

PACTES SOBRE LA PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA: QUAN «EL NOM NO FA LA COSA»

Lídia Arnau Raventós
Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona¹

Resum

L'article 233-16.1 del Codi civil de Catalunya (CCCat) permet, en previsió del trencament de la convivència, pactar sobre una prestació compensatòria (art. 233-14 CCCat). En aquest treball s'intenten identificar els límits institucionals que delimiten l'àmbit d'aquests possibles pactes, així com els efectes en el cas que s'ultrapassin.

Paraules clau: desequilibri econòmic, ruptura de la convivència, pacte conjugal.

MARITAL AGREEMENTS ON THE COMPENSATORY BENEFIT: WHEN "A NAME IS JUST A NAME"

Abstract

This paper comments on Article 233-16.1 of the Catalan Civil Code (CCCat), concerning marital agreement about the compensatory benefit (Art. 233-14 CCCat). Specifically, this paper analyses the circumstances that need to be evaluated in order to determine if the agreement relates to this benefit or to something else.

Keywords: economic inequality, partnership breakup, marital agreement.

1. Aquest treball s'ha realitzat en el marc del Grup de Recerca Consolidat per la Generalitat de Catalunya 2009 SGR 221.

1. INTRODUCCIÓ

A l'hora d'atorgar un pacte sobre la prestació compensatòria, quins són els seus límits institucionals? En quins supòsits, per raó d'haver pactat una cosa o una altra, el pacte *serà sobre una altra cosa però no sobre la prestació compensatòria* malgrat indicar-se que és sobre aquesta que es volia pactar? O s'hi val, sense risc de desnaturalitzar res, pactar sobre tot i de qualsevol manera? A aquests interrogants se n'hi afegeix un altre: l'atorgament d'un pacte sobre tal prestació, fins i tot respectuós amb el seu perfil institucional, exclou d'entrada que calgui valorar, superada la crisi i com a pas previ a la seva exigibilitat, si concorren aleshores els requisits legals de naixement del dret? Ho fa innecessari a l'hora de reclamar-ne la satisfacció però no exclou que el deutor es pugui defensar discutint-ho? Aquestes qüestions permeten entreveure que del que es vol parlar no és tant de l'instrument dins del qual eventualment es pot incorporar aquest pacte (així, a uns capítols matrimonials o a l'escriptura de l'article 231-20.1 CCCat,² a un conveni regulador [art. 233-2.3a CCCat] o a l'acord que reculli els pactes posteriors a la crisi però no incorporats al conveni [233-5 CCCat]), sinó de la institució mateixa. Evidentment, els requisits generals establerts a propòsit d'aquests instruments, si no s'observen, afectaran el pacte sobre la prestació compensatòria que eventualment incorporin. Però ara interessa més fixar i identificar els requisits específics que, derivats del perfil legal i típic del dret, són exigibles només al pacte que es refereix.

No es pot ni es vol amagar que el plantejament anterior s'inspira, en part, en allò que acaba resolent la Sentència del Tribunal Suprem de 20 d'abril de 2012.³ La Sentència, a propòsit de l'article 97 del Codi civil espanyol (CC), voreja les qüestions enunciades.⁴ Tot plegat deriva d'una demanda de modificació de les mesures establertes en la sentència de separació. En concret, l'espòs pretenia que es declarés l'extinció de la prestació compensatòria que en el seu dia es va atorgar a la muller en els termes establerts en el conveni regulador de separació (per una quantitat de 250.000 pessetes

2. Vegeu Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 487 i 488. L'autor entén que, tractant-se de capítols matrimonials, l'escriptura pública és constitutiva en el sentit que s'adreça a instaurar un nou estat de coses. Per la seva banda, l'escriptura a què fa referència l'art. 231-10 CCCat, igualment *ad solemnitatem*, obeeix a una finalitat essencialment informativa i està cridada a incorporar, només, pactes amb eficàcia virtual o només possible eficàcia virtual.

3. RJ 2012/5911.

4. Se'n fa ressò també M. del Mar MANZANO FERNÁNDEZ, «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742 (2014), p. 389; Luis SANZ ACOSTA, «Imposibilidad de extinción como pensión compensatoria de la prestación pactada por los cónyuges que no tenía tal carácter. Análisis de la STS de 20 de abril de 2012», *Actualidad Civil*, núm. 17-18 (octubre 2012), tom 2, p. 1869.

mensuals). En la clàusula en qüestió es deia expressament que la dita quantitat se satisfesia «por el concepto de pensión compensatoria» i per raó del «notorio desequilibrio económico que esta separación produce a la Sra. [...]». Aquesta atribució s'arrodoní, primer, establint que la quantitat fixada (250.000 pessetes) no es veia ni es veuria afectada per la percepció, també per l'esposa, d'una altra quantitat (corresponent a la seva participació en una comissió d'assegurança i, per cert, per un import gens menyspreable: 200.000 pessetes). També s'hi deia que «con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo». La sentència dictada en primera instància i la dictada en apel·lació van donar la raó al marit i van acordar l'extinció de la prestació. El principal argument adduït per ambdues era que, tal com s'havia formulat, la prestació establerta en el conveni no tenia com a finalitat corregir el major perjudici econòmic que el trencament produïa a la muller. La Sentència de l'Audiència Provincial afegí que, més enllà de com havia quedat configurada la pensió pactada, en el cas no es donaven els pressupòsits per al naixement de la prestació compensatòria. El fet que ambdós cònjuges tinguessin feina d'acord amb la seva qualificació professional no permetia apreciar el desequilibri del qual parteix l'article 97 CC. Malgrat tot, en una i altra resolucions s'acabava aplicant l'article 101 CC perquè es considerava provat que la creditora havia millorat la seva situació econòmica.⁵ El Tribunal Suprem, en canvi, acordà el manteniment del dret. El pacte en virtut del qual la pensió s'atribuïa amb independència de la vida laboral de la muller avalava, a parer del Tribunal Suprem, que la funció encomanada a la prestació no era pas la de reequilibrar res. Es tractava, doncs, d'un pacte atípic, vàlid, al qual no eren aplicables les normes sobre la prestació compensatòria perquè es tractava d'un dret distint. I tot plegat «independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador».

Val a dir, a part d'això, que les qüestions que aquí volen tractar-se es poden plantejar perfectament a propòsit d'altres drets; drets entre els quals també té cabuda el pacte però que, en qualsevol cas, són drets amb un perfil típic i definidor (així, per exemple, a propòsit de la compensació econòmica per raó de treball [art. 232-7 CCCat] o, fins i tot, de la prestació alimentària de l'article 234-10 CCCat [arg. ex art. 234-5, 234-6 i 234-10.2 CCCat]).

5. Vegeu Marcos A. LÓPEZ SUÁREZ, «Consideraciones acerca de la autonomía de la voluntad en el marco del convenio regulador a partir de un acuerdo sobre la denominada "pensión compensatoria"». Comentario a la STS de 20 de abril de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91 (2013), p. 175, qui, amb raó, titlla aquesta aplicació d'incoherent atesa la prèvia qualificació del dret com a pensió vitalícia i no pas com a prestació compensatòria.

2. EL PERFIL INSTITUCIONAL INDISPONIBLE

La qüestió exigeix, en primer lloc, identificar allò que esdevé fins a tal punt defidor de la prestació compensatòria que no admet alteració per l'autonomia de la voluntat. Són els extrems indisponibles. El pas següent serà descriure els efectes d'una eventual extralimitació. Hi ha, però, dues dades prèvies que caldria considerar a l'hora d'escometre aquests exercicis: la primera seria l'àmbit que, d'entrada i explícitament, la llei deixa a l'autonomia de la voluntat en aquest particular; la segona seria el fonament de la institució que, sens dubte, ha d'informar qualsevol interpretació o aplicació que es faci de les normes que s'hi refereixen.

Quant a la possibilitat de pacte, se n'ocupa l'article 233-16 CCCat. El precedeixen l'article 233-14 CCCat, relatiu als pressupòsits de naixement del dret, i l'article 233-15 CCCat, adreçat a establir els criteris que l'autoritat judicial ha de valorar «especialment» per a determinar la quantia, la modalitat i, si escau, la durada del dret (art. 233-15 i 233-17.1 CCCat). El règim legal es fixa també en aspectes relatius al pagament de la prestació (art. 233-17 CCCat). Més enllà, incorpora causes legals de modificació i extinció del dret, per al cas que s'hagi establert en forma de pensió (art. 233-18 i 233-19 CCCat). Com s'ha dit, però, és l'article 233-16 CCCat el que permet que en previsió d'una ruptura matrimonial els cònjuges pactin sobre la modalitat, la quantia, la durada i l'extinció de la pensió. Res no es diu, però cal admetre-ho *a fortiori*, sobre el fet que el pacte pugui modificar la pensió. També sobre el fet que s'arribi a l'acord una vegada superada la crisi, s'incorpori o no a un conveni (art. 233-5 CCCat).⁶

Pel que fa al fonament de la institució, és comú reconduir-lo a una mena de perllongament de la solidaritat matrimonial a fi i efecte que la ruptura no perjudiqui un dels cònjuges més que a l'altre.⁷ Amb aquest únic plantejament ja n'hi hauria prou, al nostre parer, per a constatar l'excepcionalitat del mecanisme; excepcionalitat no pas pràctica,⁸ sinó teòrica. I això últim pel fet que, en el fons, arrossega d'alguna manera un efecte matrimonial (així, la dita solidaritat) més enllà de la dissolució o malgrat la nul·litat del vincle (cas del creditor de bona fe; art. 233-14.1 *in fine* CCCat).⁹ En cor-

6. L'art. 233-2.3 CCCat esmenta només, més enllà de l'atribució de la prestació compensatòria a un dels cònjuges, «la modalitat de pagament i, si escau, la durada, els criteris d'actualització i les garanties».

7. Vegeu un recull de la jurisprudència que es fa ressò del dit fonament a Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 465.

8. Tot i que és el mateix legislador el que reconeix que la incorporació de la dona al mercat laboral ha fet disminuir el nombre de reclamacions en aquest sentit (vegeu el preàmbul de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, apartat III, par. 18).

9. I ho fa, a més, no tant per a atendre situacions de necessitat del cònjuge perjudicat (que, entenem, seria una raó de pes per tal de derivar algun efecte matrimonial més enllà del matrimoni), sinó per a intentar que, cobertes les necessitats bàsiques, el cop de la ruptura no afecti econòmicament més un cònjuge que l'altre. Una situació distinta (i, en certa manera, també teòricament xocant) és la que deriva de l'extinció

respondència lògica amb això, es preveu com a regla general la de la temporalitat de la prestació en forma de pensió (art. 233-17.4 CCCat). Es concreta d'aquesta manera la natural vocació de caducitat del dret, proclamada insistentment per la jurisprudència.¹⁰ Tot plegat afavoreix que, davant el dubte, prevalgui d'entrada un criteri d'interpretació restrictiva de la institució. S'hi suma el principi *favor debitoris*.

2.1. EL NAIXEMENT DEL DRET: PRESSUPÒSITS I OBJECTE

Hi ha un primer límit a l'autonomia de la voluntat que afecta la configuració mateixa del dret. Es tracta d'un seguit d'extrems que deriven, tots, de l'article 233-14.1 CCCat.

2.1.1. *Els pressupòsits explícits: la ruptura de la convivència i el major perjudici econòmic*

Els pressupòsits de naixement del dret apareixen com a *conditio iuris* en l'article 233-14.1 CCCat. En aquest article, més que incorporar el que seria el tipus del dret,¹¹ s'hi descriu la situació típica de la qual sorgeix aquest dret.¹² L'article 233-14.1 CCCat demana el trencament de la convivència i que aquesta ruptura perjudiqui econòmicament un dels cònjuges més que no pas a l'altre.¹³ La relativitat d'aquest perjudici deixa

d'una parella estable un dels convivents de la qual no tingui allò necessari per a «atendre adequadament la seva subsistència» (art. 234-10.1 CCCat). I diem que és xocant perquè, no havent-hi obligació d'aliments mentre hi ha parella (vegeu, en canvi, els art. 8 i 26 LUEP), resulta que és quan ja s'ha extingit el vincle que es permet reclamar una prestació alimentària.

10. Amb aquestes mateixes paraules i, a més, insistint que aquesta temporalitat limitada ha d'impregnar tota la interpretació, vegeu la STSJ de Catalunya d'11 de desembre de 2003 (fonament jurídic [FJ] 2, 2n par.) (RJ/2004/935).

11. Vegeu M. del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 14, que aplica preferentment la noció de *tipus* a una determinada conducta. La definició de la qual es parteix és la de *tipus* «como un resultado; es decir, aquella noción de conducta o fenómeno que, compuesta de una serie de elementos y de ciertos datos a través de los que se concreta la abstracción primaria, es consecuencia de la percepción de una realidad social determinada».

12. Més enllà, sí que es podria parlar de dret típic o dret amb tipicitat de regulació, en la mesura que legalment s'estableix un règim jurídic propi i complet.

13. El precepte reformula el que disposava l'art. 84 del Codi de família, que vinculava el major perjudici econòmic a la separació judicial o al divorci (vegeu Joaquim BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 84 CF», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentarios al Codi de familia, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 403; l'autor destacava que el major perjudici havia de derivar del trencament legal; és per això que, havent-hi una separació de fet prèvia i economies i nivells de vida independents, no podia prosperar la reclamació de la prestació). La nova dicció, doncs, és rellevant perquè no exclou la separació de fet prèvia dels

al marge de la norma els supòsits en els quals o bé cap dels cònjuges en surt econòmicament perjudicat o bé en surten perjudicats tots dos de la mateixa manera.¹⁴ També aquells en què el major perjudici econòmic no tingui connexió directa i immediata amb la ruptura convivencial.¹⁵ Hi ha un altre element clau: el nivell de vida que es gaudia durant la convivència. En el moment de valorar el perjudici econòmic per als cònjuges que deriva del trencament de la convivència, cal tenir en compte el nivell de vida de la parella. D'alguna manera, es tracta de «parar el cop» que representa la ruptura, tot atribuint el dret a qui econòmicament representarà major esforç continuar vivint com ho feia abans. Una cosa distinta és que, després, el *quantum* que s'acabi atribuint permeti efectivament mantenir aquella qualitat o estil de vida. D'acord amb l'article 233-14.1 CCCat, aquest paràmetre actua només com a topall màxim d'una quantitat en la fixació de la qual, a més, s'han de considerar les possibilitats econòmiques del deutor.¹⁶

Aquests extrems (ruptura convivencial i, en directa relació causa-efecte, empitjorament de la situació econòmica d'un dels cònjuges en major grau o intensitat que el que pugui patir l'altre) estan tan essencialment lligats al dret que no té possible ca-

cònjuges, per bé que caldrà acreditar que perdura el perjudici desequilibrat que va generar (vegeu, també, Àngels CABELLO GUILERA, «Comentari al art. 233-14 CCCat», a Encarna ROCA TRIAS (coord.), *Persona y familia*, Madrid, Sepín, 2011, p. 889; Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», p. 466). Vegeu, arran del que preveu l'art. 233-14.2 CCCat, entenent que la separació de fet prèvia pot tenir una durada màxima d'un any, Joaquim BAYO DELGADO, «Atribució i distribució de l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, p. 368). Per la seva banda, l'art. 97 CC vincula el desequilibri econòmic a la separació o el divorci, si bé cal entendre'l referit al moment de la ruptura (vegeu A. L. CABEZUELO ARENAS, «La pensión por desequilibrio económico», a Mariano YZQUIERDO TOLSADA i Matilde CUENA CASAS, *Tratado de derecho de la familia*, vol. II, *Las crisis matrimoniales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 522 i seg.

14. En aquests mateixos termes, vegeu el preàmbul de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (ap. III, par. 18).

15. Com si, per raó del trencament de la convivència, un dels cònjuges perd la feina (per exemple, perquè està treballant amb algú més afí a l'exparella i ara decideix acomiadar-lo). Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 19 d'octubre de 2011 (RJ/2012/422). En aquest cas, la muller treballava a l'empresa del marit i l'Audiència Provincial decidí atorgar-li la pensió considerant el risc de pèrdua de la feina. Ho féu, a més, en termes condicionals («[...] sería efectiva solo en el caso de que la demandada perdiera su trabajo [...]»). El Tribunal Suprem va entendre, per contra, que «La sentencia recurrida está atribuyendo una especie de pensión compensatoria condicionada al caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio. Pero si ello ocurriera, dejando aparte las compensaciones laborales a que tendría derecho la Sra M. T., el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial sino que vendría provocado por el despido posterior. El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial» (FJ 2n).

16. Així, per exemple, si era l'espòs el que costejava aquest nivell de vida però ho feia per sobre de les seves possibilitats econòmiques, és evident que el *quantum* que s'atribuirà a l'esposa no li permetrà viure com ho feia abans de la ruptura.

buda el pacte que, directament o indirecta, els desconegui o desnaturalitzi.¹⁷ Ho avala el mateix article 233-16.1 CCCat, que pressuposa o deixa fora del seu àmbit l'existència mateixa del dret i només permet el pacte que es projecta sobre el seu contingut (prestació deguda) i règim. Tot plegat és com dir que no es pot fer néixer el dret *fora de, al marge de* o alterant les circumstàncies legalment vinculades a la seva atribució. Aquesta alteració no possible, però, és només la que implica ignorar algun dels requisits legals; no, en canvi, la que consisteix a *afegir-ne*, ja sia per a fer néixer el dret, ja sia per a, un cop nascut aquest, fer-lo exigible.¹⁸ La raó d'això últim deriva de l'admissió legal del pacte de renúncia a la prestació compensatòria, de manera que, si això es permet, necessàriament s'han de permetre també tots els altres pactes que no arriben a tant i que el que fan és simplement dificultar el naixement o la reclamació del dret.

Del que s'ha dit es desprèn un matís de la idea que, pel que fa als efectes patrimonials derivats de la ruptura, tot s'hi val: regeix el principi dispositiu, el de lliure negociació entre cònjuges i, per tant, el de llibertat civil.¹⁹ I el matís és, en aquest context, que afirmar que tot s'hi val no vol dir que, necessàriament, qualsevol pacte rubricat amb l'expressió «Prestació compensatòria» serà, feta l'abstracció del seu contingut, un acord relatiu a aquesta institució.^{20, 21} *Quid*, doncs, quan es prescindeix de l'ele-

17. Com si es digués, per exemple, que la podrà reclamar aquell a qui més perjudiqui sentimentalment la ruptura, o que la podran reclamar l'un o l'altre amb independència del major perjudici econòmic... El pacte, a més, tampoc no pot impedir el naixement del dret. Conceptualment, els pactes que incorporen una renúncia requereixen, ni que sigui virtualment o momentàniament, l'existència del dret al qual es renuncia.

18. Com sí, per exemple, es diu que només es tindrà aquest dret si l'espòs perjudicat (així, per tant, el creditor) s'inscriu a l'INEM. *Quid* si en virtut d'un pacte, el dret o la seva exigibilitat es fan dependre de la sola voluntat del deutor? L'aplicació literal de l'art. 1115 CC no és possible. La norma, en el cas de condicions purament potestatives *ex parte debitoris*, estableix la nul·litat de l'obligació (així, a l'empara del raonament segons el qual aquell deutor que només queda obligat si vol, realment no ha assumit cap obligació). Com que es tracta d'una obligació legal, sembla que el caràcter purament potestatiu de la condició establerta voluntàriament no pot comportar la nul·litat de l'obligació; sí, en canvi, la nul·litat de la condició mateixa.

19. És especialment destacable la seva difusió jurisprudencial (vegeu, entre altres, les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 18 de setembre de 2008 (RJ/2009/1726), 10 de setembre de 2010 (RJ/2011/2458) i 9 de febrer de 2012 (RJ/2012/8760).

20. Vegeu Núria GINÉS CASTELLET, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el libro II del Código civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727 (2011), p. 2609, que admet que no es pot excloure el requisit del desequilibri econòmic entre els cònjuges. Menys explícit és Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial», a Vicente PÉREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 29, que es limita a destacar la necessitat de respectar l'art. 233-14 CCCat. Una opinió contrària és la defensada per Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», p. 479, que entén que és possible configurar autònomament els requisits de meritació del dret: «[...] La prestació, p. ex., es pot deslligar de l'existència d'un major perjudici en el moment de la ruptura i vincular a la realització de contribucions domèstiques, a la criança dels fills, a decisions relacionades amb la vida laboral o circumstàncies semblants [...]». Només, al seu parer, hi hauria un límit: «[...] no pot conduir a penalitzar la mera llibertat de sortida del matrimoni si no hi ha cap causa aparent que justifiqui la prestació pactada».

21. De fet, el que s'està dient en el text no és nou. És, per exemple, com palesar que, per bé que

ment del major perjudici econòmic o de la relació causal d'aquest amb la ruptura?²² La qüestió, al nostre parer, s'ha de resoldre d'entrada en termes de qualificació, tot entenent que el pacte, encara que s'etiqueti amb l'expressió «Prestació compensatòria», no és un pacte relatiu a aquesta institució.²³ Es tracta, aleshores, de jutjar-ne la validesa i l'eficàcia atenent el principi general de llibertat civil i els seus propis límits. I arribaríem pràcticament als mateixos resultats si optéssim per considerar que el pacte, sempre que sigui relatiu a la prestació compensatòria, és nul (atès que, hi insistim, no es pot prescindir dels seus pressupòsits típics o, dit d'altra manera, alterar les condicions legals que determinen l'atribució).²⁴ De la conversió del pacte podria defensar-se la seva validesa com a pacte relatiu a una altra institució (o, si escau, atípic).²⁵ A aquest raonament caldria afegir-hi tres apunts: el primer, relatiu a l'error de dret en què eventualment s'hagi pogut incórrer en pactar; el segon, a propòsit de l'automatisme o no d'aquesta requalificació o conversió; i el darrer, quant a si l'etiqueta «prestació compensatòria» pot implicar, només, l'atribució d'un règim jurídic concret. Vegem-los a continuació de manera detallada.

— Es podria entendre que el plantejament anterior fa irrellevant o sobrera l'al·legació d'un eventual error de dret.²⁶ El motiu seria que l'interès per una possible impugnació per aquesta causa deixa de tenir sentit si, de fet, el pacte ja es considera nul (i, a més, de ple dret). Es podria concloure que l'error sobre un element essencial (així, creure'l erròniament prescindible quan no ho és) queda superat per la nul·litat del pacte. Això últim permetria fer notar una altra qüestió: si el supòsit realment mena a

l'art. 1255 CC estableix com a principi el de la lliure autonomia de la voluntat en l'àmbit contractual, les parts no poden alterar o desconèixer els elements essencials del contracte de compravenda i, malgrat això, entendre que el contracte atorgat continua sent de compravenda.

22. És un cas diferent si les parts, sense prescindir dels pressupòsits del dret, aparenten que concorren i, en conseqüència, atorguen una prestació compensatòria. Se'n parlarà més endavant (veg. *infra* les parts el subapartat 2.4).

