

**TRIBUNAL SUPREMO SALA CIVIL
GABINETE TÉCNICO**

Sentencia de 11 de diciembre de 2015. RC 1722/2014

Alcance del pacto sobre pensión compensatoria incluido en el convenio regulador de separación matrimonial en el juicio posterior de divorcio contencioso, en relación con la exclusión de la convivencia marital del beneficiario con otra persona como causa de extinción de la misma. Autonomía de la voluntad. Determinación del momento precedente para solicitar la indemnización prevista en el artículo 1438 del Código Civil.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en una sentencia cuyo ponente ha sido el Excmo. Sr. Seijas Quintana, ha estimado en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en procedimiento de divorcio, en el que se plantearon dos cuestiones jurídicas relativas a la extinción de la pensión compensatoria, pactada por los cónyuges en el convenio regulador de la previa separación matrimonial, y la determinación del momento para solicitar la compensación económica prevista en el art.1438 del Código Civil.

En el supuesto de hecho a que se refiere el presente recurso, los cónyuges firmaron convenio regulador de su separación en el que pactaron a favor de la esposa una pensión compensatoria por período de 10 años, finalizando en el año 2018. Antes y después del referido convenio la esposa convivía con otra persona, *more uxorio*, de la que estaba embarazada, circunstancia perfectamente conocida por el esposo.

La sentencia de la Audiencia Provincial declaró extinguida la pensión compensatoria en su día pactada al entender que dicho pacto contravenía el art.101 del Código Civil que prevé la extinción de la pensión por la convivencia marital de su acreedor con otra persona.

La sentencia de la Sala Primera estima en parte el recurso por entender que la sentencia recurrida infringe los arts. 1225 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 rompe con la seguridad jurídica contractual. Argumenta, en síntesis, que la pensión compensatoria es un derecho disponible tanto en su reclamación como en su configuración, y el convenio regulador un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los

afectados- cuyo único límite es el art.1255 del Código Civil- puede contener pactos típicos y atípicos, sin que se advierta de qué forma contraviene esta disposición el hecho de que la partes de común acuerdo hayan excluido de las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia conyugal del cónyuge beneficiario con otra persona. Lo relevante, pues, será dilucidar en cada caso la intención de las partes y el valor vinculante de lo acordado. Y fija como Doctrina jurisprudencial la siguiente: « a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público.»

Respecto al momento para solicitar la compensación económica prevista en el art.1438 del Código Civil, precepto que remite a la extinción del régimen de separación, declara que « La fecha de la disolución del régimen económico matrimonial en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según el artículo 95 del Código Civil (STS 27 de febrero 2007). Por lo tanto la extinción del régimen de separación, por cualquier causa, de un lado, y la dedicación exclusiva, de otro, de alguno de los cónyuges al trabajo de la casa, determina la compensación del artículo 1438 CC(...) Ocurre en este caso que la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses, llegando a unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en medidas definitivas propias del juicio matrimonial de separación y que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la indemnización que ahora se reclama puesto que tal circunstancia ya existía en el momento en que se aprueba y, pese a todo, no se incluyó; razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido».

Madrid, diciembre de 2015

Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo