



Roj: **STS 3739/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3739**

Id Cendoj: **28079110012018100618**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2018**

Nº de Recurso: **1220/2018**

Nº de Resolución: **615/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 615/2018

Fecha de sentencia: 07/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1220/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1220/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 615/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 7 de noviembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha de 17 de enero de 2018 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 251/2017, dimanante del juicio de divorcio n.º 1706/2016 del Juzgado de Primera instancia n.º 8 de Alicante.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de doña Isabel .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador don Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de don Felicísimo .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales doña Ana Navarrete Cano, en nombre y representación de doña Isabel , formuló demanda de divorcio frente a don Felicísimo , cuyo suplico dice:

"Que, habiendo por presentado este escrito, con sus documentos y copias, se sirva admitirlo, me tenga por parte en la representación que ostento de doña Isabel , y por interpuesta demanda de divorcio frente a don Felicísimo , emplazarlo para que comparezca y conteste, seguir el procedimiento por sus trámites y, en su momento, dictar sentencia por la que, estimando la demanda de divorcio y declarando éste, acuerde como medidas y efectos complementarios los siguientes:

"a) En relación con el hijo Jenaro , habida cuenta que aun a pesar de ser mayor de edad es dependiente de sus progenitores y vive con mi representada, deberá continuar viviendo en su compañía, y en el domicilio familiar de CALLE000 n° NUM000 - NUM001 , en cuanto que así se convino en el convenio regulador aportado en el anterior procedimiento de divorcio y constituye, sin duda, el interés familiar más necesitado de protección. Deberá fijarse una pensión de alimentos a cargo del demandado Sr. Felicísimo y en favor del hijo común/que deberá ser satisfecha a mi representada por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, de 300€ mensuales, suma que deberá ser hecha efectiva con efectos desde la interposición de la presente demanda, en los términos que a tal fin establece el art 148 del Código Civil, y de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo al efecto.

"La referida cantidad deberá ser ingresada en la cuenta de mi representada NUM002 , que es la designada en el convenio regulador, y será actualizada anualmente conforme las variaciones de IPC durante los doce meses anteriores a la práctica de dicha revisión, a contar desde la fecha de interposición de la presente demanda.

"b) Los gastos extraordinarios que precise el hijo Jenaro deberán ser satisfechos por mitad entre ambos progenitores, siguiendo para ello el criterio establecido en el citado convenio regulador.

"c) Deberá estipularse una pensión compensatoria en favor de la Sra. Isabel y a cargo del Sr. Felicísimo , cuya satisfacción se dividirá en dos fases:

"1. Mediante el pago de una cantidad de 40.000 €.

"2. Mediante el pago de una suma, complementaria de la anterior, de 50€ mensuales hasta que la Sra. Isabel cumpla 67 años, suma ésta que se actualizará anualmente conforme las variaciones de IPC durante los doce meses anteriores.

"d) Fijar una indemnización a favor de la Sra. Isabel , de conformidad con lo dispuesto en el art. 1438 del Código Civil, de 50.000 €, que deberá ser abonada en el plazo de tres años a contar desde la presentación de esta demanda, con los intereses correspondientes, que deberán ser al interés legal del dinero, por el Sr. Felicísimo , de conformidad con lo acordado asimismo en el convenio regulador presentado ante el Juzgado de Primera Instancia n° 8 de Alicante. actividad profesional, en perjuicio de la propia Sra. Isabel .

"e) Atribuir el uso de la vivienda familiar sita en Alicante, CALLE000 n° NUM000 - NUM001 , mobiliario y ajuar familiar a D.ª Isabel y al hijo común Jenaro , por representar el interés familiar más necesitado de protección y, al mismo tiempo, por haberse acordado así en el convenio regulador que sirvió de base al procedimiento de divorcio, tramitado con anterioridad en el Juzgado de Primera Instancia n° 8.

" f) Establecer que las cargas del matrimonio, por lo que se refiere a préstamos y deudas, sean liquidadas de la forma siguiente:

"1. Por mitad los recibos de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda que ha constituido el domicilio familiar, sito en Alicante, CALLE000 n° NUM000 - NUM001 .



