

Roj: **STS 2158/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2158**Id Cendoj: **28079110012011100229**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/03/2011**Nº de Recurso: **807/2007**Nº de Resolución: **217/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 1514/2007,**
STS 2158/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª. María Cristina González Alonso, en nombre y representación de Dª. Angelica ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª. Valentina López Valero, en nombre y representación de D. Claudio .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La Procuradora Dª María Cristina González Alonso, en nombre y representación de Dª Angelica , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Claudio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que 1) *Declare el derecho de mi representada a reclamar todas las cantidades que han resultado impagadas hasta el día de hoy, y eran objeto del pacto Segundo A), sirviendo de base para el cómputo de las cantidades debidas 200.000 ptas. mensuales, y desde la fecha en que se originó la separación por sentencia de 30 de julio de 1993 , hasta el presente mes de mayo, con los incrementos experimentados por el IPC desde el momento del otorgamiento del pacto en 30 de noviembre de 1989, hasta el presente mes de mayo, y que suponen 176.583 euros.* 2) *Condene al demandado, consecuentemente, al pago de las cantidades pendientes por 176.583 euros.* 3) *Declare la cantidad de 1.797,77 euros, como renta mensual actualizada y con las previsiones que al efecto asimismo se reflejaron en el Pacto Segundo A).* 4) *Condene al demandado al pago de 1.797,77 euros mensuales, que habrá de ingresar en los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designará.* 5) *Declare haber lugar a exigir indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del demandado de cuanto suscribió en el pacto Segundo B), y en virtud de la palmaria voluntad compensatoria de este pacto, y fije la obligación del demandado en resarcir a mi representada en la cantidad de 473.900,20 euros, correspondientes al importe del piso fijado en el pacto (30.000.000 ptas +incrementos experimentados por el IPC +intereses legales devengados, desde noviembre de 1989).* 6) *En su consecuencia, condene al demandado en la cantidad expresada de 473.900,20 euros.* 7) *Condene al demandado a las costas causadas en el presente procedimiento.*

2.- La Procuradora Dª Valentina López Valero, en nombre y representación de D. Claudio , presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se *desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora .*



3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, dictó sentencia con fecha 19 de abril de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por D^a Angelica, en reclamación de cantidad, contra D. Claudio, al que absuelvo de todos los pedimentos de la misma, e impongo a la actora el pago de las costas de este juicio.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D^a Angelica, la Sección 20^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: PRIMERO .- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Angelica, contra la sentencia dictada el 19 de abril de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia núm. uno de Madrid en juicio ordinario 415/2002. SEGUNDO .- Se confirma íntegramente la citada resolución. TERCERO .- Se imponen a la parte apelante las costas generadas en esta alzada.*

TERCERO .- 1 .- La Procuradora D^a María Cristina González Alonso, en nombre y representación de D^a Angelica, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS**:

PRIMERO .- Al amparo del número 2º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se denuncia la vulneración por la sentencia impugnada de los artículos 1115 y 1256 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal que los interpreta. **SEGUNDO** .- Al amparo del número 2º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se denuncia la vulneración por la sentencia impugnada de los artículos 1114, 1255, 1258, 1278, 1281, 1282 y 1323 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal que los interpreta. **TERCERO** .- Al amparo del número 2º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se denuncia la vulneración por la sentencia impugnada de los artículos 1203 y 1204 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal que los interpreta.

2.- Por Auto de fecha 3 de febrero de 2009, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a Valentina López Valero, en nombre y representación de D. Claudio, presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de los hechos probados.*

1º D^a Angelica y D. Claudio contrajeron matrimonio el 1 junio 1987. El 17 octubre 1989, la esposa dedujo demanda de separación y de medidas provisionales contra su marido. Posteriormente se produjo la reconciliación de los cónyuges y el desistimiento de la demanda de separación por parte de la esposa. Entre el desistimiento y la presentación de la segunda demanda en 1992, nació un hijo del matrimonio.