23. Una manera d'enfocar-ho, doncs, seria dient que, estrictament, *no hi hagué pacte sobre la prestació compensatòria*.

24. La nul·litat podria fonamentar-se en el caràcter imperatiu de les normes que tipifiquen el dret (així, de l'art. 233-14.1 CCCat). Aquesta imperativitat exclouria el pacte en virtut del qual es configuraria com a inexigible algun dels requisits legals (com si, per exemple, en matèria de compravenda, en virtut d'un pacte s'excloués el requisit del preu cert en diners o un signe equivalent).

25. És per això que s'ha afirmat també que la conversió no és pas altra cosa que la correcció de la qualificació inicial feta del negoci (participa d'aquesta mateixa idea José Luis de los MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 91).

26. Així, com si alguna de les parts manifestés que va accedir al pacte perquè va entendre que la prestació compensatòria permetria prescindir, per exemple, del major perjudici econòmic. La qüestió prejutja una altra qüestió que només s'apunta: la relativa a la impugnabilitat per vicis del consentiment dels pactes atorgats amb motiu d'un trencament (ja sigui en previsió de la ruptura o una vegada produïda aquesta). Vegeu, quant als pactes de l'art. 231-20 CCCat, de quina manera els requisits que s'hi estableixen estan adreçats a garantir una correcta formació del consentiment (Albert LAMARCA MARQUÉS, «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, p. 460 i seg.).

la nul·litat del pacte, aleshores cal concloure que és possible que la seva apreciació es realitzi *ex officio* i que així mateix se'n declari la conversió.²⁷

—La segona qüestió demana partir d'una dada prèvia: requalificar el pacte o convertir-lo en un de vàlid (però en cap cas relatiu a la prestació compensatòria) implica, especialment per al cònjuge obligat a satisfer aquest deute *assumit voluntàriament*, el risc que aquella prestació li sigui reclamada com a deute *legal* si, un cop superada la crisi, concorren a favor de l'altre cònjuge els pressupòsits de l'article 233-14 CCCat.^{28,29} Assumit això anterior, cal aleshores plantejar-se el següent: i si l'interès pràctic dels cònjuges en pactar era, en qualsevol cas, fer-ho sobre la prestació compensatòria?³⁰ I si el que en cap cas volien, ni haurien volgut (via requalificació, via conversió), era crear una *nova* obligació? I si formava part d'aquell interès mantenir-se en tot cas dins de l'àmbit d'una obligació legal?³¹

27. Vegeu el subapartat 2.4 d'aquest text, on s'apunta de nou aquesta qüestió.

28. Pensem, per exemple, en un pacte batejat amb la rúbrica «prestació compensatòria» en el qual expressament es diu que se satisfarà una quantitat en aquest concepte a favor d'un dels cònjuges amb independència que el perjudici econòmic que li representi la ruptura sigui major que el patit per qui s'obliga. Si diem que això no és un pacte sobre la prestació compensatòria però que, en la mesura que s'empara en el principi de llibertat civil, és perfectament vàlid, efiçaç i exigible, aleshores succeeix que, si efectivament es produeix aquell major perjudici econòmic, el cònjuge més perjudicat podrà demanar, en virtut de l'art. 233-14 CCCat, i no del pacte, una prestació compensatòria. És clar que, aleshores i a fi de determinar-ne la quantitat, l'autoritat judicial haurà de tenir en compte allò que el perjudicat té dret a reclamar en virtut del pacte (que és possible que neutralitzi, o no, allò que hauria de rebre en concepte de prestació compensatòria).

29. La possibilitat que s'apunta en el text pressuposa que el cònjuge interessat a reclamar la prestació hi és a temps. Si el pacte (nul) sobre la prestació estava formulat en el conveni, que es ratifica i s'aprova judicialment, i és després d'aquest procediment que pretén formular aquella reclamació, és evident que el moment processal ja haurà passat (vegeu l'art. 233-14.1 CCCat).

30. A propòsit de l'interès pràctic com a element constitutiu de la conversió, vegeu José Luis de los MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, p. 89.

31. Vegeu, de nou, José Luis de los MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, p. 60 i seg. L'autor descarta que el fonament o base de la conversió pugui trobar-se en la voluntat presumpta o hipotètica de les parts adreçada a obtenir, com a mínim, els efectes menors o diferents assolibles per mitjà del negoci convertit. Per contra, defensa que la base de la conversió és de tipus objectiu: és una norma jurídica que actuaria com a principi general del dret i que estaria directament inspirada en la idea de conservació del negoci jurídic i en la directriu general de bona fe (hi insisteix a «De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico», *Revista de Derecho Privado*, juliol-agost 2001, p. 546). Ara bé, aquella norma seria de tipus dispositiu, de manera que no podria aplicar-se en cas de voluntat en contra de la conversió; voluntat que hauria de ser d'ambdues parts i que s'hauria d'expressar de manera expressa o tàcita (sobre aquesta qüestió, vegeu en especial les p. 79 i 104; no admet aquest correctiu Carlos Manuel Díez Soto, *La conversión del contrato nulo (su configuración en derecho comparado y su admisibilidad en el derecho español)*, Barcelona, José M. Bosch Editor, 1994, p. 97). Seguint aquest raonament i vinculant-lo al que es planteja en el text, es tractaria de: en primer lloc, valorar si la forma jurídica o el mitjà jurídic emprat per les parts (per exemple, un pacte sobre la prestació compensatòria) pot esdevenir essencial per a elles en el moment d'atorgar el pacte; en segon lloc, si d'aquesta essencialitat (si és que hi és) pot derivar-se aquella voluntat contrària a la conversió. En qualsevol cas, admès aquest límit negatiu a la conversió consistent en la voluntat dels

—I una darrera qüestió: l'etiqueta «prestació compensatòria» pot arribar a tenir algun efecte en el règim jurídic del dret pactat? S'ha dit que si es prescindeix dels pressupòsits típics, l'obligació batejada amb l'expressió «prestació compensatòria» no serà realment una obligació d'aquest tipus. Caldria veure, però, si aquesta rúbrica pot implicar submissió del dret creat al règim legal de la prestació compensatòria (i, així, quedar sotmès, per exemple, a les seves mateixes causes de modificació o extinció). Hi hauria, en qualsevol cas, dos límits a aquesta fixació voluntària del règim aplicable:³² el primer seria que en cap cas arribaria fins al punt de canviar l'origen del dret, sinó que continuaria sent convencional, no legal³³ i, només en principi, atribuït gratuïtament,^{34,35} el segon derivaria

atorgants, caldria retornar ara un moment al mecanisme de la qualificació (és a dir, veient el cas no com un pacte nul sobre la prestació, sinó com un pacte *que realment no és* sobre la prestació). El que caldria plantejar-se aleshores és si l'exercici de la qualificació també té algun tipus de límit negatiu. En la jurisprudència es reitera la idea que, amb independència de la designació que les parts hagin fet del negoci, cal tenir en compte la intenció de les parts, deduïda principalment del contingut obligacional pactat (vegeu, entre altres, les sentències del Tribunal Suprem de 26 d'abril de 2005 [RJ/2005/3768], 24 de novembre de 2005 [RJ/2006/109], 4 d'abril de 2006 [RJ/2006/1918] i 18 de setembre de 2006 [RJ/2006/6362]). En aquest context, s'optaria per no descartar absolutament que, via diferents indicis més enllà del *nomen de prestació compensatòria*, es pogués arribar a la convicció que els cònjuges volien pactar en tot cas sobre aquesta. Així esbrinada, la intenció de les parts barraria el pas a una qualificació que ens portés fora de la prestació compensatòria. Passaria, però, que el pacte *sobre aquesta* seria nul i, per raó d'aquella mateixa intencionalitat, tampoc no convertible. Regiria sense més ni més el règim legal (art. 233-14 CCCat). No hi hauria cap obligació convencional afegida.

32. Més enllà que tampoc sembla gaire segur que aquesta designació del règim aplicable pugui derivar-se, sense més ni més, de la rúbrica «Prestació compensatòria» que les parts hagin pogut avantposar al pacte. Plantejaria menys dubtes si, per exemple, s'acompanyés d'una remissió als art. 233-17 i seg. CCCat.

33. En la mesura que la noció de *causa onerosa o gratuïta* només s'aplica a *negoci* de transmissió *inter vivos*, és sobrer plantejar-se quina és i de quin tipus és la noció de l'obligació *legal* de satisfer la prestació compensatòria (sobre la dualitat onerositat/gratuïtat, vegeu Ferran BADOSA COLL, «El poder de disposició en el dret català. La constitució i transmissió negocials dels drets reals», a Ferran BADOSA COLL i M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA (dir.), *La adquisición y transmisión de derechos reales: Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 112 i 113). Ara bé, satisfeta la dita prestació, l'adquisició es justificaria a l'empara de la *causa solvendi* de l'acte de pagament d'aquella obligació legal.

34. El pacte, atès que és generador d'obligacions, tindria naturalesa contractual i per això li seria directament aplicable l'art. 1277 CC quant a la presumpció de causa. Vegeu, quant a aquella naturalesa, Encarna ROCA TRIAS, «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», a Joan ABRIL CAMPOY i M. Eulàlia AMAT LLARI (coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. II, València, Tirant lo Blanch, 2006, p. 2131; vegeu, també, Míriam ANDERSON, «Comentario a la Sentencia del TS de 31 de marzo de 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, p. 400 i seg. El cas aquí interessa en la mesura que s'hi jutjava la validesa o no d'un pacte en virtut del qual el marit es comprometia a satisfer a la muller determinades quantitats si se separaven. Tot i que la primera instància i l'apel·lació entenen que el pacte vulnera l'art. 1256 CC, l'autora comenta que, a parer seu, en el fons el tribunal no veu clara quina és la causa del negoci i per això l'Audiència considera que «no se especifican las razones por las que se pactan las obligaciones [...]» (FJ 1r, ap. 8). El Tribunal Suprem admet la validesa del pacte i reconeix que, més enllà de no infringir l'art. 1256 CC, les obligacions s'han de valorar en el context (habitualment molt complex) derivat de la ruptura (vegeu en especial el FJ 6è).

35. Diem que només «en principi» l'obligació s'hauria assumit gratuïtament perquè, atesa la situa-

de les normes imperatives que, si escau, pertoqués aplicar al negoci o dret atorgat (així, al que resultés d'aquell exercici de qualificació o de conversió del pacte nul).