"2. A cargo del Sr. Felicísimo la deuda que pudiera existir con la comunidad de propietarios de la vivienda familiar, así como la deuda que pudiera existir por pago de IBI.

"3. A cargo del Sr. Felicísimo el préstamo hipotecario concertado con la entidad Bankia Fonteta nº 8 de la localidad de Finestrat, debiendo el Sr. Felicísimo liberar, en su caso, a Da Isabel de la deuda relativa a dicho préstamo hipotecario.

"4. A cargo del Sr. Felicísimo la cantidad pendiente de abonar a la financiera Lindorff.

"5. A cargo del Sr. Felicísimo la deuda contraída con la entidad Abanca."

2.- Por decreto de 14 de diciembre de 2015, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora doña Pilar Fuentes Tomás en nombre y representación de don Felicísimo, contestó a la demanda formulada de contrario, oponiéndose a la misma y suplicó al juzgado:

"Tenga por presentado este escrito, con los documentos que lo acompañan y sus copias, se sirva admitir todo ello; y, en su virtud, tenga por deducido, en legales tiempo y forma, escrito de contestación y oposición a la demanda interpuesta de contrario y, previos los trámites de pertinente rigor, dicte Sentencia por la que se declare disuelto el matrimonio de las partes por divorcio, con las siguientes medidas:

"1.- La atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo común, Jenaro de 21 años de edad, por un plazo máximo de 4 años.

"2.- La obligación de ambos cónyuges de contribuir por mitad al pago de todas las cargas matrimoniales, y, más en concreto, al pago de los gastos inherentes a la propiedad de la vivienda familiar.

"3.- La atribución por mitad a ambos cónyuges del mobiliario y del ajuar familiar existente en la vivienda familiar.

"4.- El establecimiento de la obligación del padre de contribuir a los gastos ordinarios de Jenaro, con el importe de 300.-€ mensuales hasta que el hijo cumpla 25 años de edad.

"5.- El pago por ambos cónyuges al 50%, de todos los gastos extraordinarios del hijo común Jenaro, previa su justificación, y hasta que el hijo cumpla 25 años de edad."

4.- El Juzgado dictó sentencia el 2 de diciembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por doña Isabel representada por la Procuradora Sra. Navarrete Cano contra su esposo D. Felicísimo representado por la procuradora Sra. Fuentes Tomás, debo decretar y decreto el divorcio del matrimonio contraído por don Felicísimo debo decretar y decreto el divorcio del matrimonio contraído por don Felicísimo y don Felicísimo y doña Isabel, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, quedando revocados los consentimientos y poderes que los cónyuges se hubieran otorgado entre sí y cesando, salvo pacto en contrario la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, disolviéndose en su caso la sociedad de gananciales y ratificando en su integridad las medidas acordadas por los cónyuges en convenio regulador de 6 de octubre de 2015, todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Felicísimo, correspondiendo su tramitación a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante que dictó sentencia el 17 de enero de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Fuentes Tomás, en nombre y representación de don Felicísimo, contra la Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Alicante, en las actuaciones de las que dimana el presente rollo; debemos revocar y revocamos dicha resolución en los siguientes particulares:

"1.º.- suprimir la pensión compensatoria reconocida a la demandada Da. Isabel, así como la suma de 40.000 euros que llevaba aparejada.

"2.º.- suprimir igualmente y dejar sin efecto la compensación económica de 50.000 euros reconocida a la misma por su trabajo para la casa.

"3.º.- limitamos el uso de la vivienda y demás pronunciamientos en los términos reseñados en el fundamento de derecho cuarto.

"4.º.- confirmando en lo demás la sentencia objeto de apelación que no se contradiga con lo anterior.

"5.º.- y sin hacer expresa declaración las costas de esta alzada."

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Isabel, con base en un solo motivo por entender que la sentencia objeto del recurso infringe lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Código Civil, y jurisprudencia que lo interpreta, así como lo dispuesto en el art. 1438 del Código Civil y especialmente la doctrina jurisprudencial en relación a la validez y calificación de los convenios de divorcio suscritos por los cónyuges y no ratificados judicialmente.