2º El 30 noviembre 1989, los cónyuges acordaron disolver la sociedad de gananciales. El mismo día elevaron a escritura pública un documento en el que se constan los siguientes pactos: "**PRIMERO.** D^a Angelica procederá a desistir del procedimiento de separación entablado contra su esposo [...]. **SEGUNDO.** En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente: a) A entregar a su esposa, desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 Ptas. mensuales, más el importe de su actualización mediante la aplicación de las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo, desde esta fecha hasta el momento del nacimiento de la obligación de pago, [...]. La cantidad que resulte deberá ser abonada por el Sr. Claudio a la Sra. Angelica por mensualidades anticipadas [...] B) A donar un piso o apartamento a D^a Angelica. El citado piso o apartamento será elegido libremente por la Sra. Angelica, pero en ningún caso, el precio del mismo podrá exceder de la cantidad equivalente a 30 millones de pesetas, valor a la fecha, que por tanto habrán de actualizarse desde este momento hasta que se origine el nacimiento de la obligación, de acuerdo con las variaciones que haya experimentado desde esta fecha el índice de precios al consumo, [...]. El exceso de precio, si lo hubiere, será abonado por D^a Angelica".

3º Con posterioridad a la firma de dichas escrituras y subsistiendo las desavenencias en el matrimonio, D^a Angelica dedujo nueva demanda de separación en 1992, recayendo sentencia el 30 julio 1993 y posterior sentencia de divorcio. Se confirmó la inexistencia de desequilibrio económico entre los cónyuges, por lo que no se procedió a fijar pensión compensatoria, quedando a cargo del padre únicamente la contribución a los alimentos del hijo.



5º Dª Angelica promovió juicio ejecutivo, pretendiendo la ejecución de los pactos contenidos en la escritura de referencia, por haberse cumplido las condiciones contenidas en el pacto de 1989. La sentencia del juzgado nº 39 de Madrid, de 19 enero 1999, confirmada por la de la Audiencia Provincial de Madrid , de 15 febrero 2002 , declaró la nulidad del juicio ejecutivo por considerar que la deuda reclamada era ilícida.

6º Dª Angelica demandó en 2002 a su marido pidiendo que se declarara que: a) el demandado tenía la obligación de asumir el abono de las cantidades pactadas e impagadas, debidamente actualizadas; b) que cumpliera la obligación de entregar el piso acordado, y c) la indemnización de los daños y perjuicios.

D. Angelica respondió alegando: a) concurrencia de intimidación y de falta de consentimiento, dada la situación personal que le afectaba en el momento de firmar dichos pactos; b) nulidad de la promesa de donación; c) la revocación por superveniencia de hijos; d) concurrencia de cosa juzgada; e) prescripción, y f) nulidad del contrato por infringir la regla del Art. 1256 CC .

7º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Madrid, de 19 abril 2004 , desestimó la demanda. Respecto a los argumentos alegados por las dos partes en defensa de sus respectivas posiciones, declaró: a) la ruptura de la relación matrimonial quedó a la libre voluntad de la esposa, por lo que "se llega a la conclusión de que el contrato referido carece de toda validez y eficacia a tenor de lo dispuesto en el Art. 1256 CC " ; b) desestimó la causa de nulidad por vicio del consentimiento alegada por el marido demandado; c) no consideró aplicable la prescripción; d) no existió una donación, "[...] sino una especie de mera promesa de donación que no reúne las condiciones mínimas para que como tal pueda obligar, toda vez que su objeto lo constituye un bien futuro, un piso o apartamento que se desconoce, que ni siquiera forma parte del patrimonio del donante y cuya determinación y adquisición queda a la libre voluntad del donatario, en contra de lo dispuesto en el Código civil sobre la donación como modo de adquirir la propiedad", concretamente en los Arts. 635 y 633 .

