

PACTES ASSOLITS DESPRÉS DE LA RUPTURA PERÒ ABANS DEL CESSAMENT EFECTIU DE LA CONVIVÈNCIA. LA FACULTAT DE PENEDIMENT. COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 23 DE FEBRER DE 2016 (RJ2016\3640)

Lídia Arnau Raventós
Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona¹

1. EL CAS, LA QÜESTIÓ JURÍDICA DEBATUDA I EL SENTIT DE LA RESOLUCIÓ JUDICIAL

El supòsit és relativament senzill. En data 20 de maig de 2014 els membres d'una parella estable atorguen un document (que qualifiquen com a «conveni regulador de la ruptura de la convivència») (fonament jurídic [FJ] 1r, par. 1r, 1) en el qual deixen constància de la voluntat comuna de posar fi a la seva relació i acorden alguns efectes d'aquesta situació. S'hi fa constar també que «el convenio se ha acordado con la intervención de letrado de confianza de ambas partes». No és fins al 5 de juliol de 2014 que un dels convivents, A., deixa l'habitatge familiar per a instal·lar-se en un nou domicili. El 10 de juliol de 2014 (per tant, abans de dos mesos d'ençà de l'atorgament del conveni i cinc dies després del cessament efectiu de la convivència) l'altre convivent, R., comunica a A. que impugna formalment l'acord atorgat «atès que es va fer sota els efectes d'una gran inestabilitat emocional [...] sense ser assistit per cap lletrat independent». A. vol fer valdre l'acord argumentant que, com que es va atorgar abans de la ruptura de la convivència, és plenament eficaç i no hi té cabuda la facultat de penediment que vol fer valer R.

Si en aquest cas les dates interessin, i molt, no és tant per a determinar si la facultat de desistiment s'ha exercit dins de termini, sinó per a resoldre una qüestió prèvia: si l'acord fou assolit *abans* o *després* de la ruptura. Només en aquest cas s'exceptua el caràcter vinculant del pacte i es reconeix a cadascun dels atorgants la facultat de provocar-ne sobrevingudament, i com a mínim, la ineficàcia. I és en aquest context que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) vincula el reconeixement legal

1. Aquest treball forma part dels projectes d'investigació 22 SGR 2014 i DER2014-54267-P.

d'aquella facultat a la situació de ruptura, «que no sempre pot coincidir amb el cessament definitiu de la convivència» (FJ 2n, par. 5è). El TSJC considera que, en el cas, la ruptura de la relació s'havia produït abans del cessament definitiu de la convivència; de fet, s'entén provat que és anterior a la data del document que la formalitza. La facultat de penediment es considera exercida correctament i, per això, l'acord i la reclamació que s'hi basava decauen.

2. PACTES ASSOLITS DESPRÉS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVÈNCIA, DEL TRENCAMENT DE LA COMUNITAT DE VIDA O DEL CESSAMENT DE LA CONVIVÈNCIA?

A propòsit dels «pactes assolits després del cessament de la convivència», l'article 234-6.3 del Codi civil de Catalunya (CCCat) declara aplicable, pel que fa a les parelles estables, l'article 233-5 CCCat. El cessament de la convivència s'ha d'entendre com a ruptura de la comunitat de vida. L'article 234-6 CCCat matisa que la remissió afecta els acords «assolits fora de conveni».

Que el cessament de la convivència no cal que sigui definitiu és precisament el que es resol en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC). L'element clau és el trencament o la ruptura de la comunitat de vida, que pot tenir lloc (i determinar, a més, l'extinció de la parella [art. 234-4.1a CCCat])² malgrat que el cessament s'hagi iniciat però encara no sigui definitiu o total. És el criteri que ja regeix en l'article 233-5.1 CCCat, que parla, merament, de «ruptura de la convivència», sense exigir, ni tan sols, que es tracti del cessament definitiu (o «efectiu»; art. 232-5 CCCat).

Els pactes assolits *abans* de la ruptura resten sotmesos a un règim distint que es fixa, fonamentalment, en el moment de l'atorgament (art. 231-20.1, 2 i 3 CCCat) i en el de la ruptura o, millor, en el de la seva eficàcia i exigibilitat (art. 231-20.4 i 5 i 233-5.1 CCCat). En destaca, quant al moment d'atorgar-se, el seu caràcter formal;³ quant al

2. Vegeu J. TARABAL BOSCH, «Comentari a l'art. 234-6 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 556.

La comunitat de vida és un element determinant, de manera que, si manca, la situació convivencial en parella s'extingeix. No hi tenen cabuda situacions intermèdies i categories com la separació, que trasllueix trencament però manteniment del vincle (això explica, per exemple, la distinta terminologia dels art. 233-14.2 [«Si un dels cònjuges mor abans de la separació de fet [...]»] i 234.10.3 del Codi civil de Catalunya [CCCat] [«Si un dels convivents mor abans que passi un any des de l'extinció de la parella [...]»]. En canvi, fa que l'art. 422-13.2 CCCat no sigui gaire curós al parlar de la separació de fet dels convivents).

3. La forma afecta tant el continent (p. ex., capítols o escriptura pública) com el contingut (p. ex., com cal que s'expressin els pactes de renúncia o limitació de drets; art. 231-20.3 CCCat).

d'exigir-se'n el compliment, la càrrega que l'article 231-10.4 CCCat imposa a qui els pretén fer valer i la sortida que l'article 231-10.5 CCCat ofereix al cònjuge que en surti greument perjudicat. No són desistibles per manca d'assistència lletrada independent. En qualsevol cas, es tracta de pactes en previsió d'una ruptura matrimonial. En queden al marge, per tant, els possibles pactes en previsió de la dissolució del matrimoni o de la convivència estable per causa de mort. La manca d'assistència lletrada independent tampoc no hi té cap rellevància.⁴ Té sentit. D'entrada, tampoc no hi ha una situació d'instabilitat emocional que aconselli imposar determinades cautes a l'hora de pactar.

L'article 234-6.4 CCCat fa referència als «pactes fora de conveni». Són els pactes «que no formin part d'una proposta de conveni regulador» de l'article 233-5.1 CCCat. Certament, esdevé quasi sobrer fer notar que si l'acord forma part d'un conveni regulador (s'entén, incorporat a l'escriptura per la qual es formalitza la separació o el divorci, o al decret o la sentència corresponent), no hi té cabuda cap facultat de penediment (s'entén oposable per una de les parts a l'altra per la sola voluntat del penedit).⁵ Què passa, però, si s'assoleix primer un acord i sobrevingudament es decideix incorporar-lo a una proposta de conveni regulador? La no ratificació per part d'un dels atorgants equival al desistiment? En tot cas, que es tracti d'un pacte que no forma part d'una proposta de conveni regulador sembla excloure la possibilitat de desistir en aquells casos en què, ratificada pels cònjuges la proposta de conveni (a la qual s'ha arribat sense assistència lletrada independent) però encara pendent de formalització o aprovació judicial, resulta que encara no han passat tres mesos d'ençà de la data en què es van atorgar els pactes.⁶

4. Pensem, per exemple, en un pacte en virtut del qual s'acorda una determinada quantia en concepte de compensació econòmica per raó de treball per al cas de dissolució del règim per causa de mort. Els hereus del deutor premort no podrien desistir al·legant manca d'assistència lletrada independent a l'hora d'atorgar-lo.

5. Com se sap, la Llei de jurisdicció voluntària ha reformulat les accions de separació i divorci (art. 81, 82 i 87 del Codi civil espanyol [CC]), de manera que, en cas de ruptura consensuada sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment, cal que la separació o el divorci siguin decretats pel lletrat de l'Administració de justícia o formalitzats per un notari competent. La separació i el divorci reservats al jutge, que ha de resoldre mitjançant una sentència, són els dels cònjuges amb fills menors o incapacitats (tant si s'actua de mutu acord com si s'actua de forma contenciosa), els dels cònjuges que endueguin un procés contenciós (supòsit, per cert, silenciats en el CC) i el dels cònjuges que, tot i no tenir fills menors i actuar de forma consensuada, han incorporat al conveni mesures relatives als fills majors d'edat o emancipats que, per manca d'ingressos propis, conviuen en el domicili familiar, i aquests fills no les han consentit (vegeu Lúcia ARNAU RAVENTÓS, «La incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en l'àmbit del dret de família», a *Jornades de Dret Civil Català a Tossa* [en premsa], que entén que, a l'espera del que resulti de les tasques d'harmonització del CCCat, aquest consentiment no és exigible al dret català).

6. Quant a possibles pactes postconveni regulador, vegeu Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial», a V. PÉREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, que els reserva a les qüestions que no siguin pròpies del conveni regulador.

2.1. PACTES FORA DE CONVENI I PACTES INCORPORATS A LA PROPOSTA DE CONVENI PERÒ NO RATIFICATS PELS CÒNJUGES O CONVIVENTS

La no ratificació de la proposta de conveni regulador palesa una manca d'acord i emmena cap al procés contenciós (art. 777.3 de la Llei d'enjudiciament civil [LEC], per al cas de separació o divorci del qual hagi de conèixer el jutge o, a falta de fills menors, del qual sigui competent el lletrat de l'Administració de justícia; en aquest mateix cas, si tot plegat es vol formalitzar davant de notari, l'article 82 del Codi civil espanyol [CC] exigeix el consentiment dels cònjuges).⁷ La qüestió que es planteja és si aquesta no ratificació equival al desistiment dels acords presos abans d'incorporar-se a una proposta de conveni regulador. Probablement la qüestió es fa més evident en els supòsits en què el valor negocial dels acords no s'ha supeditat a l'aprovació del conveni regulador. Si fos aquest el cas, l'incompliment de la condició explicaria la manca d'efecte vinculant. La no ratificació contribuiria a aquest incompliment; seria una eina per a evitar *ab initio* aquella vinculació, però no pas per a, en el cas que ja existeixi, destruir-la després via desistiment.

És evident que no ratificar una proposta de conveni regulador és una facultat, *ad nutum* o discrecional, dels qui la presenten i de la qual poden fer ús en tot cas, és a dir, amb independència de l'assistència lletrada independent. És evident, també, que el termini per a fer-ho en cap cas queda condicionat per la data o el moment de l'atorgament dels acords després incorporats a la proposta.⁸ Essent així, però, seria plantejable, en el cas d'acords als quals s'arriba sense assistència lletrada independent, si la no ratificació es pot entendre com a desistiment. Voldria dir que l'absència de confirmació no només impediria els efectes propis del conveni regulador autoritzat o aprovat, sinó que destruiria també l'efecte vinculant dels acords que s'hi volien incorporar. La conseqüència ulterior? Si la part interessada en el compliment dels pactes interposés aleshores una acció de compliment (acumulada, si escau, a la separació o el divorci), a aquell que no va ratificar no li caldria contestar desistint sinó manifestant que l'acord ja va perdre obligatorietat arran de la no ratificació. La viabilitat, però, d'aquesta proposta exigiria que això últim (és a dir, declarar de forma expressa que no es ratifica la proposta o, sense dir res, deixar transcórrer sense més ni més el termini per a ratificar) passés durant els tres mesos següents a l'adopció dels acords. El presupòsit de tot plegat: admetre la possibilitat de desistir tàcitament.

7. Sense afegir-hi el «per separat» que sí que exigeix l'art. 777.3 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) (i, per al dret català, l'art. 231-20 CCCat, quant a l'assessorament notarial en cas de pactes en previsió de la ruptura).

8. El termini és de tres dies en l'art. 777 LEC (s'entén, després de presentar la sol·licitud de separació o divorci).

2.2. PACTES ATORGATS DAVANT DE NOTARI: QUAN FORMEN PART O NO D'UNA PROPOSTA DE CONVENI?

Arran dels canvis introduïts per la Llei de jurisdicció voluntària (LJV) en matèria de separació i divorci es plantegen, entre altres, dues qüestions relatives a la formalització de la ruptura i els seus efectes davant de notari. La primera, d'abast general, seria com es pot preservar l'autonomia entre els acords que la parella vol formalitzar davant de notari a fi de regular els efectes de la ruptura però sense intenció de formalitzar un conveni regulador ni les escriptures públiques que formalitzen això últim. La qüestió, propiciada per la disposició addicional (DA) primera (ap. 2n) LJV adquireix un sentit especial en el context de l'article 233-5 CCCat: només es pot desistir en relació amb els primers.⁹ La segona, de fet, parteix de la primera i es planteja només a propòsit del dret català. Actualment, a fi d'obtenir l'aprovació judicial de què parla l'article 234-6.2 CCCat cal recórrer a la LEC (DA 5a Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família). Ara per ara, aquesta remissió demana distingir entre les parelles amb fills menors i les parelles sense. En el primer cas, l'aprovació pertoca al jutge; en el segon, al secretari judicial (art. 777.10 LEC). Aleshores, resulta que, de moment, recórrer al notari a fi d'atorgar escriptures públiques de formalització de convenis reguladors atorgats pels exconvivents no és una alternativa a l'article 777 LEC. Això vol dir, doncs, que els acords que es puguin arribar a formalitzar en seu notarial són, objectivament, «fora de conveni» i, en principi, desistibles per causa de manca d'assistència lletrada independent.

2.3. LA REMISSIÓ DE L'ARTICLE 234-6.4 CCCAT A L'ARTICLE 233-5 CCCAT

Òbviament, no regeix l'acumulació de què parla l'article 233-5 CCCat. En matèria de parelles de fet no són possibles les accions de nul·litat, separació o divorci. Hi ha una altra dada: en l'article 233-5 CCCat la ruptura de la convivència no extingeix, per si sola, el vincle matrimonial. En matèria de convivència estable, el trencament de la comunitat de vida determina l'extinció de la parella (art. 234-4.1a CCCat). Això vol dir que els acords de què es tracta són els assolits pels qui ja no són parella. Que, en relació amb el termini (de caducitat) d'exercici del desistiment, no regeixi la causa de

9. A. DÍEZ MARTÍNEZ, «Comentario al art. 81 CC», a R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Las modificaciones del Código civil del año 2015*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 190, destaca que, arran de la DA 1a, ap. 2n («la separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, deberá entenderse como separación notarial»), «no puede, a mi juicio, generar dudas sobre la subsistencia, con autonomía, de la separación de hecho, con acuerdos de las partes documentados en forma pública, y la separación notarial. Seguirá siendo posible que los cónyuges, sobrevenida una crisis matrimonial, alcancen acuerdos puntuales que no les permitan cubrir el contenido mínimo que para el convenio dispone el art. 90 CC [...]».

suspensió de l'article 121-16c CCCat no és perquè ja no es manté la convivència, sinó perquè la facultat neix quan ja no hi ha parella. En matèria matrimonial, la no suspensió del termini, malgrat la pervivència del vincle, obeeix a la separació de fet (art. 121-16b i 122-3 CCCat). De fet, la norma pensa fonamentalment en pretensions nascudes entre cònjuges mentre hi ha convivència matrimonial, de manera que es preveu la suspensió de la prescripció fins, com a mínim, a la separació de fet. El cas que ens ocupa és distint perquè la facultat neix després de la ruptura de la convivència, que no és ben bé la situació que considera l'article 121-16b CCCat.

