

CUADERNOS DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

DE LA

ASOCIACIÓN JUDICIAL

FRANCISCO DE VITORIA

Director:

GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN

Coordinador:

ALFONSO ALIAGA CASANOVA



ISSN: 2605-2687

Síguenos en:



www.ajfv.es

SEPTIEMBRE, 2018

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1.- LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS, ¿UN NUEVO DESAFÍO EN EL DERECHO DE FAMILIA?

Artículo realizado por **Alma M. Rodríguez Guitián**, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

2.- ¿DESDE CUÁNDO SURTE EFECTOS LA DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA?

STS de 18 de julio de 2018

Nº de Recurso: 735/2017

Nº de Resolución: 453/2018

Comentario realizado por **María del Carmen Ramis Alario**, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Denia (Alicante)

1. LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS, ¿UN NUEVO DESAFÍO EN EL DERECHO DE FAMILIA?

Alma M. Rodríguez Guitián

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: *El pacto en previsión de crisis conyugal es una figura sin reconocimiento normativo explícito en el derecho civil común, pero con regulación en el derecho civil autonómico, en particular, en Cataluña y en el País Vasco. Coherente con una tendencia creciente a la admisión del juego de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 31 de marzo de 2011, ha mantenido expresamente la validez y eficacia de estos pactos entre los cónyuges. Tal validez es confirmada en dos pronunciamientos posteriores en los años 2015 y 2018. El presente trabajo esboza una aproximación al régimen jurídico de tal figura.*

VOCES: **Pactos matrimoniales y prematrimoniales, autonomía de la voluntad, efectos jurídicos de la crisis matrimonial.**

I. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS

Los pactos de pre-ruptura conyugal, también llamados pactos en previsión de crisis, son negocios jurídicos en virtud de los cuales los cónyuges o futuros cónyuges regulan de forma anticipada los efectos que pudieran derivarse de una eventual y futura separación y/o divorcio. Se ha apuntado que este tipo de pactos constituye un desafío de primer orden en el Derecho de Familia actual.

El origen de los mismos se halla en el Derecho Norteamericano en el famoso caso *Posner v. Posner* (1972), en el cual el matrimonio *Posner* lleva a cabo un acuerdo, catorce días antes de la celebración del matrimonio, con varias cláusulas para el caso de ruptura matrimonial: el pago de 600 dólares mensuales en concepto de alimentos por parte del

esposo a la mujer y de 600 dólares a cada uno de los futuros hijos del matrimonio en concepto de manutención. El matrimonio se rompe tras seis años de duración, habiendo tenido dos hijos. La esposa interpone una demanda solicitando el cumplimiento del pacto prematrimonial y el esposo contesta a la misma alegando la doctrina judicial constante que estima tales pactos como vulneradores del orden público. La *Supreme Court* de Florida mantiene que el consentimiento dado por los otorgantes del pacto fue libre e informado y que, en concreto, la esposa dispuso de información suficiente acerca del patrimonio de su marido en el momento de la celebración del pacto.

Dos son las causas de aparición de este tipo de pactos en el ordenamiento jurídico español, aunque son comunes también en otros sistemas jurídicos.

Por una parte, se ha producido un proceso de democratización de las relaciones familiares, sobre todo de las conyugales, a raíz del principio constitucional de igualdad. Junto a tal democratización se halla la cada vez más creciente tendencia hacia la privatización del matrimonio y la ampliación de la autonomía de la voluntad en la configuración de las relaciones, en particular económicas, entre los esposos.

La segunda causa radica en el debilitamiento objetivo del matrimonio. En primer lugar, desde un punto de vista social, ya que, según datos del INE, hay una disminución evidente del número de matrimonios frente al incremento tanto de parejas de hecho como de divorcios y separaciones¹. En segundo lugar, desde el punto de vista normativo, en cuanto la Ley 15/2005 de 8 de julio otorga una mayor relevancia a la voluntad del cónyuge a través de la proclamación de un derecho a abandonar el matrimonio, de modo unilateral y sin necesidad de alegación de causa, a partir del plazo de tres meses desde su celebración. La ruptura conyugal es un hecho que ya no puede

¹Disponible en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Marriages_and_births_in_Spain/es (consultado el 01/07/2018)

considerarse como una rara excepción en la realidad social, de modo que un pacto que regule de forma preventiva las consecuencias patrimoniales de la crisis no es impensable.

Hay un ligamen, pues, entre el divorcio unilateral libre de causalismo y la admisión de los pactos preventivos de la crisis matrimonial. Es claro que si el legislador permite este tipo de divorcio no puede ya alegarse, como un criterio en contra de la admisión de tales pactos, que estos pueden constituir un peligro claro al favorecer la ruptura de una unión con vocación de permanencia. Es coherente que el margen legal de libertad concedido a la hora de solicitar el divorcio y la separación vaya acompañado de un margen similar en cuanto a la fijación por los cónyuges de las consecuencias económicas de su eventual y futura ruptura.

II. LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España no hay regulación de los pactos en previsión de crisis en el Código Civil. Por el contrario, sí la hay, y muy detallada, en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y a la Familia aprobado por la Ley 25/2010 de 29 de julio (art. 231-20, que constituye el precepto básico, y una regulación puntual en los artículos 233-5, 232-7, 233-5.3, 233-16 y 233-21.3) y también, más escueta, en el País Vasco en la Ley 7/2015 de 30 de junio de Relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores (art. 4). No obstante, es cierto que en el Código Civil español y en la mayoría de las normativas civiles autonómicas se busca que tales pactos puedan tener cabida en los preceptos respectivos reguladores de las capitulaciones matrimoniales mediante una interpretación amplia del contenido de estas.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha admitido la validez de los pactos de pre-ruptura de forma específica en sus sentencias de 31 de

marzo de 2011 y de 24 de junio de 2015². El objeto del pacto en ambos casos es la creación *ex novo* de una renta vitalicia, a favor de la esposa, a la que no tendría derecho en virtud de la normativa reguladora de la crisis matrimonial: no hay un desequilibrio patrimonial ni falta de recursos económicos.

Recientemente el Tribunal Supremo ha vuelto a reconocer la validez de dichos acuerdos en la STS de 30 de mayo de 2018³. En este supuesto se trata de otro tipo de pacto en previsión de crisis, más conflictivo y distinto al de los pronunciamientos anteriores, cuyo objeto es la renuncia anticipada a aquellos derechos que le podrían corresponder por ley al cónyuge renunciante tras el divorcio y la separación (así, la prestación compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar).

La gran cuestión que surge en todos los ordenamientos jurídicos en la actualidad no es ya la admisión, sino el debate acerca de los límites que han de imponerse a dichos pactos, es decir, qué ámbitos no se hallan a disposición de los cónyuges o futuros cónyuges en cuanto forman parte de la esencia intocable de la normativa reguladora del matrimonio. Parece haber un cierto consenso generalizado en los ordenamientos europeos en que, mientras que el reparto de los bienes matrimoniales puede ser objeto de pacto, los instrumentos que aseguran, respectivamente, la cobertura de las necesidades y la compensación económica por el desequilibrio patrimonial de uno de los esposos tras la ruptura son menos susceptibles de autorregulación.

La Sala 1^a del Tribunal Supremo ha mantenido respecto a estos pactos, además de que han de llevarse a cabo en capitulaciones matrimoniales, que el contenido de los mismos ha de respetar tanto los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil (la ley, la moral y el orden público) como, por analogía, los previstos en el artículo 90.2 del Código Civil para el convenio regulador (esto es, no han de implicar daño para los hijos ni ser gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges).

²RJ 2011/3137 y RJ 2015/2657.

