

UNA REFLEXIÓ SOBRE LA RENÚNCIA PRÈVIA A LA PENSIÓ COMPENSATÒRIA I A LA COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DEL TREBALL, REGULADES EN ELS ARTICLES 84 I 41 DEL CODI DE FAMÍLIA

Eugenia Bodas Daga

Professora de dret civil de la Universitat Rovira i Virgili

1. INTRODUCCIÓ

Podria dir-se que, en l'actualitat, el tema de la renunciabilitat de les pensions compensatòria i indemnitzatòria ha de considerar-se resolt pacíficament per la jurisprudència. Així es va pronunciar el Tribunal Suprem en la Sentència de 2 de desembre de 1987 —que va resoldre el recurs de casació en interès de la llei— en considerar que la pensió compensatòria de l'article 97 del Codi civil (CC) és un dret de caràcter privat, disponible i renunciabile.

Pel que fa a la pensió *ex* article 84 del Codi de família (CF), la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 4 d'octubre de 2001 assenyalava que «es un derecho renunciabile» i, si bé el precepte no ho diu de manera expressa, «su renuncia en el convenio regulador no ofrece dudas», ja que, segons l'article 76.3b CF, es pot pactar en aquest, «si és el cas». Aquesta expressió «pone claramente de manifiesto que la pensión compensatoria no la establece la ley con carácter imperativo, sino que solo se puede exigir si así se ha convenido, con la consecuencia de que si es un derecho facultativo, es también un derecho renunciabile y la renuncia es, por lo tanto, vinculante». I aquest criteri és mantingut en la Sentència de 2 de juny de 2003 i en altres de posteriors.

En relació amb la compensació econòmica per raó del treball, *ex* article 41 CF, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) és clar respecte a aquesta qüestió en la Sentència de 17 de juliol de 2004: «Se ha mantenido por esta Sala [...] la renunciabilidad a la indemnización que el art. 41 del Código contempla. Nada lo impide, en cuanto se trata de un derecho concedido por la

ley y en cuanto entra dentro del ámbito de disponibilidad patrimonial de las personas capaces.»¹

D'altra banda i consegüentment amb el principi de justícia que s'ha de sol·licitar, principi que presideix els nostres processos civils, la pensió compensatòria exigeix la seva petició en el procés, de manera que la resolució que l'atorgui d'ofici incorrerà en incongruència. En aquest sentit es pronuncia la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 2 de desembre de 1987 —*ut supra* citada—, que, després d'indicar que en el procés civil «imperat el principio dispositivo, en el que ha de integrarse el de rogación», declara que la pensió compensatòria regulada en l'article 97 CC no pot ser acordada pel jutge d'ofici. En sentit similar s'expressen, entre altres, les sentències de l'Audiència Provincial de Múrcia de 18 de novembre de 2003 i de l'Audiència Provincial de Madrid de 27 de juliol de 2007. Aquest criteri, entenc, és aplicable a la indemnització per raó del treball —*ex art. 41 CF*—, atès que també és disponible i renunciabla per les parts.

Exposat tot això antecedent i si partim de l'asseveració mantinguda en la STSJC de 4 d'octubre de 2001 —encara que sigui en matèria de pensió compensatòria, serveix per a la indemnitzatòria— que la «renúncia en el convenio regulador no ofrece dudas», cal preguntar-se: efectivament, no ofereix dubtes?, té la mateixa validesa si es fa en un conveni regulador no homologat que si es fa en un pacte privat?, és vàlida si es fa, per exemple, en capítols matrimonials abans de contraure matrimoni?

Pel que fa al principi rogatori, existeix una atenuació d'aquest en els processos familiars? Si s'ha renunciat a la pensió compensatòria i/o a la indemnitzatòria en el procediment de separació, pot demanar-se en el de divorci?

Dit això, l'objecte d'aquest comentari és intentar donar una resposta a les qüestions plantejades. Per a això, he pres com a punt de referència les distintes sentències dictades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que s'han pronunciat sobre dita matèria. També faig al·lusió a algunes sentències del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional que incideixen en això que s'ha plantejat.

1. Indemnització compatible amb la pensió compensatòria, tal com afirma la STSJC de 31 d'octubre de 1998, que va resoldre el recurs de cassació en interès de la llei plantejat pel ministeri fiscal. Encara que la incompatibilitat denunciada ho era en relació amb els articles 23 CDCC i 97 CC, serveix la mateixa argumentació, ateses les analogies existents amb les normes vigents i el que preceptua l'apartat 3 de l'article 41 CF.

2. LA RENÚNCIA A LA PENSIO COMPENSATÒRIA I/O A LA INDEMNITZACIÓ PER RAÓ DEL TREBALL

D'acord amb la doctrina científica —i encara que és sabut—, pot dir-se que la renúncia és la declaració de voluntat per la qual el titular d'un dret subjectiu fa deixament d'aquest. I atès que la renúncia produeix efectes per la sola voluntat del renunciant, *ha de ser irrevocable*.²

No obstant això, la renúncia, com a acte de disposició —negoci dispositiu— que és, pot resultar ineficaç: nul·la, anul·lable o rescindible, «quedando sometida a las reglas generales de la ineficacia típicas de los negocios patrimoniales».³

De tota manera, existeixen uns límits a la renúncia d'un dret: no és vàlida si contraria l'interès o l'ordre públic⁴ i si perjudica un tercer⁵ —argument *ex art. 6.2 CC*. Tampoc no és vàlida quan està expressament prohibida per la llei —argument *ex art. 816 CC i 377 del Codi de successions (CS)* (vegeu l'art. 451-26 del Codi civil de Catalunya [CCCat]), en relació amb la llegítima.

Semblantment, l'article 111-6 CCCat manté que «[l]es disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut. L'exclusió, la renúncia o el pacte no són oposables a tercers si en poden resultar perjudicats.»

En síntesi, es pot renunciar a la pensio compensatòria i/o a la indemnització per raó del treball si no es contraria l'interès o l'ordre públic ni es perjudica tercers —*ex art. 6.2 CC*— i pel fet que no és una norma de dret imperatiu —*ex art. 111-6 CCCat*.

Per la seva banda, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha reiterat que la renúncia de drets prevista en l'article 6.2 CC requereix, entre altres requisits, «que se haga de forma clara y terminante, sin que quepa deducirse de actos o expresiones de dudosa significación».⁶ Quant al moment de fer-la, per «su propia naturaleza impone otorgarla sabiendo lo que se renuncia y una vez el derecho haya surgido».⁷

2. Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 11a ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 463-467.

3. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Dinámica de los derechos subjetivos», a J. M. LACRUZ *et al.*, *Elementos de derecho civil I*, vol. 3, Barcelona, José María Bosch Editor, SA, 1990, p. 110.

4. Per exemple, quan es renuncia als drets de la personalitat, *ex art. 1.3 Llei orgànica 1/1982*.

5. Quan es repudia l'herència en perjudici dels creditors, per exemple.

6. STS de 18 de març de 1982, amb cita de les sentències de la mateixa Sala —entre altres, diu— de 4 d'octubre de 1971, 21 de novembre de 1962 i 23 de gener de 1974.

7. STS d'11 d'octubre de 2001, amb cita d'altres sentències de la mateixa Sala.

Seguint el fil d'aquest últim raonament, cal preguntar-se: quan neix el dret a la pensió i/o a la indemnització per raó del treball?

