



Roj: **STS 2176/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2176**

Id Cendoj: **28079110012022100463**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2022**

Nº de Recurso: **6110/2021**

Nº de Resolución: **428/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, 11-03-2021  
(rec.1120/2020),  
STS 2176/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 428/2022**

Fecha de sentencia: 30/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6110/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SECCIÓN 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6110/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 428/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 30 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Bernarda , representada por el procurador D. Nicolás Álvarez Real, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Amparo Sánchez López, contra la sentencia dictada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación n.º 1120/2020, dimanante de las actuaciones de juicio de divorcio n.º 770/2019, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 . Ha sido parte recurrida D. Jose Daniel , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Zaida M.<sup>a</sup> Santana de Vera y bajo la dirección letrada de D. David García Formazyn.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Sonia Ortega Jiménez, en nombre y representación de D. Jose Daniel , interpuso demanda de divorcio contra D.<sup>a</sup> Bernarda , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare la disolución del vínculo por divorcio entre los litigantes y estimando la presente demanda se establezcan las siguientes medidas:

### PETICIÓN PRINCIPAL:

Se establezca la guarda custodia compartida de las menores para ambos progenitores, la cual se llevará a efecto mediante sistema semanal de lunes a lunes con entrega y recogida en el centro escolar.

Periodos vacacionales se repartirán de la siguiente manera a falta de acuerdo entre los progenitores:

-Navidades. Se dividen en dos períodos, el primero que va desde el 23 de diciembre a las 10:00 horas o en su caso cuando comiencen las vacaciones escolares del mes de Diciembre hasta las 19 horas del día 30 y el segundo que va desde el día 30 de Diciembre a las 10 horas hasta el día 7 de enero a las 19 horas o en su caso cuando dé comienzo el curso escolar en Enero. En los años en los que el mes de Diciembre se corresponda con año par corresponde elegir periodo a la madre y en los que coincida con impar al padre.

-Semana Santa. Se divide en dos períodos, el primero desde el inicio de las mismas a las 18 horas hasta el Jueves Santo a las 11 horas y el segundo que va desde el citado jueves a las 11 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 20 horas, eligiendo periodo los años pares la madre y los impares el padre.

-Verano: Las Vacaciones de Verano se dividirán en cuatro periodos efectos de su reparto entre los progenitores:

Desde el día 1 de julio a las 12:00 horas, hasta el 15 de julio a las 18:00 horas.

Desde el día 15 de julio a las 18:00 horas hasta el día 3. de julio a las 18:00 horas.

Desde el día 31 de julio a las 18:00 horas hasta el día 15 de agosto a las 18:00 horas.

Desde el día 15 de agosto a las 18:00 horas hasta el día 31 de agosto a las 18:00 horas. Corresponderá a la madre en los años pares los periodos primero y tercero y al padre el segundo y cuarto, siendo en los años con terminación en número impar a la inversa.

Días especiales: Tendrán la consideración de día especial, el 6 de enero, cumpleaños de las menores, cumpleaños materno y paterno, por el cual el progenitor no custodio temporalmente tendrá un derecho de visitas de 3 horas por la tarde desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.

Los progenitores deberán comunicar con un mes de antelación el periodo vacacional a pasar con sus hijas, pues, de no ser así, estará obligado a estar con el menor el primer periodo.

2.- La patria potestad de las menores será compartida por ambos Progenitores, debiendo tomar de común acuerdo toda decisión importante que afecte a las menores y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme a lo previsto en el artículo 156 del Código Civil.

A título indicativo son decisiones judiciales incluidas en el ámbito de la patria potestad: cambios en el domicilio de las menores, fuera de la residencia habitual y trasladarse al extranjero salvo viajes vacacionales, elección inicial o cambio de centro escolar y determinación de las actividades extraescolares o complementarias, así como tratamientos médicos psicológicos o similares y la realización de actos religiosos y el modo de llevarlos a cabo.

3.- Gastos ordinarios.

Cada progenitor abonará los gastos ordinarios de las menores en la semana que se encuentre en su compañía.

Los gastos de formación de las hijas en común serán sufragados por los progenitores al 50 %.



4.- Gastos extraordinarios.- Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de las menores, entendiéndose por tales lo que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social serán sufragados al 50 % por los progenitores.

