir acordar la revisión de las medidas adoptadas en el procedimiento matrimonial en aquellos aspectos en que la nueva regulación ha abierto nuevas posibilidades»), no compartimos tal criterio.

En efecto, además de preguntarnos -en relación al art. 233-16 en tanto prevé el pago de la prestación compensatoria en forma de pensión o de capital en bienes o en dinero- qué «revisión» cabe si se ha sustituido el pago de la pensión por un capital, la anunciada revisión, de promulgarse como tal supondría un auténtico caos, con un notable incremento (nunca deseado) en la litigiosidad y un atentado a la seguridad jurídica (fundamento del principio de la irretroactividad) así como un desprecio a la institución de la cosa juzgada.

Con una disposición normativa como la reseñada se va al traste tanto la Doctrina emanada del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, por lo que hace a **la tutela judicial efectiva** en tanto comprende el derecho de quien obtuvo una Sentencia favorable a que ésta alcance la fuerza de cosa juzgada (STS 10 mayo 1991 [RJ 1991\3625]), ya que «la protección judicial carecería de efectividad, si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier otra circunstancia», puesto que los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la realidad (STC 182/1994, de 20 de junio [RTC 1994\182]).

Por otra parte, por las que se prevén como causas o supuestos de «revisión», no puede alegarse que concurren las circunstancias modificativas y justificativas de la excepción prevista en el art. 2,3º LEG 1889\27 CC (LEG 1889\27) a **la regla general de la irretroactividad** ya que difícilmente pueden considerarse instrumentos de política legislativa eficaces para la transformación de situaciones pretéritas que el legislador estima necesario remover radicalmente.

Aún en el supuesto de que la Disposición Transitoria IVª permaneciera incólume e inalterable en el «iter» legislativo que resta al Anteproyecto de Ley, no puede ni debe olvidarse -en la aplicación e interpretación de lo que pudiera ser en su día «ius cogens»- lo que viene siendo Doctrina emanada del Tribunal Supremo: las normas que establezcan atenuaciones al principio de la irretroactividad o lo excepcionen deben ser objeto de interpretación restrictiva, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas en el texto legal.