D'altra banda, la situació de la qual aquí es tracta (pacte *sobre* la prestació compensatòria que realment *no ho és* o que, com a tal, *és nul*) pot reproduir-se també a l'inrevés. El pacte batejat d'una altra manera o aparentment amb una altra finalitat pot esdevenir, qualificat acuradament, un pacte sobre la prestació compensatòria.³⁶

2.1.2. *L'objecte del dret: el principi (implícit) d'adequació*

Hi ha, al nostre entendre, un segon límit a la llibertat de pacte. És implícit i deriva de l'exigència institucional que el dret ha de servir a la finalitat que legalment li ha estat encomanada. Per tal que ho faci, la quantitat que s'ha de reclamar ha de ser raonablement idònia per a corregir, fins on escaigui, el major perjudici patrimonial.

ció de crisi matrimonial, es fa difícil pensar en una voluntat d'enriquir l'altre. Encara que es considerin negocis de transmissió formalment no onerosos, el cert és que cal concebre'ls en el marc d'una situació complexa en la qual, si hi ha pacte, ben segur que s'haurà intentat reequilibrar els interessos de les parts més enllà de la naturalesa formalment onerosa o gratuïta de les atribucions previstes. Així doncs, la gratuïtat formal o aïllada de la transmissió pot quedar neutralitzada per la interconnexió o interdependència dels diferents pactes atorgats (vegeu, a propòsit del pactes en previsió de la ruptura i justificant que la *causa familiar* se superposa en aquests casos a la dualitat causa onerosa/causa gratuïta, Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Regulación codicial de los pactos», p. 26 i seg.; la conseqüència última d'aquesta configuració és, a parer de l'autor, un acostament a les regles dels negocis onerosos en matèria de protecció de creditors [vegeu la p. 28]). Davant d'aquest plantejament, però, es podria replicar a favor de la gratuïtat i fer-ho amb dos arguments: el primer seria que la causa gratuïta s'estén a figures impures, és a dir, figures en les quals tampoc la voluntat d'enriquir apareix sense més ni més (així, vegeu els art. 531-17 i 537-18 CCCat; quant a la gratuïtat dels pactes successoris malgrat gravar-se l'afavorit amb càrregues, vegeu el preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions [ap. IV]); el segon seria que hi ha supòsits en els quals, malgrat que el negoci gratuït es troba dins d'una estructura més àmplia basada en el *do ut des*, no perd (almenys del tot) aquella gratuïtat (vegeu, quant a les donacions fetes en capítols, que continuen sent revocables, encara que no per a totes les causes generals, Juana MARCO MOLINA, «Los capítulos matrimoniales», a Mariano YZQUIERDO TOLSADA i Matilde CUENA CASAS (dir.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. VII, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 191 i 200).

36. Vegeu, en referència a l'art. 97 CC, la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Guipúscoa de 21 de gener de 2000 (JUR/2000/219001). En el conveni de divorci es va pactar una pensió alimentària sotmesa a la condició resolutòria que la creditora trobés feina remunerada. L'Audiència Provincial considera que, atès que una pensió d'aquest tipus no escau en una sentència de divorci (que sí que la té, al nostre parer, com a pensió d'aliments convencionals), aleshores «únicamente podrá ser acogida como una pensión compensatoria convencionalmente pactada» (FJ 34è). Vegeu, també, la SAP d'Alacant de 17 de gener de 2001 (JUR/2001/114560). El que s'havia pactat era una pensió periòdica adreçada a la «contribución de las cargas». L'esposa interposà un recurs d'apel·lació en el qual sol·licitava que se li reconegués, a més, una pensió compensatòria, i el tribunal considerà que la pensió periòdica pactada ja era, en un 50 %, una pensió compensatòria (interessa fer notar que aquesta qualificació es fa malgrat que en el pacte hi ha una clàusula en virtut de la qual aquesta prestació no es modificarà en cas que la perceptora trobi feina retribuïda; pacte que, segons el tribunal, només evidencia que no es tracta d'una pensió alimentària).

Aparentment, a la quantitat s'hi refereix només l'article 233-15 CCCat. De fet, però, aquell (essencial) principi d'adequació deriva de l'article 233-14.1 CCCat.

—S'ha dit que l'article 233-15 CCCat és una norma formalment adreçada al jutge. No inclou criteris adreçats ni tan sols a orientar els cònjuges a l'hora de pactar la quantitat reconeguda com a prestació compensatòria.³⁷ Tot plegat permet plantejar la viabilitat de pactes que fixin una quantitat vistament inadequada per a fer front a aquell major perjudici econòmic. El supòsit no esdevé problemàtic si la quantitat és insuficient. La validesa de pactes de renúncia (amb el límit de l'art. 233-16.2 CCCat) fa inqüestionable la dels que preveuen una quantitat objectivament insuficient per a parar el cop de la ruptura atès el nivell de vida existent mentre hi havia convivència. Però això no és tan clar quan la quantitat és reveladorament excessiva.³⁸ Basta pensar en un cas —si es vol, extrem— que deriva novament de la distinció entre els pressupòsits de naixement del dret i els criteris legals (però subsidiaris) de quantificació. Res no exclou que el cònjuge patrimonialment més potent sigui el que, eventualment, pateixi un major perjudici econòmic arran de la ruptura (així, per exemple, perquè era l'altre cònjuge el que pràcticament costejava tot sol el nivell de vida familiar).^{39, 40} En aquest cas concorren les circumstàncies determinants del naixement

37. En matèria de compensació econòmica per raó de treball, es plantejaria fins a quin punt l'autonomia de la voluntat permet ultrapassar els límits quantitius de què parla l'art. 232-5.4 CCCat; possibilitat que, com que pertoca al jutge fixar el dret, es fa dependre del fet que el creditor acreditat que la seva contribució ha estat notablement superior. Sembla que l'art. 232-7 CCCat ho permet («hom pot pactar l'increment [...]»). I sembla que permet tant la fixació d'un percentatge concret que s'haurà d'aplicar sobre la diferència d'increments patrimonials (així, un 30 % d'aquesta diferència) com fins i tot una quantitat concreta. Cap d'aquests pactes desnaturalitzaria la institució, en la mesura que no queden alterats els seus elements tipificadors, en concret: que el cònjuge creditor hagi treballat per a la casa substancialment més que l'altre i que aquest últim, en el moment del trencament, experimenti un increment patrimonial superior al del primer (vegeu, sobre la qüestió, Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Los pactos en previsió de ruptura de la pareja en el derecho civil catalán», *Revista Jurídica de Catalunya*, any 2011, núm. 2, p. 357; Núria GINÉS CASTELLET, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial», p. 2609; Albert LAMARCA MARQUÉS, «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», p. 470).

38. L'excés pot derivar directament de la quantitat establerta (ja sigui com a pensió o com a capital) o, indirectament, de la durada pactada: per exemple, perquè, ateses les circumstàncies, la pensió es fixa per un període limitat però extraordinàriament llarg o, sense més ni més, se li atorga caràcter indefinit.

39. No hi ha dubte que aquest no és el cas paradigmàtic que té en ment el legislador, ni el que es donarà més habitualment a la pràctica. Per a constatar-ho basta reproduir allò que, a propòsit de l'art. 84 CF, es deia en la STSJ de 31 de gener de 2001: «[...] Per tant, la pensió compensatòria —que ni és un mecanisme indemnitzador ni equilibrador de patrimonis dels cònjuges— exigeix perquè sigui concedida la justificació d'un desequilibri econòmic que s'origina i troba la seva causa en la convivència matrimonial, per la qual cosa es requereix l'anàlisi de totes les circumstàncies establertes a l'art. 84 del CF per tal de determinar-ne la quantia; és definitori que un dels cònjuges hagi pogut desenvolupar-se patrimonialment i/o professionalment, mentre que a l'altre cònjuge, per la seva major implicació en la cura de la família, o per qualsevol circumstància relacionada amb el matrimoni, se li hagi ocasionat un desequilibri econòmic que es projecta cap al futur i després de la ruptura matrimonial [...]».

40. Una opinió distinta és la mantinguda per Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14

del dret, per bé que, si es reclamés en un procediment contenciós, l'autoritat judicial probablement no atorgaria res. Això últim perquè, considerant els criteris de l'article 233-15 CCCat (en especial, en aquest cas, el previst en la lletra *a*), es podria perfectament entendre que la situació patrimonial del creditor acaba neutralitzant el perjudici generat per la ruptura.^{41, 42} Ara bé, si això pot acabar succeint quan és el jutge qui ha de fixar la quantitat, *quid* si hi ha acord a l'hora d'establir-ne una?^{43, 44} Es podria perfectament argumentar que no hi ha res a dir si el deutor s'avé a satisfer una quantitat excessiva. Ben mirat, però, aquí no s'hi val aplicar sense més ni més la idea del just equilibri de les prestacions compromeses, pròpia de la causa onerosa. Del que es tracta, en canvi, és de satisfer un dret legal, de manera que tot allò que excedeixi una quantitat raonablement idònia, no escau (és a dir, no pot entendre's objectivament adreçat a satisfer el dret legal). D'aquesta manera, es podria dir que la fixació d'una quantitat excessiva per a satisfer la prestació compensatòria no provoca un eixamplament de l'obligació *legal* fins a la dita quantitat, sinó que, quant a l'excés, el deure de satisfer la prestació s'ha d'entendre establert per una obligació, distinta, de naturalesa *conventional*, voluntària. Altrament, s'obririen les portes a una possible desnaturalització del dret per la via, indirecta, de la fixació pactada d'un objecte excessiu o inapropiat.

—De fet, prescindint de l'article 233-15 CCCat, el límit institucional ja el proporciona el mateix article 233-14.1 CCCat, que, a diferència del que el segueix, no s'adreça pas només al jutge. Aquest límit deriva dels dos referents quantitius que s'hi consideren: per una banda, el nivell de vida de què gaudia el cònjuge perjudicat

CCCat», p. 472, qui considera que algunes de les circumstàncies que es relacionen en l'art. 233-15 CCCat han de ser necessàriament determinants, no només a l'hora de fixar la quantia, sinó a l'hora de valorar si concorren o no els pressupòsits de naixement del dret. Això voldria dir, per exemple, que en el cas proposat abans (cònjuge ric que viu amb la major part de les despeses costejades per l'altre) el dret ni tan sols arribaria a néixer. La quantitat que s'arribés a pactar (si fos aquest el cas) plantejaria un problema que caldria descriure, no ja en termes de quantitat parcialment inadequada o excessiva, sinó en termes de quantitat tota ella indeguda. Vegeu, sobre si les circumstàncies de l'art. 97 (2n ap.) CC determinen no sols la quantitat del dret, sinó, abans, el seu mateix naixement, M. del Mar MANZANO FERNÁNDEZ, «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», p. 392 i seg.; A. L. CABEZUELO ARENAS, «La pensión por desequilibrio económico», p. 520 i 521.

41. Podríem pensar en altres supòsits en els quals hi ha objectivament perjudici i estaria justificat no atorgar res en concepte de prestació (per exemple, en el cas d'un matrimoni de curtíssima durada entre cònjuges joves professionalment preparats, un dels quals costejava tot sol bona part de les despeses).

42. Vegeu, a propòsit de la pensió prevista en el CC, la STS de 4 de novembre de 2011 (RJ/2012/1248). En aquest cas, segons el que es relata (FJ 2n), són els mateixos cònjuges els qui, en el conveni, reconeixen que es dona el desequilibri generador del dret, però no estableixen res en aquest sentit perquè l'esposa ja veu «compensat» el perjudici amb els béns que li són adjudicats en virtut del mateix conveni.

43. Pensem, per exemple, en un matrimoni que ha tingut un nivell de vida molt modest i en què un dels cònjuges ho costejava tot. Quan se separen, es fixa a favor de l'altre cònjuge una prestació compensatòria que sens dubte li permetrà viure molt millor del que vivia mentre hi havia convivència.

44. Vegeu, quant a la fixació de quantitats inassolibles que toparien directament amb la llibertat per a divorciar-se i que, per això mateix, serien ineficaces, Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», p. 480.

durant el matrimoni; per l'altra, el nivell que pugui mantenir el cònjuge obligat al pagament. Quant al primer, es tractaria d'assenyalar que tot allò que se satisfés perment al creditor elevar el seu nivell de vida caldria entendre-ho rebut, no en concepte de prestació compensatòria, sinó en concepte d'una obligació convencionalment assumida i, a més, a títol gratuït.^{45, 46, 47} Això últim permetria, a més, descartar la idea de pagament d'allò indegut.⁴⁸ *Quid* si el que succeeix és que la quantitat fixada a favor del cònjuge més perjudicat no li permet viure millor del que ho feia però, en canvi, és igualment excessiva si es consideren els mitjans de l'obligat al pagament?⁴⁹ De la mateixa manera que el creditor pot renunciar al seu crèdit (acte que, en principi, li és objectivament perjudicial), podria també el deutor fer més costosa la seva situació? Aquest major perjudici derivaria, en aquest cas, d'assumir un deute que, en part (en allò que excedís les seves possibilitats econòmiques), no li seria exigible legalment.⁵⁰ La conseqüència, sembla, no pot pas ser distinta de la del cas de quantitat excessiva atenent el nivell de vida durant la convivència: més enllà dels marges legals, l'obligació és convencional i tendencialment gratuïta.⁵¹

45. Vegeu *supra* la nota 35.

46. En un context diferent i en el qual les quantitats estan perfectament fixades, l'art. 451-10.1 CCCat avala que tot el que es rep més enllà del dret legal no pot quedar emparat per aquest («[...] els legítimaris fan seu l'excés com a mera liberalitat [...]»).