No obstante, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores (salvo supuestos excepcionales urgentes en que ello no sea posible) sobre la procedencia de cualquier gasto extraordinario, o en su defecto, autorización judicial.

5.- Pensión compensatoria.-

a) Que no establezca pensión compensatoria alguna y se declare la extinción la pensión compensatoria establecida. en la sentencia de separación de fecha 4 de mayo de 2016, con efectos desde la interposición de la demanda de divorcio.

Para el improbable caso que no se acceda a la extinción de la pensión compensatoria, se interesa subsidiariamente:

b) Se reduzca la pensión compensatoria a la cantidad de tres cientos euros (300 €) mensuales, por un plazo máximo de 2 años con efectos desde la interposición de la demanda de divorcio.

PETICIÓN SUBSIDIARIA: Para el caso que no se acceda a una custodia compartida, interesamos:

1.- Se establezca guarda custodia de las menores para la progenitora materna.

2.- La patria potestad de las menores será compartida por ambos progenitores, debiendo tomar de común acuerdo toda decisión importante que afecte a las menores y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme a lo previsto en el artículo 156 del Código Civil.

A título indicativo son decisiones judiciales incluidas en el ámbito de la Patria potestad: cambios en el domicilio del menor, fuera de la residencia habitual y trasladarse al extranjero salvo viajes vacacionales, elección inicial o cambio de centro escolar y determinación de las actividades extraescolares o complementarias, así como tratamientos médicos psicológicos o similares y la realización de actos religiosos y el modo de llevarlos a cabo.

3.- Régimen de comunicación y estancia a favor del progenitor paterno.-

En defecto de acuerdo, el progenitor paterno tendrá el derecho y la obligación de relacionarse con las menores de la siguiente manera:

Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que serán reintegradas en el mismo.

Intersemanales, Todos los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta el día siguiente, en caso de no ser lectivo desde las 16:00 horas hasta el día siguiente a las 10:00 horas en el domicilio materno.

-Navidades. Se dividen en dos períodos, el primero que va desde el 23 de diciembre a las 10:00 horas o en su caso cuando comiencen las vacaciones escolares del mes de Diciembre hasta las 19 horas del día 30 y el segundo que va desde el día 30 de Diciembre a las 19 horas hasta el día 7 de enero a las 19 h o en su caso cuando dé comienzo el curso escolar en Enero. En los años en los que el mes de Diciembre se corresponda con año par corresponde elegir periodo a la madre y en los que coincida con impar al padre.

-Semana Santa. Se divide en dos períodos, el primero desde el inicio de las mismas a las 18 horas hasta el Jueves Santo a las 11 horas y el segundo que va desde el citado jueves a las 11 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 20 horas, eligiendo periodo los años pares la madre y los impares el padre.

-Verano: Las Vacaciones de Verano se dividirán en cuatro periodos efectos de su reparto entre los progenitores:

Desde el día 1 de julio a las 12:00 horas, hasta el 15 de julio a las 18:00 horas.

Desde el día 15 de julio a las 18:00 horas hasta el día 31 de julio a las 18:00 horas.

Desde el. día 31 de julio a las 18:00 horas hasta el día 15 de agosto a las 18:00 horas.

Desde el día 1. 5 de agosto a las 18:00 horas hasta el día 31 de agosto a las 18:00 horas.

Corresponderá a la madre en los años pares los periodos primero y tercero y al padre el, segundo y cuarto, siendo en los años con terminación en número impar a la inversa.

Días especiales: Tendrán la consideración de día especial, el 6 de enero, cumpleaños de las menores, cumpleaños materno y paterno, por el cual el progenitor no custodio temporalmente tendrá un derecho de visitas de 3 horas por la tarde desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.



Los progenitores deberán comunicar con un mes de antelación el periodo vacacional a pasar con su hijo, pues, de no ser así, estará obligado a estar con el menor el primer periodo.

#### 4.- Pensión de alimentos.-

El progenitor paterno abonará la cantidad total de ocho cientos euros la (800 €) en concepto de pensión de alimentos para las hijas menores de edad.

La cantidad señalada será actualizada conforme al I.P.C de Canarias u organismo que lo sustituya.

