

La limitación temporal sobrevenida de la pensión compensatoria indefinida. Comentario a la STS de 10 de enero de 2018 (RJ 2018, 56)

BIB 2018\10404

María E., Rovira Sueiro. Profesora Titular de Derecho Civil. Facultad del Derecho de la UDC.

Publicación:

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.107/2018
Editorial Civitas, SA

Resumen

«Efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio: eficacia vinculante de la pensión compensatoria establecida en el convenio regulador impide su ulterior modificación salvo acuerdo o concurrencia de una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su establecimiento. Valor vinculante de lo acordado en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar regido por el principio de autonomía de la voluntad.»

Abstract: «Common effects to nullity, separation or divorce: the binding effectiveness of the compensatory pension established in the regulatory agreement prevents its subsequent modification unless there is an agreement or concurrence of a substantial variation of the circumstances taken into account for its establishment. Binding value of what is agreed as a right available to the spouses to whom it may affect governed by the principle of autonomy of the will»

Palabras clave

Convenio regulador, Pensión compensatoria, Derecho disponible, Autonomía de la voluntad.

Family law, Separation, Divorce, Autonomy of will, Regulatory agreement, Compensatory pension, Right available.

I. Evolución de la pensión compensatoria

La reforma operada por la [Ley 30/1981 \(RCL 1981, 1700\)](#) introdujo en España junto con el divorcio la posibilidad de fijar una pensión compensatoria para solventar el desequilibrio patrimonial que podía producirse para uno de los cónyuges después de su separación o divorcio consecuencia sobre todo del papel jugado hasta

entonces por la mujer dentro de la sociedad y de la familia. En concreto la mencionada pensión compensatoria se prevé en el [art. 97 CC \(LEG 1889, 27\)](#) que establece que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2ª La edad y el estado de salud. 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso al empleo. 4ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7ª La pérdida eventual del derecho a una pensión. 8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento del cese y las garantías para su efectividad».

La redacción actual se debe a la reforma operada por la Ley 15/2005, *de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34)* en materia de separación y divorcio, la cual, por una parte recogió la posibilidad de que pudiese establecerse con carácter temporal, algo que ya se venía reconociendo por la práctica forense desde el año 1990 ([STS de 10 de febrero de 2005 \(RJ 2005, 1133\)](#) ([RJ 2005, 1133](#)) y que, a nuestro juicio, viene a ser el reflejo de la realidad social de entonces marcada por la paulatina incorporación de la mujer al mundo laboral y que se completa en la actualidad con la búsqueda de mecanismos con los que lograr una corresponsabilidad parental que implique una dedicación equilibrada de ambos progenitores en el cuidado y atención de los hijos sin que sea una actividad prácticamente exclusiva de la mujer. Por otra parte, se sustituyó el término *pensión* por *derecho a una compensación*. Posteriormente como consecuencia de la reforma operada por la [Ley 15/2015, de 2 de julio \(RCL 2015, 1016\)](#), de Jurisdicción Voluntaria, también se incluyó en el último apartado la referencia a que el convenio regulador fuese formalizado ante el Secretario judicial o ante Notario cuando se trate de acuerdos alcanzados por los cónyuges que no tengan hijos o que éstos sean mayores de edad y con capacidad de obrar plena ([arts. 82.2 y 87 CC](#)).

La finalidad que se persigue con la previsión del [art.97](#) CC es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar la separación o divorcio, por lo que es razonable entender que el desequilibrio que ha de compensarse tenga su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. El

referido desequilibrio, tal y como recoge reiterada jurisprudencia, ha de existir en el momento de la separación o el divorcio (*vgr.* [STS 10 enero de 2011 \[RJ 2012, 3643\]](#) ([RJ 2012, 3643](#))) y cumple una clara función reequilibradora fundada precisamente en la desigualdad de condiciones de uno u otro cónyuge antes y después de la ruptura, pero cuyo contenido es netamente económico y responde a un interés privado.

Una de las primeras cuestiones que planteó la aplicación del [art. 97](#) CC y que podemos decir que está superada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es la relativa al carácter abierto de las circunstancias que en el mismo se enumeran, lo cual vino, en cierto modo a confirmar la incorporación con la reforma de la 9ª circunstancia que permite la entrada a cualquier elemento que pudiera ser *relevante* . En tal sentido, podemos concluir no sólo el carácter *ad exemplum* de la enumeración sino también la oportunidad de su último apartado que permite ponderar hechos importantes a efectos de desequilibrio económico y atender a otros efectos patrimoniales que han tenido lugar con la ruptura por cuanto pueden ser determinantes de la situación económica de los cónyuges y, por consiguiente, afectar de forma notable a uno de los elementos de la comparativa, esto es, la situación real de los cónyuges después de la ruptura como puede ser la atribución de bienes tras la liquidación del régimen económico, o la fijación convencional de una pensión de alimentos en favor de uno de los cónyuges después del divorcio, etc..

El actual [art. 97](#) CC establece como premisa la existencia de un desequilibrio económico y el empeoramiento de la situación anterior en el matrimonio, de lo que cabe plantearse si se trata de dos requisitos concurrentes o si es posible hablar de empeoramiento sin desequilibrio y viceversa. En nuestra opinión, es preciso la concurrencia de ambos en el sentido de que el desequilibrio se traduzca en un empeoramiento de la situación puesto que, si la separación o el divorcio supone el empeoramiento para los dos, algo muy frecuente, será complicado apreciar el desequilibrio y será difícil encontrar una justificación para la compensación. Y en relación a la posibilidad de desequilibrio sin empeoramiento tampoco se cumple el presupuesto de hecho para el nacimiento de la pensión pues ello nos llevaría a concluir que la mera separación o el divorcio de matrimonios entre personas con distinto *status* económico, pensemos es una persona casada en régimen de separación de bienes o con un patrimonio privativo de cuantía muy dispar, sería causa suficiente para generar el nacimiento de un derecho a una pensión compensatoria, cuando en realidad faltaría la premisa fundamental del empeoramiento en relación a la situación anterior en el matrimonio donde dicho empeoramiento viene causado o producido por la separación o el divorcio. Al hilo de lo anterior cabe recordar que la pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges y así suele afirmarse que «no resulta indiferente cuando los cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales o familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el

contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste» [STS \(Sala 1ª\) 27 junio 2017 \(RJ 2017, 3295\) \(RJ 2017, 3295\)](#), de todas formas cabe pactar una pensión en ausencia de desequilibrio, es el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011 ([RJ 2011, 5911](#)) ([RJ 2011, 5911](#)).

