



Roj: **STS 5216/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5216**

Id Cendoj: **28079110012015100673**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2015**

Nº de Recurso: **1722/2014**

Nº de Resolución: **678/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Getafe, núm. 4, 20-11-2012,**

SAP M 4877/2014,

STS 5216/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil quince.

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 Veinticuatro de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso nº 565/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Getafe, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Doña Mónica , representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don José Luis Blázquez Mendoza; siendo parte recurrida don Rafael , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere Fernández. Autos en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Carlos Ibañez de la Cadiniere, en nombre y representación de don Rafael , interpuso demanda de juicio sobre demanda de divorcio, contra doña Mónica y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare el divorcio del matrimonio formado por los cónyuges don Rafael y doña Mónica , por pedirla ambos cónyuges de común acuerdo una vez transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio, y con aprobación del convenio regulador acompañado.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El procurador don José Luis Blázquez Mendoza, en nombre y representación de doña Mónica , contestó a la demanda y formuló reconvenición oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, interesando del Juzgado se dicte sentencia por la que, dando lugar al divorcio de los litigantes, determine como medida o efecto derivado del mismo el derecho a percibir doña Mónica , la suma de 386.400 euros en concepto de indemnización prevista en el artículo 1438 del Código Civil .

El procurador don Carlos Ibañez de la Cadiniere, en nombre y representación de don Rafael , contestó a la reconvenición oponiéndose a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia declarando el divorcio de los litigantes con los efectos solicitados en la demanda inicial, declarando no haber lugar a la compensación económica solicitada, con expresa condena en costas a la demandada reconviniente por su absoluta mala fe.



3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Getafe, dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO: *Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere en nombre y representación de D. Rafael contra Dña. Mónica , se declara la disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por D. Rafael y DOÑA Mónica , contraído en forma en Madrid, el día 10 de mayo de 1996, estando debidamente inscrito en el Registro Civil de Madrid, al folio 321, del tomo 51 de la Sección Segunda, así como la adopción de las siguientes medidas:*

1.- *Los hijos del matrimonio quedarán bajo la guarda y custodia y en compañía de la madre, DOÑA Mónica , estableciéndose la patria potestad compartida.*

2.- *El uso del domicilio familiar, sito en Getafe (Madrid), CALLE000 n° NUM000 , NUM001 , así como el mobiliario, ajuar y enseres, se adjudica a los hijos comunes, donde residirán en compañía de la madre.*

3.- *El régimen de visitas será el que de mutuo acuerdo opten los progenitores, que deberá de ser amplio y flexible de forma que el padre pueda relacionarse con los hijos menores todos los días con absoluta flexibilidad de horario, siempre que no se entorpezcan las actividades escolares o extraescolares de los menores, atendiendo siempre al interés de los menores.*

En caso de discrepancia, se establece como mínimo el régimen de visitas, en que el padre podrá comunicarse con sus hijos y tenerlos en su compañía, siendo el siguiente:

a) *El padre podrá estar en compañía de sus hijos de lunes a jueves, desde las 18,30 horas hasta las 20,30 horas recogiéndolos y reintegrándolos en el domicilio materno, siempre que ello no entorpezca las tareas escolares o extraescolares de los menores y previo aviso del padre a la Sra Mónica con una antelación mínima de tres horas. El ejercicio de dicho derecho quedará supeditado a su disponibilidad por las obligaciones y compromisos laborales del padre.*

b) *Fines de semanas alternos, no comprendidos en períodos de vacaciones escolares, recogiéndolos el padre en el domicilio materno el viernes a las 18'30 horas y reintegrándolos el domingo a las 20,30 horas.*

c) *Los "puentes" del día uno de mayo y del seis de diciembre se alternarán cada año, de modo que los hijos los pasen los años impares con el padre y los pares con la madre, continuando a su finalización con el régimen de visitas establecido para los fines de semana.*

d) *Las vacaciones de Semana Santa se computarán conforme al calendario escolar. Dicho período se dividirá por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo su elección los años impares al padre y los pares a la madre, continuando a su finalización con el régimen de visitas establecido para los fines de semana.*

e) *Las vacaciones de Navidad se repartirán por mitad entre ambos progenitores, fijándose la primera mitad de tal período vacacional desde las 10,00 horas del primer día de vacaciones, hasta las 10,00 horas del día 31 de diciembre y la segunda mitad desde las 10,00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20,30 horas del último día de vacaciones; eligiendo en caso de disconformidad la madre los años pares y el padre los impares.*