2.- La sala dictó auto el 20 de junio de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Isabel contra la sentencia dictada con fecha de 17 de enero de 2018 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 251/2017, dimanante del juicio de divorcio n.º 1706/2016 del Juzgado de Primera instancia n.º 8 de Alicante.

"2.º) Y entréguense 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."

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de don Felicísimo, formalizó su oposición al recurso interpuesto de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 17 de octubre de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso que se expone a continuación.

1.- Las partes presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante solicitud de divorcio de mutuo acuerdo, con apoyo en el convenio regulador suscrito el 6 de octubre del año 2015, denominado "pacto de convenio familiar y convenio regulador" de la que conoció el Juzgado n.º 8 de Primera Instancia de Alicante.

El Sr. Jenaro no acudió a ratificar el convenio regulador, por lo que el letrado de la administración de justicia del citado Juzgado dictó decreto el 14 de diciembre de 2015, por el que se acordaba el archivo del procedimiento.

2.- A continuación, y a consecuencia del decreto dictado, doña Isabel presentó ante el mismo Juzgado demanda de divorcio por vía contenciosa contra don Felicísimo.

Las medidas definitivas que solicitó como efectos de divorcio, traían causa de lo pactado en el convenio regulador suscrito el 6 de octubre del año 2015.

En esencia, eran las siguientes:

Las relativas a pensión de alimentos a favor del hijo común Jenaro, mayor de edad pero dependiente económicamente de sus progenitores, y que residía y reside con su madre la Sra. Isabel, por importe de 300€ mensuales, así como que los gastos extraordinarios que el hijo común precisara se estableciera que fueran atendidos por mitad entre ambos progenitores; fijar una pensión compensatoria a favor de la demandante Sra. Isabel y a cargo del Sr. Felicísimo que comprendía por una parte el pago mensual de la cantidad de 50€ hasta que la Sra. Isabel cumpliera los 67 años de edad, suma esta actualizable anualmente conforme las variaciones de IPC y, a la vez, en concepto igualmente de pensión compensatoria, que se condenara al Sr. Felicísimo al pago de una cantidad capitalizada de 40.000 €; fijar una indemnización a favor de la demandante y ahora recurrente, al amparo del artículo 1438 del Código Civil, de 50.000€ que debía ser abonada por el Sr. Felicísimo en el plazo de 3 años; atribuir el uso de la vivienda familiar a la recurrente y el hijo común; y determinar el pago de unas concretas cargas del matrimonio por lo que se refería a préstamos y deudas, fijando una forma de liquidación que es coincidente con el convenio regulador suscrito por los ahora litigantes que luego se dirá.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda con la siguiente motivación.

En el caso de autos nos encontramos con que:

"1.- En fecha 21 de octubre de 2015 se suscribió demanda de divorcio de mutuo acuerdo a instancia de la procuradora Sra. Fuentes Tomás en representación de ambos cónyuges y con la asistencia de las letradas Da Maricruz Torres Molla y Da Ma José Luzón Alfonso acompañando convenio regulador suscrito por las partes el 6 de octubre de 2015, firmado por ambos cónyuges y que no ha sido impugnado por incurrir en algún vicio del consentimiento.



"2. En la misma fecha se suscribió por ambos cónyuges un poder especial de mandato de carácter irrevocable cuya validez no se ha puesto en entredicho en virtud del cual el Sr. Felicísimo otorgaba poder irrevocable de mandato a la Sra. Isabel por término de 3 años para que en su nombre y representación gestionara la venta de unos inmuebles de su propiedad y en dicho documento, no puesto en duda por el Sr. Felicísimo, se reconocía un crédito a favor de su esposa de 50.000 euros más intereses legales. De hecho, en el convenio se incluye también las condiciones recogidas en el poder de mandato.

"3. El Sr. Felicísimo se limita a señalar que tras la firma del convenio habló con la letrada que presentó la demanda en su nombre, y cuya declaración testifical ni siquiera fue propuesta a su instancia, y ésta le dijo que si estaba seguro de dichos pactos, pese a lo cual, se presentó en este juzgado la demanda y convenio.

"4. No aparece recogido en ningún punto del convenio que su cumplimiento esté supeditado a su aprobación judicial.

