

Convenio regulador en separación o divorcio: eficacia del no sometido a aprobación judicial

Comentario a la STS de 15 de octubre de 2018¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Eficacia del convenio regulador no sometido a aprobación judicial. Excepción de contrato incumplido: incumplimiento previo régimen de visitas y comunicación. Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor y con la limitación impuesta en el artículo 1.814 del Código Civil, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores. La relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y, a la vez, como un deber de aquellos, en el que adquiere una especial relevancia el interés del menor y que, por ello, no puede hacerse depender de otras circunstancias, como podría ser el puntual cumplimiento de la obligación alimenticia. De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional. De ahí que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no, pues, al ser menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio, con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darles cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. La obligación alimenticia de los progenitores para con sus hijos menores de edad no pueda hacerse depender su pago del cumplimiento o incumplimiento del progenitor custodio de otras estipulaciones del convenio.

Palabras clave: separación; divorcio; convenio regulador; alimentos.

Fecha de entrada: 11-11-2018 / Fecha de aceptación: 27-11-2018

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de noviembre de 2018).

Las crisis matrimoniales pueden provocar el ejercicio de la correspondiente acción judicial tendente a determinar la sentencia que acuerde el divorcio o la separación, ya de manera contenciosa, ya de mutuo acuerdo. En este supuesto, tras la firma del oportuno convenio regulador, son las partes las que presentan al órgano judicial un acuerdo o convenio suscrito por ambas, donde resuelven todas las cuestiones que afecten a los cónyuges y a sus hijos menores de edad, y que determinará los efectos que producirá esa nueva situación respecto a las relaciones de los cónyuges, tanto en el aspecto personal como económico, así como todo aquello que afecte a los hijos comunes, en relación con el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, el régimen de visitas, alimentos.

El convenio regulador, en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido considerado por la mayor parte de la doctrina como negocio jurídico de familia y es válido en aquellos aspectos atinentes a materia que puede ser objeto de disposición por las partes contratantes, no así en lo relativo a las que son de orden público, perfeccionándose el mismo por el mero consentimiento y obligando desde entonces no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

El artículo 1.258 del Código Civil (CC) dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público, en virtud de la libertad de pactos que, asimismo, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.255 CC), si bien se requiere para su validez la concurrencia de los requisitos esenciales: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, que exige el artículo 1.261 de dicho texto sustantivo, y cuya ausencia puede dar lugar a su anulación por adolecer de vicio de anulabilidad si la acción tendente a ello es ejercitada con arreglo a la previsión legal y quien alega el vicio cumple con la carga que le impone el artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil. El control de su contenido se hará a través de la actuación tanto del Juzgado como del Ministerio Fiscal en el procedimiento correspondiente, aprobándolo, o bien rechazándolo en todo o en parte a la vista de su contenido.

Sin embargo, analizaremos qué sucede respecto de aquellos convenios que no son ratificados judicialmente y que, suscritos voluntariamente por las partes, disponen el conjunto de aspectos por el que van a regirse, tanto los aspectos económicos, como aquellos referidos a los hijos, no solo desde el punto de vista económico, como la pensión de alimentos que deba satisfacerse,

o bien la pensión compensatoria que pudiera determinarse, sino también sobre todo lo referido a las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de comunicaciones y estancias, entre otras.

La sentencia seleccionada para comentar tiene importancia, al referirse a la eficacia del convenio regulador no sometido a aprobación judicial, y, tras el recurso de casación interpuesto, resuelve el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (TS). En resumen se puede decir que los hechos son los siguientes:

- a) La actora presenta demanda reclamando al que fuera su pareja el abono de los alimentos del hijo común, con base en el convenio regulador suscrito por ambos.
- b) Se opone al demandado por considerar que el documento privado no había sido ratificado u homologado judicialmente, reconociendo que no había sido cumplido de manera satisfactoria por ambos cónyuges, y así el dejó de pagar los alimentos pactados por la dificultad que suponía el cumplimiento del régimen de visitas acordado.
- c) En este sentido, el demandado dice que si bien el convenio en lo referido a los aspectos patrimoniales es válido, pese a no haberse ratificado judicialmente, las medidas suscritas en relación con los hijos no tienen carácter vinculante ni se pueden reclamar al no haber sido homologadas judicialmente.

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, que, recurrida en apelación por el demandado, la Audiencia Provincial desestimó, considerando válido el convenio suscrito entre las partes. El recurso de casación interpuesto es desestimado por el TS, que confirmó la sentencia del tribunal de instancia.

Es necesario, en primer lugar, señalar cuál ha sido la posición del Alto Tribunal sobre esta cuestión. Se puede decir que el TS ha declarado que la naturaleza de los convenios reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial, que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes (STS de 10 de diciembre de 2003), y ha establecido (SSTS de 25 de junio de 1987, de 26 de enero de 1993, de 22 de abril y 19 de diciembre de 1997) que la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges.

Los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista, por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el CC para toda clase de contratos en el artículo 1.261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del CC un requisito o conditio iuris de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributivo de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.