Asimismo, cabe plantearse si existe un orden a la hora de ponderar los criterios que en el mismo se contienen. En tal sentido, siendo el primero el acuerdo de los cónyuges consideramos que éste sin duda será siempre el punto de partida pues es de suponer que los demás ya se han tenido en cuenta tanto para su establecimiento como para considerar su improcedencia y si se han ponderado otros diferentes éstos resultarían lícitos por cuanto, tal y como acabamos de afirmar, se trata de una enumeración *ad exemplum*. Lo que sí nos parece importante resaltar es que establecer como primer criterio el acuerdo de los cónyuges es un indicio más del papel crucial que se le está otorgando en este ámbito a la autonomía privada. La propia Exposición de Motivos de la Ley del 2005 lo afirma expresamente y lo confirma la imposibilidad de que esta compensación sea decretada judicialmente de oficio, puesto que no habiendo acuerdo sólo podrá instaurarse cuando sea solicitada tal y como recoge la jurisprudencia en la propia sentencia objeto de comentario y en otras muchas anteriores como por ejemplo la [STS de 25 de marzo de 2014 \(RJ 2014, 2489\) \(RJ 2014, 2489\)](#). En definitiva, las demás causas contempladas resultarán aplicables o no dependiendo de cada supuesto en concreto sin que en ningún caso sean excluyentes.

Siguiendo con el análisis del precepto, es preciso tener en cuenta que el desequilibrio puede ser de dos tipos distintos: a) Perpetuo, cuando la posibilidad de superar el desequilibrio es algo que no se alcanzará a lo largo de toda la vida del cónyuge acreedor y, b) coyuntural cuando pueda lograrse un equilibrio con el transcurso de un determinado período de tiempo. El tipo de desequilibrio no es una cuestión en absoluto baladí o dogmática, antes al contrario, será determinante a la hora de establecer el carácter temporal o indefinido de la pensión compensatoria. Lo habitual será que un desequilibrio perpetuo suponga su carácter indefinido y que un desequilibrio coyuntural su carácter temporal. No obstante, no será algo insalvable el hecho de siendo coyuntural se pueda pactar su carácter indefinido y al contrario que siendo perpetuo se pacte su temporalidad. Si bien esta última opción será de difícil materialización cuando su constitución provenga de la decisión judicial precisamente por falta de acuerdo de los cónyuges y forme parte del convenio regulador, por cuanto no habiendo consenso el tipo de desequilibrio desencadenará sus consecuencias naturales, esto es, el establecimiento de la pensión compensatoria temporal o indefinida según sea coyuntural o perpetua.

Un ejemplo del carácter esencial del desequilibrio lo encontramos en la [STS de 18 de marzo de 2014 \(RJ 2014, 2122\) \(RJ 2014, 2122\)](#) que consideró inadmisibles la concesión judicial por convenio regulador de una pensión compensatoria futura o condicionada a la futura existencia de un desequilibrio razonando al respecto que «la sentencia recurrida niega que exista desequilibrio económico que fundamenta la

pensión compensatoria y sin embargo concede a la esposa de una forma preventiva o condicionada una pensión compensatoria de futuro sin cuantificación económica en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial, lo que no sólo no está previsto en el [artículo 97](#) del Código Civil, sino que contradice la jurisprudencia de esta Sala. Es cierto que la esposa puede quedarse sin trabajo, pero también lo es que puede encontrar un nuevo empleo, y que la sociedad de su marido puede verse también afectada por la crisis económica, colocándole en una situación de desempleo. Situaciones indeseadas pero reales que obligarían a replantear la situación conyugal en unas condiciones distintas. Si ello ocurriera, dice la sentencia de 19 de octubre de 2011, dejando aparte compensaciones laborales a que en este caso tendría derecho la esposa, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. “ *El desequilibrio que da lugar a la pensión deber existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial*”. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de una modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problema añadidos y en ningún caso deseables».

Es fundamental en el [art. 97](#) CC el desequilibrio patrimonial y para ello es esencial el factor tiempo y lo es en un doble sentido, por un lado, es preciso determinar los momentos de la comparativa, la situación económica en el matrimonio y después de la ruptura matrimonial que suele ser cuando se rompe la convivencia, lo cual no necesariamente coincidirá con el divorcio y, por otro lado, en qué momento se puede solicitar.

Un tema interesante relativamente frecuente, de difícil solución y que podría variar de forma notoria los términos de la comparación para determinar la existencia de los requisitos exigidos por el [art. 97](#) CC, es el hecho de haber convivido durante más o menos tiempo inmediatamente antes de contraer matrimonio, porque, en principio, no parece que pueda entrarse a valorar la situación anterior de convivencia, porque en puridad no es la situación anterior en el matrimonio, y realmente ésa sería muchas veces la que permitiría alcanzar la solución más justa, pensemos en el supuesto típico de una mujer que abandona su trabajo o reduce su jornada cuando tiene un hijo en común con la persona con la que convive y con la que decide contraer matrimonio varios años más tarde cuando el hijo o hijos comienzan el colegio. La situación que tenía en el matrimonio poco o nada que tiene que ver con la que tenía antes del nacimiento de sus hijos, con lo cual es más que evidente el perjuicio que la aplicación estricta del [art. 97](#) CC podría ocasionarle. Frente a esta situación la solución más sencilla para paliar y realmente cumplir con la finalidad de la pensión compensatoria sería a través del juego de la autonomía de la voluntad

mediante convenio regulador. No habiendo pacto entonces solo quedaría la posibilidad de que el juez en aras de resolver el efectivo desequilibrio y el empeoramiento de la situación de la mujer como consecuencia de la dedicación a su familia (matrimonial sobrevenida) tuviese en cuenta la causa 9ª del art.97 en cuanto circunstancia relevante, aunque con ello quizá se estuviese forzando su ámbito de aplicación al llevarlo al terreno de las parejas de hecho.