"5. Todas las medidas reguladas por las partes en dicho convenio se refieren a medidas económicas y patrimoniales, no existiendo medidas relativas a hijos menores de edad. Sentado lo anterior, en conclusión no procede más que acordar las medidas reguladoras del divorcio tal y como las partes pactaron en convenio regulador de 6 de octubre de 2015 en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad al concurrir en dicho acuerdo los requisitos del artículo 1261 CC y no concurriendo ningún vicio del consentimiento."

4.- El demandado interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que ha conocido la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 17 de enero de 2018 por la que estimó el recurso y acordó lo siguiente:

"1.º- Suprimir la pensión compensatoria reconocida a la demandada doña Isabel, así como la suma de 40.000 euros que llevaba aparejada.

"2.º- Suprimir igualmente y dejar sin efecto la compensación económica de 50.000 euros reconocida a la misma por su trabajo para la casa.

"4.º- Confirmando en lo demás la sentencia objeto de apelación que no se contradiga con lo anterior.

"5.º- Y sin hacer expresa declaración de las costas de esta alzada."

5.- Como *ratio decidendi*, en lo que es de interés al recurso, contiene la siguiente manifestación: En cuanto a la importancia que el tribunal de apelación confiere al convenio regulador, no ratificado, debemos recordar que mientras no se acepte por las partes solo es un elemento de negociación que puede ser ratificado o no, sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para quien no lo firmó a tenor del artículo 1261 C. Civil, pactos que admiten prueba en contrario, como sucede en el presente supuesto.

Corolario de la anterior motivación, es que obvia el contenido del convenio regulador al decidir sobre las medidas postuladas en la demanda y entra en su enjuiciamiento como si aquél no existiese.

6.- La parte actora interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 3.º LEC.

Lo articula en un solo motivo por entender que la sentencia objeto del recurso infringe lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Código Civil, y jurisprudencia que lo interpreta, así como lo dispuesto en el art. 1438 del Código Civil y especialmente la doctrina jurisprudencial en relación a la validez y calificación de los convenios de divorcio suscritos por los cónyuges y no ratificados judicialmente, como negocios jurídicos en materia de derecho de familia, doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que es inobservada por la sentencia objeto del presente recurso de casación.

En el desarrollo del motivo alega la parte recurrente que el punto nuclear del recurso consiste en determinar la validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges o litigantes y su condición de negocio jurídico en materia de derecho de familia, debiendo concretarse si a tenor de todo ello tiene fuerza de obligar tal y como entiende esta parte y ha referido en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y tiene fiel reflejo igualmente en sentencias de las Audiencias Provinciales, y el alcance de esa fuerza de obligar como negocio jurídico en materia de derecho de familia. Esta parte viene sosteniendo que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante sección 4.^a, que es contradictoria con la dictada en primera instancia por el Juzgado n.º 8 de Alicante, infringe la referida doctrina, al no estimar determinados extremos del convenio regulador, no ratificado, como de obligada observancia por parte del ahora recurrido Sr. Felicísimo.

Cita en apoyo de su tesis las sentencias de la sala de 22 de abril de 1997; de 26 de enero de 1993; de 21 de diciembre de 1998; la 758/2011, de 4 de noviembre; la 217/2011 del 31 de marzo y la 1053/2007 de 17 de octubre.



7.- La sala dictó auto el 20 de junio de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida formalizó escrito de oposición al citado recurso, si bien previamente alegó un óbice de admisibilidad.

SEGUNDO.- Admisibilidad.

La modalidad del recurso de casación en la que ésta se articula es correcta y ajustada a derecho, a saber, por interés casacional al infringir la sentencia recurrida la jurisprudencia que interpreta determinados artículos del CC, en la que ella funda su decisión y, fundamentalmente, y lo califica como punto nuclear del recurso, la doctrina jurisprudencial en relación a la validez y calificación de convenios suscritos por los cónyuges y no ratificados judicialmente.

En consecuencia, tanto del enunciado del motivo como de su desarrollo, se colige que se encuentra perfectamente identificada la cuestión jurídica objeto del mismo.

Hasta tal punto es así, que la sala, metodológicamente, examinará en primer lugar la cuestión relativa a la validez y eficacia de los convenios reguladores de divorcio o separación suscritos por los cónyuges y no ratificados judicialmente, ya que la respuesta que merezca condiciona el resto del examen del motivo.