2.1. NAIXEMENT DEL DRET A LA PENSÍO I/O A LA INDEMNITZACÍO PER RAÓ DEL TREBALL

Com a qüestió prèvia, cal assenyalar —com indica la STSJC de 31 d'octubre de 1998— que la pensió compensatòria i la compensació econòmica per raó del treball tenen distinta naturalesa perquè donen resposta a situacions distintes. Així, mentre que la primera «pretende atenuar el descenso económico que puede sufrir uno de los esposos comparando su situación constante matrimonio y aquélla que quedará después de la separación o el divorcio», la segona «compara los patrimonios de ambos cónyuges y pretende corregir el enriquecimiento injustificado de uno de ellos como consecuencia del trabajo no compensado del otro». Aquesta última és, en definitiva —i en paraules de la STSJC de 7 d'abril de 2000— «una norma de liquidación de bienes en casos de crisis matrimoniales», la raó de ser de la qual és evitar la desigualtat patrimonial entre cònjuges en el règim de separació de béns, règim que, és sabut, «no supone comunicación alguna entre las masas patrimoniales de uno y otro cónyuges».

No obstant les seves notables diferències, cal ressaltar que ambdues —pensió i compensació— tenen en comú que són prestacions de caràcter econòmic i que poden ser renunciades —conjuntament o separada, si bé les dues de manera explícita.

Des d'aquesta perspectiva, la qüestió és determinar quan «neixen» el dret a la indemnització —*ex art. 41 CF*— i el dret a la pensió compensatòria —*ex art. 84 CF*. És a dir, si també tenen en comú aquest punt.

Pel que fa a la primera, la STSJC de 27 d'abril de 2000⁸ diferencia entre el naixement del dret a la indemnització i el moment en què s'haurà d'apreciar si hi ha hagut un enriquiment/empobriment, atès que l'Audiència Provincial va

8. Segons consta en els fonaments jurídics de la Sentència —que extrau de la sentència d'instància—, l'actora i el demandat es van casar el 1949, el seu matrimoni va durar quaranta anys i el cessament de la convivència pot situar-se entre els anys 1988 i 1989. Presentada la demanda de divorci, va ser estimada a principis de l'any 1998 i va ser confirmada per l'Audiència Provincial en la Sentència de 9 de juliol de 1998, la qual va considerar que la indemnització *ex art. 23 CDCC* sol·licitada per l'actora no podia ser reclamada en un procés de divorci i va remetre les parts a la «via procesal oportuna». L'actora va presentar una demanda de judici declaratiu de menor quantia, que sol·licitava. La sentència d'instància va desestimar la demanda i l'Audiència Provincial la va confirmar. La demandant va presentar un recurs de cassació que va ser resolt per aquesta sentència.

entendre que no esqueia la indemnització *ex* article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC) perquè la ruptura matrimonial es va produir amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 8/1993, de 20 de setembre, i aquesta no té caràcter retroactiu.

Així, el tribunal raona: «El título en que se funda la indemnización compensatoria en caso de extinción del régimen económico matrimonial no es la crisis conyugal, sino la separación, la nulidad o el divorcio, o, más en concreto, *la resolución que tal declare*. Así se deduce con claridad del texto del art. 23 de la Compilación, que sitúa el nacimiento del derecho» quan s'extingeixi el règim per separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni. «Cosa distinta —continua dient— es que para centrar el montante económico haya de acudirse a la situación de convivencia conyugal, de modo que el cese de ésta determine la situación de enriquecimiento/empobrecimiento.»

En altres paraules, «la crisis conyugal que supone la falta de convivencia *uxoris* sirve de elemento nuclear para valorar la situación económica de los cónyuges y de momento para apreciar si existe verdadera desigualdad patrimonial que genere un enriquecimiento injusto para uno de los cónyuges, pero *el título que engendra el derecho* es la extinción del régimen económico matrimonial por *sentencia de separación, nulidad o divorcio*».

Aquesta doctrina —adueix el tribunal— «es la más respetuosa con la disposición transitoria primera del Código civil, según cuyo segundo inciso “[...] si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego aunque el hecho de que lo origine se verificara bajo la legislación anterior [...]]”». Això, unit a l'esperit que emana de la disposició final de la Llei 8/1993, és el que «conlleua que se aplique a los matrimonios anteriores a su entrada en vigor». És per això que el tribunal estima el recurs de cassació i declara que la recurrent té dret a precebre una indemnització de quinze milions de pessetes.⁹

En relació amb ambdues, la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Girona d'1 de març de 2004 diu que «no hi ha cap mena de dubte que tant la pensió compensatòria de l'article 84 del CF com la indemnització prevista en l'article 41 del mateix Codi, *neixen a partir del moment de la separació, divorci o nul·litat matrimonial*,¹⁰ perquè així es diu literalment en el redactat.»

9. Pel que fa a les qüestions derivades de la successió de normes reguladores de la compensació econòmica *ex* art. 23 CDCC i 41 i 42 CF, vegeu la STSJC de 26 de novembre de 2001.

10. En el mateix sentit, però en relació amb la pensió compensatòria *ex* art. 97 CC, s'expressen les SAP de les Illes Balears de 16 de febrer de 1998, de Castelló de 13 de febrer de 1999 i de Còrdova de 25 d'abril de 2002.

Per tant i d'acord amb les resolucions esmentades, podria mantenir-se que ambdós drets neixen a partir de la resolució judicial que decreta la separació o el divorci. D'això es dedueix que també tenen en comú aquest punt.

Si això és així, podria dir-se en un primer moment que, una vegada els drets han nascut, és quan és procedent la seva extinció mitjançant la renúncia. O, dit d'una altra manera, quan existeixi una sentència de separació o divorci.¹¹

Aleshores, per què el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la Sentència de 4 d'octubre de 2001 —entre altres resolucions— manté que la «renúncia en el conveni regulador no oferec dudas», si la renúncia precedeix la Sentència? Pel mateix motiu, és vàlida la renúncia realitzada en un conveni regulador no homologat o en uns acords privats de separació? D'altra banda, què passa si la renúncia es fa abans de la ruptura matrimonial?

2.2. MOMENT DE LA RENÚNCIA

Per a intentar donar resposta als interrogants plantejats, diferenciaré entre: *a)* la renúncia produïda quan els cònjuges es troben immersos en una crisi matrimonial —diferenciant on es va fer la renúncia—, i *b)* la renúncia en previsió d'una ruptura matrimonial, d'acord amb els pronunciaments fets tant pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya com per diferents audiències provincials.

2.2.1. *Quan ocorre la ruptura matrimonial*

2.2.1.1. En un conveni ratificat en presència judicial

La STSJC de 4 d'octubre de 2001 resol sobre això següent: en la sentència de divorci —instat pel marit— no es fixa cap tipus de compensació a favor de l'esposa. En grau d'apel·lació —recurs interposat per l'esposa— es va confirmar la sentència d'instància. La demandada va presentar un recurs de cassació pel qual denunciava la infracció per interpretació errònia dels articles 41 i 84 CF.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya assenyalà que el pronunciament contingut en la Sentència de l'Audiència Provincial, en el sentit que la

11. La pensió compensatòria *ex art. 97 CC* només és procedent en els casos de separació i divorci, i no en el de nul·litat matrimonial —en aquest cas, és possible la indemnització de l'art. 98 CC. Pel que fa a la pensió compensatòria de l'article 84 CF, a més dels casos de separació i divorci, també és procedent en els casos de nul·litat, «només quant al cònjuge de bona fe». No obstant això, em referiré només als primers.

«recurrent va renunciar de manera expressa a reclamar la pensió compensatòria en el conveni de separació matrimonial [...] i després va ratificar judicialment la seva renúncia», ha de ser confirmat. En primer lloc, perquè és un fet renunciabile, prenent com a base —encara que no ho digui expressament— l'article 76.3b CF, que manté que en el conveni regulador de la crisi matrimonial es pot pactar «si és el cas» la pensió compensatòria i, a més, com posa en relleu l'article 78.1 CF, «sols exigeix l'aprovació judicial del conveni en allò que sigui perjudicial als fills, amb la conseqüència que la renúncia a la pensió compensatòria és una qüestió sotmesa a la lliure decisió dels cònjuges, ja sigui en relació amb la seva procedència o amb la possibilitat de renunciar».¹²

En segon lloc, perquè el pacte setè del conveni regulador de la separació matrimonial és clar: «Como sea que ambos cónyuges trabajan y tienen ingresos propios, cada uno contribuirá a sus propios gastos, por lo que no necesitan contribución alguna en concepto de pensión compensatoria, sin que ello suponga renuncia a la compensación económica establecida legalmente para el cónyuge que se haya dedicado al hogar sin retribución.»

