

3 **Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación con la extinción de la pensión compensatoria**

BELÉN CASADO CASADO

Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil Universidad de Málaga

**Revista de Derecho de Familia 58
Enero - Marzo 2013**

Sumario:

- I. Resumen de la sentencia
- II. Planteamiento introductorio
- III. El convenio regulador y los pactos inter partes. Eficacia. La autonomía de la voluntad
- IV. Modificación de medidas en el proceso matrimonial por valoración nueva o por cambio de circunstancias. Retroactividad e irretroactividad de efectos de la sentencia
- APD.1. Conclusiones
- APD.2. Bibliografía

RESUMEN

Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación con la extinción de la pensión compensatoria

Planteamos en este trabajo, al hilo del comentario de esta sentencia, la posible modificación en el posterior proceso de divorcio de las medidas adoptadas judicialmente en un proceso de separación cuando no ha habido alteración sustancial de circunstancias. Igualmente, entramos a analizar el valor de la libertad de pactos y acuerdos de los cónyuges dentro y fuera del proceso matrimonial, y el carácter obligatorio de los mismos. La retroactividad o irretroactividad de efectos de lo establecido tanto en el convenio regulador, como tal aprobado u homologado judicialmente, como en cualquier pacto privado no sometido a valoración judicial, así como la necesidad de establecer una diferenciación entre el contenido dispositivo e imperativo de estos acuerdos.

Palabras Clave: Divorcio, modificación de medidas, autonomía de la voluntad, convenio regulador, pensión compensatoria, procesos matrimoniales.

ABSTRACT

Constitutive nature of divorce decrees in connection with the extinction of the alimony

In this work we bring up, in connection with the commentary of this decree, the possible revision in the subsequent processes of divorce of those measures judicially adopted in a separation process when there has not been a substantial alteration of circumstances. At the same time, we go into analyzing the value of the freedom of pacts and agreements inside and outside the matrimonial process, and their compulsory nature. The retroactive or non-retroactive nature of effects of what has been established in both, the divorce agreement itself, judicially agreed and homologated, and in the private agreements, outside the judicial assessment, as well as the need to distinguish between the mandatory and non-mandatory content of these agreements.

Key Words: Divorce, revision of measures, autonomy of will, divorce agreement, alimony, matrimonial processes.

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Los hechos que se detallan en esta sentencia son los siguientes: una pareja contrae matrimonio en el año 1981, fruto de esa relación nacen dos hijos que en el momento de la sentencia son mayores de edad. En el año 2004 se dicta sentencia de separación de los cónyuges que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Bizkaia en el año 2006. En ella se acordaron las siguientes medidas: a) uso y disfrute de la vivienda conyugal a favor de la esposa, b) pensión compensatoria atribuida a la esposa de 2000 euros durante cinco años y 1500 euros durante los tres siguientes, hasta completar el período de ocho años. El establecimiento del derecho de uso y disfrute de la vivienda así como de la pensión compensatoria nace pues del pacto entre las partes y dicho pacto recibe la posterior homologación judicial en la sentencia de separación.

En el año 2007 el esposo formula demanda de divorcio con petición de modificación de medidas: a) atribución del uso de la vivienda alegando que la esposa no la utilizaba y b) extinción de la pensión compensatoria con efectos desde enero del año 2005 por relación de pareja con otra persona y por trabajo remunerado, con devolución de cantidades recibidas con posterioridad a esa fecha. La esposa se opone a la demanda y alega que el marido no había hecho frente a su obligación de pago de las pensiones y de otros gastos generados por el inmueble que en su día fue el domicilio familiar. Pero no se especifica cuáles son las cuantías pendientes de pago por esos dos conceptos y desde qué fecha se ha producido el incumplimiento.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Santoña, en sentencia de 9 de febrero de 2009, acordó el divorcio y mantuvo las medidas establecidas en la sentencia de separación con el argumento de que el demandante conocía el hecho de la convivencia desde el momento de la separación, y no se opuso a la pensión. Entiende que ese hecho debió ser invocado en aquel momento conforme al art. 400 LEC y no resulta procedente alegarlo en un momento posterior.

El esposo recurre en apelación y la Audiencia Provincial de Santander, sección 2, de 13 de enero de 2010 estimó el recurso. Los argumentos para revocar la sentencia dictada en Primera Instancia fueron que la convivencia marital de la señora era un hecho incontrovertido, que la ley expresamente lo recoge como causa de extinción del derecho a la pensión, y que el marido podía reservarse la alegación de esta causa para un momento posterior. Establece la extinción de la pensión compensatoria desde el momento de la sentencia de divorcio, entendiéndose que ésta tiene efectos constitutivos.

El marido recurre en casación al Tribunal Supremo al opinar que se había vulnerado el art. 101 en relación al momento de extinción de la pensión compensatoria. La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo, pero el marido defiende que existe cierta contradicción en este sentido puesto que hay pronunciamientos judiciales que sostienen que es posible retrotraer los efectos de extinción de la pensión al tiempo de concurrencia de la causa. La petición en casación se funda exclusivamente en este motivo, es decir, que los efectos de la sentencia se retrotraigan al momento que se produjo la causa.

Manifiesta el Tribunal Supremo que debe valorarse si la sentencia de divorcio debe respetar las medidas adoptadas en la sentencia de separación o pueden producir efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas.

Recogemos el argumento del Tribunal por su trascendencia para el estudio de las cuestiones que planteamos con posterioridad. Dispone literalmente el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Quinto que *... si bien, como regla general, los efectos de la separación se consolidan con el divorcio, no necesariamente debe ocurrir así, porque el divorcio es una **situación nueva** que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación,*

derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el art. 86 CC. El divorcio es distinto de la separación y por ello pueden **replantearse** todas las medidas tomadas en la primera, entre ellas la de la pensión compensatoria. **La Ley ha previsto un procedimiento de modificación de medidas para los casos en que la situación de base que ha solucionado la crisis matrimonial no haya cambiado; por ello, con mayor razón, puede plantearse una modificación en el procedimiento de divorcio, puesto que se trata de una nueva situación que exigirá nuevas soluciones. Por ello se va a exigir que se pida la ratificación de las anteriores medidas, ya que de otro modo, deberían plantearse de nuevo todas y cada una de ellas.**

En conclusión, el divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia, que en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio 1).

Continúa diciendo que si el deudor ha consentido o pactado que se establezca la pensión conociendo la concurrencia de la causa de extinción en el procedimiento de la separación, puede pedir que se extinga en el momento del divorcio. Es posible alegar la causa concurrente, por la característica constitutiva del divorcio. Pero esta nueva situación sólo será efectiva desde la sentencia de divorcio y, por tanto, no puede ser retroactiva al momento de la demanda.

Finalmente y por ello, no casa la sentencia de la Audiencia y repite los argumentos anteriores dándole, desde nuestro punto de vista, un nuevo matiz, ya que menciona la irretroactividad de efectos por el conocimiento de la causa de extinción y por el consentimiento («pacto») en la imposición del pago de la pensión, puesto que no planteó con anterioridad modificación de medidas y mantuvo lo dispuesto en la sentencia de separación (antes expone que esta irretroactividad es por el carácter constitutivo de la sentencia); y señala que la prueba de la causa de extinción sin más permite la extinción de la pensión compensatoria con efectividad desde la sentencia de divorcio. No obstante, con anterioridad menciona cómo el tribunal de primera instancia había aplicado la que llama teoría del consentimiento, que desestimó la demanda en base a la teoría de los actos propios y al principio de buena fe, exponiendo que se aparta radicalmente de este pronunciamiento.