47. Pensem, de nou, en el nostre cas (extrem) del cònjuge ric que viu a càrrec de l'altre cònjuge. Si se li reconegués per mitjà d'un pacte una quantitat en concepte de prestació compensatòria, del que es diu en el text es derivaria que no pertocaria entendre-la rebuda en virtut d'una obligació legal. El motiu seria que, tot i donar-se els pressupòsits de naixement del dret, aquest cònjuge perjudicat per la ruptura podria continuar mantenint per si sol el nivell de vida de què gaudia durant la convivència.

48. Que, de fet, seria *indegut* quant a la prestació compensatòria, però que s'hauria satisfet degudament en virtut del pacte fixant una quantitat més enllà de la permesa per l'art. 233-14 CCCat. Una qüestió distinta és, de nou, si es podria al·legar un error a l'hora d'assumir l'obligació. Difícilment, però, es podrà excusar qui pretén fer creure que en fixar la quantitat de què es tracti desconeixia que, amb aquesta, el creditor podria tenir un nivell de vida superior al que tenia durant la convivència.

49. Al darrere del supòsit hi haurà, molt probablement, un matrimoni que gaudia d'un nivell de vida per sobre de les seves possibilitats reals.

50. Imaginem, per exemple, que a conseqüència d'aquesta obligació, assumida voluntàriament i a títol gratuït, el deutor no pot fer front als seus propis deutes o, pitjor encara, no pot atendre les seves necessitats bàsiques. En el primer cas, aquest creditor perjudicat pot fer ús dels mecanismes generals de protecció del crèdit (per exemple, demanar la rescissió per frau d'allò rebut en virtut d'aquella obligació gratuïta —s'entén que només en la part «excessiva»). Quant a l'obligació legal d'aliments que, eventualment, podria néixer a càrrec dels parents del deutor (pensem, si de cas, en els pares), podria pensar-se: o bé a aplicar l'art. 237-4 CCCat a l'efecte d'imputar al creditor la situació de necessitat (ja que, al capdavant, va ser ell qui voluntàriament va assumir aquell excés), o bé, fins i tot, a aplicar per analogia el que preveu l'art. 233-16.2 CCCat. De la mateixa manera que es preveu la ineficàcia dels pactes de renúncia no incorporats a una proposta de conveni sempre que comprometen l'atenció de les necessitats bàsiques del creditor, es proposa també la ineficàcia dels pactes que, tampoc incorporats a un conveni, comprometen els mitjans de subsistència del deutor.

51. Quant a la quantia i si es tracta de pactes en previsió de la ruptura, la doctrina admet que es puguin establir mecanismes de càlcul que tinguin en compte, per exemple, els anys de convivència, l'edat

2.2. EL MANTENIMENT I LA PERVIVÈNCIA DEL DRET: ELS PACTES QUE S'HI REFEREIXEN

Si, sobrevingudament, el major perjudici econòmic que genera el trencament de la convivència pot suportar-lo el mateix perjudicat perquè ha millorat la seva situació econòmica, és de tota lògica que aleshores la prestació compensatòria (òbviament, només la reconeguda en forma de pensió) es redueixi o, si escau, s'extingeixi. Partint del que es disposa legalment quant a la modificació i l'extinció del dret, la qüestió convida a valorar la viabilitat dels pactes que puguin incidir sobre una cosa i sobre l'altra.

2.2.1. *El règim legal de modificació i extinció de la pensió*

L'article 233-18.1 CCCat, que duu la rúbrica «Modificació de la prestació compensatòria», només considera canvis quantitatius de la pensió. Més enllà, no preveu la seva reducció automàtica i necessària per millora de la situació econòmica de qui la percep; simplement permet sol·licitar-ne la modificació a la baixa («La prestació compensatòria [...] es pot modificar [...]»)^{52, 53} A això cal sumar-hi que els efectes de la resolució judicial no tenen, com a norma general, eficàcia retroactiva.⁵⁴

La dicció literal de l'article 233-19.1 CCCat és sensiblement distinta. El to aparentment imperatiu («El dret [...] s'extingeix per les causes següents: [...]») i, d'aquí, l'extinció automàtica del dret, demanen discriminar segons el supòsit de què es tracti. No planteja dubte el fet que el dret s'extingeix necessàriament tan bon punt el creditor es casa o mor, o arriba el termini pel qual es va establir la pensió (art. 233-19.1*b, c*

dels convivents, etc. (vegeu Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Regulación codicial de los pactos», p. 45; Núria GINÉS GARGALLO, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial», p. 2610; Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», p. 480 *in fine*). A això només caldria afegir (al marge de la coincidència amb els criteris que ja figuren en l'art. 233-15 CCCat) que la quantitat que resultés d'aplicar-los hauria de passar, en qualsevol cas, pel filtre del principi proposat d'adequació.

52. Més rotund era l'art. 84.3 CF («La pensió [...] *ha d'ésser disminuïda* [...]»). Aquest article, però, no descartava expressament la possibilitat de modificació a l'alça. Això últim, però, és el que va acabar admetent certa jurisprudència dictada en procediments de divorci en els quals, atesa l'extinció de la prestació d'aliments acordada en el procediment previ de separació, es demanava l'augment de la pensió compensatòria. El «només» que ara incorpora l'art. 233-28.1 CCCat barra el pas a tota possible modificació a l'alça (vegeu, en aquest mateix sentit i mentre era vigent el CF, els vots particulars emesos pel magistrat Lluís Puig Ferriol en les sentències del TSJC de 28 d'octubre de 2003 [RJ/2003/8905] i 11 de desembre de 2003 [RJ/2004/935]).

53. Vegeu l'art. 233-7 CCCat, on es demana que el canvi sigui substancial. Quan la fixació de la pensió ha estat judicial, l'art. 233-15 (lletres *a* i *c*) CCCat ja demana que es tinguin en compte tant les atribucions com les perspectives econòmiques «previsibles» dels cònjuges.

54. La reducció de la pensió es pot demanar, si es va establir en una sentència de separació, tant en un procés de modificació de mesures com, si escau, en el posterior procés de divorci (vegeu, no obstant això, quant a la distinta naturalesa dels procediments, la SAP de Barcelona de 3 de setembre de 2002 [JUR/2002/279982]).

i d'CCCat).⁵⁵ Allò que s'hagi satisfet d'ençà d'aquest moment podrà ser reclamat com a indegut (art. 1901 CC).^{56, 57} *Quid* quan la causa extintiva no pot fixar-se temporalment amb tanta precisió?⁵⁸ La qüestió es pot entendre mig resolta atenent el caràcter irretroactiu de la resolució judicial que declari extingida la pensió. Això vol dir que, tot i que és evident que la causa s'ha produït abans que es dicti la sentència (ja que aquesta es limita a declarar tal producció —per exemple, la millora econòmica o la convivència marital amb un tercer—), té aparentment poc interès la fixació concreta del moment en què s'han produït aquests fets si l'extinció no pot ser efectiva, en cap cas, abans que la decisió judicial sigui ferma.⁵⁹ Aquesta solució, però, és discutible. Qualsevol vinculació de l'efecte extintiu del dret amb una actuació (processal o no) del deutor o del mateix jutge, i no amb el fet mateix (per més difícil que sigui concretar quan s'ha produït), permet perllongar el dret més enllà de la causa legal extintiva.^{60, 61}

55. També quan el creditor, tant si hi ha com si no hi ha convivència prèvia, formalitza amb la seva parella la relació de convivència estable (art. 234-1c CCCat).

56. Vegeu Joaquim BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 86», p. 413. L'autor entén que, atenent raons d'economia processal, en aquells casos (als quals hi suma la declaració de mort del creditor) és suficient un incident d'execució en el qual només calgui acreditar documentalment la causa extintiva. En canvi, «si la causa és la variació de situacions econòmiques, la unió estable de parella [...] no documentada i la convivència marital, l'única via processal és el procediment de modificació de mesures». Quant a aquest procediment de modificació de mesures (i això es pot entendre aplicable tant a la modificació adreçada a reduir la pensió com a la modificació que té com a finalitat declarar-la extingida), la norma general seria la de la irretroactivitat de la reducció o de l'extinció. Vegeu-ne alguns correctius a Joaquim BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 233-7», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 425. S'hi esmenten el deure judicial d'evitar l'enriquiment injust o l'abús de dret com a criteris que han de permetre, atenent les circumstàncies, retrotreure els efectes de la resolució al moment d'interposar la demanda o, fins i tot, al del canvi de les circumstàncies (vegeu, a propòsit de l'ocultació dolosa per part de la creditora de la seva relació de parella estable amb un tercer, la SAP de Barcelona de 26 de febrer de 2004 [JUR/2004/96498]). L'excepcionalitat d'aquesta retroactivitat es destaca en la SAP de Girona de 14 de setembre de 2010 (JUR/2010/387075), que, a més, justifica la regla general de la irretroactivitat a l'empara d'uns arguments que només amb moltes cauteles poden aplicar-se a la prestació compensatòria (així, s'afirma que: «[...] los efectos de las sentencias definitivas que modificaban las medidas por nuevas circunstancias no pueden tener efectos retroactivos, pues [...], de lo contrario, el favorecido por la pensión de que se trate (quien, salvo excepcionales economías privilegiadas, la recibe para la atención de los más elementales gastos de la vida cotidiana) se vería obligado a devolver lo percibido, aunque lo hubiera gastado en artículos de primera necesidad, con el grave trastorno que ello supone [...]» [FJ 3r]).

57. Vegeu, pel que fa al dret estatal, la SAP d'Astúries d'1 d'abril de 1998 (AC/1998/4512).

58. Vegeu, sobre aquesta mateixa dificultat aplicada a condicions resolutòries pactades, Àngels CABELLO GUILERA, «Comentari a l'art. 233-18 CCCat», a Encarna ROCA TRIAS (coord.), *Persona y familia*, Madrid, Sepín, 2011, p. 904. Vegeu la nota anterior quant a la irretroactivitat de la resolució judicial que declara extingit el dret.

59. Es podria afirmar que, per bé que la sentència es limita a declarar produït el fet de què es tracti, la seva eficàcia és constitutiva quant a la modificació o extinció de la pensió.

60. Vegeu M. Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005, p. 103. En concret, aposta per la retroacció dels efectes de la sentència (així, l'extinció del dret) al moment en què s'entén provada la convivència marital.