No obstant això, matisa que a allò a què no va renunciar l'esposa és a exigir la compensació per raó del treball que estableixen els articles 41 i 42 CF, ja que és admissible que en un pacte es pugui renunciar a la pensió compensatòria i no es renunciï a la compensació econòmica per raó del treball. Però aquesta qüestió «queda al margen del recurso».¹³

2.2.1.2. En un conveni privat

La STSJC de 19 de juliol de 2004 —d'acord amb els fets que consten en els antecedents de fet i en el fonament jurídic primer de la Resolució— resol en el

12. A diferència del que preceptua el Codi civil, només els acords que puguin afectar els fills són objecte de control judicial. En aquest sentit, vegeu la STSJC de 19 de juliol de 2004, que, d'acord amb el que preceptuen ambdós articles —78.1 CF i 90.2 CC—, manifesta que «como se ve, la regulación no coincide y la específica previsión de desaprobación del convenio cuando se descubren consecuencias gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges queda extramuros de la legislación catalana, quizás más preocupada por la libertad individual de contratación pero sin tener en cuenta lo que antes se decía sobre los momentos de especial tensión en que son concluidos la mayoría de los pactos. Quizás hubiera sido preferible —hablamos de *lege ferenda*— seguir la línea trazada por la legislación común, pero no ha sido esto lo querido por el legislador catalán, que clara y tajantemente ha dicho que el convenio debe ser aprobado con la excepción del daño a los hijos.»

13. Com s'ha dit abans, la recurrent havia denunciat també la infracció, per interpretació errònia, de l'article 41 CF. Però el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no va admetre aquest motiu de recurs.

sentit següent: instat pel marit el procediment de separació de mutu acord en virtut d'un conveni subscrit per les parts, l'esposa no va comparèixer per a ratificar-lo. Aquesta va presentar amb posterioritat una demanda de separació contenciosa. El Jutjat de Primera Instància «no aplicando el convenio por su falta de ratificación judicial [...] otorgaba a la esposa 3.000 euros —*ex art. 84 CF*— y se le concedía una compensación económica por razón del trabajo de 100.000 euros —*ex art. 41 CF*.» Recorreguda dita resolució per ambdues parts, l'Audiència Provincial, «dando por válido el convenio regulador de las consecuencias de la separación», la va revocar —entre altres extrems i en relació amb el que aquí ens interessa— en el sentit de deixar sense efecte el pronunciament relatiu a la compensació de l'article 41 CF i va xifrar en 901,52 euros la quantitat que el marit havia d'abonar a l'esposa en concepte de pensió compensatòria. L'actora va interposar un recurs de cassació.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en relació amb un dels motius esgrimits per la part recurrent —referit a la pensió compensatòria— en el sentit que el conveni no va ser ratificat i que, per tant, no tenia validesa, va aclarir que l'«Audiencia no declara la validez del convenio regulador de la separación matrimonial como tal, sino que, partiendo de que se trata de un convenio entre personas adultas y capaces, suscrito sobre la materia de los efectos de la separación matrimonial, declara que “el pacto por el que los esposos litigantes regularon las consecuencias patrimoniales de su separación es válido y los interesados no pueden desligarse de él, pues ese acuerdo les obliga, como ocurre con cualquier contrato [...]”».

És per això que, després de citar la línia jurisprudencial actual,¹⁴ va aduir que «la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes», ja que es tracta «de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas [...] que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial». En conseqüència, va desestimar aquest motiu del recurs i el motiu que pretenia que s'elevés la quantia de la pensió, atès que es va pactar «libremente por las partes» i que la renúncia «fue clara y explícita».

14. I cita les STS de 22 d'abril de 1997, 25 de juny de 1987 i 26 de gener de 1993 —en aquest ordre, així com sentències posteriors amb cita d'aquestes— i la doctrina registral —resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 31 de març i 10 de novembre de 1995 i d'1 de setembre de 1998.

Pel que fa a la indemnització *ex* article 41 CF, relata el següent: «El convenio viene dividido en cinco apartados y sólo el segundo de ellos se refiere a la pensión, pero bajo el genérico enunciado: II. Pensión compensatoria a favor de la esposa.» En aquest apartat es fixa la pensió compensatòria en 150.000 pessetes mensuals, s'especifica la forma de pagament i només en l'últim paràgraf es diu que «con la cantidad mensual asignada a la esposa, ésta se compromete a nada más pedir ni reclamar a su esposo en concepto de pensión compensatoria y/o compensación económica».

Basant-se en tot això, el Tribunal, després de recordar la renunciabilitat a la indemnització considerada en l'article esmentat, no obstant això, considera que «tal renuncia ha de ser, como toda dejación de derechos, expresa y explícitamente manifestada, sobre todo cuando concurren —como es el caso, según veremos— sobradamente en la persona renunciante cuantos elementos relaciona la ley para el surgimiento del derecho». En el cas present, «basta leer detenidamente el convenio para percatarse de que no hay un apartado concreto que se refiera a la indemnización por razón del trabajo doméstico ni hay una renuncia unívoca y concluyente. Ni expresa y explícita [...] ni los términos del derecho al que supuestamente se renuncia son claros.» A això ha d'unir-se la gran desigualtat patrimonial que es genera després de la separació —que amb posterioritat analitza— i que va ser admesa per les parts, la qual cosa «se dice para revelar el interés jurídico que sustenta la exigibilidad de contundencia en la renuncia al derecho que, por ley, correspondía a la recurrente». En conseqüència, va revocar en aquest punt la sentència objecte de recurs i va concedir a la recurrent una indemnització compensatòria per raó del treball domèstic de 100.000 euros.

Per la seva banda, la STSJC de 10 de juliol de 2006 va entendre que el document manuscrit, sense data i firmat per ambdós cònjuges —que deia textualment que «llegaron a un acuerdo de separación por el que cada cual nada puede reclamar al otro»—, representava una renúncia a la pensió compensatòria.

En efecte, els fets són els següents: l'esposa va presentar una demanda de separació matrimonial per la qual sol·licitava, entre altres extrems, una pensió compensatòria *ex* article 97 CC de 1.500 euros. El Jutjat de Primera Instància va estimar dita pretensió, però la va quantificar en 1.000 euros. El demandat —i actor reconvençional— va presentar un recurs d'apel·lació que va ser estimat en part i que va declarar la no-procedència de la pensió esmentada. L'actora va recórrer dita resolució davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i va al·legar —entre altres motius— la violació dels articles 84 CF i 1283 CC, perquè la sentència objecte de recurs havia denegat la pensió compensatòria...

exclusivament sobre la base d'un document de renúncia aportat per la part contrària que s'ha de considerar ineficaç per raons de forma i de fons.¹⁵

El Tribunal, després de mantenir que la recurrent «no cuestiona tanto la posibilidad de renunciar al derecho establecido en el art. 84 CF, como la concurrencia de los “requisitos de validez” de la misma», va assenyalar que a la renúncia a la pensió compensatòria «no le son aplicables los requisitos formales del convenio regulador (arts. 77 y 78 CF), sin perjuicio de que el convenio regulador pueda contener el pacto de los cónyuges sobre la pensión compensatoria (art. 76.3b CF), y mucho menos pueden serle exigibles los requisitos formales establecidos para los capítulos matrimoniales (art. 17 CF)». Per això i al marge de la seva força executiva, «nada se opone a la validez de los acuerdos a que hubieren llegado privadamente los cónyuges en orden a regular los efectos de la ruptura matrimonial en el ejercicio de su libertad negocial, siempre que se trate de materias, como en el caso presente, sobre las que no existan limitaciones legales, morales o de orden público, siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles [...]». I és per això que va desestimar el recurs de cassació.

En síntesi i d'acord amb aquestes resolucions comentades, tant si la renúncia figura en un conveni regulador homologat com si figura en un conveni que no ha estat ratificat per un dels cònjuges,¹⁶ o que no ha estat presentat en el procés per a la seva homologació judicial, es considera vàlida sempre que sigui «precisa, clara y terminante», encara que en tots dos casos precedeixi la sentència de separació o divorci, és a dir, sigui anterior al «naixement» del dret.

No obstant això, sembla que hi ha una contradicció amb una altra jurisprudència que també és clara. En efecte, el Tribunal Suprem —com s'ha dit anteriorment— manté que la renúncia, per la seva pròpia naturalesa, «impone otorgarla sabiendo lo que se renuncia y una vez el derecho haya surgido» —entre altres, vegeu la STS d'1 de març de 2004—, i aquest sorgeix —d'acord amb les sentències esmentades en l'apartat anterior— després de decretar-se la separació o el divorci.

15. Segons consta en el fonament jurídic primer de la resolució, «una fotocopia de dicho acuerdo fue presentada por el demandado junto con su contestación a la demanda, obrando el original en poder de la recurrente, que se abstuvo de aportarlo al procedimiento a los oportunos efectos de comparación».

16. La STSJC de 19 de juliol de 2004, davant l'al·legació del recurrent —en el sentit que, si bé l'art. 78 CF no exceptua de l'aprovació judicial del conveni el pacte que sigui perjudicial per a un dels cònjuges, ha de ser entès així i, a més, «esa doctrina debe ser aplicada, analógicamente, al convenio extrajudicial», raona que l'article esmentat és clar respecte a aquesta qüestió i que si «analógicamente aplicamos las reglas anteriores a los convenios extramatrimoniales, la solución ha de ser la misma, pues sería impensable hacer de mejor condición —mayor atención judicial— a éstos que a los convenios reguladores de la separación para su homologación judicial».

Però el dret «neix» verdaderament de la sentència de separació o de divorci?

La SAP de Barcelona (Secció Divuitena) de 13 de setembre de 1999 manté que «las circunstancias enumeradas en el citado artículo 97 serán determinantes para la cuantificación de la pensión, *pero no para el nacimiento del derecho, el cual se origina al producirse la situación de desequilibrio*». És a dir —i cita la Sentència de l'Audiència Territorial de Barcelona de 19 d'abril de 1987 i altres sentències de la mateixa Sala—, «al momento de la ruptura matrimonial».

Per la seva banda, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 5 d'abril de 1997 i en relació amb la renúncia efectuada per l'actora en la instància —a totes les accions, drets o indemnitzacions que poguessin correspondre-li—, va considerar que aquesta era vàlida en consideració que la recurrent en cassació «ya tenía su derecho desde el accidente». És a dir —i semblantment al dret a la pensió i/o la compensació—, la renúncia és vàlida abans que una sentència determini, si escau, la seva procedència.

Si es manté aquesta tesi, que concreta el naixement del dret a la pensió compensatòria —i serveix per a la indemnitzatòria per raó del treball— en el moment de la crisi matrimonial —i, en el cas de la lesionada, en el moment de l'accident—, caldrà determinar si se sap o es pot saber a què es renuncia, o, en paraules del Tribunal Suprem, «impone otorgarla sabiendo lo que se renuncia».

En el cas que una parella decideixi posar fi al seu matrimoni, els cònjuges —o almenys un d'ells— poden saber —o haurien de saber— no només que tenen uns drets de tipus patrimonial, sinó, i sobretot, si en aquest moment i a conseqüència de la ruptura conjugal es produeix un desequilibri o una desigualtat patrimonial, o ambdues coses alhora. És per això que si un cònjuge renuncia a aquests drets —perquè ambdós consorts han arribat a un acord o per altres motius—, també sap o pot saber a què renuncia.¹⁷

Per tant, en aquests supòsits la renúncia es produeix quan el dret ja ha nascut —existeix una ruptura matrimonial— i se sap —o pot saber-se— a què es renuncia, i per això no hi hauria aquesta contradicció denunciada.

S'opti per una postura o per l'altra, és a dir, la que assenyala que el dret a la pensió neix en el moment en què es decreta la separació o la que indica que ho fa en el moment de la ruptura conjugal, el que sí que no és controvertit —majoritàriament—, tant per part de la doctrina com per part de la jurisprudència,

17. S'ha de tenir en compte que les parts, basant-se en l'autonomia de la voluntat, poden pactar —encara que existeixi desequilibri i/o enriquiment— el que considerin convenient. De tota manera, cal pensar que si no existeix desequilibri i/o enriquiment, en realitat no estarem en presència d'una verdadera renúncia de drets, atès que no es donen els pressupòsits exigits per la llei. Per tant, pot dir-se que no hi ha en sentit tècnic una renúncia a un dret —encara que així s'hagués documentat—, ja que, i valgui la redundància, no es té cap «dret».

és la seva validesa, en consideració que la renúncia en un conveni sol redactar-se i firmar-se quan la separació o el divorci és imminent.

De tota manera i encara que la renúncia és irrevocable, aquesta ha de ser expressa i explícita, ha de ser realitzada en termes clars i inequívocs —a la qual cosa afegeix la STS de 5 d'abril de 1997 que ha de ser terminant i sense dubtes sobre el seu significat—, i ha d'interpretar-se restrictivament. Ha d'indicar-se, d'altra banda, que si s'han traspassat els límits que assenyala l'ordenament jurídic per al joc de l'autonomia de la voluntat —*ex art. 6.2 i 1255 CC*—, pot sol·licitar-se que es declari la seva nul·litat, o bé, si concorre en l'emissió del consentiment algun vici de la voluntat, la seva anul·labilitat —*ex art. 1265 CC*—,¹⁸ en el procediment corresponent.

2.2.2. *Abans del matrimoni*

Una qüestió distinta a la plantejada fins ara i en la qual existeixen veritables discrepàncies doctrinals, així com d'alguns pronunciaments d'audiències provincials, és la relativa als denominats *acords preventius de la crisi matrimonial* i, en concret, a aquells en els quals es pacta una renúncia a una hipotètica pensió compensatòria i/o indemnitzatòria per raó del treball.¹⁹ És a dir, el que és objecte de discussió és si aquests pactes són vàlids.²⁰

En aplicació del Codi civil i en relació amb la pensió compensatòria, la SAP d'Astúries de 12 de desembre de 2000²¹ va entendre que, si bé no podia

18. La STS de 15 de gener de 1994 —en la qual l'esposa va demandar el seu marit en un judici declaratiu de menor quantia— va considerar nul·les —anul·lables— les escriptures de capitulacions matrimonials —les estipulacions de les quals eren perjudicials per a l'actora— perquè van ser atorgades amb intimidació. En aquest sentit, diu que «del carácter violento del demandado no deja margen alguno de duda la sentencia del Juzgado de lo Penal de Orense, que lo condena por agredir a su hijo dándole en la cabeza con un hacha al levantarse de la mesa tras el almuerzo familiar».

19. A favor de la renunciabilitat prèvia, vegeu M. P. GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, núm. 4 (2003), p. 1655. En contra —i en relació amb l'article 41 CF—, vegeu Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, Civitas, 2003.

20. No és comunament discutit que, dins dels límits de l'article 1255 CC, els futurs cònjuges —o ja cònjuges— puguin pactar en capitulacions matrimonials les conseqüències d'una possible ruptura matrimonial. Si bé i en consideració a aquesta, aquests acords poden ser de molt distinta naturalesa, només faig referència als que afecten matèries disponibles i, en concret, als pactes en els quals es renuncia a drets patrimonials futurs, atesa la naturalesa d'aquest comentari.