TERCERO.- Validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges:

1.- La sentencia 572/2015, de 19 de octubre, afirma que la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal.

Cita la sentencia de 24 de junio de 2015 rec. 2392/2013, que expone, en justificación de esa doctrina, 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. C **ivil**) 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".

Las anteriores sentencias traen causa de una doctrina, plenamente consolidada en la jurisprudencia de la sala, sobre la eficacia de los convenios entre los cónyuges.

Fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que 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 mínimo que prevé el art. 90 CC."

2.- Dentro de los convenios se ha venido distinguiendo entre acuerdos entre cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (sentencia 116/2002, de 15 de febrero) o en previsión de posibles rupturas (sentencia 217/2011, de 31 de marzo) y acuerdos transaccionales posteriores al convenio regulador, pero todos ellos sin llegar a ser aprobados judicialmente.

Independientemente de tales acuerdos existen, como recoge la citada sentencia de 22 de abril de 1997, los que consisten en el convenio regulador aprobado judicialmente.

3.- Las declaraciones jurisprudenciales son clarificadoras al respecto.

La sentencia 116/2002, de 15 de febrero, en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales, afirma que "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. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de 22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "*ad solemnitatem*" o "*ad substantiam*" para determinados actos de disposición. 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 DGR y N 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."



La sentencia 217/2011, de 31 de marzo, reconoce, con antecedentes jurisprudenciales, que los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera de convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 de octubre de 2007).

Afirma que: "La sentencia de 23 de diciembre de 1998 distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que "[...] una vez homologado el convenio [...], los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial; la sentencia de 22 abril 1997 declara que "es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes". "No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez", teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal "como negocio jurídico". En consecuencia, "las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 C.c."; la sentencia de 27 de enero de 1998, con cita de la anteriormente transcrita, afirma que "salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad". La sentencia de 21 de diciembre de 1998 afirma que aparte del convenio regulador, que tiene "carácter contractualista", no se impide que al margen del mismo, "los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado [...] tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art.1255 C.C.."

4.- Sin embargo, en el supuesto que se enjuicia, y según se ha titulado en el encabezamiento de este fundamento de derecho, lo que se plantea es la validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges, bien entendido que se trata de un convenio que se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial y que, iniciado éste, no fue ratificado por el Sr. Felicísimo , que sí lo había suscrito con tal finalidad.

La sentencia 325/1997, de 22 de abril, que con tanta reiteración se cita por los tribunales, tiene por objeto, como cuestión jurídica esencial, la naturaleza del convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el art. 90 CC, que no ha obtenido la aprobación judicial.

En principio, según la sentencia, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuri* determinante de su eficacia jurídica.

Por tanto, precisa que cuando es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva, pero, si no hubiese llegado a ser aprobado judicialmente, no es ineficaz sino que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico.

La falta de ratificación, y por ende de homologación, le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico.

Reitera esa doctrina la sentencia 1183/1998, de 21 de diciembre, que reconoce que en aquellas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio que no sean indisponibles, como son las económicas o patrimoniales entre los cónyuges, los convenios que se establezcan tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el art. 1261, siendo la aprobación judicial que establece el art. 90 CC un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.

5.- Descendiendo al supuesto enjuiciado, y en aplicación de la anterior doctrina, el convenio regulador de fecha 6 de octubre de 2015, al no haber sido ratificado por el Sr. Felicísimo , carece de eficacia jurídica para formar parte del proceso de divorcio de mutuo acuerdo y, por ende, para quedar integrado, tras su homologación, en la resolución judicial con toda la eficacia procesal de fuerza ejecutiva que ello conlleva.

Pero ello no impide a que se califique eficaz, como negocio jurídico, y válido.

De forma, que si con esta última calificación se aporta el convenio al proceso contencioso, seguido al frustrado de mutuo acuerdo, no podrá recibir el mismo tratamiento vinculante que en éste, en el que sólo el tribunal puede formular reparos si, ante la gravedad de lo acordado en contra de un cónyuge, entrevé un vicio del



consentimiento (art. 777 LEC en relación con el art. 90 CC), pero tampoco podrá, como afirma la sentencia recurrida, ser tratado como un simple elemento de negociación.