³JUR 2018/158425

III. SISTEMA DE CONTROL DE LOS PACTOS.

Los pactos que versen sobre cuestiones económicas con repercusión exclusiva entre los propios cónyuges han de ser vinculantes y eficaces. Ahora bien, ello no es inconciliable con un cierto control sobre ellos, que se ejercitaría respecto al proceso de formación del consentimiento libre, informado y no viciado, al contenido del pacto y al alcance del acuerdo en el momento de su cumplimiento. Aquellos que contengan disposiciones sobre los hijos deberán llevarse al juez para analizar su conformidad con el interés superior del menor.

Al notario, en el momento de la formalización del pacto en escritura pública o en capitulaciones matrimoniales, le competiría un control de legalidad que habría de versar sobre la capacidad de las partes, la formación de un consentimiento libre e informado y la adecuación del pacto al ordenamiento jurídico. En relación con este último extremo, los acuerdos han de sujetarse a los límites genéricos de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil. La mayoría de los pactos preventivos de la crisis que pueden implicar una lesión de derechos fundamentales son aquellos que regulan aspectos de carácter personal (por ejemplo, obligan al cónyuge a vivir en un determinado lugar tras la crisis).

Pero pueden también ser conflictivos tanto los que afectan a la cobertura de las necesidades básicas de las partes (en especial, cuando ya es previsible, en el momento de la celebración del pacto, que el cónyuge renunciante de forma anticipada a los derechos legales va a encontrarse en situación de precariedad en el momento del cumplimiento del acuerdo; en este sentido la ya citada STS 30.5.2018) como aquellos que contienen renunciaciones unilaterales a derechos en cuanto se mantiene que los mismos podrían atentar contra la igualdad de los cónyuges, siempre que se conciba la igualdad como equivalente a reciprocidad.

Un primer temor hacia estos pactos se concreta en la asimetría contractual que, con frecuencia, se produce en el momento de la firma del acuerdo. Todos los ordenamientos que regulan tales pactos poseen

como rasgo común la aplicación a los mismos de una serie de medidas adicionales que van más allá de las reglas generales de los contratos, cuya finalidad es precisamente la protección de la parte más débil (normalmente la mujer) y la prevención y evitación de vicios del consentimiento cuando se celebran.

Las medidas adicionales vienen justificadas, en primer lugar, por la especial naturaleza de la materia objeto de estos pactos y la alteración que los mismos provocan en la normativa legal prevista para la ruptura matrimonial. En segundo lugar, se explican por la especial relación de afecto que hay entre los cónyuges, que les lleva a no contemplar la ruptura como un riesgo real, a no ser conscientes en el momento del acuerdo de las consecuencias que podrían poseer sus renunciaciones en el futuro y, por tanto, a atenuar la natural capacidad de autoprotección que en otro tipo de negociación sí tendrían.

El ordenamiento estatal español, a diferencia de la regulación sobre estos pactos preventivos de la crisis llevada a cabo por el legislador catalán, carece de medidas adicionales dirigidas a la consecución de la integridad del consentimiento. Así, el párrafo 1º del artículo 231-20 del Código Civil de Cataluña hace referencia a la forma (necesidad de otorgamiento en capítulos matrimoniales o escritura pública), al requisito temporal de celebración de los pactos (al menos treinta días antes de la boda), al deber de información del notario a cada uno de los otorgantes del pacto y al deber recíproco de las partes de darse información relevante sobre su patrimonio, ingresos y expectativas económicas. Tal regulación se inspira en el § 7.04 de los *Principles of the Law of Family Dissolution* elaborados en el año 2000 por el *American Law Institute*, prestigiosa organización de abogados, jueces y académicos. Debido a la ausencia de tales medidas adicionales en el derecho civil común, se ha subrayado la importancia de que los tribunales sean muy prudentes cuando controlen la fase del proceso de formación del contrato, en particular, que presten especial atención a si uno de los cónyuges se ha aprovechado de su superioridad negociadora sobre el otro.