Un dato curioso es que no impone condena en costas por *la dificultad del problema planteado, sobre el que esta Sala no había tenido ocasión de pronunciarse*.

No hay más argumentación jurídica que la expuesta, la mayoría reflejada en este texto en su dicción literal, esto es, no hemos recogido una síntesis de la argumentación sino un reflejo textual del Fundamento de Derecho Quinto y Sexto que resuelven la cuestión litigiosa. Ya vemos cómo causa cierta perplejidad que ante la dificultad del asunto, manifestada y declarada por la propia Sala, el pronunciamiento de resolución sea de esta brevedad. Es el denominado carácter constitutivo de la sentencia de divorcio el que permite cualquier modificación o alteración de las medidas acordadas en la sentencia de separación por ser una resolución *ex novo*, y entendemos que es también este carácter constitutivo, en opinión de la Sala, el que fundamenta la irretroactividad; y el conocimiento y consentimiento por el deudor, anterior a la sentencia de separación, de la causa de extinción de la pensión, el que apoya también la irretroactividad de efectos, según concluimos desde una interpretación literal de los fundamentos jurídicos de la sentencia, pues ese consentimiento manifiesta una voluntad de pacto.

II. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Tras la reforma del Código Civil con la Ley 15/2005, de 8 de julio, el proceso de separación y divorcio se descausaliza; se habla de divorcio-remedio, y se rechaza ya la idea del divorcio como sanción, puesto que el legislador opta por hacer primar el ámbito de la libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Así expresamente queda manifestado en la Exposición de Motivos de dicha Ley. Y esta libertad (el matrimonio se configura como cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad, art. 10 CE) llega hasta la supresión de la necesidad de petición de separación con anterioridad al divorcio, de tal manera que sería posible la ruptura total del vínculo matrimonial pasados tres meses desde el nacimiento del mismo (art. 81 CC). Estos son los principios fundamentales inspiradores de la reforma, realizada con el propósito de adecuar el derecho a la nueva realidad social. Pero aun siendo posible el divorcio sin separación, podemos encontrar situaciones en las que exista separación judicial y posterior divorcio, ya que es una cuestión de opción y valoración personal o ideológica de los cónyuges.

La regulación del proceso de separación y divorcio, y sus efectos, es muy similar (arts. 81 y 86 CC, arts. 769 y ss LEC). Por otro lado, el art. 90 CC establece el contenido del convenio regulador común para ambos procedimientos. Este convenio regulador se convierte en instrumento jurídico de autorregulación de intereses por las partes. Se denomina negocio jurídico de derecho de familia sometido a valoración judicial. El principio de autonomía de

la voluntad de las partes se manifiesta en su integridad en los siguientes puntos:

— Por un lado, la formulación legal del contenido del convenio es amplia, pero al mismo tiempo se configura como «mínima», esto es, no veda la posibilidad de introducir otras medidas diversas de las expresadas en dicho artículo 2).

— Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el ámbito de la libertad para la autorregulación por las partes defiende de forma unánime una total libertad sobre los aspectos de índole patrimonial o económica, mientras que entienden se restringe por vía judicial esta libertad en las medidas relacionadas con los menores. La intervención estatal llega por tanto a materia de menores, por ser asunto de orden público, por estar configurado como principio general del derecho dicha protección, con reconocimiento expreso en la ley de este principio, por tener este también incidencia en normativa internacional 3).

— Conforme a la dicción literal del art. 90, sólo si no hay acuerdo el juez determinará lo procedente, pero en caso de haberlo será aprobado por el juez salvo si lo acordado es «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges». Pero la intervención del juez en este ámbito se reduce a una aprobación formal del acuerdo, que no de la declaración de la separación o el divorcio, puesto que ésta opera con carácter constitutivo (*vid.* arts. 81 y 86 CC y Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, al subrayar que «la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimiento de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que se impongan las medidas que sean precisas». La mención literal de la normativa ya por sí misma está determinando que la no aprobación de lo propuesto en el convenio sea restringida. De hecho, en la práctica no son rechazadas las propuestas de convenio regulador por apreciar esta situación perjudicial para uno de los cónyuges, aunque pudiera darse el grave perjuicio. Digamos que la práctica judicial favorece aún más esta libertad de autorregulación.

— La libertad es total, e igualmente el valor jurídico del pacto, en las situaciones de acuerdo sin homologación judicial. Así se ha pronunciado la Jurisprudencia en varias ocasiones 4). Y nadie cuestiona el valor jurídico de un pacto entre las partes en las circunstancias de separación de hecho.

La sustanciación del proceso judicial de separación o divorcio tampoco varía (arts. 769 y ss. LEC). La cuestión principal estriba en dilucidar si las medidas acordadas en el procedimiento de separación pueden ser modificadas en el procedimiento de divorcio, o estaría el juez vinculado por ellas. Pues bien, el art. 775.1 LEC permite la modificación de medidas definitivas «siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas», y ya hayan sido éstas adoptadas por mutuo acuerdo o adoptadas por el juez en defecto de acuerdo. El art. 90 CC dispone de la misma manera estableciendo la posibilidad de modificación por cambio sustancial en las circunstancias.

El procedimiento de divorcio se puede aprovechar como cauce judicial para modificar las medidas adoptadas en la separación cuando han cambiado dichas circunstancias, probando por tanto dicha alteración, que además debe ser sustancial. Pero, *a sensu contrario*, ¿estaría el juez del divorcio vinculado por lo acordado en la separación si no han cambiado estas circunstancias? Con ello los efectos de la separación seguirían teniendo vigencia en el tiempo, aunque pudieran plantearse en cualquier momento la modificación de medidas si se diera la alteración sustancial de circunstancias.

Pues bien, no está clara esta afirmación a nivel jurisprudencial y doctrinal. No sólo se plantea la posible modificación o supresión de medidas en la sentencia de divorcio con carácter *ex novo*, sin estar sometida a prueba de alteración sustancial de circunstancias, sino que además se llega incluso al planteamiento de que es necesario en el cauce procesal pedir la ratificación de las medidas adoptadas en la separación, puesto que, de no ser así, dejarían de tener efecto tras la sentencia de divorcio. En este sentido se han pronunciado la Jurisprudencia y la Doctrina. Así, por ejemplo, R. LLORENTE PINTOS 5) recoge resoluciones a favor y en contra de este planteamiento; resoluciones como: AP de Barcelona (Sección 18.ª), Auto núm. 249/2008, de 7 de octubre (*La sentencia de divorcio constituye una nueva situación jurídica, teniendo efectos constitutivos según se infiere de lo dispuesto en el art. 89 CC, y así se deduce de los arts. 76 CE y 774.4 LEC sobre las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas antes. Y puesto que en el procedimiento de divorcio nada se petitionó de forma expresa sobre el particular, perteneciendo al ámbito del principio dispositivo, la sentencia, por un mínimo de congruencia nada puede decidir; si ello es así es obvia la improcedencia de una ejecución basada en un título que ninguna referencia hace al objeto de ejecución, por todo lo cual y sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar el recurso que se examina*); AP de Pontevedra (Sección 6.ª), sentencia núm. 435/2007, de 19 de julio; AP de Pontevedra (Sección 1.ª), sentencia núm. 98/1999, de 26 de febrero (*Es obvio que la pensión compensatoria es materia sobre la que el*