Se trata en este caso de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el art. 1091 CC.

Por tanto, una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del art. 1255 CC, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del art. 1265 CC, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio.

Algún tribunal ha criticado que se predique con automatismo idéntica eficacia vinculante cuando el convenio se vincula desde su inicio a una petición consensual de separación o divorcio, que resulta finalmente frustrada por no ser ratificado el convenio, que cuando este se ratifica. Si así fuese, se dice, sería intranscendente, salvo en sus consecuencias procesales, la ratificación o no del convenio, pues el mismo vincularía la decisión judicial en el ulterior procedimiento contencioso.

Sin embargo, como acabamos de exponer, tal automatismo no existe y el tratamiento jurídico es notoriamente diferente.

Lo que no es posible, en contra de la jurisprudencia de la sala, ampliamente reseñada, es negarle su naturaleza de negocio jurídico familiar, como expresión del principio de la autonomía de la voluntad.

6.- De ahí, que si la parte que suscribió el convenio, como negocio jurídico familiar, y que se aporta como tal por la contraparte al proceso contencioso, no alega ni justifica ninguna de las circunstancias antes mencionadas, el tribunal no ha de decidir sobre las medidas de naturaleza disponible que se le postulan, apartándose de lo libremente pactado por los cónyuges en el convenio suscrito por ambos, y haciendo su particular apreciación legal sobre tales medidas.

Así, en un supuesto de alimentos pactados entre cónyuges (sentencia 758/2011, de 4 de noviembre) o de un acto propio de aceptación en el convenio no ratificado de la existencia de desequilibrio (sentencia AP Barcelona, sección 12.ª, de 16 de diciembre de 2002, rec. 690/2002)

7.- Como corolario de cuanto se ha razonado, cabe concluir que basta la lectura del denominado "Pacto de convivencia familiar y convenio regulador", suscrito por ambas partes el 6 de octubre del año 2015, para colegir que se está en presencia de un acuerdo perfectamente estructurado y con motivación para cada una de las medidas que constituyen su objeto.

Denota que en su estudio y redacción han intervenido las direcciones letradas de cada una de las partes, y que no es fruto de una irreflexiva y precipitada decisión de éstas.

Si se pusiese en tela de juicio la comprensión de su contenido, la ventaja sería para el recurrido, si se tiene en cuenta su formación profesional en relación con la de su esposa, ahora recurrente.

Todas las circunstancias que se alegan en la contestación de la demanda para justificar que lo acordado era gravemente perjudicial para él, aparecen contempladas en el convenio y, por ende, no resultan novedosas para el Sr. Felicísimo .

Que no tenía liquidez para el cumplimiento de las obligaciones dinerarias que contraía ya se recoge en el convenio, y de ahí las formas de atender el pago que se prevén en él.

Por tanto, no consta ninguna circunstancia de las que mencionamos que justifiquen la falta de eficacia y validez del convenio de 6 de octubre del año 2015.

8.- Ahora bien, se aprecia que en el suplico de la demanda se llevan a cabo algunas modificaciones o matizaciones de las medidas solicitadas, respecto de las contenidas en el convenio en cuestión.

En ese sentido se debe hacer una puntualización a la sentencia de primera instancia que se va a confirmar, a saber, que se ratifica en su integridad las medidas acordadas por los cónyuges en convenio regulador de 6 de octubre de 2015, salvo "que las concretas peticiones de la demanda sean más favorables para el demandado, y las concrete y especifique éste respecto a las contenidas en el convenio".

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 395.1 y 398. 1 LEC, no se imponen a la recurrente las costas del recurso de casación.



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 por la representación procesal de doña Isabel , contra la sentencia dictada con fecha de 17 de enero de 2018 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 251/2017, dimanante del juicio de divorcio n.º 1706/2016 del Juzgado de Primera instancia n.º 8 de Alicante.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia, cuya firmeza se declara, con la matización que se recoge en el ordinal 8 del fundamento de derecho tercero, de la presente resolución.

3.º- No se imponen las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