A mi juicio, la ausencia de tales medidas no creo que permita sostener la nulidad del pacto en todo caso. Incluso se ha llegado a dudar de la utilidad de estos requisitos de procedimiento contractual (por ejemplo, ni el mejor asesoramiento impide que las partes, llevadas por la confianza que caracteriza su relación, elijan acuerdos desfavorables para sus intereses), a lo que ha de añadirse el coste económico que implican para las partes. Pero la falta de todos o algunos de estos requisitos puede constituir un indicio claro de la existencia de un contenido abusivo del acuerdo predeterminado por la parte fuerte, que debe ser examinado con cautela por el juez cuando la otra parte contratante, en el momento de la ejecución del acuerdo, lo impugne.

Estos pactos están sometidos a un segundo tipo de riesgo: cuanto más tiempo transcurra desde la celebración del acuerdo hasta la ruptura del matrimonio más probabilidades hay de que el acuerdo inicial devenga injusto para una de las partes. Por ejemplo, uno de los cónyuges, que había renunciado preventivamente a todo beneficio económico legal tras la ruptura, sufre con posterioridad una enfermedad o un accidente que le impide desarrollar en el futuro su vida profesional. Ahora bien, a mi juicio el control de lesividad del pacto (que busca tutelar a uno de los cónyuges de la decisión autónoma que en su día adoptó) debe restringirse a la aparición de circunstancias sobrevenidas, relevantes, no previstas ni razonablemente previsibles en el momento de su celebración y, por supuesto, no imputables a los cónyuges. Por tanto, debe huirse de planteamientos paternalistas y tal control de justicia material no ha de extenderse a otro tipo de hipótesis, por ejemplo, a aquellas en que se está ante un simple acuerdo no conveniente para uno de los cónyuges desde el punto de vista económico, siempre y cuando, claro, el consentimiento dado haya sido libre y no viciado y siempre que el contenido del pacto respete el ordenamiento jurídico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALLUEVA AZNAR, L.: *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

GARCÍA RUBIO, M.P., "Precautionary" agreements on the economic consequences of matrimonial crisis: Are they lawful under Spanish Law?, *The Role of Self-Determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, ed. Martín-Casals, M./Ribot Igualada, J., Documenta Universitaria, Girona, 2006, pp. 89 ss.

LEESON, P.T./PIERSON, J., "Prenups", 45 *Journal of Legal Studies* 388-394 (2016).

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011

PÉREZ HERESA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», *Academia Matritense del Notariado*, T. XLVIII, Curso 2007-2008, Colegio Notarial de Madrid, 2008, pp. 548 ss.

QUICIOS MOLINA, S.: «Comentario a la STS 24.6.2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa», *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 191 y ss

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018 y "Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario STS 30.5.2018", *CCJC*, núm. 108, 2018, pendiente de publicación.

2.- ¿DESDE CUÁNDO SURTE EFECTOS LA DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA?

STS del Pleno de 17 de julio de 2018

Nº de sentencia: 453/2018

Nº de recurso: 735/2017

María del Carmen Ramis Alario

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Denia
(Alicante)

Resumen: *La sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo confirma la retroacción a la fecha de interposición de la demanda de los efectos de la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona en el caso concreto. La resolución objeto de análisis plantea las siguientes cuestiones con mayor o menor profundidad: en primer lugar, trata sobre la distinta naturaleza de la pensión compensatoria y de la pensión alimenticia; en segundo lugar, sobre la necesidad o no de que se declare por sentencia si concurren los presupuestos previstos en el art 101 del CC sobre la extinción de la pensión compensatoria para que esta se extinga; y en tercer y último lugar, entra a resolver sobre la retroactividad o irretroactividad de los efectos de la declaración contenida en la sentencia por la que se determina la extinción de la pensión compensatoria, distinguiendo entre las diferentes causas previstas en el referido precepto en razón de su objetividad, destacando que la solución sería diferente si se tratara de una modificación no extintiva. Para terminar concluyendo que, en todo caso, la solución que se adopta pasa por la situación de hecho concreta enjuiciada.*

VOCES: pensión compensatoria, extinción por convivencia marital con otra persona, fecha en que se producen los efectos de la extinción.

COMENTARIO

1.- Los hechos enjuiciados.

A la esposa por sentencia dictada en el año 1994 en proceso de separación se le reconoce el derecho a percibir a cargo de su esposo una pensión compensatoria, obligación que fue ratificada por la sentencia dictada en el proceso de divorcio y que se mantiene vigente al momento de interponer la demanda.

El esposo estima que concurren los presupuestos para que se declare extinguida la referida pensión, atendido que afirma que su esposa vive maritalmente con otra persona, por lo que solicita se modifique la sentencia en su día dictada y se declare extinguida la pensión compensatoria, con efectos desde la interposición de la demanda

La esposa se opone a la extinción solicitada por no existir convivencia marital, sino una mera relación asistencial o laboral, por cuanto afirma que el señor con quien convive no es su pareja sino la persona que le ayuda en sus necesidades diarias.

Tras la práctica de la prueba se concluye estimando que efectivamente asistía razón al esposo al afirmar se trata de una relación de convivencia semejante a la del matrimonio la que se da entre su ex esposa y el Sr. Basilio, y se concluye que esta concurre al menos desde el año 2004, causa de extinción establecida en sentencia a la que se aquieta la esposa cuando recurre en casación la sentencia dictada por la AP (ST nº 457/2.016, de 18-11, Sec. 1ª de la A.P. de Salamanca), quedando como única cuestión controvertida a resolver por el alto tribunal, la de determinar si los efectos de la declaración de extinción de la pensión compensatoria han de producirse desde la interposición de la demanda, como mantiene el esposo en su oposición al recurso de

casación; o si por el contrario los efectos de tal extinción lo serán desde el dictado de la sentencia, como declara la sentencia de primera instancia y como, según se invoca en el recurso de casación, mantiene la doctrina jurisprudencial del TS que la esposa invoca.

2.- Estudio de la sentencia dictada por el TS con referencia a las cuestiones relevantes de la que la misma deriva

El recurso que resuelve el TS es el de casación, dado que se inadmitió a trámite el extraordinario por infracción procesal, y ello a pesar de que el de casación se sustenta además de en preceptos del CC, también en el art. 774.5 de la LEC, norma procesal que regula los efectos de las medidas que se adoptan en los procesos matrimoniales cuando la resolución es recurrida.; precepto en el que además se apoya la doctrina jurisprudencial al resolver sobre la determinación del momento en que produce sus efectos la modificación de la pensión de alimentos y que en alguna ocasión se ha considerado aplicable para la pensión compensatoria (ST del TS de 23-06-2015, 06-10-2016 y de 16-11-2016 n 674/2016)

La presente sentencia se aparta de la línea que venía manteniéndose hasta la fecha por el TS, por cuanto se acuerda que la sentencia que modifica las medidas adoptadas en un procedimiento anterior de familia, produce sus efectos no desde su dictado sino desde la fecha de la interposición de la demanda

Conclusión que se adopta en base a los siguientes fundamentos:

- Primero atendida la naturaleza de la pensión compensatoria como institución distinta de la pensión alimenticia.

Así respecto de la pensión alimenticia, cuando se establece su obligación por sentencia, por imperativo legal, art 148 del CC, la obligación surte efectos desde la fecha en que se interpuso la demanda, y conforme señala la jurisprudencia su modificación surte efectos desde el dictado de la sentencia en que así lo acuerda. No existe un precepto semejante al del art 148 con relación a la pensión compensatoria, y atendida su naturaleza no alimenticia, no se le puede aplicar por analogía el referido precepto, por lo que los efectos de su constitución por sentencia, conforme con el art 97 del CC solo lo podrán establecerse r

desde su dictado. Y en cuanto a los efectos de su modificación, con relación a modificaciones no extintivas de la pensión compensatoria, sus efectos se establecían desde el dictado de la sentencia