tribunal no puede pronunciarse de oficio, en cuantoque está en la órbita de la facultad dispositiva de las partes. De ahí que, y en cumplimiento de la norma antes citada, sea criterio aceptado por las Audiencias Provinciales la necesidad de que supetición por el demandada se haga en demandada reconvenional), Sección 22.ª de la AP de Madrid en su Auto 234/2008 (...la atribución del uso de la vivienda familiar acordada en el convenio de separación aprobado por la correspondiente sentencia no pervive porque no hay pronunciamiento sobre tal medida en la sentencia de divorcio y también porque no hay petición sobre tal medida en los escritos rectores en este proceso y dicha medida en el caso que nos ocupa está bajo el principio dispositivo...).

Igualmente en la obra de LLORENTE PINTOS antes citada encontramos resoluciones judiciales en contra de este llamado «principio de sustitución», argumentando con ello totalmente lo contrario: AP de Córdoba, Sección 3.ª, Auto 21/2004, de 27 de febrero (... pues, esta sentencia de divorcio de 1 de octubre de 2002 no surte sus efectos de modo aislado y con total independencia de la separación y del convenio regulador que está insito en su espíritu como base del pronunciamiento, sino formando un todo indisoluble con ellos, ya que, sin su estimativa en conjunto, no es factible la interpretación precisa de la misma...). La Audiencia Provincial de Granada en varias resoluciones ha mantenido el criterio de que en las sentencias de divorcio que han ido precedidas de otra de separación no es necesario que se acuerden nuevas medidas ni se modifiquen las ya establecidas, aunque para evitar equívocos recomienda que la sentencia de divorcio se manifieste expresamente sobre las medidas que produce, aun con la fórmula de que se mantengan las dictadas en la separación, la falta de pronunciamiento o resolución sobre alguna de ellas comportará que siga desplegando sus efectos la medida anteriormente adoptada y en base al título que la adoptó —sentencia de separación— hasta tanto concurra causa de extinción, carácter que no tiene necesariamente la sentencia posterior de divorcio; AP (Sección 3.ª), Sentencia núm. 390/2003, de 28 de abril; AP de Granada (Sección 5.ª), Sentencia núm. 95/2010, de 26 de febrero 6).

III. EL CONVENIO REGULADOR Y LOS PACTOS INTER PARTES. EFICACIA. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el proceso matrimonial de separación o divorcio es necesaria la presentación por las partes de la llamada «propuesta de convenio regulador», que se convierte posteriormente en convenio regulador tras la aprobación u homologación judicial. Por ello se habla de negocio jurídico de derecho de familia⁷⁾ sometido a la intervención judicial, como negocio jurídico especial o mixto dotado de contenido dispositivo e imperativo. Si esto es así ya de entrada podemos intuir que el ámbito de la autonomía de la voluntad de todo negocio jurídico será mermado, naturalmente, por el contenido imperativo. También debemos tener en cuenta que puede haber un antes o un después de dicho convenio, ya que las partes pueden haber regulado sus intereses de forma particular o privada sin sometimiento a la intervención judicial o pueden modificar también de manera particular o privada lo aprobado en dicho convenio, para dejarlo así o para someterlo después a nueva aprobación judicial.

Debemos partir entonces, en primer lugar, de la diferenciación de conceptos, para no confundir la base normativa de aplicación de cada ámbito; una cosa es el convenio regulador propiamente, que será aquel cuyo contenido se detalla en el art. 90 CC y que a nivel procesal sigue los cauces de los arts. 777 y ss. LEC para los procesos matrimoniales, y otra cosa será, como término jurídico independiente, el acuerdo o pacto privado entre las partes fuera del cauce procesal y de la operatividad o practicidad del art. 90 CC. Nos referimos a cualquier pacto realizado en cualquier momento temporal por los cónyuges, bien como consecuencia de una separación de hecho, bien antes o después de una separación judicial o divorcio⁸⁾, que adquiere fuerza obligatoria por sí mismo producto de la autonomía de la voluntad de las partes. El contenido, la forma, el momento temporal, el posible carácter condicional, etc., es derivado de la capacidad de obrar de los sujetos intervinientes, del acuerdo o consentimiento de las partes y de nada más. Estos serán los llamados pactos o acuerdos que pueden ser elevados a escritura pública, que pueden ser posteriormente sometidos a la aprobación judicial y que participan propiamente de los caracteres de cualquier negocio jurídico⁹⁾.

Desde el punto de vista del convenio regulador el planteamiento que hacemos a nivel jurídico tiene que ver con la eficacia del pacto tras la homologación. Se entiende con ello que esta propuesta se convierte en convenio propiamente y adquiere eficacia jurídica tras la homologación. Por ello algunos autores hablan del convenio regulador como de una transacción sometida a condición, consistente en la homologación o aprobación judicial¹⁰⁾.

El Código civil señala que el juez no aprobará el convenio cuando resulte lesivo para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. La intervención judicial en materia de menores no se discute pero en la práctica no se produce dicha intervención en lo relacionado con los cónyuges. Así la SAP de Madrid de 6 de marzo de 1998 dispone literalmente¹¹⁾ que *s difícilmente concebible, en el vigente estado de nuestro ordenamiento, la fiscalización por los órganos jurisdiccionales de las cláusulas que tengan una repercusión directa y exclusiva sobre los propios*

cónyuges. En efecto, y a salvo de aquellas hipótesis en que las mismas fueran contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, parece dicha previsión legal una obsoleta reminiscencia de épocas no lejanas aún en que se establecían claras discriminaciones por razón de sexo y matrimonio, en perjuicio de la esposa, y a la que, en el fondo, se atisba un intento protectora través del precepto estudiado, precisamente por su hipotéticamente menor capacidad jurídica. Sin embargo tales discriminaciones han quedado ya claramente superadas por el desarrollo legislativo del artículo 14 de la Constitución, lo que deriva en la práctica inaplicabilidad del referido control judicial, en tanto el convenio no traspase los límites del artículo 1255 del Código civil 12). En relación a la eficacia del convenio regulador tras la homologación, está claro que el mismo tiene plena validez entre las partes, y no consigue dicha validez con anterioridad como tal convenio regulador; además se convierte tras la intervención judicial en título ejecutivo 13). Hablamos entonces de fuerza obligatoria, vinculante y ejecutiva del negocio jurídico sometido a control judicial.