61. Pensem en el següent cas: el del deutor que es nega a satisfer la pensió perquè considera que ha

També pot donar-se la situació inversa: que l'extinció es produeixi amb independència de la millora econòmica del creditor.⁶² Certament, el fet que l'article 233-19.1 CCCat esmenti, a més d'aquesta millora, altres causes extintives converteix en quasi sobrera, per evident, l'observació anterior. Amb tot, en la mesura que aquestes altres circumstàncies obeeixin igualment al perfil institucional de la prestació, caldrà valorar, en un sentit o altre, els pactes que puguin afectar les parts. Així, mentre que el venciment del termini té com a rerefons la reiterada vocació de caducitat del dret i, per consegüent, la seva configuració com a dret de durada limitada (art. 233-17.4 CCCat), la mort del creditor evidenciarà el seu caràcter de dret personalíssim, en el sentit que només pot esdevenir titular del dret el que es troba en la situació que descriu l'article 233-14.1 CCCat.⁶³ D'això es derivaria, com a mínim, que, malgrat que es tracta d'un dret de contingut exclusivament patrimonial, és intransmissible *mortis causa*.⁶⁴ Per la seva banda, l'extinció per raó d'un nou matrimoni del creditor deixa sense raó de ser el fonament mateix de la prestació: no té sentit perllongar la solidaritat matrimonial a càrrec de l'excònjuge quan sobrevé una altra prestació, nova, derivada del nou vincle matrimonial. A l'efecte extintiu, s'equipara amb el matrimoni «la convivència marital [del creditor] amb una altra persona». L'expressió, que no ha variat respecte del Codi de família, demana interpretar el concepte mateix de *convivència marital*, que, sembla clar, no ha d'equiparar-se amb el de *parella estable* (art. 234-1 CCCat);⁶⁵ més aviat n'hi

millorat la situació econòmica del deutor a partir d'indicis diversos. Interposa tot seguit una demanda de modificació de mesures per tal que es declari extingida la pensió. Una aplicació rigorosa d'aquella irretroactivitat implicaria admetre que aquella resistència era injustificada. Com a mínim, al nostre parer, la regla general hauria de ser la de la retroactivitat fins al moment de la presentació de la demanda.

62. Això pot ser la conseqüència d'aplicar, encertadament, el correctiu de l'abús de drets (vegeu la STSJC de 23 de gener de 2012 (*Revista Jurídica de Catalunya*, any 2012, núm. 5, p. 1360), que determina l'extinció de la prestació per la passivitat del creditor a l'hora de cerca feina).

63. En la mesura que es permeti, extraordinàriament, interposar una demanda de separació o divorci pel representant legal d'una persona incapacitada, s'haurà d'admetre també que aquest representant pugui sol·licitar, si escau, una pensió compensatòria en nom i benefici del tutelat (vegeu LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, «Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Comentario a la Sentencia de 21 de septiembre de 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89 (2012), p. 413).

64. Aquesta intransmissibilitat no afecta les pensions endarrerides, que es podran transmetre tant *inter vivos* com *mortis causa* (arg. ex art. 237-17 CCCat; això s'admet sense problemes a Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de familia*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, p. 148). També hauria de ser transmissible el dret ja reclamat i atribuït en forma de capital però encara inexigible (per exemple, perquè se n'ha ajornat o fraccionat el pagament [art. 233-17.2 CCCat]).

65. La convivència marital també esdevé causa extintiva de l'any de viduïtat (art. 231-31.2 CCCat), de la quarta vidual (art. 452-6b CCCat) i de la prestació alimentària prevista en l'art. 234-10 CCCat. Ja no funciona, com passava en el dret anterior, com a causa extintiva de l'usdefruit del cònjuge vidu (art. 442-3 i 442-4.3 CCCat). D'altra banda, pel que fa a la quarta vidual, l'extinció del dret per convivència marital participa d'una configuració especial: no es tracta d'una causa d'extinció sobrevinguda d'un dret de durada, sinó d'un supòsit d'extinció previ a la reclamació («[...] després de la mort del causant i abans d'haver-lo

ha prou amb la presència de només un dels seus pressupòsits (així, que el creditor convisqui amb una tercera persona «en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial»).⁶⁶ El comentari que suggereix el supòsit deriva de la finalitat associada a aquesta causa extintiva, que és també comú reconduir a la prevenció del frau.⁶⁷ Això, però, requereix algun matís. Es podria afirmar, certament, que la finalitat de la disposició és evitar que el creditor, que conviu maritalment amb algú altre, no es casi per a no perdre la pensió. Prevista com a causa d'extinció sense més ni més, s'aplicarà però amb independència que el creditor no s'arribi a casar per aquest o per un altre motiu. En qualsevol cas, aquest plantejament parteix d'una petició de principi: el que no té la convivència marital, respecte del matrimoni, és la forma, però sí el compromís de comunitat de vida i, doncs, el d'ajuda mútua. D'alguna manera es pensa que entre els convivents hi ha una nova solidaritat fàctica que igualment ha de fer decaure la pensió. A més, ja s'ha dit també que no cal que els convivents siguin parella estable. El que succeeix és que, fins i tot quan ho són, no hi ha obligació legal d'aliments entre els convivents, com, en canvi, sí que n'hi havia amb la Llei del 1998 (art. 8 i 26). Això porta, en primer terme, a entendre que si la dita obligació no regeix quan la situació és de convivència en parella estable, no té sentit ni pressuposar-la ni exigir-la de cara a qualificar una determinada relació com de convivència marital. I porta, en segon terme, a fer trontollar el fonament últim d'aquesta causa extintiva: quan el creditor

exercit [...]»). El supòsit permet plantejar-se si també en matèria de prestació compensatòria la convivència marital amb un tercer, produïda abans de la reclamació, hauria d'impedir que aquesta es pogués formular fins i tot per al cas de voler-se obtenir en forma de capital.

66. A propòsit del concepte, vegeu les sentències del TSJC de 18 d'octubre de 2007 (RJ/2009/3130) i 26 de novembre de 2009 (RJ/2010/75). Es destaca la necessitat que «les relacions afectives haurien hagut de cristal·litzar en un projecte de vida en comú, amb el suport o ajuda mútua com a fil conductor, i han de reunir el grau d'estabilitat, intimitat, comunicació d'afectes i interessos i publicitat que les faci comparables amb la convivència matrimonial» (vegeu M. Eugènia ALEGRET BURGUES, «El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, p. 35-36, que es fa ressò d'aquestes resolucions). Especialment destacable és també la STS de 9 de febrer de 2012. Essencialment, s'hi recull la idea en virtut de la qual l'expressió (que també apareix en l'art. 101.1 CC) s'ha d'interpretar atenent, en primer lloc, la finalitat de la norma, que s'identifica amb la «de evitar que se ocultaran autèntiques situacions de convivència con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria». En segon terme, s'ha d'interpretar atenent la realitat social del moment en què cal aplicar la norma. I això últim demana, al seu torn, valorar l'element subjectiu relatiu al compromís seriós de les parts, basat en la fidelitat, i l'element objectiu de la convivència estable. Aquest darrer, atesa la dissolubilitat del matrimoni, no es pot exigir que hagi tingut una durada determinada. En el cas, el Tribunal Suprem resol que hi hagué convivència marital malgrat que no s'havia viscut sota el mateix sostre (vegeu-ne un comentari a Vicente MAGRO SERVET, «La extinción de la pensión compensatoria por la razón de vivir maritalmente con otra persona. Análisis de la STS de 9 de febrero de 2012», *Actualidad Civil*, núm. 10).

67. Joaquim BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 86», p. 412.

conviu maritalment amb algú altre es fa difícil parlar d'una nova solidaritat que hagi necessàriament de desplaçar la que prorroga la pensió compensatòria.^{68, 69}

2.2.2. Pactes relatius a la modificació o l'extinció de la pensió

Atès que la millora de la situació econòmica del creditor permet la modificació o, si escau, determina l'extinció de la pensió i que també altres circumstàncies provoquen aquesta modificació o extinció, caldria plantejar-se ara de quina manera l'autonomia de la voluntat, podent-ho fer (art. 233-16.1 CCCat), pot incidir en el règim legal. Aquesta incidència, a grans trets, pot adreçar-se a incorporar noves causes convencionals de modificació o extinció, o a alterar o derogar les previstes per la llei. La casuística és gran. Així, no seria pas estrany que els cònjuges es limitessin a reproduir alguna de les causes que ja apareixen en l'article 233-19.1 CCCat. El caràcter aparentment sobrer (perquè és reiteratiu del que ja diu la llei) del pacte s'hauria de matisar. És possible fer-ho atenent el que s'ha dit a propòsit de l'efectivitat de les causes legals.⁷⁰ Si, posem per cas, «la millora de la situació econòmica del creditor» s'ha previst convencionalment com a causa extintiva, per bé que articulada tècnicament com a condició resolutòria de la pensió, aleshores els efectes de la sentència⁷¹ s'haurien de retrotreure necessàriament al moment en què es declari provada la dita condició. Aquesta funcionalitat de la causa legal extintiva reproduïda com a convencional no es podria apreciar, però, en aquells supòsits en els quals ja s'admet que la sentència que declara l'extinció per una causa legal retroregui la seva efectivitat al moment de produir-se el fet extintiu.⁷²

68. És per això que la nostra proposta és: o bé introduir de nou l'obligació legal d'aliments entre els convivents d'una parella estable, o bé reformular la causa extintiva consistent en la convivència marital del creditor amb un tercer. Ja s'ha dit que, en l'àmbit de la parella estable, aquesta circumstància determina l'extinció d'una prestació adreçada, no ja a mantenir el mateix nivell de vida que es gaudia abans del trencament, sinó «a atendre adequadament la seva sustentació» (art. 234-10.1 CCCat).

69. Vegeu, a propòsit de l'art. 86 CF, Joaquim BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 86», p. 412. Mentre era vigent la LUEP, l'autor ja feia notar que si la convivència no cristal·litzava en una unió estable legal, no es podia pròpiament parlar d'obligacions de solidaritat noves. Quant a aquesta mateixa causa extintiva en l'art. 101.1 CC i especialment crític amb aquesta, vegeu Antonio J. VELA SÁNCHEZ, «La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en tiempos de cólera», *Diario La Ley*, núm. 7459 (2 setembre 2010). L'autor, *de lege ferenda*, proposa que l'extinció per convivència marital deixi de determinar, en tot cas i necessàriament, l'extinció de la pensió. Proposa que no ho faci, en cap cas, si el deutor fou condemnat per violència de gènere contra el creditor; tampoc si la nova parella no obté uns ingressos determinats o si, en fi, és el jutge qui considera que, ateses les circumstàncies del cas, aquella extinció no esdevé precedent.

70. Vegeu *supra* la nota 56.

71. Sentència dictada en el judici segurament promogut a l'efecte d'acreditar que s'ha produït aquella causa extintiva.

72. Així, no s'acaba de veure què afegeix o aporta el pacte en virtut del qual els cònjuges pacten que el nou matrimoni del creditor extingirà la pensió. Ja sigui funcionant com a causa legal o com a causa convencional, l'extinció s'haurà de retrotreure al moment en què es va constituir el nou vincle.

Hi ha una altra qüestió general: si la previsió de causes distintes a les legals implica, si escau tàcticament, que s'han volgut excloure les legals. Això, lògicament, demana pronunciar-se sobre una altra qüestió: precisament, si les dites causes són o no dispositives. Més enllà i per al cas que ho siguin, caldrà atendre el cas concret a fi d'esbrinar si s'han volgut o no desplaçar les causes legals per la causa convencional.⁷³ Fixem-nos primer, però, en la viabilitat de les causes pactades.