- Segundo se concluye por la AP, y no resulta controvertida la cuestión ante el TS, la necesidad de que si se pretende extinguir la pensión compensatoria por concurrir los presupuestos previstos en el art 101 del CC, ello se acuerde con el dictado de una sentencia, por cuanto el simple acuerdo de los cónyuges, de no abonarla o no solicitarla, o la simple concurrencia de los presupuestos objetivos del art 101 del CC, como podrían ser el contraer nuevo matrimonio, no modifican la sentencia en la que se estableció, es por ello estima la AP que la sentencia que declara su extinción tiene carácter constitutivo y no meramente declarativo, en cuanto modifica una situación jurídica preexistente, criterio el expuesto que ya se mantuvo en la STS 27/06/2011 -599/2009 -EDJ2011/146902-)

No obstante, estimo que el argumento, del carácter constitutivo de la sentencia, en tanto crea o extingue una situación jurídica, no puede erigirse en elemento determinante para negar efectos “ex tunc” a la misma. De esta manera, existen sentencias constitutivas, como las de declaración de incapacidad que sólo producen efectos “ex nunc”, esto es, no retroactivos, puesto que la capacidad de las personas se ha de presumir siempre (en este sentido, la ST de la AP de Barcelona, Sec. 4ª, nº 415/2.010, de 20 de Julio); y de otro lado, también existen ST constitutivas que tienen efectos “ex tunc”, esto es, retroactivos, como pueden ser aquellas que determinan la filiación de una persona en un proceso de reclamación, que es declarativa del hecho de la filiación (que es la generación), aunque constitutiva o creadora del título de determinación legal de la misma- .

- Tercero La fecha de los efectos de la sentencia que regula la pensión compensatoria son distintos atendiendo a diferentes supuestos:

* Si nos encontramos ante una sentencia que por primera vez impone la obligación de abono de una pensión compensatoria, conforme con el art 97.2 surte efectos la obligación desde la fecha de la sentencia en la que se adopten las medidas definitivas, lo que se ratifica con el

hecho de que no puede establecerse en las medidas provisionales y por tanto menos aún podrán retrotraerse sus efectos a la interposición de la demanda

* Sí nos encontramos ante una modificación, que no la extinción de la pensión compensatoria, art 100 del CC, dado que la obligación persiste, la solución alcanzada conforme con el art 774.5 de la LEC es la de que sus efectos lo serán desde la resolución que lo acuerde, (ST del TS de 16-11-2016 rec 448/2016) Solución que se alcanza acudiendo al referido precepto y ello a pesar de que el mismo está previsto para mantener los efectos de las medidas adoptadas en caso de recurso, y no para regular la retroactividad o no en procedimientos de modificación posteriores

* Y por último si se acuerda la extinción conforme al art 101 del CC, concluye la sentencia que en el caso concreto surtirá efectos la extinción desde la interposición de la demanda, si bien distingue en su fundamentación entre aquellos motivos previstos en el referido precepto cuya fecha de concurrencia no es controvertida, por ejemplo el de la celebración del matrimonio, y aquellos que precisen prueba para concretar en que momento acaeció el hecho extintivo, por ejemplo la convivencia marital.

La ST de la AP rechaza la retroactividad de los efectos de la sentencia a la fecha del inicio de la convivencia marital de la esposa con un tercero, razonando que “la extinción de la pensión compensatoria no puede tener efectos retroactivos, y menos de devolución de las cantidades percibidas en tal concepto, puesto que hasta que una resolución no proclame la extinción de aquella, no puede afirmarse que haya perdido vigencia, puesto que habrá de ser la resolución que ponga fin a la misma, la que expresará las causas de esa extinción y las razones del porque ha perdido razón de ser, y ello únicamente tendrá lugar mediante la aportación de las pruebas, por quien solicita la extinción de la pensión, la valoración por el órgano judicial en función de las pruebas aportadas, y finalmente por la declaración de que el desequilibrio que la ruptura conyugal había producido en principio, ya ha desaparecido.” Este fundamento en mi opinión haría concluir que los efectos deberían serlo

desde el dictado de la sentencia que declara la extinción y no desde la demanda, por cuanto la sentencia ha resuelto tras la prueba practicada que concurren los motivos previstos en el art 101 a pesar de que la esposa lo negaba, si bien atendida precisamente la prueba practicada concluye la Audiencia Provincial en su último fundamento de derecho que concurre mala fe procesal y abuso del derecho en la conducta de la demandada, dado que al menos debió allanarse a la demanda, y ante esta situación que no puede ser amparada en derecho retrotraen los efectos al momento de interponer la demanda