#### 5.- Gastos extraordinarios.-

Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de las menores, serán sufragados al 50 % por los progenitores, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social, serán sufragados por ambos progenitores por mitad siempre que medie previa consulta (salvo supuestos excepcionales urgentes en que ello no sea posible) al progenitor no custodio sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial.

#### 6.- Pensión compensatoria. -

a) Que no establezca pensión compensatoria alguna y se declare la extinción la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación de fecha 4 de mayo de 2016, con efectos desde la interposición de la demanda de divorcio.

Para el improbable caso que no se acceda a la extinción de la pensión compensatoria, se interesa subsidiariamente:

b) Se reduzca la pensión compensatoria a la cantidad de tres cientos euros (300 €) mensuales, por un plazo máximo de 2 años con efectos desde la interposición de la demanda de divorcio".

**2.-** La demanda fue presentada el 19 de junio de 2019, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 , se registró con el n.º 770/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** La procuradora D.ª Carmen Viera Cabrera, en representación de D.ª Bernarda , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] se dicte sentencia declarando haber lugar al divorcio solicitado, desestimando todos los demás pedimentos de la parte actora e imponiéndole expresamente las costas del presente procedimiento, y en particular se declare:

1. Que la guarda y custodia de las hijas del matrimonio se siga atribuyendo de forma individual a Dña. Bernarda , con los efectos que le son inherentes.

2. Que la pensión de alimentos de las hijas en común se siga manteniendo en la cantidad de tres mil quinientos euros (3.500€) mensuales.

3.- Que la prestación compensatoria a favor de Dña. Bernarda , por parte de D. Jose Daniel , se siga manteniendo en la cantidad de mil euros (1.000€).

4.- Que el régimen de visitas siga siendo el mismo que el ya recogido en el convenio regulador (de fecha 24 de agosto de 2015) de la sentencia de separación, de fecha 4 de mayo de 2016.

5.- Que en definitiva, y muy particularmente, sigan inalteradas las estipulaciones tercera, cuarta y séptima del convenio regulador (de fecha 24 de agosto de 2015) de la sentencia de separación, de fecha 4 de mayo de 2016".

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMAR parcialmente la demanda de divorcio contencioso formulada por la procuradora Dña. Sonia Ortega Jiménez, en representación de D. Jose Daniel , frente a Dña. Bernarda , representada por la procuradora Dña. Carmen Viera Cabrera, y acordar la disolución por DIVORCIO del matrimonio contraído por los litigantes el día 14 de noviembre de 1998. El divorcio se regirá por las siguientes medidas:

1º.- Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores de edad a la madre, siendo la patria potestad compartida.



2º.- El régimen de comunicación, estancia y visitas del progenitor no custodio con sus hijas será el que viene establecido en el convenio regulador aprobado en la Sentencia de fecha 4 de mayo de 2016 y el padre comunicará a la madre su disponibilidad para las vacaciones de verano con dos meses de antelación.

3º.- Se fija como pensión de alimentos a favor de las menores y con cargo al padre la cantidad de TRES MIL EUROS (3.000 euros). El pago deberá realizarse por meses adelantados dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la Dña. Bernarda . La cantidad fijada deberá actualizarse anualmente en función de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, tomándose en cuenta el Índice General de la Comunidad Autónoma de Canarias.

4º.- Asimismo, cada progenitor deberá pagar la mitad de los gastos extraordinarios, ya sean de carácter educativo, médico o de naturaleza análoga (óptico o dentista, entre otros) que sea necesario realizar para la mejor atención de sus hijas. Para la exigibilidad de los gastos extraordinarios será preciso acuerdo entre ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial. A tal efecto cada progenitor deberá comunicar al otro el gasto de que se trate antes de realizarlo, entendiéndose que éstos asienten a la conveniencia del gasto si dejan pasar un plazo de 5 días naturales desde la notificación fehaciente sin formular oposición; si se tratara de gastos urgentes, la notificación a los progenitores se podrá efectuar una vez realizado.

5º.- Se mantiene en cuantía y circunstancias la pensión compensatoria de MIL EUROS (1.000 €) al mes tal y como se fijó en el convenio aprobado por la Sentencia de 4 de mayo de 2016 dictada en el procedimiento de separación.