f) *Se establece que en época de vacaciones estivales, se computarán conforme al calendario escolar, repartiéndose por mitad entre ambos progenitores, siendo el primer período el comprendido desde las 10,00 horas del primer día de vacaciones hasta las 10,00 horas del día 1 de agosto, y el segundo período el comprendido desde las 10,00 horas del día 1 de agosto hasta las 20,30 horas del último día de vacaciones. Correspondiendo la elección al padre, en caso de disconformidad, los años impares y a la madre los años pares. Una vez finalizado el período de se reanudará el régimen de comunicación y visitas previsto para los fines de semana.*

g) *En los períodos vacacionales, cada progenitor indicará al otro el lugar donde se encuentra con los hijos.*

h) *Los días festivos que se unan al fin de semana, le corresponderá disfrutarlos con los menores al progenitor con quien estuvieran el fin de semana.*

i) *El presente régimen de comunicación y visitas se entenderá sin perjuicio de la asistencia de los hijos a campamentos, cursos de verano o en el extranjero o similar, en cuyo caso las vacaciones estivales establecidas en el apartado 4.*

f) *se computarán dividiendo por mitad entre los progenitores el tiempo restante.*

El padre habrá de recoger a los menores del domicilio maternos -a excepción de los viernes lectivos en que recogerá a sus hijos del colegio- y los reintegrará al domicilio materno al finalizar el período de estancias de que se trate.



Cada uno de los progenitores viene obligado a notificar inmediatamente al otro cualquier incidencia grave que pudiera surgir respecto a los hijos comunes en los periodos en que se hallen a su cuidado, debiendo mantenerse recíprocamente informados de su localización a tal exclusivo fin.

En caso de enfermedad de los hijos comunes que impidiese su desplazamiento, quedará en suspenso el régimen de estancias fijado, pudiendo el progenitor que no se hallase en su compañía visitar al menor con las limitaciones propias de la enfermedad que padezca. Ambos progenitores se comprometen a ejercitar el régimen de estancias establecido con la necesaria flexibilidad, respetando en todo caso la forma ordenada de vida de los hijos comunes y sus actividades escolares y extraescolares regladas. Asimismo ambos vienen especialmente obligados a advertir al otro progenitor con la antelación suficiente la existencia de cualquier circunstancia que obligase a alterar el calendario y horario de estancias fijado. Ambos progenitores podrán comunicarse por cualquier medio con sus hijos y éstos con ellos.

4.- Se fija a favor de la esposa y a cargo del esposo una pensión compensatoria, de dieciséis mil ochocientos euros anuales (16.800 euros), pagadera en 12 mensualidades a razón de mil cuatrocientos euros mensuales (1.400.- euros), finalizando dicha obligación de pago en noviembre de 2.018.

El importe mensual de la pensión compensatoria fijada, no sufrirá ninguna modificación, ni actualización durante toda la duración de la obligación de pago de la misma.

La pensión compensatoria se abonará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta, corriente de una entidad bancaria que se le comunicará con suficiente antelación al esposo.

5.- Se establece a favor de los hijos del matrimonio, Artemio y Cosme , y a cargo del padre, una pensión de alimentos pagadera mensualmente a razón de trescientos euros (300.- euros) por mes e hijo.

La pensión de alimentos se prestará hasta que las hijos consigan independencia económica, abonándose por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, ingresándola en la cuenta que a tal fin tiene la madre, en una entidad bancaria que se le comunicará con suficiente antelación al esposo. La pensión de alimentos deberá ser actualizada anualmente según el índice general del coste de la vida publicado por el Instituto Nacional de Estadística u otro organismo que pudiera sustituirle. Transcurrido el período para el pago de la pensión compensatoria a la esposa y, en consecuencia, extinguida ésta, la pensión de alimentos de los hijos que en ese momento se viniere abonando, conforme a la cláusula de actualización pactada, se incrementará de una sola vez en el importe de cien euros para cada uno de los hijos. El importe resultante del incremento citado anteriormente, constituirá, a partir de dicha fecha, la cuantía de la pensión de alimentos que se mantendrá en vigor hasta su extinción, sin perjuicio de las actualizaciones anuales que se produzcan conforme a lo previsto en el párrafo anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, el padre sufragará de forma directa a su cargo, y en concepto de pensión alimenticia de los menores, los gastos escolares, incluyendo, en su caso, servicio de comedor, locomoción y transporte escolar, seguro escolar y servicio médico escolar, servicio psicotécnico y psicológico escolar, excursiones y visitas culturales escolares, uniformes, libros y material escolar. Igualmente los gastos correspondientes a seguro médico y en su caso los gastos que se generen por atenciones sanitarias generales (oculistas, odontólogos o similares) y especiales (intervenciones quirúrgicas y hospitalización) y actividades extraescolares serán sufragados íntegramente por el padre. La contratación y elección de los servicios y las entidades o personas que los presten, a los que corresponden los gastos referidos en el presente párrafo, precisarán necesariamente el consentimiento expreso del padre. Los gastos extraordinarios referentes a cualquiera de los dos hijos serán sufragados por mitad entre ambos progenitores. Se imponen las costas de la demanda principal a la parte actora y a la demandada las de demanda reconvenzional.