8º Dª Angelica recurrió en apelación; D. Claudio se opuso. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20, de 23 marzo 2007 , desestimó el recurso. En lo que afecta al objeto de este recurso, la sentencia señala que: **a)** "no se especifican las razones por las que pactan las obligaciones condicionadas de abonar determinada cantidad mensual actualizada pagaderas por meses anticipados junto con la obligación de donar un inmueble tasado, todo ello, a cargo de D. Arturo figurando la expresión literal -En el supuesto de que se produzca, de nuevo, la separación de los comparecientes- por lo que las afirmaciones que contempla la sentencia en el FJ ordinal segundo, al margen de considerar que la verdadera intención de Dª Esther fue la de obtener y asegurarse un enriquecimiento a costa de futuros bienes del marido que en su día pudiera recibir este último citado por herencia, como deduce el juzgador a quo sino más bien la falta de expresión en el convenio, concretamente que la nueva separación obedeciera bien por causa imputable al marido, o bien de común acuerdo ambos cónyuges dados los antecedentes y situación sentimental por la que atravesaban decidiendo entablar esa primera separación Dª Esther . Pues bien, lo cierto, en el presente supuesto, la estipulación genérica, es decir, el pacto que contempla únicamente para el supuesto de separarse, de nuevo; es claro, conforme determina el art. 1.256 CC , se está dejando al arbitrio exclusivo de una de las partes, en este caso, a Dª Esther, en su exclusivo beneficio decidir la separación y, por tanto, a partir de entonces exigir el cumplimiento del convenio con plenos efectos retroactivos incluidas las actualizaciones según IPC", y **b)** "el Convenio Regulador alcanzado entre las partes podía desplegar efectos jurídicos, pero la circunstancia acreditada de no aportarlo ni alegarlo Dª Esther en el procedimiento de separación entablado, ni en el posterior de divorcio, cabe interpretarlo en el sentido de que dichos pactos fueron novados, implicando ello una renuncia tácita como lo demuestra claramente que no se aportó el citado convenio en el procedimiento de separación ni en el de divorcio, y, en cambio, liquidaron a continuación el régimen económico de la sociedad de gananciales, sin hacer referencia en momento alguno a los pactos ahora exigidos, constando expresamente que quedaba zanjada y liquidada cualquier cantidad que se pudiera haber reclamado".

9º Dª Angelica interpone recurso de casación con fundamento en el Art. 477, 2. 2ª LEC , que fue admitido por auto de esta Sala de 3 febrero 2009 .

SEGUNDO . Los motivos del recurso de casación.

La formulación del presente recurso de casación en tres motivos enfoca, desde diferentes puntos de vista, las mismas dos cuestiones que se han venido planteando a lo largo del litigio: la relativa a la validez de los pactos que ponen fin a una situación de separación de los cónyuges y prevén, a su vez, las consecuencias de una nueva crisis, y el contenido específico de estos pactos. Por ello, se van a enunciar en este fundamento los argumentos de los motivos, que se van a responder conjuntamente, para una mayor coherencia de la sentencia.

Motivo primero . Vulneración de los Arts. 1115 y 1256 CC y de las SSTs de 10 diciembre 1960 , 8 noviembre 1978 , 3 marzo 1992 y 13 febrero 1999 , que los interpretan. La *ratio decidendi* de la sentencia de instancia y de la de apelación consiste en considerar que el contrato cuyo cumplimiento se pidió era nulo por dejar al arbitrio exclusivo de una de las partes iniciar o no la separación. Señala que el contrato cuyo cumplimiento se pretende



es una donación unilateral, porque solo genera obligaciones para el recurrido, remuneratoria y sometida a condición suspensiva. Pasa a considerar el Art. 1115 CC , cuya vulneración pretende sea declarada, porque lo que el Código prohíbe es que la efectividad dependa de la voluntad exclusiva del deudor, no del acreedor, como ocurre en el presente caso. Por ello entiende que la nulidad de la obligación principal declarada por la Sala con fundamento en el Art. 1256 CC , ha sido erróneamente apreciada, porque lo único que dependió de la voluntad de D^a Angelica fue el acaecimiento de la condición suspensiva y no su cumplimiento.

Motivo segundo. Vulneración de los Arts. 1114, 1255, 1258, 1278, 1281, 1282 y 1323 CC, así como las sentencias de 20 febrero 1988 , 4 julio 1994 , 24 junio 1995 , 21 mayo 1997 , 24 julio 1997 , 19 diciembre 1997 , 17 diciembre 2003 , 16 junio 2005 y 13 octubre 2005 . Se reprocha a la sentencia recurrida: a) que no haya declarado cumplida la condición suspensiva; b) que haya declarado la nulidad de la donación; c) que no obliga al cumplimiento de los pactos; d) que realiza una interpretación arbitraria del contrato de donación; e) que pretende declarar nula una obligación entre marido y mujer válida en derecho, lo cual, según la recurrente, resulta especialmente injusto en relación a las diversas circunstancias personales que han intervenido en la relación de pareja.