Sin imposición de costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de ambas partes litigantes.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 1120/2020, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D./Dña. MARIANOLARRAURIEREÑOZAGA y desestimando el interpuesto por D./Dña. Bernarda contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de DIRECCION000 , debemos establecer el importe de la pensión alimenticia para las hijas menores en la cantidad de 2.500 euros y establecemos asimismo un plazo de 4 años durante el que se continuará devengando la pensión compensatoria fijada, a cuyo término quedará esta extinguida, todo ello sin pronunciamiento expreso sobre las costas del recurso interpuesto por D. Jose Daniel e imponiendo expresamente las causadas por el recurso de Dª Magdalena ".

Con fecha 23 de abril de 2021 la sección 3.ª de dicha Audiencia Provincial dictó auto de rectificación con la siguiente parte dispositiva:

"Rectificar respecto al nombre de la apelante donde dice Dª Magdalena " debe decir "Dª Bernarda " así como en el fallo donde dice "4" debe decir "5".

#### **TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Carmen Viera Cabrera, en representación de D.ª Bernarda , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463), al existir interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS en relación a los artículos 100 y 101 del Código Civil, y respecto de los artículos 90, 1255, 1256 y 1261 del Código Civil, en relación a la naturaleza del convenio regulador como negocio jurídico de familia (sentencias de T. Supremo de 22 de abril de 1997, 15 de febrero de 2002, 21 de diciembre de 1998, 20 de abril de 2012 y 31 de marzo de 2011).

SEGUNDO.- Al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) al existir interés casacional por oposición a la Doctrina Jurisprudencial de la Sala Primera del T. Supremo, en relación a los artículos 100 y 101 del Código Civil y respecto de los artículos 3.1., 7.1., 1281 y 1282 del Código Civil en relación a la interpretación de los contratos.





TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 481 de la LEC (EDL 2000/77463), al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3. de la LEC (EDL 2000/77463), al existir interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al haber infringido la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas que se recurre los artículos 87, 100, 101 y respecto a la inaplicación de los artículos 3.1. y 7.1. 1091 y 1258, todos del Código Civil (EDL 1889/1), así como el principio general del derecho de no actuar en contra de los propios actos y aplicación del principio de la buena fe. Sentencias del T. Supremo de 10 de diciembre de 2012 y 5 de julio de 2007.

CUARTO.- Al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463), al existir interés casacional por oposición a la Doctrina Jurisprudencial de la Sala primera del Tribunal Supremo al haber infringido la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas los artículos 97, 100, 101 del Código Civil y respecto de los artículos 90, 1255, 1256 y 1261 del mismo Código Civil, en relación a los presupuestos para la modificación o extinción de la pensión compensatoria: STSS de 10 de diciembre de 2012, 3 de octubre de 2008, 27 de junio de 2011, y 23 de enero de 2012".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de enero de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Bernarda contra la sentencia dictada con fecha de 11 de marzo de 2021 por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 1120/2020, dimanante del juicio de divorcio n.º 770/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de DIRECCION000 .

2.º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de abril de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de mayo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes de hecho*

A los efectos decisorios del presente proceso hemos de partir de los siguientes antecedentes:

1º.- Los litigantes se encontraban judicialmente separados en virtud de sentencia de fecha 4 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de DIRECCION001 , en procedimiento de mutuo acuerdo 74/2016, en que se aprobó el convenio regulador suscrito, que regulaba las relaciones personales y patrimoniales de las partes, así como con respecto a las hijas comunes.

2º.- Dicho convenio, en lo que ahora nos interesa, contenía una cláusula séptima, que literalmente transcrita señala:

"Atendida la situación personal y económica de ambas partes, el Sr. Jose Daniel , vendrá obligado a abonar a la Sra. Bernarda , en concepto de prestación compensatoria, la cantidad de MIL EUROS mensuales (1000 €.-), por doce pagas mensuales, ingresando dicho importe los primeros cinco días de cada mes, dando inicio a la obligación de pago desde el día uno del mes siguiente a la ratificación judicial del presente documento. La pensión aquí establecida tendrá carácter vitalicio, pero quedará sin efecto en el momento en la que la Sra. Bernarda conviva maritalmente con otra persona, contraiga nuevo matrimonio, o bien tenga un trabajo por cuenta propia o ajena, cuya retribución sea superior a 1500 euros mensuales brutos, sin incluir pagas extras".