SEGUNDO.- *Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Mónica . La Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 10 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª Mónica , representada por el Procurador D. José Luis Blázquez Mendoza; y estimando el interpuesto por vía de impugnación por D. Rafael , representado por la Procuradora Dª Inmaculada Ibañez de la Cadiniere Fernández; contra la Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012; del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Getafe ; dictada en el proceso de divorcio nº 565/2011; debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la expresada resolución en el sentido de ser lo procedente declarar la extinción de la pensión compensatoria (art. 97 del C.C .) en su día pactada en favor de la Sra Mónica , y ello desde la fecha de la sentencia de instancia (20-XI-2012) y no procede la condena en costas en ninguna de ambas instancias a ninguna de las partes. Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.*

Siendo estimatorio el recurso procedase a la devolución del depósito al consignante, salvo que sea beneficiario de Justicia gratuita.



TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de doña Mónica con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al existir interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencia de la Sala Primera del T. Supremo 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 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 , al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3. de la LEC , 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 Madrid 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 , 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 , al existir interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo al haber infringido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 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.

QUINTO.- Al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3. de la LEC , al existir interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial en la Sala Primera del T. Supremo, al haber infringido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que se recurre, el artículo 1438 del Código Civil , que recoge la posibilidad de establecer una compensación a la extinción del régimen de separación de bienes por el trabajo doméstico: Sentencias del T. Supremo de 14 de abril de 1992, 14 de julio de 2011 y 31 de enero de 2014.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 11 de febrero de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere Fernández en nombre y representación de don Rafael . presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del quinto motivo del recurso de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación que formula doña Doña Mónica plantea dos problemas. El primero se refiere a la extinción de la pensión compensatoria que las partes habían incluido en el convenio regulador de la separación matrimonial, previo al de divorcio contencioso del que trae causa el recurso. El segundo, a la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil , que la sentencia le niega.

La sentencia extingue la pensión compensatoria con el siguiente razonamiento: *"se comparte el criterio del órgano "a quo" en que por las pruebas de autos, ha existido entre doña Mónica y otro hombre una convivencia more uxorio de la que nació un hijo. La pensión establecida en el precedente proceso de separación matrimonial, cuya sentencia de separación homologó Convenio Regulador firmado por las partes, quedó a expensas de cómo las partes la quisieron conceptual, definir, caracterizar, otorgar sus derechos y obligaciones, sus efectos etc., y ello al ser tal instituto del art. 97 del C.C , materia de derecho privado; ahora bien, si con el paso del tiempo, ahora estamos en un proceso de divorcio contencioso, donde ahora si interviene el órgano judicial decisorio, no puede admitirse el que las partes desnaturalicen este instituto jurídico y el derecho; y si el art. 101 del C.C dice que el derecho a la pensión (del art. 97 C.C) se extingue, por convivir maritalmente el acreedor con otra persona, en puridad jurídica ha de decretarse el cese en el caso de esta pensión. Procede estimar este motivo*



del recurso al tratarse de un divorcio contencioso y ningún pacto puede establecer la no aplicación de una ley; y en el caso es de aplicación lo dispuesto en el art. 101 del C.C por la convivencia de la Sra. Mónica con otra persona y con la que tuvo un hijo".