La conclusión que se alcanza en la sentencia dictada en casación, es la misma, “los efectos se producen desde la interposición de la demanda”, si bien señala que existe una diferencia entre los distintos motivos recogidos en el art 101.

Aquellos objetivos como lo sería contraer nuevo matrimonio, cuyos efectos indica se producirían desde la fecha de su celebración al afirmar que, “**la causa de extinción** consistente en contraer nuevo matrimonio **habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce,** con independencia de la fecha en que -conocida dicha situación- se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción” Lo que estimo altera el criterio de la eficacia de la declaración extintiva sólo desde la sentencia, que es el criterio que se había venido sosteniendo por el Alto Tribunal hasta ahora, así en la STS nº 825/2.011, de 23 -11 rec nº 757/2.010.

Y aquellos motivos que precisan la práctica de prueba para acreditar desde que momento se produce el hecho extintivo, en el caso concreto la convivencia marital, que se acredita (sin ser controvertido ante el TS) acaece al menos desde el año 2004, fecha mucho anterior a la interposición de la demanda por el esposo, y parece deducirse de la redacción de la sentencia que deberían retrotraerse los efectos a dicha fecha, por cuanto señala “La razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas -unidas por matrimonio- de una determinada posición económica, lo que da lugar a que -extinguido el vínculo - deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se

encontraba vigente el matrimonio; **compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute se instaure de nuevo con otra persona.**” Si bien a pesar de ello concluye que los efectos lo son desde la interposición de la demanda, estimo que en aplicación del principio de congruencia de las sentencias judiciales, siendo esta la misma solución que se adoptó en la ST nº 181/2.018, de 04-04 rec nº 1.885/2.017 en la que ya se insinúa la posible retroactividad de la declaración de extinción de la pensión compensatoria, siendo en aquella el motivo de la extinción el hecho de estar trabajando la esposa, y acordando que los efectos lo eran desde la interposición de la demanda por cuanto así se solicitó por el esposo

Conclusión la señalada se alcanza por el TS que estimo que al igual que la de la AP, y a diferencia de la de primera instancia, entra en contradicción con lo previsto en el artículo 774.5 de la LEC y con la doctrina del propio TS en cuanto a los efectos de las sentencias modificativas, condición que concurre en la que extingue la pensión compensatoria, y que han de entenderse "ex nunc", esto es sin conferirle retroactividad alguna; si bien se admite en las sentencias dictadas por la jurisprudencia menor, y dado que en ellas no se busca la función unificadora que cumplen las sentencias dictadas por el TS, que en supuestos excepcionales, cuando quede suficientemente justificada la eficacia retroactiva más allá de la fecha de la interposición de la demanda, por exigencias de los principios de la buena fe en el ejercicio de los derechos y del abuso del derecho, art 6 y 7 del CC se acuda a la fecha en que se acredite concurre la causa de extinción de la pensión compensatoria como fecha de sus efectos, así entre otras las sentencias dictadas por las Audiencia Provinciales de: Madrid, Sec 24ª de 12-03-2008; Barcelona, Sec 18ª de 16-02-2007; Murcia, Sec. 4ª de 07-07-2.016, o bien como resuelve la sentencia dictada por la AP de Madrid, Sec 24ª de 26-06-2016 se declare extinguida la pensión, constatada la celebración del segundo matrimonio de la esposa, a la fecha de su celebración.

REFERENCIA CENDOJ: [STS de 18 de julio de 2018 \(ROJ: STS 2736/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2736 \)](#)

AJFV