3º.- El marido D. Jose Daniel interpuso demanda de divorcio contra D.ª Bernarda . El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 , que dictó sentencia en la que se decretó la disolución del matrimonio de los litigantes, y fijó las medidas correspondientes relativas al importe de los alimentos de las hijas en la suma de 3.000 euros mensuales, gastos extraordinarios, régimen de comunicación, con mantenimiento de la pensión compensatoria fijada en el convenio regulador de separación de 4 de mayo de 2016.



En el fundamento de derecho quinto se razonó:

"El otro punto controvertido es la pensión compensatoria que en la sentencia de 4 de mayo de 2016 se fijó en 1.000 € mensuales a favor de Dña. Bernarda . En su interrogatorio afirma que estuvieron casados 18 años, que era y es ella quien se ocupa de las niñas, que hace años realizó un curso de educadora canina y en ocasiones puntuales lo hace, por lo que le dan.

Ninguna prueba se aporta de que se trate de una actividad habitual y remunerada en cuantía suficiente para hacer frente a sus necesidades. El abogado de D. Jose Daniel solicita que se extinga o subsidiariamente se fije en 300 € por dos años o incluso se establezca por el plazo máximo de 8 años, que es el de duración de los préstamos. La abogada de Dña. Bernarda atiende a los términos del convenio aprobado por la sentencia de separación y afirma que no se acredita que trabaje en economía sumergida.

La pensión compensatoria debe mantenerse en cuantía y circunstancias en los términos que las partes acordaron el convenio aprobado por la Sentencia de 4 de mayo de 2016, 1.000 €/mes. No se ha probado que Dña. Bernarda ejerza una actividad profesional estable, continuada y que le permita sostenerse, sus circunstancias siguen siendo las mismas que en 2016 cuando se fijó".

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó sentencia en la que rebajó la pensión de alimentos a 2.500 euros mensuales, y limitó temporalmente la duración de la pensión compensatoria a cinco años a contar desde la fecha de la sentencia del referido tribunal.

Con respecto a la pensión compensatoria se razonó, en su fundamento de derecho tercero, que:

"Pues bien, de ser cierto que la apelante/apelada desempeñara dicha ocupación de educadora canina, lo estaría haciendo de forma ocasional y no debería ser relevante a los efectos de una modificación de su capacidad económica.

Ahora bien, debemos plantearnos una limitación temporal de la pensión compensatoria a la vista de la edad de la apelante, 50 años y de sus posibilidades plenas de incorporarse al mercado laboral ya que como señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2017, es un hecho cierto que el límite temporal de la pensión es posible tanto legal como jurisprudencialmente, como señala la sentencia de 11 de mayo 2016, por lo que la cuestión se contrae a determinar los criterios que deben servir de pauta a tal fin".

Y tras la cita de la correspondiente jurisprudencia concluye:

"En atención a lo expuesto procede limitar la obligación del abono de la pensión alimenticia "sic" a un periodo de cinco años desde el dictado de la presente resolución, tiempo que se considera razonable para que la apelante/apelada pueda superar el desequilibrio económico sufrido sin duda, pero que comenzó a restablecerse desde el comienzo del abono de la pensión compensatoria desde el convenio regulador de la sentencia de separación del año 2016".

5º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación exclusivamente con respecto al pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria, con solicitud de que se ratifique la decisión del juzgado.

#### **SEGUNDO.-** *Fundamento y desarrollo del recurso*

El recurso de casación se fundamenta por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), basado en cuatro motivos íntimamente ligados entre sí, de manera que serán objeto de tratamiento conjunto.

En el primero de ellos, se alega la infracción de los artículos 100 y 101 del Código Civil (en adelante CC), en relación con los artículos 90, 1255, 1256 y 1261 del CC, dada la naturaleza del convenio regulador como negocio jurídico de familia ( sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997, 15 de febrero de 2002, 21 de diciembre de 1998, 20 de abril de 2012 y 31 de marzo de 2011).