21. En l'escriptura pública de liquidació de la societat de «gananciales» atorgada el 1992, entre altres estipulacions, ambdós cònjuges van renunciar a la pensió compensatòria. La sentència de

pronunciar-se sobre l'anul·labilitat de la renúncia per vici del consentiment,²² «cuestión ésta que no puede ser resuelta en el procedimiento especial en que nos encontramos», sí que podia examinar d'ofici «si dicha renuncia es válida o nula de pleno derecho, dado que se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico [...]». En conseqüència i atès que la renúncia s'havia fet uns quants anys abans de la demanda de separació, la va declarar nul·la de ple dret i, després d'examinar si es donaven o no els requisits per a concedir a l'esposa la pensió considerada en l'article 97 CC, va estimar la seva procedència.²³

En canvi, la SAP de Múrcia de 18 de novembre de 2003 va considerar que la renúncia a la pensió compensatòria efectuada per la demandada en capítols matrimonials és vàlida.²⁴ La SAP de Madrid de 27 de febrer de 2007, acceptant que la doctrina i la jurisprudència no són pacífiques respecte a aquesta qüestió, també la va considerar vàlida.²⁵

L'Audiència Provincial de Granada, en la Sentència de 19 de maig de 2001, després d'assenyalar que la renúncia a la pensió compensatòria continguda en els capítols matrimonials subscrits pels futurs cònjuges és atípica, va considerar que aquesta era vàlida «puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible [...] y, por lo tanto, es perfectamente renunciabile». No obstant això, va confirmar la sentència d'instància en què es va fixar una pensió compensatòria a favor de l'esposa, ja que, si bé aquest pacte vinculava els cònjuges, les cir-

separació —demanda presentada per l'esposa—, de data 10 de gener de 2000, no es va pronunciar sobre aquesta qüestió. L'actora va presentar un recurs d'apel·lació —al qual es va adherir el marit en relació amb l'atribució de l'habitatge.

22. La recurrent va al·legar que el consentiment prestat no era vàlid perquè no el va prestar lliurement, sinó coaccionada pel seu espòs i per tota la família.

23. Aquesta Sentència, així com altres resolucions que consideren invàlides aquest tipus de renúncies, es fonamenta en la STS de 18 de novembre de 1957 —i en altres de posteriors—, que manté que «la renuncia a los derechos o beneficios otorgados por las leyes sólo cabe respecto de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual, como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer».

24. L'Audiència Provincial va estimar el recurs interposat per l'actor i, en conseqüència, va revocar la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància, en l'únic sentit de suprimir la pensió compensatòria establerta en aquesta a favor de la demandada.

25. L'Audiència Provincial va desestimar el recurs interposat per la demandada i actora reconvençional, que sol·licitava el reconeixement del dret a la pensió compensatòria en consideració que havia renunciat a aquesta en uns capítols matrimonials atorgats quatre dies abans de contraure matrimoni.

cumstàncies en el moment de la separació eren molt diferents de les que van servir de base per a pactar aquella clàusula.

Pel que fa a la renúncia a la indemnització per raó del treball per a la casa —*ex art. 1438 CC*—, la SAP de Múrcia de 29 d'octubre de 2002 va entendre que el pacte contingut en els capítols matrimonials era eficaç, atès que era clar i explícit.

L'article 15 CF, que ha optat per definir els capítols matrimonials prenent com a base el seu contingut, assenyala —en relació amb el que aquí interessa— que els atorgants, a més de poder determinar quin és el règim econòmic matrimonial, poden establir les estipulacions i els pactes lícits que considerin convenients, «incluso en previsión de una ruptura matrimonial».

Partint del fet que els futurs cònjuges poden pactar en capitulacions matrimonials les conseqüències d'una possible ruptura matrimonial —estipulacions de contingut distint—²⁶ a la vista de l'article esmentat, cal preguntar-se si la renúncia a un hipotètic dret a la pensió compensatòria i/o indemnització per raó del treball acordat en uns capítols matrimonials és un pacte lícit.

La SAP de Girona citada anteriorment va entendre que, si bé en el pacte quart de l'escriptura pública de capítols matrimonials s'establia que «[e]n caso de separación, divorcio o nulidad, quieren expresamente que no haya derecho a compensación alguna por razón del matrimonio o convivencia conyugal», no obstant això i atès que ambdues pensions «nacen a partir del momento de la separación, divorcio o nulidad matrimonial porque así se dice literalmente en el redactado» —de l'article 84 CF—, ens trobem, doncs, «delante de una cláusula que comporta una renuncia total y absoluta de unos derechos que aún no han nacido ni se podía saber, en el año 1991, si llegarían a nacer en cualquier momento.»²⁷

Ara bé —es preguntava—, aquesta classe de renúncia està permesa en el nostre ordenament jurídic? Per a això, diuen els jutges, cal acudir a la interpretació de les normes i també a la dels contractes —com en el cas d'uns capítols matrimonials.

En relació amb la primera qüestió —raonen—, l'article 15 CF no permet expressament una renúncia explícita a un dret futur —per tant, «nos encontramos delante de un silencio normativo»— i, encara que sí que preveu que es puguin fer pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, aquests han de ser lícits.

26. Serveixen els mateixos arguments si el pacte es realitza durant el matrimoni.

27. No obstant això, el Jutjat de Primera Instància, entre altres pronunciaments i en consideració a la clàusula esmentada, va dir que «no procede pensión compensatoria ni indemnización alguna».

Pel que fa a la segona qüestió, la jurisprudència ha reiterat de manera no discutida «que las renunciaciones a aquello que aún no se tiene no son aceptables en nuestro ordenamiento jurídico». En síntesi, una cosa és que es puguin establir uns pactes lícits sobre com s'ha d'afrontar una no desitjable ruptura matrimonial, i una altra de molt diferent és que es tracti d'una renúncia a «todo y en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia de una de las partes de aquello que aún no conoce porque no se ha generado —y en el caso de la indemnización del artículo 41 del CF no existía como tal en nuestro derecho positivo en el momento de otorgar capítulos». Aquesta classe de renúncia —continuen dient— és la que «ha de ser considerada nula a todos los efectos porque es contraria al artículo 6.2 del Código civil, tal y como la jurisprudencia lo ha venido interpretando, y, como ilícita que es, no está amparada por el artículo 15.1 del CF.»²⁸

És per això que es va estimar parcialment el recurs d'apel·lació i, en conseqüència, es va revocar parcialment la sentència d'instància, en el sentit que el demandat va haver de pagar a l'actora la quantitat de prop de 400.000 euros en concepte de la indemnització prevista en l'article 41 CF i la suma mensual de 2.404 euros en concepte de pensió compensatòria —aquesta, durant set anys.

D'això raonat en aquesta Sentència, cal destacar que l'afirmació —i, segons la jurisprudència— que en el nostre ordenament no és possible aquest tipus de renunciacions —«a aquello que no se tiene»—, opino que ha de ser matisada.

En efecte, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 22 d'octubre de 1999, sí que va considerar vàlida la renúncia a un dret futur. Així i davant l'al·legació dels recurrents en cassació en el sentit que «no ha nacido su derecho y no existe lo que los propios demandados llaman “expectativas” del derecho [...] y por lo tanto si no existe ese derecho no se puede renunciar a aquello que no existe», va raonar que «no existe obstáculo alguno para que en base a esa expectativa de futuro y por razones evidentemente legítimas, puedan las partes pactar [...] o pudieran convenir lo que estimasen procedente en cuanto a la compensación económica». Per tant, «no se comparte que no sea posible renunciar a una expectativa de derecho, por cuanto es perfectamente posible que, cualquier situación de futuro que incrementase el patrimonio de una persona, pueda ésta, de antemano, dentro de su libertad contractual, negociar sobre ese incremento».