Asimismo se ha planteado cómo se aplican los criterios a la hora de determinar el desequilibrio, lo cual ha dado lugar a dos enfoques absolutamente dispares: uno objetivo, que considera que las circunstancias del apartado 2º no están destinadas a la determinación de la existencia o no del necesario desequilibrio sino que sólo se tienen en cuenta en un momento posterior a efectos de determinar la cuantía de la compensación; otro subjetivo, que sostiene que el apartado 2º deberá tenerse en cuenta para la determinación del desequilibrio y por lo tanto, de la compensación. Desde un punto de vista jurisprudencial parece superarse tal dicotomía mostrándose el Tribunal Supremo partidario de una solución, que hemos denominado ecléctica, en el sentido de afirmar que tales criterios cumplen una doble función actúan como elementos integrantes del desequilibrio y a su vez permiten cuantificarlo y fijar el contenido económico de la compensación ([SSTS 27 junio 2017, \(RJ 2017, 3295\) \(RJ 2017, 3295\)](#) , 10 enero 2011 [\(RJ 2012, 3643\) \(RJ 2012, 3643\)](#) entre otras muchas).

II. Naturaleza jurídica del derecho a una compensación

La pensión compensatoria suele formar parte de un convenio regulador el cual, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia en múltiples ocasiones, se conceptúa como un «negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados puede contener tanto pactos típicos como atípicos» (FJ 4º de la sentencia objeto de comentario. No obstante, en relación a la categoría negocio jurídico de derecho de familia existen algunos autores contrarios a su empleo por considerar que es una categoría jurídica sumamente dudosa vgr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia. Principios Generales de Derecho de Familia VI* , Marcial Pons, Madrid, 2015, pág.9).

La cuestión axial de la sentencia objeto comentario es la delimitación del alcance de los acuerdos alcanzados por los cónyuges. Para el análisis de la misma debemos tomar como punto de partida la regulación del principio de autonomía de la voluntad y la libertad de pactos ex [art. 1255 CC](#) el cual permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente teniendo como límites, la ley, la moral y el orden público. Precisamente así se recoge en el FJ 3º de la sentencia objeto de comentario que textualmente afirma que « *también caben los pactos en materia de pensión compensatoria que pueden modificar lo establecido en el artículo 97 de acuerdo con el [artículo 1255 CC](#) ».*

Como ha afirmado Díez-Picazo («El negocio jurídico del derecho de familia» en *RGLJ* , 1962, Tomo XLIV, págs. 778 y ss.) los límites de la autonomía privada en el Derecho de familia son los mismos que en el resto, lo que ocurre es que en este

ámbito tienen una mayor presión la moral y el orden público, el primero por el marcado carácter ético de las instituciones familiares y el segundo al ser la familia una institución fundamental de la sociedad y un principio esencial de la organización jurídica.

En la actualidad es posible dar un paso más y cabe sostener que no en todo el Derecho de familia tales límites tienen la misma presión. A poco que se analiza este ámbito podemos constatar que la presión es máxima, por no decir abrumadora, cuando está en juego el interés del menor y de personas con la capacidad judicialmente modificada, en definitiva, intereses de marcado carácter público. Sin embargo, estos elementos no están presentes en el derecho a una compensación económica en el que, por supuesto, habrá de respetarse el principio de igualdad de los cónyuges, pero ello no desdice su marcado carácter patrimonial y, su incuestionada disponibilidad que nos aproxima al régimen de los negocios jurídicos en el Derecho de Bienes. Asimismo, el límite del orden público y la moral son más laxos por cuanto, como ya hemos señalado, no se pondera el interés superior del menor, que sí se tiene en cuenta y es satisfecho con la adopción de otras medidas y también influye el interés social en la superación del rol de la mujer como mera ama de casa con dedicación exclusiva al cuidado de su familia habida cuenta de su incorporación al mercado profesional, así como el paulatino calado social y legislativo de la corresponsabilidad parental en la atención de los hijos.

Por lo tanto, consideramos que el pacto sobre el derecho a una compensación económica ex [art. 97](#) CC es un negocio jurídico de derecho de familia con un amplio juego de la autonomía de la voluntad. En este sentido resulta muy elocuente el fundamento jurídico tercero de la [STS de 4 de noviembre de 2011 \(RJ 2012, 1248\) \(RJ 2012, 1248\)](#) en el que se afirma que «la autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art.90 C.c. Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en capitulaciones matrimoniales ya sea en documentos complementarios».

En los negocios jurídicos de derecho de familia tomando como criterio su contenido, se puede distinguir como puso de relieve Díez-Picazo entre «los que versan sobre el estado civil de las personas, los negocios que versan sobre la vida en común de los miembros de la familia y los negocios de contenido económico. Esta clasificación, en gran parte coincidente con la que clásicamente se establece entre Derecho de familia puro y Derecho de familia aplicado tiene una gran importancia. El negocio familiar de contenido económico es, en realidad, un tipo

híbrido. Exige por ello una delicada labor de interpretación para discernir los principios patrimoniales o familiares aplicables al mismo» (Díez-Picazo, «El negocio jurídico...», cit., pág.781). Pues bien, lo anterior, a nuestro juicio, permite concluir que la pensión compensatoria puede ser objeto de un negocio jurídico familiar híbrido al que resultan de aplicación los principios patrimoniales y los límites de los arts. 1255 y concordantes del Código Civil así como los límites del derecho de familia derivados de la necesidad de aprobación judicial y del principio de igualdad de los cónyuges, puesto que los demás derivados del [art. 39 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) se concretan sobre todo en la protección de los hijos.