3. EL PERÍODE DE REFLEXIÓ I LA FACULTAT DE PENEDIMENT: UN INSTRUMENT MÉS AL SERVEI D'UN SISTEMA DE PROTECCIÓ NO NOMÉS FORMAL

3.1. EL FONAMENT I LA TÈCNICA

La doctora Navas Navarro identifica, com a font d'inspiració de la facultat prevista en l'article 233-5.2 CCCat, la secció 90 G de la Family Act Law (1975) d'Austràlia.¹⁰ L'autora considera que la facultat recau sobre els pactes adoptats «sense assistència lletrada, independent per a cadascun dels cònjuges» i vincula el seu fonament amb el risc de manca de consentiment lliure o basat en una apreciació correcta de la realitat. El fonament seria només aquest risc, que no cal provar perquè es fa dependre, objectivament, de la manca d'assistència lletrada pròpia per a cada cònjuge.¹¹ Atesa la situació de vulnerabilitat personal que acostuma a caracteritzar aquests episodis, passa que el legislador considera, senzillament, que el cònjuge no assistit per lletrat, de forma independent de l'altre cònjuge, no es troba en una situació idònia per a atorgar

10. S. NAVAS NAVARRO, «La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación en el Código civil de Cataluña (la labor del abogado de familia)», a L. DIEZ-PICAZO (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, tom II, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 2237 i 2249.

11. S. NAVAS NAVARRO, «La facultad de desistir de un pacto amistoso de separación», p. 2244-2245. L'autora defensa que el precepte hauria de regir no només en cas d'assistència lletrada comuna, sinó també quan només un dels cònjuges és assistit per advocat o quan ni l'un ni l'altre reben assessorament. En el mateix sentit, vegeu J. BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 233-4 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 409 («En aquests casos, es presumeix que els pactes estan viciats perquè un cònjuge o tots dos no tenien prou coneixement legal per copsar les seves implicacions i efectes i que no respecten l'adequat equilibri d'interessos»). Vegeu també E. ROCA TRIAS, «La regulació voluntària dels efectes de la crisi matrimonial», a Ll. PUIG FERRIOL i E. ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. II-2, València, Tirant lo Blanch, 2014, p. 339. El fonament s'identifica aquí amb la manca d'informació que ha pogut patir el cònjuge no assistit per lletrat. S'exclou la facultat de penediment en cas d'assistència lletrada comuna.

cap acord.¹² La dada que aporta la sentència que es comenta incideix en aquest aspecte. I la situació, especialment emocional, encara és més complexa quan, tot i haver-se produït un trencament de la relació, la ruptura de la convivència encara no s'ha enllestit del tot. Tant és la forma de l'acord i, fins i tot, el contingut. A l'efecte del desistiment, són dades irrelevantes. És en aquell context que, defugint altres tècniques possibles¹³ (com ara remetre's directament al règim dels vicis del consentiment, que lògicament caldria provar...),¹⁴ el legislador es fixa en l'element temporal. I ho fa no a l'efecte d'allargar la perfecció de l'acord (com si, per exemple, el seu caràcter vinculant es fes dependre del transcurs d'un determinat període sense desistir o de la confirmació, en aquest mateix temps, del consentiment previ), sinó de permetre que l'acord ja vinculant esdevingui ineficaç («deixar sense efecte») a través de la facultat de penediment.¹⁵ El període de reflexió, doncs, se situa després de la perfecció de l'acord.^{16,17}

12. Vegeu, en aquest sentit, el preàmbul de la Llei 25/2010, de 29 de juliol de 2010, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (ap. III, lletra c, par. 11è) («Sovint hi ha desequilibris greus en la informació disponible per a una part i per a l'altra, i s'arriba als acords en situacions d'angoixa o estrès que fan difícil fer una valoració objectiva dels termes convinguts, en les quals hi ha un risc elevat d'explotació o abús d'una part per l'altra»).

13. Moltes nascudes principalment en l'àmbit de la contractació (vegeu, molt genèricament, L. ARNAU RAVENTÓS, «Formación de la voluntad: riesgos de captación y decisión con conocimiento de causa», a P. DELGADO MARTÍN (dir.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 427-438).

14. Hom podria pensar també en la incorporació d'algun altre vici, eventualment aplicable en situacions derivades d'una crisi matrimonial: per exemple, l'aprofitament injust (que, configurat com a vici del consentiment en l'art. 51 del decaigut Projecte de reglament sobre un instrument opcional en matèria de compravenda (COM [2011] 635 final), ho era de rescissió en l'art. 621-45 del també fallit Projecte de llei de llibre sisè del CCCat (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 72 [3 març 2016]) (vegeu Esteve BOSCH CAPDEVILA, «La anulació del contrato por explotación injusta en la Propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos», a Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 366 i seg.).

15. En l'art. 231-20.1 CCCat, l'element temporal pren cos a través d'un requisit de validesa («només són vàlids»), de manera que l'acord avantnupcial en previsió d'una ruptura s'ha d'atorgar abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni.

16. És des d'aquesta perspectiva que tècnicament no és correcte parlar de «termini de revocació» (preàmbul de la Llei 25/2010, ap. III, lletra c, par. 11è).

17. Tant per raó del fonament com per raó de la tècnica emprada, es detecta un destacat paral·lelisme amb la facultat de desistiment reconeguda al consumidor en el marc de la contractació fora d'un establiment mercantil (inicialment prevista en la Directiva 577/85, del Consell, de 20 de desembre de 1985, sobre contractes atorgats amb consumidors fora d'un establiment mercantil, i, després, en la Directiva 2011/83, del Parlament i del Consell, de 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors). Per bé que és una facultat que s'ha generalitzat a molts altres àmbits (ja sigui per la modalitat de contractació, ja sigui per raó de l'objecte contractat), és en el context de la contractació fora d'un establiment que es fa més visible l'encarriament de la facultat de penediment com a mecanisme de protecció davant de possibles riscos de captació de la voluntat. G. RUBIO GIMENO, *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el derecho civil catalán)*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 61-62, enllaça també la facultat de l'art. 233-5 CCCat amb el desistiment contractual.