Por otro lado, en relación a los que hemos llamado pactos o acuerdos, la cuestión de la eficacia, fuerza vinculante o poder ejecutivo de los mismos cambia. En primer lugar, debemos decir que estos pactos se sitúan en pleno ámbito de poder dispositivo, en materia naturalmente dispositiva; por ello los límites serán los marcados por el art. 1255 CC, ley, moral y orden público. Naturalmente, todas las cuestiones relacionadas con el plano económico y de los cónyuges juegan aquí con plena autoría, sin ni siquiera posibilidad legal de corrección a nivel exclusivamente formal y no práctico 14). La fuerza obligatoria del pacto entre las partes no se discute 15), pero sí podrían cuestionarse los efectos frente a terceros si dicho pacto no ha sido elevado a escritura pública e inscrito en el Registro correspondiente. En relación a la materia de *ius cogens*, encontramos también posturas a favor de admitir la validez de dichos acuerdos pese a la inexistencia de control judicial en todo su contenido 16). Pero debemos tener en cuenta que si perjudicara los intereses de los menores su validez podría ser atacada en base a los argumentos jurídicos que ya tenemos, esto es, contrario a los límites de la autonomía de la voluntad y demás normativa específicamente imperativa y/o de protección de menores 17). Pero estos acuerdos no tienen fuerza ejecutiva; sería necesario un proceso declarativo ordinario, haciéndolos valer en vía judicial 18).

Pero la existencia del pacto o acuerdo puede ser anterior o posterior a un proceso matrimonial consensuado, desde la libertad de contratación, y desde esta perspectiva habría que estudiar cómo se conjugan los efectos o cómo se resuelven las situaciones de colisión o duplicidad de pactos en sentido amplio (convenio regulador y pacto o acuerdo). Como se trata de figuras jurídicas diferentes pero similares, habrá que darle cierta similitud como negocios jurídicos respecto del contenido obligacional; por ello, cualquier acuerdo posterior en diferente sentido está estableciendo una modificación de lo ya reflejado en el anterior, con fuerza vinculante para las partes desde el consentimiento 19), sin estar sometidos a requisito de forma en virtud del art. 1278 CC. Y esta misma afirmación la podemos realizar respecto del convenio regulador anterior, y posterior acuerdo modificatorio a nivel privado, siempre que estemos ante materia dispositiva, con la particularidad de que sólo la discusión posterior de la eficacia *inter partes* de ambos acuerdos podría evitar la ejecución de la sentencia a través del mecanismo procesal de la oposición a la ejecución de resoluciones o probando la existencia del acuerdo privado subsiguiente modificatorio en proceso declarativo posterior 20). Sí habría ciertas dudas respecto del contenido imperativo, pero entendemos que sería igualmente vinculante el acuerdo ulterior respetando la norma imperativa, por ejemplo, respecto a la modificación de la pensión de alimentos de menores 21). De la misma manera, la modificación mediante pacto de lo establecido en anteriores acuerdos o en el convenio regulador no está sometida al requisito de la alteración sustancial de circunstancias, porque el consentimiento mutuo de las partes permite cualquier modificación en virtud del art. 1255 CC, y de la misma manera la retroactividad o irretroactividad de efectos se plantea desde esta interpretación, es decir, desde la libertad y respeto a lo acordado, pudiendo las partes determinarse si dicho acuerdo adquiere eficacia tras la firma, tiene efectos retroactivos al momento que se señale, o está sometido incluso a condición suspensiva hasta el acaecimiento de ciertas circunstancias 22).

Si entramos a analizar el contenido propiamente de los pactos o del convenio regulador en los aspectos que se detallan en la sentencia que comentamos, esto es, fijación de pensión compensatoria y derecho a uso de vivienda, el valor de la autonomía de la voluntad en este tema queda reflejado mediante estas ideas:

— Entienden la Doctrina y la Jurisprudencia que la fijación de pensión compensatoria es plenamente dispositiva. De esta manera se han valorado como legalmente admisibles pactos de todo tipo en relación a la fijación, renuncia, características, cuantía de la pensión, negociación o transacción. Incluso la renuncia anticipada a la pensión ha sido admitida, pese a tratarse de una renuncia con carácter preventivo, previa al nacimiento del derecho, o condicionada a la existencia de la ruptura; pero se ha permitido la alegación de la cláusula *rebus sic stantibus* si las circunstancias concurrentes al tiempo de la separación o divorcio eran muy diferentes e imprevisibles 23). Debemos también indicar que ha sido admitida la fijación de pensión compensatoria en casos en los que legalmente no había nacido por ley el derecho a la misma o se había extinguido por la existencia de algunas de las causas de extinción que detalla el

Código civil en su art. 101 CC24). Nos referimos a situaciones, por ejemplo, de dudoso nacimiento del derecho determinado por el poco tiempo de relación matrimonial o por las condiciones o cualificación profesional del cónyuge, por el empleo que ha ido desarrollando o ha obtenido con posterioridad, etc., o de extinción por relación matrimonial o convivencia marital con otra persona. Si estamos ante norma dispositiva sería válido cualquier acuerdo, la propuesta en convenio regulador sería homologada en este aspecto sin ningún problema25). La efectividad plena en relación al cumplimiento de lo establecido estaría determinada por la fecha del acuerdo privado de constitución, salvo si se hubiesen suspendido los efectos, o por la fecha de la sentencia de separación o divorcio con la homologación del acuerdo. Las modificaciones o alteraciones de los pactos estarían admitidas en cualquier sentido. Pero hay que tener en cuenta el nacimiento del derecho a recibirla; si por ley no ha nacido este derecho por no concurrir los presupuestos del art. 97 CC, el carácter obligatorio del derecho a recibirla es puro, es decir, ha nacido del pacto de las partes sin más (art. 1255 CC), y siendo esto así, siendo por ello contenido dispositivo, no puede cuestionarse su validez. Resulta pacto vinculante en virtud de los arts. 1254, 1255, 1256, 1257, 1258 CC. Otra cosa sería que se negase que este pacto recogiese propiamente una pensión compensatoria, con la naturaleza y caracteres del art. 97 CC cuando conforme a la ley no ha nacido el derecho a recibirla.

— En relación al derecho de uso de la vivienda fuera del ámbito de materia de *ius cogens*, se convierte en plenamente dispositivo. Así lo afirman la doctrina y jurisprudencia26). Con ello, y desde este punto de vista, traeríamos de nuevo a colación todo lo referenciado anteriormente en relación a la fijación de la pensión compensatoria. No creemos que deba ser especialmente tratado cada uno de los puntos del convenio o del acuerdo sobre la base de estas ideas, sino que la delimitación autónoma de la voluntad/intervención estatal juega en relación a las reglas normativas/normas imperativas para esta concreta situación, como negocio jurídico mixto.

IV. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN EL PROCESO MATRIMONIAL POR VALORACIÓN NUEVA O POR CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

Ya dejamos planteado cómo la regulación del proceso de separación y divorcio es parecida (arts. 81 y 86 CC, arts. 769 y ss. LEC). Por otro lado, el art. 90 CC establece el contenido del convenio regulador común para ambos procedimientos. Este convenio regulador se convierte en instrumento jurídico vinculante puesto que determina el nacimiento de obligaciones y derechos para ambas partes. En relación a los efectos que produce la sentencia, específicamente detallados en la normativa, el art. 83 CC establece el cese de la presunción de convivencia entre los esposos con la resolución judicial de separación, así como la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica27). La sentencia de divorcio produce la ruptura o disolución del vínculo, y estos son efectos que se determinan sólo desde el momento del pronunciamiento judicial. Dice el art. 89 CC literalmente que «La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza». El carácter vinculante y directamente ejecutivo de lo acordado y aprobado judicialmente se detalla en el art. 90 CC («Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio»); así como el art. 776 LEC.