—L'oberta admissió dels pactes de renúncia aporta un criteri interpretatiu de cara a valorar l'eficàcia dels pactes que, sense arribar a preveure una renúncia, consideren fets o circumstàncies que determinaran la reducció de la pensió o la seva extinció sobrevinguda.^{74, 75} També si es limiten a reformular les condicions que sí que recull la llei, ja sigui facilitant o alleugerint la disminució o l'extinció.^{76, 77} Més problema plantegen els pactes de signe contrari: els que obsten la modificació a la baixa encara que millori la situació econòmica del creditor, els que fins i tot en permeten la modi-

73. Per exemple, si es preveu com a causa extintiva «només» el matrimoni del creditor, el deutor podrà al·legar la millora de la situació econòmica o la convivència marital d'aquest amb un tercer a fi d'extingir la pensió? Si es preveu «només» com a causa extintiva que el creditor trobi feina, per precària o temporal que sigui, o, contràriament, que la feina sigui fixa i extraordinàriament remunerada, s'exclou que el deutor pugui al·legar qualsevol altra circumstància que impliqui una millora econòmica (per exemple, rebre una herència)?

74. Pensem, per exemple, en aquell pacte en virtut del qual es reduirà anualment i automàticament l'import de la pensió en un percentatge determinat.

75. Si es tracta d'un pacte previ a la ruptura, entén que també li seria aplicable el límit previst en l'art. 233-16.2 CCCat quant a les necessitats bàsiques del cònjuge creditor, Núria GINÉS CASTELLET, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial», p. 2611.

76. Com si es diu, per exemple, que tan bon punt el creditor rebí una oferta de feina (si es vol, amb determinades condicions de sou, de durada, d'ubicació...), s'extingirà la pensió. Una condició resolutòria d'aquest tipus tindria la virtualitat, respecte de l'art. 233-19.1a CCCat, d'estalviar-nos el judici relatiu a «si la millora deixa (o no) de justificar la prestació». Pensem també en una eventual causa modificativa o extintiva consistent a tenir una nova relació sentimental (sense necessitat, doncs, d'arribar a conviure maritalment).

77. Un cas distint és el que resol la SAP de Còrdova d'11 de febrer de 2003, que declara nul·la la clàusula establerta per mitjà d'un pacte entre els cònjuges i segons la qual «como la esposa buscará trabajo para suplementar el desequilibrio económico personal y de sus hijos con motivo de la separación, no se considerará que existe alteración sustancial, a los efectos de contribución a las cargas, y a la pensión compensatoria, el que desarrolle un trabajo retribuido en menos del doble del salario mínimo». L'argument del tribunal és el següent: «[aquella clàusula] deja la virtualidad del pacto de abonar una pensión compensatoria al arbitrio de la esposa, quien siempre tendrá la posibilidad de rechazar un trabajo que suponga una remuneración superior al límite de abono, pero que implique una percepción global inferior al suprimirse, por aquella circunstancia, la pensión compensatoria. Nos encontramos, por tanto, con una infracción del art. 1256 CC, por vía de una cláusula que en esencia no es sino una condición resolutoria del pacto de abono de la pensión en cuestión; condición que al depender de la exclusiva voluntad del acreedor —no del deudor— conlleva la nulidad, no de la obligación de cumplir la obligación de abonar la pensión, sino exclusivamente la de la propia cláusula de “pervivencia” o “blindaje” en la que dicha estipulación accesoria sustancialmente consiste».

ficació a l'alça⁷⁸ i, en fi, els que neguen eficàcia extintiva a qualsevol de les circumstàncies previstes en l'article 233-19.1 CCCat.⁷⁹

— Atesa la finalitat de la institució, es creu que, per pacte de les parts, la situació econòmica del creditor no es pot convertir en irrellevant i, en conseqüència, que *tota* millora econòmica ha de permetre, segons quines siguin les circumstàncies, o bé reduir o bé extingir el dret. L'essencialitat de la relació causal que cal necessàriament apreciar entre la ruptura i el major perjudici patrimonial barra també el pas a pactes que autoritzin l'augment de la pensió. I això és així fins al punt que esdevé sobrer discriminar en funció del motiu al qual convencionalment apareix vinculada aquella possibilitat (empitjorament de la situació econòmica del creditor, millora de la del deutor, etc.).⁸⁰ El fonament últim del dret (la prolongació de la solidaritat matrimonial) fa discutible també la possibilitat d'excloure que el nou vincle matrimonial del creditor tingui efectes extintius de la pensió. Menys problemes, pels motius que s'han exposat, es creu que planteja el pacte pel qual es desconeix eficàcia extintiva a la convivència marital amb un tercer, amb el benentès que si repercuteix favorablement en la situació econòmica del creditor, la causa modificativa o extintiva consistent en la millora de les seves circumstàncies econòmiques continuarà operativa.⁸¹ Pel que fa a l'article 233-19.1c CCCat, l'autonomia de la voluntat no pot convertir en transmissible *mortis causa* allò que legalment no ho és.⁸² Tampoc, pel caràcter personalíssim del dret, pot establir la transmissibilitat *inter vivos* de les pensions futures. Pel que fa al venciment del termini, es fa difícil pensar (perquè seria absurd) en el pacte en virtut del qual, establert el dret en forma de pensió, aquell venciment no tingui efectes extintius. Una altra cosa és (i es creu que seran *a priori* admissibles) pensar en els acords

78. Vegeu, quant a l'admissió de clàusules de revisió a l'alça, Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Regulación codicial de los pactos», p. 45, i Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», p. 491, que accepta, a més, desvincular la modificació de la millora de la situació econòmica del creditor.

79. Els admeten, sense més ni més, Núria GINÉS CASTELLET, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial», p. 2610, i Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», p. 481 i 497.

80. Per això, s'entén, cal mirar-se amb especial recel els pactes en virtut dels quals la pensió variarà en funció de quins siguin els ingressos del deutor. En cas contrari, això voldria dir que s'avalen els augments si augmenten aquells ingressos.

81. Vegeu la STSJC de 9 de febrer de 2012 (RJ/2012/8760). La SAP de Barcelona impugnada no admet que per mitjà d'un pacte es pugui excloure l'efecte extintiu de la convivència marital amb un tercer. El TSJC, *obiter dictum*, ho admet: «[...] la naturaleza de la pensión compensatoria permite suponer fundamentalmente que, a falta de pacto expreso en contra, desaparece su razón de ser cuando el acreedor de la misma establece un vínculo de solidaridad con una tercera persona» (FJ 4t, par. 2). En el cas, però, el que es discutia era si el fet que el marit (deutor) tingués coneixement, en el moment d'atorgar el conveni regulador, que la seva muller tenia una relació sentimental amb un tercer permetria entendre que s'havia exclòs la causa extintiva corresponent. De la resolució del cas concret es dedueix que, segons l'opinió del TSJC, seria possible defensar aquesta opció. Passa, però, que s'acaba resolent en contra dels interessos de la creditora perquè no va aconseguir acreditar que el deutor coneixia, en aquell moment, que aquella relació afectiva tenia les característiques d'una convivència marital.

82. Caldria admetre, en canvi, el pacte pel qual la mort del deutor determina l'extinció del dret.

considerant la possibilitat de prorrogar-los i pensar en els que preveuen una durada indeterminada però determinable o, senzillament, indefinida de la prestació.⁸³

— Això anterior condiona en part l'anàlisi de la tercera qüestió. Costa formular una regla general.⁸⁴ Si, en relació amb el que preveu l'article 233-19.1 CCCat, el pacte fa més fàcil l'extinció (per exemple, dient que per a extingir la pensió n'hi ha prou que el creditor trobi una feina, per precària i temporal que sigui...), sembla que es faria difícil deduir, només d'això, una voluntat adreçada a excloure les restants causes extintives. Si passa el contrari (per exemple, perquè l'extinció només es preveu per al cas que el creditor trobi feina en determinades condicions —amb un sou mínim, de forma indefinida, en un determinat ram o sector...—), aleshores no es pot descartar aquella voluntat tàcita.⁸⁵ Succeeix, però, que això toparà amb el caràcter imperatiu, entre altres, de la causa general relativa a la millora econòmica del creditor. És per això que aquella clàusula no basta, per si sola, per a impedir l'extinció en cas que la millora obeeixi a circumstàncies distintes a la pactada (així, perquè s'ha rebut una herència...). Pot semblar que aquesta solució s'adiu amb el que resol l'Audiència Provincial de Madrid en el cas que dona lloc a la Sentència del Tribunal Suprem de 20 d'abril de 2012. Però el supòsit de fet del qual es parteix és distint. L'Audiència Provincial prescindeix del pacte en virtut del qual la muller podia treballar sense perdre la pensió i acaba aplicant l'article 101 CC i, en conseqüència, declara extingida la pensió per millora de la situació econòmica de la creditora. El Tribunal Suprem admet la validesa de la clàusula però havent declarat prèviament, atenent el que s'hi deia i altres elements, que el que s'havia atorgat no era pas un pacte sobre la prestació compensatòria, sinó un pacte amb contingut atípic. El supòsit que ara ens ocupa és el de l'exclusió voluntària (tàcita o expressa) d'alguna de les causes legals, o de totes, que imperativament determinen l'extinció de la pensió. I, davant d'això, es podria dir el següent: en primer lloc, que per si sola aquesta circumstància no pot esdevenir determinant d'un canvi d'institució. Això voldria dir que si es pacta sobre la prestació a fi i efecte de corregir raonablement el perjudici desequilibrat que provoca el trencament (és a dir, respectant el perfil institucional relatiu al naixement i l'objecte del dret), el pacte continuarà sent sobre la prestació compensatòria malgrat aquella exclusió voluntària d'una causa imperativa. La qüestió següent, però, serà la determinació del règim aplicable al dit pacte. A propòsit d'això, es diria que el pacte és nul com a pacte relatiu a la prestació compensatòria. En qualsevol cas, es tractaria d'una nul·litat par-

83. Ho admet sense necessitat que es donin circumstàncies excepcionals (art. 233-17.4 CCCat) Núria GINÉS CASTELLET, «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial», p. 2610.

84. Vegeu, de nou, la STSJC de 9 de febrer de 2012 (RJ/2012/8760). En contra dels interessos de la creditora, el Tribunal considera que «el simple hecho de haber fijado un plazo determinado para el pago de dicha pensión no implica, a falta de cualquier otra precisión, que se hubiesen querido excluir los efectos de las demás causas previstas en el citado precepto» (FJ 4^t, par. 2).

85. *Quid* si es pacta que la pensió només s'extingirà per matrimoni o convivència estable de parella? Ho faria, també, per simple convivència marital en aplicació de l'art. 233-19.1*b in fine* CCCat?

cial, sense entitat suficient per a arrossegar allò altre que, eventualment, també s'hagués pactat sobre la prestació (per exemple, la quantitat a satisfer o el termini).⁸⁶ Més enllà, es podria plantejar si el cas és simplement de nul·litat o si escau també el mecanisme de la conversió. Això darrer implicaria admetre que, un cop es produís l'extinció del dret en virtut d'una causa legal imperativa (per exemple, per haver rebut una herència molt important [art. 233-19.1a CCCat]), el deutor continuaria obligat a satisfer la quantitat que se satisfia fins a aquell moment, per bé que, ara, en virtut d'una obligació convencional; obligació que s'extingiria en els supòsits que s'haguessin pactat (així, per trobar una feina amb una remuneració molt alta).⁸⁷ Aquesta conversió s'explicaria, doncs, generant *per relationem* una obligació convencional quan imperativament s'extingeix l'obligació legal.

2.3. ALTRES PACTES. EN PARTICULAR, ELS RELATIUS A COM I QUAN RECLAMAR

És possible pactar que la prestació no calgui o no es pugui reclamar en el primer procés matrimonial? És possible, fins i tot, preveure-la per al cas de mort del creditor o per al cas de nul·litat del matrimoni prescindint del criteri de la bona fe?