28. Ultra això i després de recordar que el legislador català preveu alguna excepció a la llibertat de pactes (per exemple, *ex art. 9.1 CF*), curiosament —diu—, en la Llei d'unions estables de parella (aprovada el mateix dia que el Codi de família), en la qual es regulen també els pactes entre la parella, quan aquests són en previsió d'una ruptura, han de respectar uns mínims de dret, «els quals són irrenunciables fins al moment que són exigibles» —*ex art. 3.1 i 22.1 LUEP*. I cal significar que en la llei esmentada «se incluyen los derechos a una compensación económica similar a la del art. 41 CF y también a la pensión compensatoria del artículo 84 del CF».

Per la seva banda, la STS de 5 d'abril de 1997 —ja citada—, després d'assenyalar que la recurrent «ya tenía su derecho desde el accidente» i, per tant, la renúncia era vàlida, afegeix això següent: «[...] aparte de que cabe renunciar un derecho eventual futuro.»

A més, en general, pot dir-se que en alguns casos sí que són acceptables en el nostre ordenament jurídic renúncies d'aquesta naturalesa. Així, l'article 38.2 CDCC admet la renúncia anticipada a la tenuta i l'article 377.1 CS admet la renúncia a la llegítima que pogués correspondre en la successió intestada del fill impúber —vegeu l'art. 451-26.2a CCCat. També admeten expressament els pactes de renúncia a drets similars a la pensió els articles 4 i 8 de la Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua.

En particular, si bé efectivament l'article 15.1 CF no diu expressament que pugui renunciar-se a un dret futur, tampoc no ho prohibeix —com tampoc l'art. 6.2 CC no prohibeix expressament la renúncia a drets futurs—, i posa com a únic límit —igual que a les altres estipulacions contingudes en els capítols matrimonials— que el pacte sigui lícit, és a dir, que no sigui contrari a l'interès o a l'ordre públic ni perjudiqui tercers. D'això es col·legeix —segons el meu criteri i des d'aquesta perspectiva— que la renúncia a un dret que encara no ha nascut, i en concret al dret a la pensió compensatòria i/o indemnitzatòria per raó del treball, està prevista en l'article 15.1 CF, o, dit d'una altra manera, no és un pacte il·lícit.

Cal tenir en compte que, amb major freqüència, són molts els divorciats que tornen a contraure matrimoni. El fet que en aquestes circumstàncies els futurs cònjuges pactin en capítols matrimonials la renúncia recíproca a les compensacions econòmiques, permet interpretar que els atorgants saben a què renuncien, encara que el dret encara no hagi «nascut» —no existeix ruptura matrimonial i/o no s'ha decretat la separació o el divorci, segons les distintes postures jurisprudencials.²⁹

29. Així, la SAP de Múrcia (Secció Primera) de 29 d'octubre de 2002 va dir: «[...] nótese que se pacta —en capítols matrimonials uns dies abans de la celebració del matrimoni— el régimen de separación de bienes y además se especifica lo siguiente: de un lado, que cada una de las partes atenderá por separado las necesidades de sus respectivas familias por cuanto uno y otro son divorciados y han generado en sus precedentes nupcias un concreto núcleo familiar. Por otra parte y para la atención de ellas y también del núcleo familiar común, el Sr. [...] se obliga a contratar a su cargo, personal doméstico suficiente con el fin de evitar que su esposa deba atender personal y directamente tales necesidades del hogar, lo que será reintegrado con cargo exclusivo a los bienes propios del citado Sr. [...]» És per això que va desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la demandada en la instància, en consideració que el pacte en el qual es renunciava a la compensació prevista en l'article 1438 CC era vàlid.

D'altra banda i si bé la legislació catalana exigeix un plus de seguretat jurídica en mantenir que els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial han de constar en els capítols matrimonials —*ex art. 15.1 CF*—, no obstant això, res no impedeix que, quan el pacte sigui exigible, el jutge, a petició d'una part, pugui declarar-lo ineficax —nul o anul·lable—, com qualsevol altre pacte contingut en un instrument públic, però no perquè el pacte en si mateix sigui il·lícit, és a dir, en el sentit que sigui contrari a l'interès o a l'ordre públic o perjudiqui un tercer, sinó perquè —si s'acredita— o bé no va existir consentiment o bé aquest es va prestar viciat —per exemple.

De tota manera, cal tenir en compte que en altres supòsits pot haver transcorregut un llarg període de temps entre la subscripció del pacte i el moment de la ruptura conjugal —per exemple, en el cas d'una parella que se separa després de trenta anys de matrimoni— i, per tant, pot passar —igual que pot passar en les relacions contractuals d'execució prolongada o, si més no, deferida en el temps— que s'hagin produït canvis substancials i imprevisibles entre les circumstàncies tingudes en compte per les parts en el moment de celebrar l'acord i les concurrents en el moment d'exigir el seu compliment.³⁰ És per això que en el moment de l'exigibilitat del que s'ha estipulat, podria ser sol·licitada l'aplicabilitat de l'anomenada *clàusula «rebus sic stantibus»*,³¹ que és, en síntesi i encara que no faci al·lusió a aquesta, el que va resoldre la SAP de Granada —citada *ut supra*— de 19 de maig de 2001.

En conclusió, penso que si bé el dret encara no ha «nascut», això no obsta que per endavant els futurs cònjuges o ja cònjuges, en nom de l'autonomia de la voluntat, puguin pactar en capítols matrimonials —*ex art. 15.1 CF*— una renúncia a aquesta expectativa de dret, sempre que els renunciants coneguin degudament a què renunciïn i quines són les conseqüències d'aquesta renúncia.

3. PRINCIPI DE ROGACIÓ

El consort que, a conseqüència de la separació o el divorci, vegi més perjudicada la seva situació econòmica, té dret a una pensió compensatòria —se-

30. L'apartat cinquè de l'article 231-19 —que es titula «Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial»— del llibre segon del Projecte de llei del Codi civil de Catalunya considera que són ineficaces quan en el moment en què es pretengui el seu compliment siguin greument perjudicials per al cònjuge, si s'acredita que han sobrevingut circumstàncies rellevants en la convivència matrimonial que no es van poder preveure ni es podien raonablement preveure en el moment del seu atorgament.

31. Vegeu la STSJ de 3 de març de 2002 i la STSJ de 2 de juny de 2004, que es refereixen a la mateixa clàusula en matèria de processos matrimonials, encara que no en relació amb el que s'ha exposat aquí.

gons l'art. 84 CF. Així mateix, el que hagi treballat per a la casa o per a l'altre cònjuge sense retribució o amb una retribució insuficient, té dret a rebre una compensació econòmica, en el cas que s'hagi generat, per aquest motiu, una situació de desigualtat entre el patrimoni dels dos que impliqui un enriquiment injust —*ex art. 41 CF*.

Ara bé, segons la STS de 2 de desembre de 1987, el dret a la pensió compensatòria —*ex art. 97 CC*, similar a la considerada en l'article 84 CF i entenc que aplicable a la indemnització per raó del treball— ha de ser peticionat en el corresponent procés de separació o divorci. Però cal preguntar-se si efectivament és incongruent la sentència que l'atorga d'ofici. D'altra banda, si existeix una renúncia a la pensió compensatòria en el procediment de separació, pot reclamar-se en el posterior de divorci? I la compensació econòmica *ex article 41 CF*, pot ser sol·licitada en qualsevol dels procediments?

3.1. PETICIÓ D'UNA PART

Els nostres tribunals exigeixen majoritàriament que la pensió compensatòria sigui demanada en el procés corresponent. No obstant això, el Tribunal Constitucional sembla que dóna a entendre que, si la part que té dret a la pensió compensatòria no la demana, el jutge pot atorgar-la d'ofici. En efecte, la STC 120/1984, de 10 de desembre, nega l'empara al recurrent —actor en la instància—, que va titllar la Sentència d'incongruent, «con vulneración del principio de contradicción», per haver establert una pensió compensatòria a favor de la demandada i al seu càrrec, malgrat que no existia una sol·licitud expressa respecte a aquesta qüestió.