De la facultat de desistiment o penediment destaca el seu caràcter discrecional o *ad nutum* i unilateral. Entesa també com a facultat de configuració jurídica, el seu exercici demana una declaració de voluntat receptícia, no formal. I provocarà la ineficàcia sobrevinguda d'un acord que, fins al moment, vinculava i, fins i tot, s'ha pogut executar voluntàriament.

No cal acreditar, ni tan sols al·legar, el motiu pel qual es desisteix, més enllà de connectar-ho amb l'atorgament de l'acord sense assistència lletrada independent. Per la seva banda, la unilateralitat s'explica perquè és per la sola voluntat d'un dels atorgants («a instància de qualsevol d'ells») que el pacte pot esdevenir sobrevingudament ineficaz. És aquella sola voluntat la que trenca el caràcter vinculant del pacte. No passa res extraordinari, en canvi, si són ambdós els que decideixen deixar sense efecte allò que ambdós havien convingut. No es tracta, aleshores, d'una mena de penediment compartit (i, així, de l'exercici individual però concurrent de la facultat de desistir),¹⁸ sinó d'un cas de consentiment per a posar fi a l'acord atorgat abans.

Això a banda, el caràcter personalíssim de la facultat és matisable. No desapareix, en tot cas, amb la mort dels atorgants.¹⁹ En canvi, és com a mínim discutible si cal entendre legitimats per a fer-ne ús els representants legals del cònjuge incapacitat. La legitimació reconeguda per a sol·licitar, de mutu acord o de forma contenciosa, tant la separació com el divorci,²⁰ comporta també la legitimació dels representants legals per a poder pactar-ne els efectes si s'actua de forma consensuada; acord que, si es produeix en les circumstàncies de l'article 233-5.2 CCCat, és, d'entrada, igualment desistible. L'objecció, però, es troba en el fonament de la facultat: la situació de vulnerabilitat emocional en què acostumen a trobar-se els cònjuges no és extrapolable als representants legals.

El caràcter receptici s'explica per l'existència d'un destinatari natural: el cònjuge o la parella amb qui s'ha pactat. La perfecció demana que el penediment li arribi. L'exercici de la facultat resta sotmès al termini establert per l'article 233-5.2 CCCat, que és de caducitat.²¹ El *dies a quo* és «la data en què són adoptats» els pactes, pres-

18. Supòsit que, a més, teòricament només seria possible si *ni l'un ni l'altre* cònjuges haguessin actuat assistits per un lletrat en exercici o si es tractés d'un lletrat comú.

19. Pensem en un pacte assolit després de la ruptura en virtut del qual un dels cònjuges, sense assistència lletrada exclusiva, es compromet a satisfer una determinada quantitat en concepte de compensació econòmica per raó de treball. Abans dels tres mesos d'ençà del pacte, el cònjuge deutor mor. Els hereus, es creu, podrien fer ús de la facultat de penediment mentre no s'esgoti aquell termini.

20. Tot i que arran de la LJV només cal recórrer al jutge quan es tracti de cònjuges amb fills menors o amb capacitat modificada judicialment, cal entendre que si un dels cònjuges està incapacitat, el coneixement del procés, sigui consensuat o no entre els representants legals i l'altre cònjuge, amb més raó s'ha d'encomanar al jutge (vegeu, a propòsit de la legitimació dels tutors, L. ARNAU RAVENTÓS, «STS de 21 de setembre de 2011. Legitimació del tutor para interponer una acció de divorcio», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89 (2012), p. 413-436).

21. Cal que, en aquest termini, la declaració s'exterioritzi encara que la perfecció es produeixi un cop esgotat el termini (en el mateix sentit, vegeu S. NAVAS NAVARRO, «La facultad de desistir de un pacto», p. 2256).

cindint de si el cònjuge penedit té coneixement o no en aquell mateix moment de «les circumstàncies que fonamenten l'acció» (art. 122-5.1 CCCat). El termini inicialment atorgat a aquest efecte és de tres mesos a comptar d'aquella data «i, com a màxim, fins al moment de la contestació de la demanda o, si escau, de la reconvençió, en el procés matrimonial en què es pretenguin fer valer» (art. 2335-2 CCCat). La norma, per tant, distingeix segons si hi ha o no un procés judicial en què es reclama el compliment dels pactes. Aquestes circumstàncies poden donar-se quan hi ha una part que defuig el caràcter vinculant del pacte i l'altra interposa una acció de compliment. El termini màxim aleshores és el previst per a contestar la demanda. La qüestió que es planteja és si la facultat perviu encara que tot plegat succeeixi passats tres mesos d'ençà de l'atorgament. Dit d'altra manera, si la facultat és viva encara que durant els tres mesos següents a l'acord ni una part ni l'altra se n'hagin penedit eficaçment.²² Si això fos així caldria concloure, en primer lloc, que el termini de tres mesos és ben bé sobrer,²³ i en segon lloc, que es tracta d'una facultat temporalment només condicionada per l'exigibilitat del pacte: mentre es pugui reclamar, és possible desistir. No sembla gaire coherent, sobretot des de la perspectiva de la mateixa eficàcia de la facultat de desistiment. Implica quelcom tan extraordinari com apartar-se, unilateralment i sense necessitat d'acreditar cap causa o raó, d'un acord vinculant. L'excepcionalitat del mecanisme justifica una interpretació restrictiva.²⁴ Una possibilitat passa per entendre que si dins el termini dels tres mesos següents a la data de l'atorgament s'interposa una demanda de compliment, aleshores el termini «com a màxim» és el de la contestació de la demanda, encara que això impliqui, eventualment, sobrepassar aquell trimestre. Una qüestió distinta és si, en aquest cas, el desistiment necessàriament es formalitza en el sentit d'exigir-se l'exercici judicial. Al nostre entendre, no. Es pot desistir de qualsevol manera, per bé que, si s'ha fet abans de contestar a la demanda, cal posar-ho en relleu a l'efecte, bàsicament, d'evitar una