El segundo, por entender se vulneró lo dispuesto en los arts. 100 y 101 del CC, respecto de los artículos 3.1, 7.1, 1281 y 1282 del referido texto legal, relativos a la interpretación de los contratos, con cita de la sentencia 678/2015, de 11 diciembre.

El tercero, por considerar lesionados los artículos 87 -debe decir 97-, 100, 101, respecto a la inaplicación de los artículos 3.1, 7.1, 1091 y 1258, todos del CC, así como el principio general del derecho que prohíbe actuar en contra de los actos propios actos y aplicación del principio de la buena fe, con cita de las sentencias de 10 de diciembre de 2012 y 5 de julio de 2007.



Por último, se reputan infringidos los artículos 97, 100, 101 del CC, respecto de los artículos 90, 1255, 1256 y 1261 del mismo, en relación a los presupuestos para la modificación o extinción de la pensión compensatoria: STSS de 3 de octubre de 2008, 27 de junio de 2011, 23 de enero de 2012 y 10 de diciembre de 2012.

En su desarrollo se considera, en síntesis, que en el convenio regulador suscrito se determinaron, al amparo de la libre autonomía de la voluntad, las causas específicas de extinción de la pensión compensatoria, que han de ser respetadas por su carácter vinculante para las partes, sin que ofrezca duda la intención de los cónyuges al suscribirlo, y sin que concurra además la alteración sustancial de circunstancias precisas para que opere la modificación del carácter vitalicio con que se estableció la pensión en los términos pactados por las partes.

### **TERCERO.-** *Los negocios jurídicos de derecho de familia*

En el ámbito del Derecho privado rige el principio de la libre autonomía voluntad ( art. 1255 del CC), que tiene sus raíces constitucionales en el art. 1 de la CE, que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, el art. 10, en tanto en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, así como el art. 38, en el que se declara la libertad de empresa, y, en consecuencia, la facultad que corresponde a las personas de establecer los pactos o convenios que consideren procedentes para configurar sus relaciones, lo que implica la consagración de un ámbito legítimo de autodeterminación en el orden jurídico y social.

Consiste, en definitiva, en el poder que le corresponde a un sujeto de derecho para dictar reglas y dárseles a sí mismo, fijando el contenido de las relaciones personales y patrimoniales en las que voluntariamente participe. Se integra en ella la facultad para constituir, modificar y extinguir obligaciones contractuales. Comprende la posibilidad legítima de determinar el contenido de un pacto o convención fijando las cláusulas y condiciones que mejor se adaptan a los deseos o necesidades de las partes, así como la posibilidad de concertar contratos atípicos para satisfacer las más diversas necesidades individuales, o adherirse o no a las condiciones generales impuestas por el predisponente en la denominada contratación seriada o en masa.

Desde la perspectiva expuesta, la autonomía de la voluntad es la médula del negocio jurídico en afortunada expresión utilizada en la materia. Abarca, igualmente, como es natural, la libertad de no comprometerse contractualmente. Nace de su vigencia el principio *pacta sunt servanda*, que obliga a respetar los pactos o compromisos válidamente asumidos. En la esfera del Derecho Sucesorio, se manifiesta en el poder de ordenar la propia sucesión, bajo la regla imperante de que la voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión.

Pues bien, frente a reticencias iniciales no ofrece duda que, hoy en día, se encuentra perfectamente consagrado el principio de la libre autonomía de la voluntad en el ámbito propio del derecho de familia, con plena vigencia en las relaciones horizontales entre los cónyuges, y bajo la limitación del principio de orden público del interés y beneficio de los menores en las relaciones verticales con los hijos ( sentencias de esta Sala 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre, 251/2018, de 25 de abril y del Tribunal Constitucional 614/2009, de 28 de septiembre; 178/2020, de 14 de diciembre y 81/2021, de 19 de abril, entre otras, que califican de tal forma el interés superior del menor).

No obstante, la instauración de tal principio no fue labor sencilla, en tanto en cuanto exigió la superación de los obstáculos legales que suponían la prohibición de las capitulaciones matrimoniales postnupciales o la contratación entre los cónyuges bajo sanción de nulidad, hasta la correspondiente reforma legislativa llevada a efecto en los actualmente vigentes arts. 1323 y 1326 del CC, por ley 11/1981, de 13 de mayo, conforme a los cuales "los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos", así como "las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio", como norman respectivamente.