No se concede la compensación del artículo 1438 CC porque *"llama un tanto la atención que se pida tal indemnización en el proceso de divorcio entablado de contrario cuando existe el precedente de un proceso de separación con sentencia que aprobó Convenio Regulador, cesando la convivencia de las partes y tratándose de una retribución por las tareas realizadas antes, durante el matrimonio, y no por el futuro. Por otro lado, y como se apuntó, el Sr. Rafael ha contribuido a las cargas del matrimonio económicamente, pues en otro caso nada se sostiene y, en un repartimiento de papeles, la Sra. Mónica se dedicó más a las tareas habituales del hogar, pero ello no impide el que el Sr. Rafael, en su limitado tiempo en el hogar, por su necesario trabajo, haya dejado de contribuir también en atenciones directas a hijos y casa. No se ha probado, en absoluto, que el Sr. Rafael no haya contribuido en algo en las tareas del hogar; y, finalmente, se ha probado que en momentos de este matrimonio hubo contratadas empleadas de hogar" .*

Doña Mónica formula cinco motivos en el recurso de casación. Los cuatro primeros se refieren a la pensión compensatoria. Se denuncia la infracción de los artículos 97, 100, 101, 1091, 1255, 1256, 1261, 1291, 1282, 3.1 y 71, todos ellos del Código Civil, y de la jurisprudencia que cita, y tienen que ver con la naturaleza del convenio regulador como negocio jurídico de familia, con la interpretación de los contratos, los actos propios y principio de buena fe y presupuestos para la modificación o extinción de la pensión compensatoria en juicio de divorcio.

En el quinto denuncia la infracción del artículo 1438 CC, que recoge la posibilidad de establecer una compensación económica a la extinción del régimen de separación de bienes por trabajo doméstico, y de la jurisprudencia que cita.

SEGUNDO.- En el convenio regulador del matrimonio se pactó lo siguiente:

"Se fija a favor de la esposa y a cargo del esposo una pensión compensatoria de 18.000 euros anuales, pagaderas en doce mensualidades a razón de 1.400 euros, por un periodo de 10 años, comenzando a abonarse desde el mes de diciembre de 2008, finalizando por tanto dicha obligación de pago en noviembre de 2018.

El importe mensual de la pensión compensatoria fijada en el párrafo anterior, han acordado expresamente los esposos, que no sufrirá ninguna modificación ni actualización durante toda la duración de la obligación de pago de la misma.

La esposa acepta y consiente expresamente en este acto la cuantía y el periodo de vigencia de la pensión establecida, así como que la misma permanezca invariable y que no sea objeto de actualización en ningún momento, renunciando al ejercicio de cualquier acción que pudiera corresponderle en relación a dichos extremos..."

Además, en la misma fecha que se firma el convenio regulador, como complemento de la pensión compensatoria y en un anexo al mismo, no homologado judicialmente, el Sr. Rafael se compromete a pagar a su esposa anualmente el coste de alquiler de quince días de alojamiento en un lugar de vacaciones, por importe de 3000 euros anuales como máximo, durante el mismo periodo de diez años de vigencia de la pensión compensatoria. También, y mediante escritura pública acordaron la atribución a la esposa de la vivienda familiar con carácter vitalicio.

Lo que se cuestiona en el recurso es si fue intención de las partes garantizar un periodo de diez años a favor de la esposa, sin establecer ninguna otra circunstancia que permitiera modificar o extinguir la pensión antes de que transcurriera dicho plazo, en concreto por causa de la convivencia marital *more uxorio* o de cualquiera otra vicisitud.

La Sala no comparte los argumentos de la sentencia.

1.- Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 20 de abril y 10 de diciembre 2012; 25 de marzo 2014), la siguiente: 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 de 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.

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 (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre).



2.- Desde la perspectiva del artículo 101 CC , puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto de hecho normativo a que se refiere dicho precepto, y que fué causa de su reconocimiento (SSTS de 23 de enero y 10 de diciembre de 2012).

3.- No obstante, cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad.

4.- Partiendo de esta doctrina, la sentencia desconoce aspectos básicos de lo que aquí se resuelve. La autonomía de la voluntad tiene un límite y este no es otro que el que establece el artículo 1255 del C. Civil : la ley, la moral y el orden público, y no se advierte, porque nada se dice en la sentencia, de qué forma contraviene esta disposición el hecho de que las partes de común acuerdo hayan excluido de las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona. Nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis, en el marco de un convenio regulador en el que se negocia y se transige sobre una suerte de medidas que las partes consideran mejor para el interés propio y el de los hijos. Por tanto, en la sentencia recurrida se infringen los arts. 1225 y 1091 del C. Civil , al no tener en cuenta que las partes en el ejercicio de sus propios derechos llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión, y al interferir en dicho acuerdo sin precepto que lo autorice rompe con la seguridad jurídica contractual, como se dijo en la sentencia de 25 de marzo 2014 .

5.- Cosa distinta es si el convenio regulador, tal y como está redactado, excluye realmente como causa de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del beneficiario por la misma con otra persona. La sentencia estima probado, por remisión a la sentencia del juzgado, que *"ha existido entre doña Mónica y otro hombre una convivencia more uxorio de la que nació un hijo"*. Ahora bien, la necesidad de valorar las circunstancias que determinaron la aceptación por ambas partes del convenio regulador constituye una exigencia especial del supuesto de que se trata y por consiguiente resulta insatisfactoria la decisión recurrida habida cuenta los datos fácticos, que obviamente hay que entender asumidos, recogidos en la resolución del Juzgado, y que conducen a una solución jurídica distinta.

Antes y después del convenio regulador ya existía esta situación de convivencia de la esposa con otra persona, *more uxorio* , de la que además estaba embarazada, circunstancia que era perfectamente conocida por el esposo. A pesar de todo, fue voluntad de los cónyuges garantizar a la esposa una pensión compensatoria por un periodo de diez años, además del coste de las vacaciones con los hijos. Incluso con posterioridad a la demanda de separación, las partes firmaron un nuevo convenio regulador para el divorcio, cuyo procedimiento se archivó por falta de cumplimiento de la aportación de las certificaciones literales, en el que se interesaba la continuación del convenio que sirvió a la separación matrimonial.

TERCERO.- El quinto motivo se refiere a la denegación de la compensación económica establecida en el artículo 1438 del CC . La Sala acepta las conclusiones de la sentencia. Lo que no acepta son alguno de los razonamientos expuestos para denegarla a partir del desconocimiento de la jurisprudencia de esta Sala que si cita y analiza con detalle la sentencia del Juzgado, en concreto la sentencia de 14 de julio de 2011, reiterada y aclarada en otras posteriores como las 26 de marzo y 14 de abril de 2015 , posteriores a la recurrida.

Dice el artículo 1438: "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

En su interpretación se ha fijado la siguiente doctrina: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge".

Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, señaló en las sentencias de 26 de marzo y 14 de abril de 2015 lo siguiente: "Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no



excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio de 2011 -".

Todo el esfuerzo argumental del motivo viene referido a las consecuencias que se derivan de la sentencia de separación en orden a la extinción del régimen económico matrimonial. Se dice que siguen casados y que el régimen de separación de bienes sigue subsistiendo hasta tanto no se disuelva el matrimonio y que en el proceso de separación no se ventiló la cuestión relativa a la indemnización prevista en el artículo 1438 CC ; razón por la que no le afecta ni la cosa juzgada, ni la doctrina de los actos propios.

No es así. La fecha de la disolución del régimen económico matrimonial en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según el artículo 95 del Código Civil (STS 27 de febrero 2007). Por lo tanto la extinción del régimen de separación, por cualquier causa, de un lado, y la dedicación exclusiva, de otro, de alguno de los cónyuges al trabajo de la casa, determina la compensación del artículo 1438 CC . Se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente. Ocurre en este caso que la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses, llegando a unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en medidas definitivas propias del juicio matrimonial de separación y que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la indemnización que ahora se reclama puesto que tal circunstancia ya existía en el momento en que se aprueba y, pese a todo, no se incluyó; razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido.

CUARTO.- Consecuencia de lo expuesto es la estimación del recurso únicamente en lo que se refiere a la pensión compensatoria, que se mantiene en la forma acordada en la sentencia del Juzgado, fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público.

No se hace expresa imposición de las costas de ambas instancias y sin hacer especial declaración de las demás originadas por el recurso de casación, según los artículos 394 y 398 LEC .

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

FALLAMOS

1º Estimar en parte el recurso de casación formulado por doña Mónica contra la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid - Sección 24- de fecha 10 de abril de 2014

2º Dejamos sin efecto la citada sentencia en lo que se refiere únicamente a la extinción de la pensión compensatoria establecida a favor la Sra. Mónica , confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Getafe en fecha de 20 de noviembre de 2012 . Se mantiene en lo demás.

3º Fijando como Doctrina jurisprudencial la siguiente: a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público.

4º No se hace especial declaración de las costas causadas en ambas instancias. Tampoco de las de este recurso.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan .Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas CarcellerFrancisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz.Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.