—La vinculació del dret amb la ruptura de la convivència permet, d'entrada, admetre la viabilitat del pacte que consideri el seu naixement i la seva exigibilitat amb la sola separació de fet dels cònjuges (prescindint, per tant, de tot procés matrimonial). I, justament perquè no hi ha ruptura, sinó dissolució involuntària del vincle, no s'admetria pactar-lo per al cas de mort del deutor (o, s'entén, d'aquella a qui la mort de la parella no perjudicaria tant com perjudica la pròpia mort al que sobreviu).^{88, 89} És clar que, si fos això el que s'hagués fet, caldria veure si del pacte (i via conversió) podria derivar una obligació voluntària que s'integraria en el passiu hereditari com a deute del causant.

—Més enllà: *quid* si es pacta que no cal reclamar el dret en el primer procés, podent-ho fer en el de divorci o en un procés ordinari?⁹⁰ No sembla que s'hagi de

86. Si el contingut del pacte sobre la prestació compensatòria es limités a excloure una causa legal, aleshores la nul·litat afectaria tot el pacte (però, s'insisteix, com a pacte relatiu a la prestació).

87. Per remissió, aquesta obligació convencional també podria restar sotmesa a les restants causes previstes en l'art. 233-19.1 CCCat (així, per matrimoni o nova convivència del creditor amb un tercer, per mort o per venciment del termini).

88. Ben mirat, però, aquest element comparatiu previst a l'efecte de fixar qui en surt més malparat, perd un dels referents quan la dissolució obeeix a la mort d'un dels cònjuges.

89. Cal fer notar la distinta redacció dels art. 233-14 i 234.10 CCCat. Mentre que els apartats 2 i 3, respectivament, d'aquests articles són pràcticament idèntics, la prestació compensatòria neix a conseqüència de la «ruptura de la convivència», mentre que l'alimentària ho fa en cas d'extinció de la parella «en vida dels convivents».

90. Quant a la mateixa qüestió però a propòsit de la compensació econòmica per raó de treball (art. 232-11.1 CCCat), vegeu M. Esperança GINEBRA MOLINS, «Compensació per raó de treball en cas

rebutjar aquesta possibilitat si perviu l'exigència d'acreditar que el perjudici que es vol corregir prové de la ruptura de la convivència.⁹¹ Això serà realment complex quan, havent-hi una separació prèvia, les economies dels cònjuges ja s'han independitzat i aquella relació de causalitat resta totalment desdibuixada.^{92, 93} Distint serà el pacte en virtut del qual *només* es pot reclamar en el procés de divorci.^{94, 95} Això, que en el fons amaga una renúncia del creditor a reclamar en el moment de la separació judicial prèvia (si n'hi ha), s'hauria de plantejar en els termes que ja s'han proposat: vàlidesa en si mateix del pacte però pervivència del requisit (difícilment assolible) d'acreditar el perjudici generat pel trencament i que, òbviament, persisteix en el moment de la reclamació. I un darrer supòsit: el del pacte en virtut del qual es preveu que pugui demanar la prestació compensatòria, en cas de nul·litat del matrimoni, el cònjuge més perjudicat prescindint de la seva bona o mala fe.⁹⁶ Es podria dir que, en aquest particular, l'autonomia de les parts no pot prescindir d'un dels elements que, afegits als generals per al naixement del dret, evidencien la voluntat legal de restringir el reconei-

d'extinció del règim per mort», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, p. 419 i 420.

91. Vegeu l'art. 233-5 CCCat. Literalment només preveu l'acumulació com una possibilitat, no pas com una exigència.

92. En el cas que s'entengués que si la reclamació no es fa en aquest primer procediment no escau el dret a reclamar la prestació en qualsevol altre moment, aleshores replicariem que el que en cap cas desapareix és el dret mateix, que, si es vol, resta inexigible. La conseqüència d'això és que, si se satisfà la prestació voluntàriament (feta prèviament la determinació), el pagament serà degut.

93. Es creu que passaria això mateix en cas que es pactés (cosa que seria realment insòlita) una alteració del termini de l'any previst en l'art. 233-14.3 CCCat (per exemple, com si es digués que, mort un dels cònjuges havent-hi una separació de fet prèvia, l'altre pot reclamar la prestació en el termini de tres mesos a comptar des de la mort amb independència del temps que faci d'ençà del trencament). Contràriament, la possibilitat de modificar aquest darrer termini (el de tres mesos) s'ha de plantejar en altres termes i, en qualsevol cas, partint de la seva naturalesa. Així, si es tractés d'un termini de prescripció (vegeu, en aquest sentit, Josep FERRER RIBA, «Comentari de l'art. 233-14 CCCat», p. 470 *in fine*), regiria l'art. 121-3 CCCat i, en conseqüència, caldria admetre els pactes que s'hi preveuen. Això no seria possible si es tractés d'un termini de caducitat (art. 122-1.3 CCCat; vegeu M. Esperança GINEBRA MOLINS, «Compensació per raó de treball en cas d'extinció del règim per mort», p. 422, que entén que aquesta és la naturalesa del termini previst en l'art. 232-11.2 CCCat).

94. Vegeu, pel que fa al dret estatal, la STS de 9 de febrer de 2010 (RJ/2010/526), que crida l'atenció d'A. L. CABEZUELO ARENAS, «La pensión por desequilibrio económico», p. 525. L'autora insisteix que el dret neix amb el trencament i que el pacte implica simplement una reserva del dret a reclamar-lo.

95. Si, a més, s'hi afegís que el dret pretén corregir el perjudici que genera el divorci mateix (per exemple, en determinar l'extinció dels aliments acordats en la sentència de separació a favor del cònjuge més necessitat), aleshores semblaria que estem alterant els pressupòsits de l'art. 233-14.1 CCCat i que l'obligació corresponent no seria pas legal, sinó convencional.

96. L'art. 233-14.1 CCCat és indubtablement més clar que l'art. 84.1 CF pel que fa a exigir, en cas de nul·litat, que concorrin en el cònjuge de bona fe «les mateixes circumstàncies» que es demanen en els casos de trencament de la convivència (per exemple, el major perjudici econòmic). Així doncs, també en aquest cas regeix aquest límit institucional.

xement del dret només a favor del cònjuge de bona fe. En el cas que es pactés a favor del cònjuge de mala fe, s'entén que l'obligació seria convencional.

— Hi ha un reguitzell de pactes dels quals, atès que ni directament ni indirectament impliquen desnaturalitzar la institució, caldrà admetre la validesa com a pactes sobre la prestació compensatòria (així, els que estableixen una periodicitat en el pagament de la pensió distinta de la mensual o que les mensualitats no seran avançades; els que preveuen una satisfacció no dinerària, o que el dret s'atribueix en part en capital i en part com a pensió; els que estableixen garanties de satisfacció o criteris d'actualització de la quantitat deguda; els que permeten, a iniciativa d'una part o de l'altra, modificar la modalitat pactada inicialment o acordada judicialment;⁹⁷ o els que considerin causes de suspensió del pagament.

2.4. EL CONTROL DELS LÍMITS INSTITUCIONALS

L'efectivitat d'un pacte relatiu a la prestació compensatòria s'hauria de fer dependre d'un control doble, que aquí només es vol apuntar: el primer, institucional, s'adreça a verificar que, efectivament, en pactar no s'ha alterat el perfil definidor i essencial del dret; el segon, d'existència, té com a objectiu confirmar que, efectivament, hi ha un desequilibri patrimonial generat per la ruptura. Què s'ha de fer si, per exemple, en un conveni els cònjuges pacten una pensió compensatòria a favor d'un d'ells però estableixen expressament que no s'adreça pas a corregir cap desequilibri,⁹⁸ o fan constar expressament que és aquesta la seva finalitat però hi ha evidències més que suficients que no es dona aquell major perjudici?⁹⁹ El jutge pot actuar d'ofici (per exemple, qualificant adequadament el pacte)¹⁰⁰ o només pertoca a les parts (o, si escau,

97. Possibilitat que legalment només es reconeix en cas de mort del deutor (art. 233-19.2 CCCat). Quant a aquest supòsit, es diria que el creditor, que pot renunciar anticipadament al dret, ha de poder renunciar també a la facultat de commutació que li ofereix aquella disposició. En canvi, no es creu que la voluntat del deutor sigui suficient per a privar els seus hereus (que, lògicament, no hauran participat en el pacte) d'aquella mateixa facultat. Una renúncia en aquest sentit no els vincularia (art. 411-1 CCCat) principalment perquè no és una facultat reconeguda directament al deutor (i en la qual hi hagi successió), sinó que s'atribueix directament als qui seran els seus hereus.

98. O establint una quantitat escandalosament exagerada.

99. Vegeu la SAP de Màlaga de 29 de setembre de 2010 (JUR/2011/83191). El cas és realment sorprenent perquè hi constava que la muller cobrava molt més que el marit i, tot i així, se li reconegué per conveni una pensió compensatòria que ella mateixa reconegué que es va pactar, no tant per a pal·liar cap desequilibri, sinó per a compensar un excés d'adjudicació a favor del marit a l'hora de liquidar el règim de guanys. En el cas, doncs, va ser la mateixa demandada qui defensà la validesa del negoci dissimulat amb la finalitat de mantenir el dret.

100. La jurisprudència no es cansa a l'hora d'insistir que la qualificació és una funció del jutge, que pot prescindir de com han qualificat les parts el negoci (entre moltes altres, vegeu les sentències del Tribunal Suprem de 24 de novembre de 2004 [RJ/2006/109], 4 d'abril de 2006 [RJ/2006/1918] i 18 de setembre de 2006 [RJ/2006/6362]). Per la seva banda i a l'empara del caràcter dispositiu de la conversió del negoci (o

a possibles tercers perjudicats) desvetllar aquests fets?¹⁰¹ La qüestió només es deixa plantejada, tot apuntant que es creu que la resposta s'hauria d'encaminar a matisar la proclamadíssima manca de control judicial dels pactes relatius als aspectes patrimonials que, sense afectar els fills, deriven del trencament.¹⁰²

pacte) nul, entén que cal que el reclami com a mínim una de les parts, de manera que el jutge no pot actuar d'ofici, Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Donación, condición y conversión jurídica material», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 1 (1952), p. 1319. Vegeu Carlos Manuel Díez Soto, *La conversión del contrato nulo*, p. 118-122, que entén que la conversió opera *ipso iure*.

101. Vegeu, de nou, la SAP de Guipúscoa de 21 de gener de 2000 (JUR/2000/219001). El Tribunal recrimina al jutjat d'instància haver permès ratificar en el procediment de divorci el mateix conveni que s'havia pactat per a la separació i, això, perquè en aquest darrer s'havia pactat una pensió alimentària que forçosament havia de desaparèixer amb el divorci (FJ 34è). El cas interessa no tant per això últim (que es podria rebatre dient que la pensió podia perviure com a aliments pactats), sinó perquè sembla que posa en mans del jutge, i d'ofici, aquest control de la tipicitat. Quant a les possibilitats d'actuació dels cònjuges, vegeu la SAP de Màlaga de 29 de setembre de 2010 (vegeu la nota 99). S'hi diu: «[...] si los cónyuges, libre y voluntariamente, en convenio de 22 de diciembre de 2003 acordaron establecer a favor de la esposa, la concesión de una pensión compensatoria por entender, acertadamente o no, que el cese de la convivencia matrimonial le producía desequilibrio económico, ahora, pasados unos años no es factible entrar en consideraciones acerca de si en aquel entonces concurrían las circunstancias necesarias para acceder a su establecimiento [...]» (FJ 2n).

102. El referent és la STSJC de 10 de setembre de 2010 (RJ/2011/2458), on es diu que el jutge no s'extralimita quan, a propòsit de pactes merament econòmics, es limita a verificar que no van en contra de la moral, ni de la llei, ni de l'ordre públic (vegeu, en concret, el FJ 2n).