22. És l'opinió defensada per S. NAVAS NAVARRO, «La facultad de desistir de un pacto», p. 2266, que conclou: «Esto quiere decir que si la parte pretende desistir del pacto cuando ya han pasado los tres meses, no lo podrá hacer extrajudicialmente, sino que deberá ejercitar la facultad judicialmente en los términos que prevé el artículo 233-5.2».

23. Si de cas, adquireix sentit en un supòsit: quan, havent-se complert el pacte (per exemple, relatiu a la liquidació del règim econòmic i al pagament d'una prestació compensatòria), un dels cònjuges vol desistir perquè, com que s'ha executat, ja no hi té cabuda una acció per a reclamar-ne el compliment.

24. En l'àmbit del consum, el termini s'allarga (eventualment, de forma il·limitada) en determinades circumstàncies: per exemple, si el professional no ha informat degudament el consumidor de la seva facultat. L'altra part del contracte, doncs, ha infringit una obligació legal i aquesta en seria la conseqüència. En el cas que ens ocupa, no s'acaba de veure per què s'hauria de sotmetre la part interessada en el compliment del pacte a una incertesa indefinida. És més: considerant que és comú reconduir el fonament de la facultat a un risc de captació de la voluntat, de manca d'informació o de vici del consentiment, resultaria que estaria més protegit el cònjuge no assistit per un lletrat independent que el cònjuge que, assistit, hagués estat enganyat o hagués patit un error; aleshores, al marge d'haver d'acreditar aquestes circumstàncies, només tindria quatre anys per a impugnar.

sentència estimatòria de la pretensió de compliment.²⁵ L'escenari es complica molt més a l'hora de contextualitzar el segon *dies ad quem* que també preveu l'article 233-5.1 CCCat: el moment de contestació de la reconvençió. Implica que aquell que vol apartar-se dels acords interposa una demanda (s'entén, de separació o divorci contenciosos) i és l'altra part la que planteja una reconvençió en un intent de fer valer els pactes amistosos de separació. Aleshores hi ha temps per a desistir fins al moment de contestar a la reconvençió. A parer nostre, el que succeeix en aquest supòsit és que la interposició de la demanda que proposa mesures distintes de les contingudes en el pacte previ implica el desistiment tàcit (s'entén, si es va atorgar sense assistència lletrada independent). És evident la voluntat del demandant de separar-se'n i la seva legitimitat per a fer-ho unilateralment. Però això cal fer-ho dins del termini de tres mesos d'ençà de l'acord. El fet és, però, que la llei literalment estira el termini fins a la contestació de la reconvençió. Pensa, doncs, que el demandat oposarà a les mesures proposades pel demandant l'existència de l'acord vinculant i allarga aleshores el termini per a desistir fins que fineixi el de contestar a aquesta reconvençió. Literalment és així, per bé que —hi insistim— es podria entendre perfectament que s'ha desistit prèviament en interposar la demanda contenciosa.

En l'article 233-5.2 CCCat l'eficàcia del penediment es descriu en termes d'ineficàcia dels pactes («es poden deixar sense efecte»), amb la qual cosa s'exceptua la més primària manifestació de l'eficàcia d'aquests últims: el seu caràcter vinculant (art. 233-5.1 CCCat). No cal atènyer-se a allò acordat. Però com que aquella vinculació és immediata (tret que els cònjuges o convivents l'haguessin posposat o condicionat d'alguna manera), és perfectament possible que els pactes, tots o alguns, ja s'hagin executat o complert en el moment del desistiment. La facultat de desistir no comporta, indirectament, la suspensió d'aquell efecte vinculant mentre hi hagi temps per a exercir-la. Per contra, els efectes són immediats, exigibles i executables. El desistiment ulterior implica la retroacció a la situació inicial, just abans de l'acord. Això comporta, si és el cas, l'obligació de restituir les prestacions que s'hagin satisfet. Tot plegat es justifica perquè, si es nega aquella retroacció, el desistiment perdria tota la seva raó de ser un cop executat el pacte, cosa que ni preveu ni permet deduir la norma. Aquest compliment o execució prèvia tampoc no comporta, per si sol, abús de dret o l'actuació contra els propis actes que malmetin l'exercici eficaç de la facultat de desistir.²⁶

25. Manté una opinió distinta J. BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 233-5 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 409.

