

Congreso internacional
“La contractualización del Derecho de familia y la persona^{*}”
23 y 24 de marzo de 2022
Santiago de Compostela

CONSTRUCCIÓN CONTRACTUAL DE LA FAMILIA

M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona
Panel núm. [1]

RESUMEN

El modelo jurídico tradicional familiar representado por la familia agraria amplia organizada en torno al patrimonio familiar (en inicio, la finca rústica, más tarde la fábrica o el negocio) y bajo la jefatura del *pater familias* (con mayor o menor participación y autonomía de la mujer) plasmado en los textos legales civiles del siglo XIX e inicios del XX, se transforma, mediado el siglo XX en el de la familia urbana nuclear compuesta por los progenitores y la descendencia, bajo la *autoritas* de potestades compartidas (madre/padre) que sigue girando en torno a la subsistencia (la casa, el negocio, la tierra). En ambos casos una familia fundada sobre el matrimonio canónico, considerado como institución; que apenas concedía margen a la autonomía privada.

En nuestro país, la Constitución de 1978 (art. 39 CE), incidió decisivamente en dicho modelo familiar modificando tanto los principios y valores en los que se sustenta (estado laico), como estableciendo su carácter abierto (flexible). A partir del texto fundamental la concepción de la familia se extiende más allá del matrimonio y del contorno, rural o urbano de quienes la componen, en el que confluyen junto al intervencionismo de lo público, las voluntades particulares, el consentimiento como base.

A raíz de la protección constitucional de la situación no matrimonial de la filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, se admiten distintos modelos familiares, originados desde el valor del consentimiento negocial; junto a la familia matrimonial, la familia no matrimonial y la familia monoparental, con el denominador común de ser ambas fruto del ejercicio de la autonomía privada.

* Este Congreso internacional se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas” [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

En efecto, las leyes sobre el matrimonio y la filiación, a partir de 1981, desarrollo de los principios, reconocieron la función creadora de la autonomía de la voluntad en las situaciones familiares tanto en las relaciones del ámbito personal (acuerdos y establecimiento de derechos y deberes) como del patrimonial (régimen de bienes, convenios en las crisis) y en la filiación (desde 1988, las técnicas de reproducción asistida).

A partir de la década de los 90, paulatinamente, la regulación de las uniones no matrimoniales (de hecho, parejas estables), comporta la entrada del acuerdo contractual como vía adecuada para establecer una relación paralela a la matrimonial, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, que es merecedora de eficacia jurídica. Una regulación apenas existente en la normativa estatal, completa en la legislación autonómica (17 leyes). Se combina, así, la faz pública del vínculo entre dos personas, de carácter formal, público (intervencionismo) con la vertiente privada, que legitima la eficacia del consentimiento contractual, expreso e incluso el tácito para la constitución del vínculo. Y junto a ello, desde 2005, la desaparición del requisito de la heterosexualidad para establecer la pareja sobre la que se construye la familia en concreto.

El desarrollo posterior del concepto indefinido y abierto de la familia que formula el texto constitucional ha conducido, en las leyes positivas, a ampliar los modelos explícitos en otras familias más extendidas que llevan desde la coexistencia en una de las procedentes de diferentes núcleos, a partir de la disolubilidad del vínculo personal (matrimonial y no matrimonial), la posible sucesión en vida de varias parejas para la misma persona, y los pactos entre las personas.

Así, las familias reconstituidas, formadas por dos personas comprometidas a la que aportan la descendencia que tuvieron anteriormente (de una persona o de ambas) y la común. Familias en las que las relaciones se rigen, dada la escasa normativa, por la voluntad de las partes. También, aquellas en las que concurren la pareja junto con las personas ascendientes de ambas personas o solo de una; o las que se crean a partir de los contratos de acogimiento familiar de personas menores en situación de desamparo, o de acogimiento preadoptivo de mayor o menor permanencia. En paralelo, en la normativa de algunas Comunidades Autónomas, los contratos de acogimiento de personas mayores, los contratos de convivencia de ayuda mutua, que indirectamente, se identifican como núcleos familiares, al menos, por lo que se refiere a las ayudas públicas, y los contratos alimenticios con compromiso de convivencia.

¿Qué significa construir contractualmente la familia? El interrogante se plantea por el concepto técnico de contrato formulado en nuestros textos jurídicos y doctrinalmente. El contrato como acuerdo de voluntades de dos o más partes mediante el que crean, modifican o extinguen obligaciones de carácter patrimonial entre ellas (cfr, art. 1254 CC). ¿Sirve esta descripción para el contrato que “construye” la relación familia?

Si se atiende a los pactos que atañen a los intereses económicos de las personas que intervienen, sin duda éstos responden a su definición y son auténticos contratos. Pero ¿lo son también los que se refieren a las relaciones personales?, es decir, los que establecen el vínculo (susceptible de tener reconocimiento jurídico y de ser oponible) y determinan el contenido de la relación. ¿Son auténticos contratos o estamos ante una figura jurídica distinta? Recuérdese que acostumbra a decirse (lo que es cierto) que el contenido de la relación matrimonial no es, en propiedad, obligatorio porque no son obligaciones sino deberes jurídicos; en esta línea, el TC, con ocasión de la ley de parejas de Navarra, decía que la ley positiva no podía imponer la existencia de obligaciones, pero, a la vez, otorgaba especial relevancia a la voluntad privada para llegar a considerar que está constituida efectivamente.

Es claro, así pues, que el contrato, en el ámbito familiar, no responde siempre al mismo significado. Unas veces es el contrato patrimonial auténtico, como ocurre en las relaciones económicas entre las personas que componen la familia en concreto. Pero, cuando se hace referencia a la construcción contractual de la familia y del vínculo, no conviene confundirla con el contrato. En propiedad se trata de legitimar y otorgar eficacia, *inter partes* e incluso más allá de éstas, a la decisión de la autonomía de la voluntad privada. La singularidad de esta construcción se halla en que la eficacia no siempre es relativa o al menos es esta la pretensión de las partes.

¿Realmente es así?