Indudablemente la sentencia tiene carácter constitutivo en este aspecto, el detallado en los arts. 83 y 89 CC, y esta sentencia es la que produce modificación del estado civil, dándose de oficio por el juzgado traslado de dicha modificación a efectos de Registro civil; Indudablemente, y conforme a la interpretación literal de la norma, las medidas adoptadas en el convenio son vinculantes, tienen fuerza obligatoria y fuerza directa ejecutiva, pero también conforme a la dicción literal sólo pueden ser modificadas por alteración sustancial de las circunstancias que se valoraron y tuvieron en cuenta en el momento de dictar el pronunciamiento judicial (art. 775 LEC y art. 90 CC). Entendemos que no es posible la modificación de medidas sin que exista alteración sustancial de circunstancias.

Pero esta postura es contraria a la que defiende el carácter constitutivo de la sentencia de divorcio relacionado con el llamado **principio de sustitución** 28), porque va en pro de la mayor libertad de valoración judicial, en cuanto que es partidaria de la evaluación *ex novo* en el proceso de divorcio de las medidas que pudieron adoptarse vía judicial en la sentencia de separación. Las decisiones judiciales que defienden esta idea entienden además que el discurso a favor de esta interpretación lleva incluso a hacer necesaria la ratificación, o planteamiento por reconvenimiento de medidas ya aprobadas judicialmente para evitar el vacío judicial posterior por omisión, ya que no procedería el pronunciamiento de oficio cuando estamos ante norma dispositiva, en virtud del principio procesal civil de rogación.

A favor de esta postura se manifiesta la sentencia que traemos aquí como objeto de comentario en este artículo. Lo dice así expresamente el Tribunal y se pronuncia en consecuencia al determinar que la pensión compensatoria con carácter temporal que se fijó en su día en virtud de sentencia de separación no procede por haber hecho el Tribunal valoración nueva, por las circunstancias determinantes de su extinción por convivencia marital de la esposa con otra

persona. Igualmente entiende que debe haber una irretroactividad de efectos, teniendo eficacia desde la fecha de la sentencia.

Desde esta opinión habría pues *de facto* dos cauces para modificar las medidas aprobadas judicialmente, el llamado propiamente procedimiento de modificación de medidas, que exige la prueba de la alteración sustancial de circunstancias, grave e imprevisible, y el procedimiento de divorcio. Sin embargo, no hay previsión legal expresa en este último sentido, sino interpretación jurisprudencial y corriente doctrinal en esta línea, que en ningún caso llega a ser unánime ni siquiera mayoritaria. La interpretación literal de la norma llevaría a afirmar que sólo es posible la modificación en las situaciones de alteración de circunstancias, entendiéndola literalidad *a sensu contrario* puesto que no se permite otra modificación. Igualmente, el planteamiento del carácter constitutivo de la sentencia refrenda mejor la irretroactividad de efectos, puesto que si se produce una valoración *ex novo* ésta debería sólo ser efectiva desde la aprobación judicial. Así se manifiesta igualmente el Tribunal en este caso, no admitiendo el recurso en la pretensión de efectos desde la interposición de la demanda.

Otro dato a tener en cuenta es que dicha interpretación «constitutiva» no se presenta como algo específico referido a ciertos aspectos del contenido del convenio, sino que las argumentaciones jurídicas no hacen distinción, son generalizadas respecto de todo el contenido, sean aspectos puramente económicos, relacionados con los menores, con la pensión compensatoria, el derecho de uso de la vivienda, se trate por tanto de contenido imperativo o de contenido dispositivo²⁹).

Otro tema importante es el de la retroactividad e irretroactividad de efectos de la sentencia. La norma menciona la irretroactividad en relación a la disolución del vínculo o al cese de la presunción de convivencia (arts. 83 y 86 CC), pero nada se dice de todos los demás efectos que puede producir la aprobación del convenio o la existencia de pactos. Pensamos que desde la valoración de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación que rige estos procesos se puede determinar una retroactividad al momento de la interposición de la demanda o al momento de la fecha del acuerdo, ya que no existe argumentación jurídica para negar esta posible retroactividad y sí argumentación positiva admitiendo la libertad de pactos o acuerdos aprobados por convenio, donde las partes pueden fijar esta retroactividad.

En relación a la eficacia de los pactos respecto de terceros, admitiendo ser ésta una cuestión compleja susceptible de tratamiento especial, pensamos que la eficacia frente a terceros de lo pactado con carácter general puede producirse tanto antes como después del pronunciamiento judicial y podría verse afectada por las modificaciones posteriores de medidas en función del caso concreto. En relación al divorcio, el art. 89 CC menciona que «no perjudicarán a terceros de buena fe sino a partir de la inscripción en el Registro civil», refiriéndose a la modificación del estado civil y al carácter constitutivo de la sentencia de divorcio respecto a la disolución del vínculo. Pero es conocida la posibilidad de liquidación de gananciales en cualquier momento, la modificación del régimen económico mediante capitulaciones matrimoniales, la protección normativa de intereses de terceros, de acreedores en relación a situaciones de fraude de derechos, etc.³⁰). Con ello planteamos que la cuestión de los efectos frente a terceros de estas medidas iría más allá de la valoración *ex novo*, retroactiva o irretroactiva de la sentencia, porque se hace depender de otros factores.

De todo lo estudiado hasta ahora, las ideas analizadas son las siguientes y las exponemos a modo de recopilación:

— Es reconocida la libertad de autocontratación o de autorregulación de los particulares en los procesos matrimoniales. La propia regulación del divorcio ya desde la reforma del año 1981 la contemplaba y se entiende se amplía dicho reconocimiento con la reforma del año 2005. Este reconocimiento lleva a proclamar con rotundidad que debe predicarse esta autonomía con total valor respecto del contenido dispositivo del convenio en los procesos matrimoniales.

— El convenio regulador aprobado judicialmente se entiende es negocio jurídico especial o mixto dotado de carácter vinculante, sirviendo además de título ejecutivo directo.

— Los pactos o acuerdos no aprobados judicialmente son válidos; pero no está claro si el juez en los procesos matrimoniales está vinculado por ellos, aunque sí desplegarán su eficacia como pacto privado cuando es cuestionada su validez en proceso declarativo ordinario.

— La libertad de valoración judicial, según algunas opiniones, debe llevar incluso a no limitar la actuación del juez en un proceso de divorcio que ha estado precedido por proceso de separación, pudiendo ser examinados de forma

distinta aspectos vinculantes ya nacidos de un anterior convenio regulador.

— La libertad de autorregulación, la autonomía de la voluntad reconocida en los procesos matrimoniales civiles, sólo se manifestará por tanto en la posibilidad de realizar la propuesta de convenio y su reconocimiento, pero no en lo relativo a la efectividad *ex post* de ésta, puesto que cede a favor de la «autonomía judicial». O entendemos así lo analizado o estamos obligados a declarar la existencia de una postura incoherente, que defiende la libertad de pactos y niega a continuación el carácter obligatorio de los mismos.