26. El principi referent a la bona fe i als actes propis trasllueix també en la STSJC de 23 de febrer de 2016. El Tribunal, però, no es pronuncia en aquest sentit perquè obeeix a arguments nous, no debatuts en les instàncies inferiors.

3.2. ELS ACORDS ENTRE CÒNJUGES PER RAÓ DE LA CRISI MATRIMONIAL: PROTECCIÓ FORMAL I PROTECCIÓ MATERIAL. UN SISTEMA COHERENT?

Com queden millor protegits els interessos dels cònjuges: pactant dins o pactant fora del conveni? D'entrada cal distingir entre protecció formal i protecció material. Aquesta darrera és el control intern o de contingut adreçat a detectar i combatre (d'una forma o altra) els acords perjudicials per als cònjuges. En qualsevol cas, la procedència d'un sistema de protecció ve donada, ja s'ha dit, per la sobrevenença d'un escenari no idoni per a la negociació.

La facultat de penediment és, sens dubte, un mecanisme de protecció formal,²⁷ perquè es prescindeix del caire de l'acord. Les coordenades de la facultat són objectives: manca d'assistència lletrada independent i exercici dins el termini previst legalment. L'efecte, insistim, és d'una intensitat extrema: la desvinculació. Es tracta d'una facultat que no es té quan l'acord s'incorpora a una proposta de conveni regulador? Certament, no es té. El que hi ha, aleshores, és la facultat de no ratificar la proposta, que tenen els cònjuges o convivents prescindint de si als acords que la integren s'hi va arribar o no amb assistència lletrada independent. Ara bé, tècnicament, aquesta no ratificació no equival a desistiment. Convé distingir-ho: si l'eficàcia vinculant de l'acord no s'havia supeditat a l'aprovació o formalització del conveni regulador, hi continua havent-hi acord per bé que privat de la força d'un conveni regulador.²⁸ Desistir del pacte exigeix, doncs: que l'acord sigui posterior a la ruptura, ser-hi a temps i justificar la manca d'assistència lletrada independent.²⁹ Amb tot, ja s'ha deixat plantejada la possibilitat d'identificar llavors el supòsit com de desistiment tàcit, que implica la no necessitat de desistir quan prèviament ja no s'ha ratificat el conveni. Si s'admetés això, caldria reformular les relacions entre el desistiment i la no ratificació de la proposta de conveni: quan es tracta d'un pacte desistible, la no ratificació impli-

27. Ho serien també les cauteles amb les quals s'acompanyen els pactes en previsió de la ruptura. Vegeu la STSJC de 31 de març de 2016 (RJ\2016\3642), que identifica com a requisits de validesa la licitud de l'objecte, la forma pública, l'assessorament notarial i la reciprocitat i claredat dels pactes de renúncia o limitatius. I afegeix: «El cumplimiento del deber de información que regula el art. 231-20.4 CCCat no constituye, propiamente, un requisito formal de validez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez. En cambio, la carga de probar dicho cumplimiento o, alternativamente, de que el otorgante frente al que se invoca el pacto disponía por cualquier otro medio de dicha información al tiempo de su otorgamiento sí constituye un presupuesto de su eficacia vinculante (art. 233-5.1 CCCat), con independencia de que el notario autorizante hubiera cumplido adecuadamente su deber de asesoramiento (art. 231-20.2 CCCat)» (FJ 3r, par. 2n).

28. És el cas, entre d'altres, de la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 10 de setembre de 1999 (AC/1999/2052).

29. Mentre que el desistiment provoca sobrevingudament la pèrdua de l'eficàcia vinculant que ja tenia l'acord, la no ratificació simplement impedeix que adquireixi eficàcia processal com a conveni un acord que mai no ha gaudit d'aquest tipus d'eficàcia.

ca penediment tàctic; en els altres casos, no ratificar el conveni no significa desistir de l'acord.³⁰ En fi, si l'eficàcia vinculant s'havia vinculat a l'èxit del conveni, aleshores la no ratificació determina l'incompliment de la condició.³¹ No s'haurà desistit d'un acord vinculant, sinó que s'haurà impedit (via, si es vol veure així, una condició purament potestativa)³² que el dit acord arribi a vincular.

Es controla el contingut de l'acord? Quan es tracta de pactes inclosos en una proposta de conveni regular, l'article 233-3 CCCat n'ordena l'aprovació «llevat dels punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors». La norma exclou, d'entrada, el control *ex officio* del caràcter perjudicial d'un pacte en relació amb els cònjuges o, si escau, amb tercers (p. ex., fills majors d'edat).³³ El control material es reserva, doncs, al jutge i es limita als pactes relatius als fills sotmesos a la potestat parental.³⁴ Pel que fa als pactes no inclosos en una proposta de conveni regulador, tenim: si es tracta d'un pacte en previsió de la ruptura, el caràcter greument perjudicial del seu contingut en el moment del compliment permet, sense ser determinant per si sol, sol·licitar la ineficàcia del pacte. Cal, a més, acreditar que han sobrevingut circumstàncies rellevants, ni previstes ni raonablement previsibles en el moment de l'atorgament (art. 231-20.5 CCCat). En cap cas hi ha, però, control d'ofici.³⁵ Sembla que

30. L'estructura que proposem és la d'una declaració de voluntat (així, fent ús de la facultat de desistir) que s'exercita per mitjà d'una conducta passiva (senzillament, deixant transcórrer el termini sense anar a ratificar) o d'una declaració de voluntat en la qual es manifesta la no ratificació.