Motivo tercero . Vulneración de los Arts. 1203 y 1204 CC y de diversas sentencias que los interpretan. Dice la recurrente que el convenio regulador aprobado por el juzgado de familia en el seno del ulterior procedimiento de separación habría novado el contrato de donación. Este contrato no es un convenio regulador, aunque se le califique como tal en la escritura, porque las obligaciones que se pactan como contenido hacen concluir que participa de la naturaleza jurídica de las donaciones. Además, no concurrió en ningún caso el *animus novandi* .

TERCERO . *La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas.*

La autonomía de la voluntad de 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 C.c ."* . Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007).

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 concurran 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 ." . Asimismo, la sentencia de 15 de febrero de 2002 reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que "los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio) en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 C.c .) 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 (S. 22 abril 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 C.c .), 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". En el mismo sentido debe citarse la sentencia de 17 octubre 2007. Esta jurisprudencia ha dado lugar al art. 233-5 CCCat, que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.

Debe tenerse en cuenta que en este recurso ninguna de las partes cuestiona la validez del pacto como tal, sino únicamente si su especial contenido produce la nulidad por quedar su efectividad al arbitrio de uno de los cónyuges contratantes. De esto nos debemos ocupar a continuación.

CUARTO. *Los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador.*

Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado *convenio regulador*, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación.

Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato.

En este caso hay que concluir que concurre: **a)** el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; **b)** objeto del contrato, y **c)** causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual.

QUINTO. *La interpretación del contrato.*

Las partes discuten, porque así se ha planteado, sobre si se incumplió o no la disposición del art. 1256 CC, porque las dos sentencias recaídas en este procedimiento declaran la nulidad, al entender que se ha dejado "la validez y el cumplimiento" del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa, interpretando y sobreponiendo la naturaleza unilateral de la obligación creada, con la iniciativa en la ruptura del matrimonio.

El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (Ver SSTs de 9 enero 1995, 27 febrero 1997, 4 diciembre 1998).

La aplicación del art. 1256 CC en este caso, es claramente contraria a las disposiciones reguladoras del contrato, porque tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos, de acuerdo con la literalidad del propio contrato. Según se ha reproducido en el FJ primero de esta sentencia, los cónyuges pactaron que " *En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente[...]*" ; por tanto, la obligación de D. Claudio surgía fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto, lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación que pueden ser revisadas por esta Sala en aquellos casos en que esto se produzca (STS de 14 febrero 2010).

La aplicación de la doctrina de esta Sala lleva a declarar la validez del contrato, denominado convenio regulador, celebrado por la recurrente y su esposo en 1989.

SEXTO. *El contenido del contrato: la pensión y la promesa de donación.*

Declarada la validez del contrato, a continuación deben examinarse los pactos contenidos en el mismo.

1º. En el primer pacto se acuerda el pago de una cantidad de dinero, con sus correspondientes actualizaciones. Este pacto consiste en atribuir a la esposa el derecho a obtener una renta mensual con cargo a su marido, que es independiente de que concurren o no los requisitos para la pensión compensatoria. Ya se ha dicho antes que estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. Debe declararse válido el pacto en cuestión. Al no tratarse de un convenio regulador no debía aportarse a la segunda demanda de separación, porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida.

2º La promesa de donación. Mayores dificultades plantea la admisión de la validez de la promesa del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan.



La presente donación choca con dos obstáculos: **a)** se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que, por tanto, vulnera la prohibición del Art. 635 CC, que establece que "la donación no podrá comprender los bienes futuros", que según el propio artículo, serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros; **b)** la validez de este tipo de donaciones ha sido ya estudiada por esta Sala en sentencias 24 y 25 enero 2008. Esta última dice lo siguiente: "1º Respecto de la promesa de donación (no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTs de 27 junio 1914, 25 abril 1924, 22 enero 1930, 21 noviembre 1935, que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999). La de 25 noviembre 2004 afirma que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales".

SÉPTIMO . Los efectos

De los anteriores razonamientos se producen los siguientes efectos en relación al presente recurso de casación:

1º El contrato celebrado entre Dª Angelica y D. Claudio con el nombre de "convenio regulador", constituye un contrato entre los cónyuges atípico, válido, de acuerdo con la autonomía de la voluntad. Reúne los requisitos exigidos en el art. 1261 CC para la validez de los contratos e impone obligaciones a una de las partes del mismo.

2º Respecto al contenido de los pactos acordados entre los cónyuges, debe declararse la validez de la pensión acordada por los cónyuges a cargo del marido.

3º La promesa de donación es nula por tratarse de donación de una cosa futura indeterminada.

OCTAVO . Estimación parcial del recurso de casación

Lo concluido en el Fundamento anterior implica la estimación en parte del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Angelica, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20, de 23 marzo 2007.

NOVENO . Asunción de la instancia. La prescripción de las pensiones no reclamadas.

La estimación parcial del recurso de casación obliga a esta Sala a asumir la instancia. Para ello, debemos pronunciarnos sobre el contenido de la demanda presentada por Dª Angelica.

Antes deben rechazarse las excepciones propuestas por el demandado D. Claudio, excepto en la relativa a la prescripción, que será examinada independientemente.

En los anteriores fundamentos se han expuesto las razones por las que debe declararse la validez del denominado "convenio regulador" de fecha 30 noviembre 1989, celebrado entre los cónyuges Dª Angelica y D. Claudio. Se ha argumentado asimismo acerca de la nulidad de la donación de cosa futura contenida en el citado convenio.

Resta en este momento que nos pronunciemos sobre las pensiones mensuales a cargo de D. Claudio, que se han declarado válidas.

Respecto de las pensiones, en primer lugar debe fijarse el momento a partir del que debe pagarse esta cantidad. En la demanda, la recurrente había pedido que se declarara que las cantidades se debían desde el momento de la separación, por la sentencia de 30 julio 1993. El recurrido excepcionó alegando que una parte de las pensiones debía considerarse prescrita, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 1966, 3º CC. La sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia aceptaba este razonamiento y *ad cautelam*, porque estimó nulo el pacto, entendió que deberían considerarse prescritas las mensualidades anteriores a la fecha de la separación y las posteriores que no se hubiesen reclamado en los cinco años siguientes.

De acuerdo con ello, debe declararse que las pensiones se deben a partir de la sentencia de separación, es decir, el 30 julio 1993, pero, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que la demanda se presentó el 8 de mayo de 2002. Y ello a los efectos de la prescripción del art. 1966,3º CC. En consecuencia, se declaran prescritas las devengadas con anterioridad al tiempo de cinco años, contados desde la sentencia de separación hasta el momento de la interposición de la demanda. Ello siempre que se hubiese ya consumado el transcurso de los cinco años para cada una de las mensualidades. Las pensiones no prescritas deberán abonarse teniendo



en cuenta la actualización por el IPC, tal como resulta pactado. La cantidad debida como atrasos así como la cuantía de las futuras pensiones será determinada en ejecución de sentencia, que deberá calcularse sobre estas bases.

DÉCIMO . Costas.

No se imponen las costas del recurso de casación, por aplicación de lo establecido en el Art. 398.2 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se estima en parte el recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Angelica , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20, de 27 marzo 2007 en autos nº 58/2005 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida, que confirmó la sentencia de 1ª Instancia dictada por el juzgado de nº 1 de Madrid, de 19 abril 2004 .

3º Procede dictar sentencia, estimando en parte la demanda. En consecuencia se declara:

a) la validez del convenio regulador de fecha 30 noviembre 1989.

b) La validez del pacto contenido en el convenio por el que se establece el pago de una pensión de 200.000 ptas. (1.202,02?) mensuales a cargo de D. Claudio .

c) La pensión comienza a devengarse a partir de la sentencia de separación de los cónyuges, es decir, el 30 de julio de 1993 .

d) Se declaran prescritas por el transcurso de cinco años las pensiones devengadas hasta la interposición de la demanda, siempre que se hubiese consumado ya el plazo de prescripción de cinco años. Se aplicará la actualización del IPC, según lo pactado.

e) La cantidad debida como atrasos será determinada en ejecución de sentencia, que deberá calcularse sobre las bases establecidas en el FJ noveno.

f) Se declara nula la promesa de donación contenida en el denominado "convenio regulador".

g) Al haberse estimado en parte la demanda, no se imponen las costas de la 1ª Instancia a ninguna de las partes.

4º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

5º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-**Juan Antonio Xiol Rios.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.