En cuanto a la normativa concordante, habrá que tener presente lo dispuesto en los [arts.1256 y 1258](#) CC, el primero de los cuales nos dice que la validez de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Y por supuesto al [art. 1323](#) CC que positiviza la posibilidad de que los esposos celebren todo tipo contratos con los límites de la ley o las buenas costumbres y el principio de igualdad de derechos que corresponda a los cónyuges ([art. 1328](#) CC).

Todo lo anterior nos lleva a concluir que los cónyuges pueden, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, fijar el contenido del convenio regulador con los límites del [art. 90](#) CC sobre todo cuando existen hijos comunes menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada, otorgar capitulaciones matrimoniales al amparo del art. 1325 cuyo contenido puede ser más amplio que el establecimiento, modificación o extinción del régimen económico matrimonial. Pero además consideramos que pueden llevar a cabo cualesquiera otros negocios jurídicos atípicos cuyo contenido íntegro o parcial sea la pensión compensatoria dado el carácter disponible de ésta.

III. Alcance de la autonomía de la voluntad.

Para valorar el alcance de la autonomía privada de los cónyuges en este ámbito tomamos como punto de partida la afirmación unánime de que el [art. 97](#) CC es una norma de carácter dispositivo, algo admitido sin ambages por la doctrina y la jurisprudencia siendo además uno de los pronunciamientos expresos de la sentencia objeto de comentario en la que literalmente se nos dice «que se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la sentencia de 2 de diciembre de 1987 : «La ley no autoriza al juez a fijar tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el [artículo 97](#) CC (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer». Por ello

las partes –en el ejercicio de sus propios derechos– pueden llegar de forma negociada a la fijación de una pensión, sin que se pueda interferir en dicho acuerdo, ya que no hay precepto que lo autorice y se rompería con la seguridad jurídica contractual, teniendo en cuenta además que el convenio contiene una serie de acuerdos relacionados entre sí de modo sistemático que no pueden ser desconocidos» (FJ 3º).

El [art. 97](#) CC establece la posibilidad de pactar una compensación económica, posibilidad a la que ya aludía el [art.90](#) CC a propósito del contenido del convenio regulador y proporciona una serie de criterios cuya función ya hemos apuntado en páginas precedentes. La consideración del derecho a la pensión compensatoria como disponible por los cónyuges permite que forme parte del convenio regulador que ha de ser aprobado por el juez o que no necesite tal aprobación, tal y como hemos visto pero incluso, como intentaremos justificar más adelante que pueda ser objeto de pacto antes de contraer matrimonio. En esta última hipótesis si bien en ese momento no se conoce la existencia del presupuesto básico del derecho a la pensión, esto es, el desequilibrio económico, su carácter contingente nos invita a plantear la oportunidad de otorgar un negocio jurídico preventivo que tome en consideración el conocimiento del presente y de ciertos indicios que pueden resultar muy significativos cuyo alcance se imagina sin necesitar dotes de adivinación.

En un principio, parece que la pensión compensatoria es parte del contenido del convenio regulador por cuanto el [art. 90](#) CC establece que éste «deberá contener al menos siempre que fuera posible....f) La pensión compensatoria que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges». Por lo que podría afirmarse que la pensión compensatoria, de proceder su constitución, debería formar parte de éste. Sin embargo, consideramos que tal afirmación es cierta siempre y cuando sea procedente y se solicite en un contexto de crisis del matrimonio, como una medida adoptada judicialmente en supuestos de separación, nulidad y divorcio, pero a nuestro juicio nada obsta a que el derecho a una compensación forme parte del contenido de otro tipo de negocios jurídicos típicos o atípicos, en momentos anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio y en consideración al mismo, así como durante su vigencia. En este sentido se manifiesta la sentencia objeto de nuestro comentario en cuyo fundamento jurídico se hace eco de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo en numerosos pronunciamientos anteriores: «Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 20 de abril y 10 de diciembre 2012; 25 de marzo 2014), la siguiente: 1º la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La [STS 217/2011, de 31 de marzo \(RJ 2011, 3137\)](#) , confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997. El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto,

pactos típicos como atípicos (en un supuesto parecido, [STS 758/2011, de 4 noviembre \(RJ 2012, 1248\)](#)). A lo que añade que «cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad».

Partiendo de las premisas anteriores y del contenido de los [arts.1255](#) , [1256](#) , [1323](#) y [1328](#) CC a los que ya hemos hecho referencia anteriormente, y del [art. 6.2](#) CC resulta oportuno plantearse dentro de las distintas posibilidades de pactos entre cónyuges, si cabe la renuncia a la pensión compensatoria, el alcance de la autonomía privada en relación a su modificación y la extensión y eficacia de las causas de extinción.

1. Renuncia a la pensión

En cuanto a la renuncia resulta de capital importancia valorar el momento en el que ésta se lleva a cabo, pues si coincide con la crisis del matrimonio que es el momento en el que nacería el eventual derecho a una pensión no parece plantear problema alguno su admisión y así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia del caso concreto. Por lo tanto, será válida la renuncia expresa cuando el derecho ha nacido y las partes tienen plena capacidad de obrar y natural y no existen vicios del consentimiento. A nuestro juicio tampoco plantearía problemas la renuncia tácita en el momento en el que el eventual derecho ha nacido cuando pudiendo, por concurrir las causas del [art.97](#) CC, no se ha recogido en el contenido del convenio regulador ex [art. 90](#) CC puesto que se trata de un derecho disponible y la norma que lo contempla tiene carácter dispositivo.

La verdadera cuestión, por lo tanto, la encontramos cuando la renuncia se plantea de manera anticipada, antes de que nazca el derecho, lo cual puede ser en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otro negocio jurídico antes de la celebración del matrimonio y con ocasión del mismo, o durante su vigencia, puesto que el derecho a la compensación nace como consecuencia del desequilibrio que ocasiona la ruptura matrimonial.