31. De fet, es tracta d'un pacte condicionat a una doble circumstància: la ratificació per part dels cònjuges i l'aprovació pel jutge o la formalització pel secretari judicial o el notari (via decret o escriptura pública).

32. Atès el contingut plural dels pactes, és difícil identificar aquesta condició com a *ex parte debitoris*. En qualsevol cas, la facultat de no ratificar l'atorga la llei, de manera que seria sobreparlar de condició pactada nul·la (art. 1115 CC). I també de compliment via art. 1119 CC.

33. Tercers que en cap cas no es poden veure vinculats per un acord aliè (art. 1257 CC).

34. És comú, en aquest particular, fer notar la diferència entre el dret català i l'art. 90.2, 1r par., CC. Aquest darrer ordena també la no aprovació dels acords que puguin esdevenir «gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges», ja que s'imposaria, també, un control material *ex officio* en defensa dels interessos d'aquells. Amb tot, succeeix, per una banda, que el dit control *de facto* s'exclou o no es practica llevat que el perjudici del cònjuge impliqui, al seu torn, perjudici per al fill menor (vegeu G. RUBIO GIMENO, *Autorregulación de la crisis de pareja*, p. 91-92) o impliqui la vulneració de normes imperatives (G. RUBIO GIMENO, «Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJ de 10.9.2010», *InDret*, núm. 1/2011, p. 15-16); en segon lloc, que, paradoxalment, aquest control s'imposa també al notari i al lletrat de l'Administració de justícia per al cas de separació o divorci sense fills menors (art. 90.2, 3r par., CC), control que, a més, cal practicar sobre els acords relatius als fills majors d'edat o emancipats (vegeu l'art. 82.1, 2n par., CC, que demana el consentiment d'aquests fills majors d'edat; i, per contra, sense preveure'l, l'art. 777.10 LEC). Quant a la no procedència en el dret català d'aquest control, vegeu J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA, «Anotació a l'art. 233-3 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 243.

35. Vegeu, quant al supòsit, S. NAVAS NAVARRO, «La "normal inestabilidad de las circunstancias" en el derecho de familia y de sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el derecho)», a L. ARNAU RAVENTÓS i M. L. ZAHINO RUIZ (dir.), *Cuestiones de derecho sucesorio catalán: Principios, legítima y pactos sucesorios*, Barcelona, Marcial Pons, 2015, p. 195.

tampoc no n'hi ha si es tracta de pactes assolits després de la ruptura i, s'entén, no incorporats a un conveni regulador. Si fos aquest el cas, ja s'ha vist que el control es reserva als pactes relatius als fills menors. La literalitat de l'article 233-16.2 CCCat i una lectura generosa de l'article 233-21.3 CCCat permeten, però, parlar d'un control a instància d'una part dels pactes que, no incorporats a una proposta de conveni regulador, comprometen les necessitats bàsiques del cònjuge creditor.³⁶ La dada rellevant, en aquest cas, no és com s'ha atorgat el pacte (amb o sense assistència lletrada independent), sinó quin és el seu contingut. No es tracta de garantir una voluntat correctament formada i lliure, sinó que l'escenari és l'acord ja pres, prescindint de com s'hi ha arribat. En el cas de pactes assolits després de la ruptura, la crisi és present i, per tant, els cònjuges poden perfectament prendre consciència de la situació que genera la ruptura. La conclusió és que, prescindint del procés de formació del consentiment, el cònjuge pot pretendre la ineficàcia d'allò que comprometi les seves necessitats bàsiques encara que, des que es pacta fins que vol fer valer aquesta ineficàcia, les circumstàncies no hagin variat gens. Segurament la dada rellevant i que fonamenta aquesta mena de rescissió excepcional, per lesió graduable o selectiva («en allò que comprometi [...]»), és que es tracta d'un pacte no només perjudicial o greument perjudicial, sinó que compromet necessitats bàsiques. És per això que s'admet, extraordinàriament, un nou supòsit d'ineficàcia sobrevinguda per causa d'una lesió econòmica. Si de cas, la pregunta que sobrevé aleshores és per què, en canvi, pot perfectament succeir que un acord incorporat al conveni sí que pot comprometre aquelles necessitats. Fixem-nos que els articles 233-26 i 233-21 CCCat descarten aleshores no només un control d'ofici, sinó també tota impugnació per causa d'aquell perjudici. L'única diferència entre el pacte incorporat i el no incorporat és que el primer ha exigut una confirmació o ratificació davant del funcionari competent. Només el recurs a la teoria general permetrà, si escau, l'atac per raó de circumstàncies eventualment no gaire allunyades d'aquell perjudici econòmic.³⁷

36. L'art. 233-16.2 CCCat parla, sense més ni més, dels pactes de renúncia no incorporats a una proposta de conveni; l'art. 233-21.3 CCCat, literalment, només es refereix als pactes «en previsió de ruptura matrimonial» (vegeu, J. EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-21.3 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 519).

37. Pensem, de nou, en una possible incorporació al nostre ordenament de l'anomenada *explotació o avantatge injust* (vid. *supra* la nota 14).