Així, el recurrent, després d'al·legar que «si bien es cierto que la doctrina acepta una atenuación del principio dispositivo en el derecho familiar, en cierto modo contraría al principio de rogación», no obstant això, entén que «el reconocimiento del derecho concreto —la pensió compensatòria— debe ser solicitado y nunca declarado de oficio. Ello viene corroborado por el carácter que según la doctrina y las propias normas sustantivas tiene este derecho, de pactable, renunciabile o sustituible por voluntad del beneficiario, lo que elimina cualquier posible duda de que el tema esté sustraído del principio de rogación.»

El Tribunal Constitucional, després d'assenyalar que «la dimensión de los efectos económicos de la sentencia estimatoria del divorcio se encuentra, más o menos extensamente tratada, en los escritos de las partes, por lo que la afirmación del recurrente es, en este punto, inexacta», diu: «[...] pero es que aunque la parte demandante en el proceso matrimonial no hubiera suscitado en modo al-

gundo estos problemas, no por ello el juez se hubiera visto obligado a silenciarlo en su sentencia o a considerar como una reconvencción la petición de contenido económico formulada por la parte. No es ocioso traer a colación aquí alguna somera reflexión en orden al carácter de todo proceso matrimonial, en el que se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser instrumento al servicio del derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando entonces a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español.»

Per la seva banda, la Interlocutòria del Tribunal Constitucional de 28 de gener de 1987 no va admetre a tràmit el recurs d'empara interposat pel demandant en la instància, que el sol·licitava prenent com a base el fet que tant la sentència d'instància com la de l'apel·lació van fixar una pensió compensatòria a favor de la demandada sense que aquesta l'hagués peticionat.

Així i davant l'al·legació del recurrent que «el derecho a la pensión compensatoria establecida en el art. 97 del Código civil no es un imperativo categórico, pudiendo ser solicitada o renunciada por el presunto beneficiario» i que, en no haver-se postulat en la «litis, debe de abstenerse el juez de entrar a pronunciarse sobre este punto», el Tribunal Constitucional va fonamentar la seva inadmissió, per una banda, en el que s'exposa en la STC 120/1984, de 10 de desembre —en concret, va transcriure el paràgraf «en el proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens* [...]»—, i, per l'altra, en el fet que «la aplicación por el juez de instancia del art. 91 y siguientes del Código civil, con las consecuencias de la concesión de una pensión a la demandada —interpretación confirmada razonadamente en fase de apelación—, no puede considerarse jurídicamente infundada, no correspondiendo por tanto a este Tribunal corregir una interpretación que de la legalidad han efectuado los órganos judiciales [...]» Per tant, «en este caso no se puede apreciar indefensión por incongruencia en las sentencias impugnadas, ya que la incongruencia no existe cuando el pronunciamiento judicial versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la ley, el órgano judicial está facultado para introducir *ex officio*, esto es, sin necesidad de sujetarse rígidamente al principio rogatorio».

De tota manera, entenc que en realitat el Tribunal Constitucional no diu explícitament que la pensió compensatòria pugui ser atorgada d'ofici pel jutge, sinó que, malgrat que no consti una reconvenció expressa, si de l'escrit de contestació a la demanda es desprèn la seva sol·licitud o es demana expressament en la súplica, aquella ha de ser *ex officio* apreciada pel jutge.

Així, en el cas resolt per la Sentència del Tribunal Constitucional, en els antecedents de fet consta que en la súplica de la contestació a la demanda es dema-

nava que es condemnés el demandant al pagament d'una pensió i, pel que fa al tema resolt per la interlocutòria, si bé no consta ni en els antecedents ni en els fonaments jurídics si la demandada va sol·licitar la pensió compensatòria en l'escrit de contestació a la demanda de divorci, degué bastar que d'aquesta es desprengués tal pretensió perquè fos estimada pel jutge i el Tribunal, atès allò raonat en la mateixa resolució *ut supra* transcrita.

I aquest criteri ha estat seguit posteriorment per nombroses sentències d'audiències provincials, fins i tot després de l'aprovació de la Llei d'enjudiciament civil actual. En efecte, la SAP de Múrcia (Secció Primera) de 19 de juny de 2003 —entre altres— va estimar el recurs d'apel·lació presentat per la part demandada —l'esposa— perquè va entendre que havia existit una reconvençió «implícita».

Així, diu que «el artículo 406.2 de la Ley de enjuiciamiento civil dispone que la reconvencción se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda establece el artículo 399 y expresando con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos; y añade que en ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal. Este último inciso, *especialmente en los procesos sobre separación o divorcio, permite adoptar una interpretación amplia sobre la admisibilidad de la reconvencción en tales casos aunque no se haya cumplido formalmente el requisito de su formulación separada y a continuación de la demanda*. En este tipo de procesos es normal, y resulta admitido, que la parte demandada interese en el “suplico” pronunciamientos que no se limitan a la mera desestimación de la demanda, sino que, en relación con las medidas definitivas, se adopten otras con carácter más gravoso para la parte actora que las propuestas por dicha parte, lo que viene a ser discutido en el proceso por tratarse de cuestiones sobre las que el tribunal puede pronunciarse de oficio. Ahora bien, cuando, *como ocurre en el caso, se trata de la solicitud de medidas que precisan la solicitud expresa de la parte interesada*, debe aceptarse una interpretación amplia, con absoluto respeto a la norma *que impide acoger la llamada “reconvencción implícita”, admitida antes de la vigencia de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000*, puesto que el “suplico” de la contestación contiene pretensiones de condena para el demandante y no se limita, desde luego, a solicitar la absolución de la demanda.»

No obstant això, cal recordar que el Tribunal Suprem, en la Sentència de 2 de desembre de 1987 i, per tant, posteriorment a les resolucions del Tribunal Constitucional, va estimar el recurs de cassació en interès de la llei interposat pel

ministeri fiscal «a los únicos efectos de crear jurisprudencia [...] y declara que la llamada pensión compensatoria, regulada en el art. 97 del C. civ., no puede acordarse por el juez de oficio».

Per la seva banda, la Llei d'enjudiciament civil actual regula taxativament en quins supòsits únicament serà admesa la reconvenió, per la qual cosa s'haurà d'entendre que ha de fer-se de manera expressa en la contestació a la demanda, consegüentment amb el règim general regulat en l'article 406 LEC, que introdueix el principi d'inadmissibilitat de la reconvenió implícita, juntament amb el d'inadmissibilitat de la reconverció no connexa amb la demanda.

3.2. PROCEDIMENT PER A LA RECLAMACIÓ

Tant la doctrina com la jurisprudència, majoritàriament, consideren que la renúncia a la pensió compensatòria en el procés de separació projecta la seva eficàcia en el procés posterior de divorci; per tant, si no s'ha sol·licitat en el primer procediment, tampoc no es pot sol·licitar en el segon. El mateix criteri ha de presidir quan es renuncia a la indemnització per raó del treball, atès el que es regula en l'article 42 CF, que manté que «[e]l dret a la compensació econòmica establert per l'article 41 només es pot exercir en el primer procediment en el qual se sol·liciti la separació, el divorci o la nul·litat [...]».

De tota manera, tant les seves particularitats com les excepcions al que s'ha exposat anteriorment fan que ambdues pretensions siguin objecte d'atenció separatament.

3.2.1. *La pensió compensatòria*

En un principi, podria dir-se que si ha existit una renúncia al dret a la pensió compensatòria i, per tant, la sentència de separació no estableix aquesta pensió, no pot concedir-se en la posterior sentència de divorci. No obstant això, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya entén que sí que pot atorgar-se quan substitueix la pensió alimentària fixada en la sentència de separació.