En relación a este punto las distintas opciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia han sido sistematizadas por la profesora Díaz Martínez, las cuales comprenden desde los que se han mostrado absolutamente contrarios por entender que es «de todo punto imposible que los actos previos a ese momento puedan considerarse actos de renuncia a la pensión, que vinculen a la recurrida dado que fueron realizados sin tener consciencia de ese ulterior y eventual derecho» –en esta línea se defiende que no es posible renunciar a un derecho que todavía no ha nacido–, hasta la postura que parece haber tomado fuerza en la doctrina y que es partidaria de la validez y eficacia ulterior de la renuncia, bien por imbricar el supuesto en una exclusión voluntaria de la ley aplicable por las partes, admisible en los términos del [art. 6.2](#) CC, bien por subrayar que el Derecho español admite, en el [art. 1271.1º](#) CC, que sean objeto de contrato los bienes o derechos futuros. Existe

también una línea intermedia, que la propia autora suscribe expresamente, que toma como argumento la vinculación de la eficacia de la renuncia a «la prestación de un consentimiento perfecto», ya que si se renuncia a la pensión compensatoria desconociendo las circunstancias que concurrirán al tiempo de la ruptura de la convivencia conyugal, y el cambio fuese relevante y de imposible previsión en el momento del acuerdo, se debe entender que el consentimiento se prestó sobre bases erróneas y, en consecuencia, se debería analizar el desequilibrio libremente. (Díaz Martínez, A, «Comentario al [art. 97](#) CC», en *Comentarios al Código Civil*, [Bercovitz Rodríguez-Cano dir.], Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, T. I, pág.1029)

A nuestro juicio, sí es posible la renuncia anticipada, lo que algún autor ha denominado renuncia preventiva al no haber nacido el derecho. No será una renuncia en sentido técnico, porque no hay extinción del derecho subjetivo por una disposición de su titular, ya que este derecho no formaba parte de su patrimonio, pero sí tendrá la misma eficacia que aquélla por cuanto, tanto una como la otra se recogen en el [art. 6.2](#) CC con las mismas consecuencias que no son otras que admitir su validez.

En efecto el [art. 6.2](#) CC establece que «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros» por lo tanto, se prevén dos tipos de renunciaciones, la renuncia de derechos que han sido adquiridos y la exclusión voluntaria de la ley aplicable que, a nuestro juicio, no es otra que la renuncia preventiva entendida como «voluntad de no llegar a adquirir aquellos derechos que por la normal aplicación de la ley se tendrían o se llegarían a tener» (Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, Parte General de Derecho Civil y Personas jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2016, Vol.I, págs.170 y 171).

Tanto en una como en otra la clave será: a) que no resulten atentatorias contra el interés y el orden público lo cual entre otras cosas se desprende del carácter no cogente del [art. 97](#) CC y, b) que no se perjudique a terceros, en este caso podría pensarse en los hijos, pero sus intereses y necesidades se garantizan a través de otros instrumentos y medidas en las que es incuestionable la presencia de interés y orden público.

Por lo demás, en cuanto renuncia por exclusión voluntaria de la ley aplicable, la clave será que la norma que resulte inaplicada, cualquiera que sea su rango, tenga la consideración de derecho dispositivo algo que como se ha puesto de relieve en las páginas anteriores es asumido de forma unánime por la jurisprudencia.

Pero incluso desde su consideración como renuncia a un derecho y frente a la objeción que ya hemos avanzado, de que no se conoce el futuro y de que además supondría renunciar a un derecho que no ha nacido porque es algo que sólo se sabrá en el futuro, cabe afirmar que muchas veces cuando se pacta ya se conocen unas expectativas que en cierto modo permiten apreciar una de las premisas de la comparativa que es la situación durante el matrimonio, porque no es un dato neutro

el hecho de que cada vez se contrae el matrimonio más tarde porque se espera a «tener la vida resuelta», por lo tanto con la renuncia se asume que no se producirán cambios o que produciéndose, incluso pudiendo reportar un beneficio, se renuncia a cualquier eventual compensación. Además, puede ocurrir que precisamente el promotor del pacto de renuncia sea el que se encuentre en una mejor situación económica de partida, presuma que el análisis del desequilibrio tras la ruptura le perjudique y no quiere que le suponga una carga después de ésta; pero no necesariamente será así pues estamos ante un pacto o cláusula acordada con plena capacidad y conocimiento de la situación y con plena libertad, esto es, voluntad ausente de vicios con total capacidad cognitiva y volitiva. Y puede además ocurrir que por avatares de la propia existencia se cambien los roles y se invierta el desequilibrio económico beneficiando a quien auspició la renuncia por partir de una mejor situación que se truncó.

Pues bien, tratándose de un derecho disponible y teniendo un marcado carácter patrimonial en el que no están en juego intereses que tienen la consideración de superiores, como lo son la protección de los menores e incapacitados o la protección de la familia, para cuya tutela están previstos otros mecanismos, entendemos que no está justificada una limitación de la autonomía de la voluntad que impida su renuncia antes, durante o después del matrimonio. Se trata de un acto de autonomía privada por el que la persona que lo otorga debe poder asumir desde esa libertad el riesgo de que, en el futuro, no obstante se den las circunstancias de hecho contempladas en el [art. 97](#) CC, no pueda reclamar el derecho a una compensación económica. Teniendo en cuenta lo afirmado sería aconsejable que el pacto contemple la renuncia a la compensación económica por ambas partes, aun cuando pudiera resultar absurdo o si se nos permite cómico, en los supuestos en que existiese una enorme diferencia entre sus situaciones económicas, para evitar así el escollo que podría suponer una interpretación rígida del [art. 1328](#) CC y que un pacto de tal naturaleza fuese considerado contrario a la igualdad de derechos de los cónyuges.