Ahora bien, ello no impide que, al margen del convenio regulador, 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 con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, con referencia al convenio, a la suscripción de este, o, posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; 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 artículo 1.255 del CC, pues como dice la Sentencia de 22 de abril de 1997 «no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico».

Por tanto, deben distinguirse, cuando aludimos a los convenios reguladores, aquellos aspectos que se refieren exclusivamente a los cónyuges, y que tienen que ver con cuestiones de naturaleza económica, respecto de aquellos otros que afectan a las medidas referidas a menores, y de los que el TS ha dicho (así, las Sentencias de 22 de abril de 1997, de 21 de diciembre de 1998 o de 15 de febrero de 2002) que la homologación judicial es *conditio iuris* de su eficacia jurídica; no obstante, respecto de aquellas cuestiones de contenido económico entre los cónyuges, tiene trascendencia normativa el convenio no homologado judicialmente, y, por tanto, con la eficacia jurídica de todo negocio jurídico.

También, en sentencias posteriores, recoge conclusiones parecidas respecto de cuestiones referidas a la liquidación del régimen económico matrimonial que son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellas los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptadas 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 artículo 1.255 del CC, teniendo eficacia como cualquier otro negocio jurídico al tratarse de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas.

Por otro lado, dice que en aquellas cuestiones referidas a menores como los alimentos, por tratarse de cuestiones de orden público y de *ius cogens*, el convenio que no ha sido homologado judicialmente no tiene validez. Sin embargo, la cuestión no está tan clara como parece, porque el convenio fue suscrito por ambos cónyuges libremente, sin que pudiera alegarse vicio que diera lugar a su nulidad, y que, aun de manera irregular, fue cumplido por ambos cónyuges, apelante y apelado. El apelante, en este caso, iría contra sus propios actos, al no dar validez a un acuerdo suscrito libremente, en el que se establecía una pensión de alimentos que incumplió.

En este sentido, como establece el propio TS en la sentencia, los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al

interés del menor, y con la limitación impuesta en el artículo 1.814 del CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores. En las cuestiones referidas a los menores, debe primar el interés de estos por encima de lo pactado por los progenitores.

Este interés de los menores hijos de las partes en el proceso matrimonial de estas características orbita en todas las cuestiones de esta naturaleza, como sucede con la alegación como causa de incumplimiento de la obligación de contribuir a los alimentos del hijo menor de edad, que se centra en el incumplimiento de la demandante de otras estipulaciones recogidas en el convenio suscrito y que afectaban al régimen de visitas, perjudicando el derecho del hijo a percibir la pensión alimenticia correspondiente, y que constituye una obligación legal de cada progenitor.

Puede afirmarse que la relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y, a la vez, como un deber de aquellos, alzándose con especial relevancia el interés del menor, y que, por ello, no puede hacerse depender de otras circunstancias. En este sentido, no puede tener trascendencia o importancia, respecto a los hijos que deben recibir la atención legalmente establecida mediante la pensión de alimentos, la alegación de cualquier motivo que diera lugar a ese incumplimiento. Por eso, el argüir como causa del incumplimiento que el otro progenitor incumpliera aspectos del convenio relacionados con el régimen de visitas carecería de relevancia. Por otro lado, la posible inobservancia de esa obligación de alimentos, que podría obedecer, en ocasiones, a causas justificadas, podría ser susceptible de ser corregida a través de las amplias facultades que al juez le confiere el artículo 158 del CC, sin que deba olvidarse que puede llegar a determinar la privación parcial o total de la patria potestad (art. 170 CC) y entenderse constitutiva de los delitos tipificados en los artículos 226 y 227 del Código Penal (CP).

Debe significarse que, por el hecho de tratarse de menores, más que de una obligación propiamente alimenticia, lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que no pueden quedar condicionados a diferentes cuestiones que pudieran alegarse, con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darles cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

Por tanto, no puede hacerse depender su pago del cumplimiento o incumplimiento del progenitor custodio de otras estipulaciones del convenio.

En este tipo de procedimientos, por tanto, prevalece el interés superior del menor, de manera que los progenitores no pueden ampararse en la falta de homologación judicial de un convenio o acuerdo suscrito por ambos progenitores sin vicio que lo invalide. Estamos en presencia de un deber legal de los padres, derivado de la filiación y de la patria potestad, que obliga a procurar alimentos a los hijos, y esa oposición, además, iría contra sus propios actos: suscribió libremente el pago de los mismos. Puede afirmarse, también, que estamos ante un negocio de derecho de familia eficaz por sí mismo, sin necesidad de homologación alguna, pues deriva de la propia

condición de progenitor, que lo suscribe libremente, pues, en otro caso, iría contra sus propios actos. Tampoco puede ser objeto de incumplimiento sobre la base de un incumplimiento del otro progenitor de otras cláusulas, cuya corrección puede hacerse a través del ejercicio de acciones judiciales por la vía del artículo 158 o del artículo 156, o bien a través del artículo 170 del CC o, incluso, penalmente, por aplicación de los artículos 226 y 227 del CP.