— Y aunque no tenga mucho sentido esta idea, entienden que sí hay una efectividad *ex post* de lo acordado cuando el planteamiento de su eficacia se produce fuera del proceso matrimonial, con lo cual los efectos de lo pactado van a depender de si se ha producido o no el refrendo judicial del acuerdo y del proceso judicial en el que se valoren. Además, siguiendo esta postura debemos saber que el carácter vinculante de las decisiones judiciales adoptadas también se subordina a si derivan de proceso de separación o de proceso de divorcio precedido de separación.

— Se cuestiona si la libertad de autorregulación podría llegar incluso a hacer nacer derechos y obligaciones de contenido similar a los derechos reconocidos vía legal, por ejemplo, como ocurre en este caso, la fijación de pensión compensatoria en el convenio a pesar de que el derecho a recibirla se haya extinguido por convivencia marital con otra persona.

— Los efectos retroactivos o irretroactivos de lo acordado judicialmente deben conjugarse con la libertad de pactos que permite una fijación de efectos vinculados al propio acuerdo o convenio, como pudieran ser los determinados a partir de la fecha del consentimiento, de la firma del convenio o pacto, o a partir del reconocimiento o aprobación judicial.

— Otra idea que se expone, aunque tampoco tenga mucho sentido, sería la necesidad, parece ser, de establecer una separación respecto del contenido obligatorio de lo acordado, en función de si es imperativo/dispositivo, con aprobación o sin aprobación judicial, en un proceso judicial o en otro proceso judicial, con los problemas de seguridad jurídica que ello acarrea. Habría por tanto, pactos más o menos obligatorios a nivel judicial, más o menos vinculantes; algunos con eficacia directa ejecutiva, otros con eficacia declarativa, otros con posibilidad de revisión judicial *ex post* ...

— No debemos olvidar que desde este planteamiento podría obviarse la obligatoriedad o «incumplir» lo pactado sin consecuencias jurídicas mediante proceso matrimonial donde se sometieran de nuevo a examen todas las cuestiones acordadas, con posibilidad con ello de revisión o valoración nueva de medidas.

APD.1. CONCLUSIONES

1. Hay un reconocimiento expreso legal, doctrinal y jurisprudencial del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia, y en específico en el marco de los procesos matrimoniales ante situaciones de crisis matrimonial, con una limitación referida solamente a la normativa de *ius cogens*.
2. Igualmente la libertad de pactos o acuerdos privados en materia de derecho de familia fuera del ámbito del convenio regulador y proceso matrimonial existe y se rige por la libertad total de pactos con los límites exclusivos del art. 1255 CC (ley, moral orden público). En este último caso, la obligatoriedad de lo pactado lleva a poder exigir su cumplimiento vía judicial, probando la existencia del acuerdo, y desde los efectos que las propias partes han pactado en el contrato; hablamos pues de incumplimiento, de proceso de declarativo para su cumplimiento y de vía ejecutiva posterior de lo declarado conforme a las normas generales.
3. Entendemos que, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, no deben darse diferencias entre uno y otro ámbito (puramente dispositivo de los acuerdos o pactos fuera de los procesos matrimoniales y «seudodispositivo» del convenio y del proceso matrimonial). En los procesos matrimoniales la decisión judicial se convierte directamente en título ejecutivo. En los procesos matrimoniales la valoración judicial en relación al contenido imperativo debe ser amplia, podría modificarse, ser objeto de nuevo examen, sin cortapisas, pero entendemos que respecto del marco económico, obligatorio puramente dispositivo, los efectos obligacionales deben funcionar de la misma manera que funcionan fuera del proceso matrimonial, esto es, debe restringirse el actuar judicial en *pro* del principio de libertad de contratación de las partes. Siendo ello así, el carácter obligatorio de las decisiones no podría someterse a nuevo examen salvo en situaciones de alteración sustancial de circunstancias, como expresamente permite la ley.

4. El reconocimiento amplio de la libertad de contratación en esta materia llevaría igualmente a reconocer legalmente el pacto de renuncia de derechos, y a disponer una eficacia retroactiva o irretroactiva en función de cómo se haya pactado. Por ejemplo, sería obligatorio el pago de pensión económica al cónyuge, en la cuantía estipulada, de la forma acordada, y desplegaría eficacia o se extinguiría en el momento que hubiesen acordado las partes. No podrían utilizarse con resultado positivo los procesos matrimoniales para no cumplir con lo acordado previamente de forma privada o mediante sentencia de separación. Estaría el juez vinculado por este pacto previo.

5. La forma de conjugar los efectos entre uno y otro proceso (matrimonial/civil ordinario) no puede llevar en ningún caso a negar valor o a dotar de menos valor a lo que tiene una finalidad y un fundamento idéntico.

6. Debemos saber también que hay base legal para entender que los pactos privados deben cumplirse, ya que lo contrario supondría, conforme al art. 7 CC, conducta contraria a la buena fe, abuso de derecho y actuación contraria a los propios actos. Y además, lo contrario se convierte en herramienta perversa para poder incumplir lo pactado «con autorización judicial».

Conclusiones referidas a la sentencia que analizamos

Si se pactó en virtud de convenio en un proceso matrimonial de separación el pago de una pensión llamada compensatoria, en un momento temporal en el que ya se había extinguido la causa que dio origen al nacimiento de la misma por convivencia marital de la esposa con otra persona, este derecho nació exclusivamente del pacto. El juez en el proceso de separación así lo entendió y determinó su validez respetando el principio de libertad de contratación de las partes, estando pues ante un acuerdo privado con refrendo judicial.

En un posterior proceso de divorcio, no podría el juez determinar la extinción de la pensión por concurrencia de causa de extinción legal (art. 101 CC), cuando nació existiendo dicha causa de extinción, al configurarse con alcance exclusivamente dispositivo. Esta línea de interpretación seguida en relación al carácter dispositivo de la pensión compensatoria, que en este caso bien podría llamarse pensión económica sin más por no ajustarse expresamente a lo prevenido por ley en el art. 97 CC, es la que de forma prácticamente unánime ha defendido la doctrina y la jurisprudencia. Distinto es que la parte «afectada» por el pago de esta pensión económica de alcance elevado utilice otras herramientas legales posibles, y posiblemente viables en este caso, a través de un proceso declarativo ordinario, como sería la petición de nulidad de lo pactado por vicios del consentimiento, error, dolo, intimidación o violencia, si consigue probar la existencia del vicio y se dan los presupuestos de aplicación. Argumentos que llevarían incluso a afirmar la ineficacia parcial de ciertos aspectos del pacto o la ineficacia total de lo prevenido, según el caso.

De la misma manera, la interpretación de la base del negocio, los criterios de interpretación de los contratos, podrían ser utilizados para defender que la voluntad de las partes cuando pactaron en este sentido fue la de establecer una temporalidad o unas condiciones respecto al nacimiento de ese derecho.

APD.2. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, L., «Autonomía de la voluntad y pensión compensatoria: efectividad de los pactos conyugales de renuncia previa», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 70.

ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E., comentario al art. 90 CC, en *Código Civil comentado*, vol. I, Directores: Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, Navarra, 2011, pp. 489 y ss.

ANDERSON, M., «La modificación de medidas derivadas de pleitos matrimoniales: el art. 775 de la LEC», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 67.

ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 1 de febrero de 2006», en *CCJC*, núm. 73, pp. 165-177.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital (De acuerdo a la Ley de 8 de julio de 2005 de reforma en materia de separación y divorcio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CABEZUELO ARENAS, A.L., «Comentario a la Sentencia de 5 de noviembre de 2008», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 905-927.

— «Limitación temporal en sentencia de divorcio de pensión compensatoria concedida en la sentencia de separación con carácter indefinido», en *Revista de Derecho Patrimonial* , núm. 9, 2002, pp. 503-512.

CAÑIVANO, M.A., «El “covenant marriage” como alternativa a las no “fault divorce laws”: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Privado* , febrero, 2002, pp. 168-182.

CUTILLAS TORNS, J.M., «La petición en el proceso de la actualización de la pensión alimenticia y compensatoria: retroactividad e irretroactividad de sus efectos», en *Revista General del Derecho*, núm. 658-659, 1999, pp. 8845-8870 .

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «El concepto de convivencia marital y extinción de la pensión compensatoria», en *RCDI* , núm. 703, 2007, pp. 2311-2316.

— «Convenio regulador-denegación de la inscripción de ciertas cláusulas (Resolución de la DGRN de 11 de septiembre de 2003)», en *RCDI* , núm. 680, pp. 3410-3412.

GASPAR LERA, S., «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», en *ADC* , julio-septiembre de 2011, pp. 1041-1074.

GIL MIQUEO, J., *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales* , coord. por Villagrasa Alcaide, C., *El convenio regulador* , 2011, pp. 333y ss.

LATHROP, F., «Naturaleza jurídica del Convenio Regulador de las crisis matrimoniales», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. xxi* , XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia , Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 69.

LLORENTE PINTOS, R., «Una nueva vía de extinción de la pensión compensatoria: la sustitución de medidas en el divorcio», en *Revista de Derecho de Familia* , núm.50, 2011, pp. 21-48.

MAGAZ SANGRO, C., «El proceso para la aprobación del convenio regulador (Artículo 777 LEC) y sus secuelas», en *Revista de Derecho Procesal* , núm.1, 2006, pp. 433-493.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Comentario a la STS de 22 de abril de 1997», en *CCJC* , núm. 45, septiembre-diciembre de 1997, pp. 951-959.

— *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio* , Valencia, 1995.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes *more uxorio* », conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en día 17 de febrero de 2000, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* , tomo XL, pp. 205- 249.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L., «Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio», en *Revista de Derecho de Familia* , núm. 44, 2009, pp. 25 y ss.

MONTERO AROCA, J., *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— *El convenio regulador en la separación y en el divorcio. (La aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil)* , Valencia, 2002.

MORENO. V., «La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudenciay Bibliografía* , 5, 2008, pp. 1345-1347.

NIETO ALONSO, A., «El convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas», en *Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudenciay Legislación* , núm. 17, octubre 2002, pp. 17-51.

PARRA TREGÓN, D., «Estudio práctico sobre la modificación y extinción de la pensión compensatoria», en *Revista Jurídica de Cataluña* , vol. 95, núm. 2, 1996, pp. 517-530.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas*, Valladolid, 1998.

PÉREZ UREÑA, A., «La extinción de la pensión compensatoria por la convivencia *more uxorio* del beneficiario», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 18, 2003, pp. 257-261.

PINTO ANDRADE, C., «La genérica validez de los pactos en prevención de la ruptura matrimonial», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, 2010, pp. 63-74.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1995», en *CCJC*, núm. 40, enero-marzo de 1996, pp. 19-28.

REYES GALLUR, J.J., «¿Es procesalmente admisible la “revocación de la ratificación” prestada por el cónyuge en un convenio regulador antes de dictarse sentencia», en *Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, núm. 47, 2010, pp. 315-318.

ROCA TRIAS, E., «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, 2006, pp. 2107 y ss.

ROMERO COLOMA, A.M., «La extinción de la pensión compensatoria por el cese de la causa que la motivó. Especial referencia a los trabajos ocasionales», en *Revista Jurídica del Notariado*, marzo de 2008, pp. 301-311.

RUBIO GIMENO, G., «Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10.9.2010», en *Indret, Revista per a l'anàlisi del dret*, Barcelona, 2011, pp. 1-22.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *La extinción de la pensión compensatoria*, Comares, 2005.

TAMAYO, S., «La intervención judicial en la aprobación del convenio regulador», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 68.

TORRERO MUÑOZ, M., *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, coord. por Llopis Giner J.M., Madrid, 2006, pp. 19 y ss.

— «Resolución DGRN de 5 de febrero de 2003 (RJ2003, 2268)», en *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre de 2003, pp. 673-680.

URIBE SORRIBES, A., «Inscripción en el Registro de la Propiedad del Convenio Regulador de las relaciones conyugales en los supuestos de separación y divorcio», en *Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 72, diciembre de 1986, pp. 2369-2384.

ZARRALUQUI, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio (naturaleza jurídica, determinación, transmisión extinción)*, Lex Nova, 2001.

1 La negrita es nuestra.

2 ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., comentario al art. 90 CC, en *Código Civil comentado*, vol. I, Directores: Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, Navarra, 2011, pp. 489 y ss.

3 *Vid.* art. 3 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España en 1990, arts. 53.3 y 39 CE y art. 2 LOPJM. *Vid.*, también, ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Código Civil comentado*, *op. cit.*, p. 494, donde se recoge la línea jurisprudencial; en este sentido SSTS de 21 de diciembre de 1998, 23 de diciembre de 1998, 11 de julio de 2006 y la RDGRN de 1 de septiembre de 1998.

4 ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *op. cit.*, p. 494: «...si se trata de cuestiones sobre las que los esposos tienen plenitud de disposición, producirán efectos entre ellos, no frente a terceros, con plena y absoluta independencia de que no quedarán homologados judicialmente, enmarcándose todos esos acuerdos en el ejercicio de la autonomía privada (art. 1255 CC)».

5 «Una nueva vía de extinción de la pensión compensatoria: la sustitución de medidas en el divorcio», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 50, 2011, pp. 21-48.

6 Es significativa también la SAP de Vizcaya por la que la pensión compensatoria a favor de la esposa establecida en la anterior sentencia de separación se mantiene en un procedimiento de divorcio en el que la esposa estuvo en situación procesal de rebeldía y por lo tanto no pidió mediante convenio la continuación de la pensión compensatoria. *Vid.* AP de Vizcaya, Sección 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009. *Vid.* MONTERO AROCA, J., *La pensión compensatoria en la sentencia de separación y*

en el divorcio (*La aplicación práctica de los arts. 97, 00, 100 y 101 del Código Civil*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 120; recogetambién en este sentido, entre otras, la SAP de Valladolid de 10 de julio de 1998 (... es obvio que solicitada y obtenida dicha pensión en el procedimiento de separación, ninguna necesidad existe de reproducir dicha petición al tiempo del divorcio, pues el examen de las condiciones y requisitos precisos para obtener el reconocimiento a dicha pretensión fue efectuada ya al tiempo de la separación, siendo absolutamente innecesario pedir en el juicio de divorcio lo que ya se obtuvo al tiempo de la separación cuando la ruptura matrimonial se produjo).