Por lo demás admitir la renuncia no supondría desamparar al renunciante pues tratándose de un negocio jurídico de derecho de familia de contenido patrimonial consideramos que, en último término, si se produjese un cambio importante de las circunstancias que, además fuera imprevisible, podría tener consecuencias por la vía de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*. Y en todo caso, como advierte Díaz Martínez, debe extremarse la prudencia a la hora de dejar sin efecto la cláusula de renuncia porque es posible que, en una negociación global en pactos de previsión de una futura ruptura, tanto antes de como después de la celebración del matrimonio se hubiera compensado económicamente o de otro modo al futuro cónyuge o al cónyuge. («Comentario al art.97», *cit.*., pág.1030)

2. Modificación de la pensión

La modificación de la pensión puede ser de distinto tipo y afectar sólo a la forma de su percepción o alcanzar al importe de su cuantía y/o a su temporalidad.

Sin duda puede afirmarse que, por lo general, la contenciosa será esta última, que es precisamente una de las pretensiones del recurrido (demandante en 1ª Instancia) en la sentencia objeto de este comentario, que solicita la reducción de su cuantía o en su caso el establecimiento de un límite temporal, frente a su carácter indefinido.

En principio, la modificación se admite de forma expresa en el [art. 99](#) CC que establece que *«en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme el art. 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero»*. Como puede advertirse, se trata más de una modificación en la forma de percepción del derecho que en su cuantía por lo que al no verse ésta afectada no suele ser fuente de conflicto.

Sin embargo, una modificación sustancial, esto es, que altere el montante de la misma, no está prevista más allá de lo dispuesto en el [art. 100](#) CC para la pensión fijada por sentencia. En concreto el [art. 100](#) CC establece que *«fijada la pensión y las bases de actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrán ser modificadas por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen»*. Por el contrario, establece que *«La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código»*.

Por lo tanto, en primer lugar podemos afirmar que el [art. 100](#) CC parece distinguir dos supuestos de hecho en el origen de la pensión: uno de ellos, cuando es fijada por el juez y el otro de ellos, formalizada ante el Secretario Judicial (hoy Letrado de la Administración de justicia) o el notario cuando no haya hijos o sean éstos mayores de edad con capacidad de obrar plena, atribuyéndoles distintas vías de modificación. Sin embargo, consideramos que tal distinción no va acompañada del establecimiento de unas consecuencias jurídicas diferentes pues se van a exigir «los mismos requisitos» en uno y otro caso según se trate de una modificación de la compensación económica por nuevo acuerdo de las partes o por reclamación de una sola de ellas con base en la alteración sobrevenida de la fortuna de uno u otro cónyuge. Es decir, a nuestro juicio la aparente distinción obedece exclusivamente a la necesidad de adaptar los distintos preceptos del Código Civil a la novedad introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de dotar de competencia a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Notarios en este ámbito.

Consiguientemente, fuera de los supuestos en los que exista nuevo acuerdo de las partes, la modificación en la cuantía está ligada para el legislador a la concurrencia de *una alteración* en la fortuna de uno y otro cónyuge que lo aconseje, pudiendo materializarse bien a través de una reducción de su importe o bien a través del establecimiento de un límite temporal.

Ahora bien, tal y como puede advertirse con una simple lectura, el artículo que acabamos de analizar no hace referencia alguna a que se trate de una *alteración*

sustancial, algo que sí se prevé en el [art. 91](#) CC al referirse a los supuestos en los que no ha habido acuerdo de los cónyuges, por lo que el establecimiento de la compensación económica no es consensual, sino judicial. Por lo tanto, podría pensarse que la modificación de la pensión en estos casos requiere una alteración de la fortuna de uno u otro cónyuge que sea *sustancial*, mientras que en el supuesto de constitución convencional se exige que sea *aconsejable*, lo que permitiría, a falta de acuerdo, solicitar al juez la modificación por cualquier alteración. No obstante, la realidad evidencia que, incluso cuando se trate de una pensión fijada convencionalmente, la alteración tendrá que tener una importancia relevante para que se admita la pretensión de modificación y se afecte con su decisión al acuerdo voluntariamente aceptado por los cónyuges en el ejercicio de su autonomía privada, igual que se determina por doctrina y jurisprudencia al analizar el juego de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario el juez en Primera Instancia no admitió la pretensión y recurrida su decisión la Audiencia Provincial sí la estimó parcialmente y ponderando las circunstancias concretas y las posibilidades laborales de la apelada para reequilibrar su situación consideró «procedente mantener la pensión compensatoria durante cinco años a computar desde esta sentencia, a no ser que en ese periodo se produzca un cambio sustancial de circunstancias que pudiera justificar su supresión [...]».

En este caso la posibilidad de trabajar de la acreedora de la pensión podría suponer una alteración de su fortuna y justificar la solicitud de la transformación del carácter indefinido en temporal, pero con relación a este extremo debemos recordar, como lo hace la sentencia del Tribunal Supremo en su razonamiento para combatir la decisión de la Audiencia, que la posibilidad de establecer el carácter temporal «se incorporó al [artículo 97](#) CC por [Ley 15/2005, de 8 de julio \(RCL 2005, 1471\)](#), mucho antes de que se celebrara el convenio entre los hoy litigantes que, en consecuencia, pudieron tener en cuenta dicha posibilidad legal y no lo hicieron. Se trata por ello de un acuerdo libremente establecido que sólo una posible alteración de circunstancias –que no se pudieron tener en cuenta en aquel momento– debe provocar su modificación. Dicha alteración no se ha considerado producida por la sentencia recurrida que, en consecuencia, no debe modificar en este punto lo que fue común acuerdo de las partes.», lo cual si bien considera que no puede ser un argumento definitivo «sí contribuye a ratificar la libertad del acuerdo adoptado al no tener en cuenta dicha previsión legal expresa» (FJ 3º).