Por otra parte, los pactos amistosos o contratos de separación conyugal, inicialmente considerados inválidos por recaer sobre materias que se reputaban fuera del comercio de los hombres ( art. 1275 CC), por entenderlos contrarios a los límites de la autonomía de la voluntad contemplados en el art. 1255 CC, por estimar ilícita su causa ( art. 1275 CC), o por la imposibilidad normativa de transigir sobre causas matrimoniales ( art. 1814 CC), fueron ulteriormente reputados como legítimos y eficaces por una progresiva jurisprudencia, adaptada a las exigencias de una nueva realidad social en continua evolución, cuyas primeras manifestaciones podemos encontrar en las sentencias de 31 de enero de 1985, 22 de abril de 1997 o 27 de enero de 1998, entre otras, que otorgaron eficacia a los pactos reguladores de la separación de hecho entre los cónyuges.

En este panorama, de potenciación de la libertad y autonomía de los cónyuges, se consagra el término negocio jurídico de familia, para destacar que dicha categoría incluye también los pactos derivados de las relaciones familiares en la medida en que se admite la autonomía del individuo. Hasta el punto, ello es así, que ya la sentencia de esta Sala 414/1987, de 25 de junio, destacaba que "actualmente se reconoce un auténtico contractualismo en el ámbito del derecho de familia".



En el preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Cataluña, que aprueba el Libro II de su Código Civil, se puede leer que:

"[...] las transformaciones sociales han hecho que hoy la familia se entienda más bien como un ámbito en que la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los miembros que la componen ocupan un lugar importante en la definición del proyecto de vida en común. Es por ello que se pone énfasis en el desarrollo individual, en la libertad y autonomía del individuo, pero también en su responsabilidad".

En el sentido expuesto, en la reciente sentencia 130/2022, de 21 de febrero, señalamos:

"Estas facultades de autorregulación, de determinar el contenido de una relación convencional, fijando sus cláusulas y condiciones, no son ajenas al Derecho de Familia. De esta forma, nos hemos pronunciado en la sentencia 572/2015, de 19 de octubre, en la que, con reproducción de la sentencia 392/2015, de 24 de junio, decíamos que:

"[...] en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando ( artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges ( art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán [...]".

Por consiguiente, los pactos, que celebran los cónyuges, regulando sus relaciones personales y patrimoniales, son perfectamente válidos y exigibles, siempre que concurren los requisitos de toda clase de contratos; es decir, consentimiento, objeto y causa ( art. 1261 del CC), se respeten las exigencias de forma ad solemnitatem, requeridas para determinados actos jurídicos, y siempre que los acuerdos adoptados no sobrepasen los límites que a la libre autonomía de la voluntad de las partes impone el art. 1255 del CC, que exige no sean contrarios a la ley imperativa, a la moral y al orden público".

La sentencia 116/2002, de 15 de febrero, en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales, afirma que los cónyuges:

"[...] en ejercicio de su autonomía privada ( art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales [...]. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia ( Sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRyN de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial".

En el mismo sentido, más recientemente, las sentencias 615/2018, de 7 de noviembre, y 102/2022, de 2 de febrero.

No ha de ofrecer duda, por lo tanto, concluye la sentencia la precitada sentencia 130/2022, de 21 de febrero:

"[...] que encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo igualmente válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos, si bien dichos acuerdos están condicionados, en su eficacia, a la vigencia del principio del interés y beneficio de los menores, concebido como auténtico principio de orden público o bien constitucional".

Pues bien, circunscrito ya al específico ámbito del recurso de casación interpuesto, nos hemos manifestado, con reiteración, que dentro del marco legítimo del principio de la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges se encuentran los pactos relativos a la pensión compensatoria, valga como simple botón de muestra al respecto las sentencias 100/2020, de 20 de febrero; 418/2020, de 13 de julio; 807/2021, de 23 de noviembre o 130/2022, de 21 de febrero, todas ellas expresivas de que ese derecho personalísimo de crédito, que constituye la esencia de dicha pensión, entra en la esfera dispositiva de los cónyuges; y, por lo tanto, es campo abonado para celebrar los acuerdos que consideren oportunos para determinar el derecho a percibirla o no; fijar, en caso afirmativo, su duración, o establecerla sin límite temporal preestablecido; capitalizarla mediante una prestación única o periódica; constituirla bajo fórmulas de usufructo o renta vitalicia; delimitar, en fin, su contorno, así como las causas por las que dejaría de devengarse o extinguirse.