7 TORRERO MUÑOZ, M., *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, coord. por LLOPIS GINER, J.M., Madrid, 2006, p. 25. GIL MIQUEO, J., *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, coord. por VILLAGRASA ALCAIDE, C., «El convenio regulador», 2011, pp. 333 y ss. STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993/365) 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 queridos por las partes; se limita a homologarlo, después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges.

8 En este sentido *vid.* MONTERO AROCA, J., *El convenio regulador en la separación y el divorcio (La aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil)*, Valencia, 2002, pp. 16 y ss.

9 Sería posible también la formalización de pactos privados en el convenio regulador que no formen parte del contenido obligatorio legal del convenio. Si son homologados también tendrían fuerza ejecutiva.

10 MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 71, recogiendo la opinión de sentencias como la SAP de Castellón de 3 de mayo de 2001, de Alicante de 17 de septiembre de 2000 y de Córdoba de 17 de marzo de 2000.

11 Sentencia recogida por MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 73.

12 En el mismo sentido RUBIO GIMENO, G., «Control judicial de contingents sobre el convenio regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10.9.2010», en *Indret, Revista per a l'anàlisi del dret*, Barcelona, 2011, pp. 13: «En tot cas, i com a conclusió del present epígraf, cal establir que les regulacions catalana i estatal de l'activitat d'homologació judicial del conveni són, en realitat, assimilables. Ni en aplicació d'un dret ni de l'altre el jutge pot denegar l'homologació d'un conveni regulador motivant que els acords celebrats són greument lesius per als interessos d'un dels cònjuges».

13 *Vid.* art. 90 CC y art. 776 LEC.

14 La libertad de autocontratación de intereses es total, ni siquiera sometida a la limitación formal del art. 90 CC en relación a propuestas de convenios «gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

15 *Vid.* ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 3 de febrero de 2006», en *CCJC*, núm. 73, enero-abril de 2007, pp. 165-177. *Vid.* también PEREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas*, Valladolid, 1998, pp. 46 y ss., así como ROCA TRIAS, E., «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, 2006, pp. 2107 y ss.

16 *Vid.* también nota al pie anterior. Específicamente *vid.* PEREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo*, *op. cit.*, p. 46: «El pacto al que hayan llegado los cónyuges sobre la atribución de la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores y el establecimiento de un régimen de visitas respecto al otro, tiene en principio plena eficacia y validez sin que sea necesaria su homologación judicial, puesto que este pacto no tiene por qué trascender al ámbito judicial (...) Los progenitores podrán pactar expresa o tácitamente la forma en que cada uno de ellos va a cumplir sus deberes de patria potestad y eso tiene plena validez si no va en perjuicio de los hijos, ahora bien, este pacto no cumplirá carácter definitivo y por lo tanto puede modificarse cuando lo solicite alguno de los progenitores, modificación que podrá llevarse a cabo por nuevo acuerdo entre ellos o bien por resolución judicial, en la que sin duda tendrá gran valor probatorio el acuerdo en que en su día llegaron las partes».

17 Arts. 1255 y 154 CC, art. 2 LOPJM, art. 3 Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, arts. 39 y 53.3 CE.

18 Aunque no tienen fuerza ejecutiva por sí misma. *Vid.* MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 40. «La competencia en estos casos no queda atribuida a los Juzgados de Familia, sino a los juzgados civiles en general, pues no se trata de aplicar una norma específica de las del Libro I, Título I, Capítulo IX del Código Civil, sino las propias de los contratos en general, pues recuérdese que el Tribunal Supremo se ha centrado en los arts. 1255 y 1256 de ese cuerpo legal».

19 Cosa distinta serán los efectos frente a terceros de los pactos modificatorios, ya que la libertad de pactos no puede perjudicar los intereses de terceros.

20 MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 311. *Vid.* art. 556 LEC.

21 MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pp. 306 y ss. recogiendo AAP Navarra de 25 de mayo de 1994, AAP Baleares de 16 de octubre de 2000, modificando mediante pacto el convenio regulador referido a materia de alimentos hijos menores. Pero también encontramos sentencias discrepantes. Tampoco está tan claro cuando se pretende hacer valer en proceso matrimonial ulterior y no en proceso declarativo ordinario.

22 Habría también que tener en cuenta la base del negocio jurídico en el sentido de la interpretación del clausulado obligatorio, puesto que pudieran los pactos acoger una duración temporal de lo convenido interpretando la voluntad implícita de las partes.

23 ROCA TRIAS, E., *op. cit.*, pp. 2135 y ss.: «A mi modo de entender, la pensión no es un derecho obligatorio, por lo que queda incluida dentro de las facultades dispositivas del renunciante y ello puede ocurrir de forma absolutamente gratuita o bien de forma que sustituya la pensión por un contrato de alimentos convencionales. Y puede ocurrir también que se establezcan complementos a una hipotética pensión de futuro, como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia de 7 de marzo de 1995 (RJ 1995/2151). Se puede objetar que cuando se renuncia a un derecho antes de que se produzca el supuesto de hecho que lo hace surgir, se está renunciando en realidad a una expectativa y éstas no admiten renuncia, pero creo posible esta opción en base a

los argumentos siguientes: i) los cónyuges pueden regular los efectos de su posible ruptura en sus capitulaciones matrimoniales de acuerdo con el art. 15.1 CF; ii) se considera en general que la pensión no es imperativa, de modo que su renuncian va contra el principio de orden público familiar, iii) por que siendo considerada la pensión como una indemnización por el daño objetivo provocado por al ruptura nada impide aplicar la regla del art. 1102 CC que admite al renuncia a la responsabilidad que no provenga del dolo». Vid. también GASPAS LERA, S., «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», en , *ADC* , julio-septiembre de 2011, pp. 1058 y ss., LEONOR AGUILAR Y HORNERO MÉNDEZ, «Autonomía de la voluntad y pensión compensatoria: efectividad de los pactos conyugales de renuncia previa», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. xxi* , dir. por Lasarte Álvarez, 2004, p. 71, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio* , Valencia, 1995, pp. 41 y ss.

24 Vid. Sentencia que referenciamos en este artículo. Vid. MONTERO AROCA, J., *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código civil)* , Valencia, 2002.

25 Vid. en MONTERO AROCA, J., *op. cit.* , pp. 250 y ss., diferencias en los conceptos «homologación» para el contenido dispositivo y «aprobación» para el contenido imperativo.

26 PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia* , *op. cit.* , p. 58, NIETO ALONSO, A., «El convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas», en *Revista de Derecho de Familia* , núm. 17, 2002, p. 27 y ss.

27 Art. 83 CC: «La sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

28 Vid. epígrafe II, Planteamiento introductorio.

29 Con la salvedad de que la ratificación o reconversión de medidas por no poder ser declaradas de oficio sólo rige respecto del contenido dispositivo.

30 Vid. art. 1317 CC. Vid. arts. 1281 y ss.