En efecte, així es pronuncia la STSJC de 4 de juliol de 2002, els fets de la qual són els següents: en el primer litigi sobre separació matrimonial, el pacte quart del conveni regulador aprovat per la sentència establí: «El Sr. X1 abonarà a la Y1, la cantidad mensual de 65.000 pesetas en concepto de prestación alimenticia, anualmente revisables según el índice del coste de la vida.» En el pacte setè es deia: «Como excepción de lo antedicho, los suscribientes dan por

enteramente liquidada la sociedad matrimonial, dándose por saldados y finiquitados, sin nada más que pedir o reclamar.»

La sentència de primera instància, dictada en el judici de divorci, va decretar l'extinció de l'obligació de pagar aliments a càrrec del marit i no va establir una pensió compensatòria, tenint en compte el pacte setè. L'Audiència Provincial va estimar el recurs interposat per la part demandada i va revocar parcialment la sentència d'instància, en el sentit que va establir una pensió compensatòria a favor de l'esposa. L'actor va presentar un recurs de cassació.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, interpretant en la seva globalitat el conveni regulador —*ex art. 1285 CC*—, diu: «Arribat el moment del divorci, aquest fet determina l'extinció de la pensió alimentària per truncament del vincle matrimonial, extinció que deixa sense fonamentació escaient la renúncia a la pensió compensatòria, a la qual es va renunciar perquè les necessitats de l'esposa ja eren cobertes per la pensió d'aliments.» És per això que «es pot afirmar que, mentre el marit pagava la pensió per aliments, la pensió compensatòria es trobava en situació latent, i si després de la sentència de divorci els ex-cònjuges no estableixen cap altre conveni per tal de suplir la mancança de la pensió alimentària, el perjudici econòmic que havia de pal·liar la pensió alimentària pot esmenar-lo la resolució judicial per la via d'establir una pensió compensatòria del mateix import». En conseqüència i considerant ajustat al dret el pronunciament contingut en la Sentència de l'Audiència Provincial, va desestimar el recurs de cassació.

En un sentit similar es pronuncia la STSJC de 2 de juny de 2003, els fets de la qual són els següents: en el pacte setè del conveni regulador aprovat en la sentència de separació s'exposa que «[n]o existiendo desequilibrio económico en relación con la posición que mantenían durante la vigencia del matrimonio, ambos esposos reconocen que no tienen nada a reclamarse, el uno del otro, en concepto de pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil.» En la sentència de divorci, el jutge d'instància va concedir a l'esposa una pensió compensatòria. L'Audiència Provincial va estimar el recurs interposat pel marit i va revocar el pronunciament relatiu a la pensió, el qual va deixar sense efecte perquè va entendre que, d'acord amb la clàusula esmentada del conveni regulador de la separació aprovat judicialment, l'esposa havia renunciat a la pensió compensatòria. La demandada va presentar un recurs de cassació.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, després de recordar que el «tema de la renunciabilidad de la pensión compensatoria debe considerarse hoy pacíficamente resuelto» —i citar sentències del Tribunal Suprem i de la mateixa Sala—, va dir que, no obstant això i «aunque resulta válida y eficaz la renuncia efectuada de manera clara y terminante, no resulta diáfana, en especial en situa-

ciones de desequilibrio con dificultades para lograr un mínimo digno de subsistencia».³² En conseqüència, va estimar el recurs i va deixar sense valor la renúncia esmentada, en consideració que aquesta es va fer sobre la base de percebre una pensió d'aliments que cobria les necessitats de la recurrent,³³ pensió que s'extingeix en el moment del divorci.³⁴

3.2.2. *La indemnització per raó del treball*

Segons el que preceptua l'article 42 CF, la petició de la compensació econòmica regulada en l'article 41 CF només pot exercir-se en el primer procediment en el qual se sol·liciti la separació, el divorci o la nul·litat, i, per tant, no es pot formular en l'eventual procediment subsegüent de nul·litat o divorci.

És per això que si el cònjuge amb dret a aquesta compensació renuncia a la seva percepció —en un conveni homologat, en un conveni sense homologar o en un pacte privat— i, en conseqüència, en la sentència de separació no s'atorga, no pot ser reclamada en el procediment de divorci.

No obstant això, existeix una excepció considerada en la mateixa norma, que assenyala: «[...] llevat que hi hagi hagut reconciliació i nova convivència i per raó d'aquesta.»³⁵

Per tant, si una parella se separa —per exemple, després de tres anys de matrimoni— i en el conveni regulador ambdós cònjuges renuncien expressament a la percepció de la indemnització per raó del treball, aquesta no pot sol·licitar-se en el subsegüent procediment de divorci. Però sí que es pot demanar en aquest si en el període existent entre la separació i la sol·licitud de divorci han existit una convivència —per exemple, de deu anys— i una nova ruptura i si per raó d'aquestes ha existit una desigualtat patrimonial no justificada que impliqui un enriquiment.

32. Segons la STSJC, la cita és de la STS de 2 de desembre de 1987, que transcriu literalment.

33. El Tribunal té en consideració que s'havia pactat una pensió alimentària de 150.000 pessetes —revisable— per a ella i per als seus fills, i, un cop independitzats aquests, el marit va continuar pagant una pensió —ja només a l'esposa— de 77.000 pessetes.

34. Encara que no tracten el tema de la renúncia en el sentit exposat en aquesta Sentència, sí que es pronuncien sobre la «reconversió» de la pensió d'aliments en pensió compensatòria la STSJC d'11 de desembre de 2003 i la STSJC de 8 de novembre de 2004.

35. De tota manera, poden existir —i de fet han existit— controvèrsies en relació amb aquest apartat, tenint en compte el que preceptua l'article 84 CC. Siguin aquests o altres els motius, l'article 232-10 del Projecte de llei del llibre segon del Codi civil de Catalunya no fa cap referència a la reconciliació.

Per acabar, cal dir que la disposició transitòria primera del Codi de família manté que, si bé les disposicions del Codi contingudes en els títols I i II s'apliquen als matrimonis, sigui quina sigui la data de la seva celebració, s'exceptua d'aplicació el que es regula en l'article 42 CF, que només s'aplica als casos de separació, nul·litat o divorci que s'iniciïn posteriorment a l'entrada en vigor del Codi.

La raó de ser d'aquesta excepció rau en el fet que la Llei 8/1993, que va introduir en el nostre ordenament la indemnització per raó del treball —*ex art. 23 Llei 8/1993*—, no conté cap norma relativa a la seva petició i, en canvi, el Codi de família, sí. És per això que, en no haver-se introduït *ex novo*, no pot ser aplicada amb caràcter retroactiu.

Precisament, un dels problemes que s'ha plantejat està relacionat amb el temps transcorregut entre l'entrada en vigor de l'article 23 CDCC i la de l'article 42.1 CF, és a dir, quan un dels cònjuges, amb dret a la indemnització per raó del treball —*ex art. 23 CDCC*—, no la va sol·licitar en el procediment de separació i sí que ho va fer en el de divorci, i quan ja era vigent el Codi de família.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la Sentència de 26 de novembre de 2001, va desestimar els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació presentats pel demandat en la instància, perquè va considerar que la indemnització per raó del treball pot sol·licitar-se en el plet de divorci encara que no s'hagi sol·licitat en el de separació, sempre que aquest últim plet s'hagi iniciat abans de l'entrada en vigor del Codi de família. La finalitat de l'excepció «no puede ser más obvia y más justa: evitar que quien no estaba obligado por la anterior legislación —y el artículo 23 de la CDCC no lo prescribía— a ejercitar su eventual derecho a la compensación económica por razón del trabajo en el primer procedimiento de separación, divorcio o nulidad, pierda tal derecho por su no ejercicio por causa de una ley posterior que sí que lo requiere.»