Por lo tanto en los supuestos de pensiones compensatorias de origen convencional, por acuerdo exclusivo de los cónyuges, la modificación de la cuantía o de su carácter indefinido sólo será posible por un nuevo acuerdo y a falta del mismo, habrá que acudir al órgano jurisdiccional que sólo la admitirá cuando se acredite una alteración relevante de la fortuna de uno u otro cónyuge, es decir que se produzca un significativo aumento de la fortuna del acreedor o disminución de la fortuna del deudor, puesto que sólo se contemplan causas económicas, lo que nos lleva a plantear la oportunidad hacia el futuro de que se ponderen algunas causas

personales y ello debido a la realidad social que evidencia lo efímero de muchos matrimonios y el paulatino incremento de parejas que tras un fracaso matrimonial contraen nuevas nupcias, incluso en algunos casos sucesivas, tienen hijos..., circunstancias todas ellas que tendrán un impacto económico indudable.

Por lo demás señalar que cuando se trata de modificar la cuantía no está vetada en el [art.100](#) CC la posibilidad de que la variación sea al alza, sin embargo una vez determinada la existencia de desequilibrio y calculada su cuantía no se permite más modificación que a la baja y por circunstancias extraordinarias generalmente referidas a la fortuna del deudor y ello, básicamente, porque no tiene sentido su incremento al alza por cuanto supondría un aumento del valor del desequilibrio en un momento en el que ya no procede su ponderación por haber quedado fijado cuando se constituyó la pensión. De hecho, en la práctica aun cuando no está recogida de forma expresa en el [art.100](#) CC que solo procede la modificación en forma de reducción la jurisprudencia lo viene entendiendo así (vgr. [STS 4 de abril de 2017 \[RJ 2017, 2633\]](#) ([RJ 2017, 2633](#))).

Finalmente, y aunque pueda parecer un contrasentido con lo afirmado anteriormente, la mejora de la fortuna del acreedor sí puede ser considerada para reducir la pensión por cuanto precisamente es un factor a tener en cuenta a la hora de su establecimiento y conferirle un carácter temporal pues está en función de que el cónyuge acreedor de la pensión, aquel que ha sufrido el desequilibrio patrimonial, pueda encontrar un empleo o recuperar el que desempeñaba antes de dedicar su tiempo al cuidado y atención de la familia.

Hemos prestado especial atención al contenido del requisito de la alteración y de la relevancia de la misma pero no podemos olvidar que para poder invocar la cláusula *rebus sic stantibus* y, en consecuencia, modificar el contenido del negocio jurídico configurado por las partes en el ejercicio de su autonomía privada, en la alteración deben concurrir los requisitos de sobreveniencia e imprevisibilidad. Así, como luego veremos, el hecho de que el cónyuge acreedor ya tuviese cualificación suficiente para poder acceder a un puesto de trabajo al tiempo de pactar el derecho a la compensación lleva a la sentencia objeto de comentario a no considerar dicho extremo relevante.

Ahora bien, todo lo dicho no excluye que los cónyuges puedan convenir al configurar el derecho a una compensación económica la posible modificación futura de la misma en atención a causas diferentes de la prevista en el [art.100](#) CC, siempre y cuando respeten los límites de la autonomía de la voluntad como podría ser precisamente la disminución de la cuantía por superveniencia de hijos del deudor o de nuevas cargas familiares como el tratamiento médico del nuevo cónyuge o pareja, la existencia de un familiar dependiente, o incluso pactar su aumento por una variación azarosa de la fortuna del deudor al obtener un premio, ser llamado a una herencia extraordinaria u obtener unos ingresos extra puesto que nada impide al amparo de dicha autonomía que el cónyuge acreedor pueda verse beneficiado por la buena fortuna sobrevenida del otro después de la ruptura del su

matrimonio.

3. Extinción de la pensión

El [art. 101](#) CC señala cuáles son las causas que pueden dar lugar a la extinción del derecho previsto en el [art. 97](#). CC, en concreto se contempla que «el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar al Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos a la legítima». A las que cabría añadir la muerte o declaración de fallecimiento del acreedor de la pensión

Precisamente la primera de esas causas es la que alegó con poco éxito el recurrido en la sentencia objeto de este comentario. Pues bien, aunque parece que nos encontramos ante un precepto de aplicación sencilla, la realidad es bien distinta. Una primera cuestión que se plantea es su automatismo. También cabe preguntarse si el mismo excluye la necesidad de su previsión expresa en el convenio regulador o en los pactos suscritos por los cónyuges. En relación a la primera cuestión consideramos que el automatismo no es en realidad tal cuando se trata de la desaparición del desequilibrio porque precisa de un análisis de la situación nueva que de por sí es incompatible con su aplicación automática si bien una vez valorada y acreditada sí podría conducir de forma sencilla a su extinción. De todas formas, teniendo en cuenta el contenido quizá el automatismo encuentra su mayor justificación en relación con la segunda causa, contraer nuevo matrimonio de muy fácil acreditación, (STS 25 de marzo de 2014, RJ 2014, 2489) a diferencia de lo que ocurre cuando se fundamenta en «vivir maritalmente con otra persona» pues exige una valoración incluso más compleja que la del cese del desequilibrio pues entran muchos factores de muy diversa índole y la casuística está servida, así por ejemplo habrá que distinguir una relación esporádica de otra con cierta vocación de permanencia para lo cual será necesario o no que se haya prolongado en el tiempo, etc., etc., lo cual como puede advertirse no está exento de problemas no sólo a la hora de su prueba y sino también de su valoración.

En cuanto a la necesidad de su previsión expresa y teniendo en cuenta el amplio margen de la autonomía de la voluntad en este ámbito no sólo en cuanto a su constitución sino también en cuanto a su configuración cuando tenga su origen en el consenso de los cónyuges, podemos señalar que su no previsión no parece que permita sin más la exclusión de la mismas, es más la omisión de las causas de extinción en el convenio o acuerdo de las partes parecen evidenciar una llamada a lo establecido en el Código Civil, a una aplicación supletoria de éste. Ahora bien, su exclusión expresa sí impediría en principio su virtualidad, por lo que podría mantenerse el derecho a la compensación aun cuando desaparezca el desequilibrio o el acreedor contraiga nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona. Y lo mismo cabría afirmar respecto de la posibilidad de pactar otras causas al amparo de

la mencionada autonomía de la voluntad. Así por ejemplo se considera lícito el pacto que prevé la no extinción a pesar de concurrir la causa de la convivencia *more uxorio* , en este sentido en la [sentencia del TS de 11 de diciembre de 2015 \(RJ 2015, 5414\) \(RJ 2015, 5414\)](#) se afirma que «La autonomía de la voluntad tiene un límite y esto no es otro que el que establece el artículo 1255 del C Civil la ley, la moral y el orden público, y no se advierte, porque nada se dice en la sentencia, de qué forma contraviene esta disposición el hecho de que las partes de común acuerdo hayan excluido de las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona. Nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis, en el marco de un convenio regulador en el que se negocia y se transige sobre una suerte de medidas que las partes consideran mejor para el interés propio y de los hijos. Por tanto, en la sentencia recurrida se infringen los [arts. 1255](#) y [1091](#) del C. Civil, al no tener en cuenta que las partes en el ejercicio de sus propios derechos llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión, y al interferir en dicho acuerdo sin precepto que lo autorice se rompe la seguridad jurídica contractual (...) Antes y después del convenio regulador ya existía una situación de convivencia de la esposa con otra persona, *more uxorio* , de la que además estaba embarazada, circunstancia que era perfectamente conocida por el esposo. A pesar de todo, fue voluntad de los cónyuges garantizar a la esposa una pensión compensatoria por un período de diez años, además del coste de las vacaciones con los hijos. Incluso con posterioridad a la demanda de separación, las partes firmaron un nuevo convenio regulador para el divorcio, cuyo procedimiento se archivó por falta de cumplimiento de la aportación de las certificaciones literales, en el que se interesaba la continuación del convenio que sirvió a la separación matrimonial» (FJ 2º).

Por lo que respecta a la sentencia objeto del presente comentario, la desaparición del desequilibrio por el cambio de las circunstancias personales del deudor se desestimó pero fundamentalmente por no haberse acreditado suficientemente y no se consideró relevante el hecho de que la esposa tuviera cualificación suficiente para poder acceder a un puesto de trabajo y poner fin a ese desequilibrio puesto que esa circunstancia ya existía en el momento del establecimiento del derecho a la compensación, no siendo por tanto ni sobrevenida ni por supuesto imprevisible. Tal supuesto bien podría calificarse como de desequilibrio coyuntural y por lo tanto, admitir el establecimiento de un plazo pero los cónyuges en el libre ejercicio de su libertad pactaron su carácter indefinido, algo que entendemos que no puede modificarse salvo por un nuevo acuerdo de las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad pero cuya modificación litigiosa precisa de un cambio sustancial de las circunstancias, algo que cuando menos no ha quedado acreditado en el ninguna de las instancias. Admitir la pretensión del recurrido habría sido, en nuestra opinión, una vulneración flagrante de esa autonomía de la voluntad.

IV. Conclusión

Teniendo en cuenta la evolución social de la que forma parte indudablemente la incorporación de la mujer al mundo laboral, la transformación de su papel en el seno y organización de la familia, la igualdad de los cónyuges, el camino hacia la corresponsabilidad parental, y las sucesivas reformas del régimen jurídico del matrimonio, consideramos que el establecimiento del derecho a una pensión económica debería ser objeto de una profunda revisión, que no necesariamente supresión, sobre todo cuando se admite sin ambages su disponibilidad y su contenido netamente económico, algo que permite situarlo indiscutiblemente en el ámbito de la autonomía privada y que entre en juego la libre voluntad de los cónyuges en su configuración como parte del contenido de un negocio de jurídico típico o atípico que tiene su causa en el matrimonio proyectado, celebrado o disuelto sin más límites que la ley, la moral y el orden público. Estaríamos ante un negocio jurídico híbrido de Derecho de familia en el cual encajaría tanto el convenio regulador, como cualquier otro negocio jurídico que tenga como contenido el establecimiento de la pensión compensatoria puesto que se trata de una pretensión de alcance meramente económico fundado en una causa objetiva y sobre una materia disponible (*vgr.* [STS 3 junio 2016 \[RJ 2016, 2317\] \(RJ 2016, 2317\)](#)).

Revisión que no necesariamente suponga supresión pero sí cuando menos una llamada de atención en relación al carácter indefinido o perpetuo de la pensión compensatoria pues en la actualidad tiene poco encaje o más bien desentona con el régimen jurídico del matrimonio, partiendo de que tres meses es tiempo suficiente para poder solicitar su disolución para lo cual, además, no es preciso esgrimir una causa, el incumplimiento de los pocos deberes que implica de por sí la relación jurídica que se crea con el matrimonio no genera responsabilidad, pues lejos ha quedado la virtualidad de la culpa en la ruptura, el matrimonio puede ser de todo menos indefinido.

Además, consideramos que revisar el régimen jurídico del derecho a una compensación económica puede ser un el punto de partida de un camino que invita a una reflexión de mayor calado como es el alcance de la autonomía de la voluntad de la persona en todas las materias que le atañen como tal y tratar de revalorizarla como instrumento más idóneo para regular las relaciones personales y gestionar la propia capacidad desde la plenitud y hasta la previsión de su falta, así como poner en valor la tan denostada seguridad jurídica contractual. No debemos tener miedo al ejercicio de la libertad y confiar en la autonomía privada en cualquiera de sus modalidades fruitiva y sobre todo preceptiva que es en la que se contextualiza el negocio jurídico porque en nuestro ordenamiento cuenta con suficientes garantías para protegernos frente a los excesos que no deben confundirse con los riesgos libremente aceptados.

María E. Rovira Sueiro