En este sentido, la sentencia 233/2012, de 20 de abril, señala que:



"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 marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997".

Este carácter vinculante de lo pactado con respecto a la pensión compensatoria fue reconocido, además de la precitada sentencia 233/2012, de 20 de abril, en la sentencia ulterior 134/2014, de 25 de marzo; así como en la sentencia 678/2015, de 11 de diciembre, en la que se estableció, como doctrina jurisprudencial, que "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". O más recientemente en las sentencias 142/2018, de 14 de marzo o 130/2022, de 21 de febrero.

#### **CUARTO.- Estimación del recurso**

La sentencia 233/2012, de 20 de abril, se refiere a los convenios reguladores de la forma siguiente:

"Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación . . . 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, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes".

De igual manera, la sentencia 572/2015, de 17 de octubre, como manifestación de una consolidada jurisprudencia, señala que:

"La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, Rc. 807/2007, pone 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 la 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 mismo que prevé el artículo 90 CC ...".

Y, por último, podemos citar la sentencia 678/2015, de 11 de diciembre, que insiste, de nuevo, en que "los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación".

Pues bien, en el contexto expuesto, el recurso debe ser estimado, toda vez que las partes pactaron, al amparo de la libre autonomía de la voluntad, dentro del marco de sus facultades dispositivas, la fijación de una pensión compensatoria a favor de la recurrente, su importe, su periodicidad mensual, las concretas causas de extinción de la misma, con lo que la sentencia del tribunal provincial, al desconocer los términos de lo pactado, infringió lo dispuesto en el art. 1255 del CC, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes como establece el invocado art. 1256 CC.

La pensión compensatoria no se fijó con ningún límite temporal, sino con "carácter vitalicio", y su extinción quedó condicionada a que la demandada "conviva maritalmente con otra persona, contraiga nuevo matrimonio, o bien tenga un trabajo por cuenta propia o ajena, cuya retribución sea superior a 1500 euros mensuales brutos, sin incluir pagas extras", ninguno de cuyos supuestos es declarado probado por la Audiencia.

El pacto sobre la pensión compensatoria, obrante en el convenio regulador suscrito, no es contrario a la ley, la moral, ni al orden público ( art. 1255 CC), no exige un especial requisito de forma, y concurren para su validez los requisitos del art. 1261 del CC -consentimiento, objeto y causa-, que no se cuestionan.

En definitiva, los pactos son *lex inter partes* (ley entre las partes) en los términos del art. 1091 del CC y deben cumplirse a tenor de sus cláusulas ( sentencias 827/2010, de 17 de diciembre; 44/2017, de 25 de enero y 136/2021, de 10 de marzo), lo que conforma una elemental manifestación del respeto que merece la palabra dada reflejada en la regla latina *pacta sunt servanda* (los acuerdos deben ser mantenidos).

Al no atribuirse valor al pacto suscrito en el convenio regulador, el recurso de casación debe ser estimado y, en este extremo, ratificado el pronunciamiento del juzgado sobre la pensión compensatoria.



#### **QUINTO.- Costas y depósito**

La estimación del recurso de casación conduce a que no se haga especial pronunciamiento en costas ( art. 398 LEC) y determina la devolución de los depósitos constituidos para recurrir a tenor de la Disposición Adicional 15 regla 8 de la LOPJ.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

:

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto, contra la sentencia de 11 de marzo de 2021, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el rollo de apelación n.º 770/2019, sin imposición de costas y devolución del depósito para recurrir.

**2.º**- Casar la precitada sentencia, dejándola sin efecto, exclusivamente, en el concreto apartado de su fallo en que limita temporalmente la pensión compensatoria fijada a favor de la demandada en el convenio regulador de separación, punto en que se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 de 24 de julio de 2020.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.