



Roj: **STS 3485/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3485**

Id Cendoj: **28079119912018100031**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **3942/2017**

Nº de Resolución: **569/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN/3942/2017

CASACIÓN núm.: 3942/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 569/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha de 10 de julio de 2017 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 335/2017, dimanante del juicio verbal n.º 18/2017 del Juzgado de Primera instancia n.º 1 de Gijón.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Concepción Hoyos Moliner, en nombre y representación de don Patricio .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora del turno de justicia gratuita doña María del Pilar Vived de la Vega, en nombre y representación de doña Carla .

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador don Francisco Robledo Trabanco, en nombre y representación de doña Carla , interpuso demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad de alimentos contra don Patricio , suplicando al Juzgado:

«...dicte sentencia por la que se condene a la parte demandada a abonar a mi mandante la cantidad de 3.994,50 ? (tres mil novecientos noventa y cuatro euros con cincuenta céntimos), más sus intereses legales desde la presentación de la demanda, con imposición de las costas de este procedimiento al demandado.»

2.- Por decreto de 18 de enero de 2017 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes.

3.- La procuradora doña Noelia Menéndez Tamargo, en nombre y representación de don Patricio , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«...se sirva dictar la oportuna sentencia por la que desestimando la demanda se absuelva a don Patricio de las pretensiones contra él deducidas, con expresa imposición de costas procesales a la parte demandante.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 28 de marzo de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña Carla contra don Patricio , debo de condenar al demandado al pago al actor de 3.752 ?.»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Patricio , correspondiendo su resolución a la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Gijón que dictó sentencia el 20 de abril de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Se estiman en parte los recursos de apelación interpuestos por la representación de doña Carla y de don Patricio , contra la sentencia de fecha diecisiete de junio de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Gijón en autos de Divorcio n.º 74/16-5, la cual se revoca en el único sentido de atribuir la custodia compartida del hijo del matrimonio a ambos **progenitores** con intercambios semanales todos los viernes a la salida del colegio, y recogida del mismo por el **progenitor** que comienza a asumir la custodia en el propio centro o, en su defecto, si fuera festivo; en su domicilio, debiendo atribuirse al padre la semana en la que desempeñe su trabajo en el turno de mañana, y en cuanto a las vacaciones de verano (computándose como tales las de los meses de julio y agosto), la distribución se hará quincenalmente, sin ninguna otra salvedad, y corresponderá a la madre la elección del turno quincenal en el mes de julio en los años pares, y al padre en los años, impares, debiendo la elección de los períodos vacacionales de verano comunicarse directamente por el correspondiente **progenitor** al otro, con una. antelación de al menos un mes al de su comienzo, por cualquier: medio, escrito fehaciente, incluido el correo electrónico. La falta de notificación fehaciente con la antelación prevista, determinará; la pérdida del derecho a elegir, para, ese concreto periodo. De igual modo se reduce a la cantidad de 100 euros mensuales el importe que el padre deberá abonar a la madre en concepto de alimentos a favor del hijo actualizable, en los términos fijados en la sentencia apelada, contribuyendo don Patricio en un sesenta por ciento de los gastos extraordinarios, y de la madre en el resto.»

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Patricio , con base en los siguientes motivos:

Primero, por infracción del art. 90 CC referido al **convenio** regulador y el art. 1814 y 1255 CC, por considerar que la reclamación de cantidad efectuada en concepto de alimentos ordinario y extraordinarios de la hija menor que sería devengados por el recurrente se fundarían en un **convenio** regulador que no habría sido homologado judicialmente y que, en todo caso, el eventual incumplimiento de pago del recurrente se hallaría precedido y simultaneado por el incumplimiento de la otra parte contratante del régimen de visitas y comunicaciones establecido en favor del padre, con acciones y omisiones tendentes a imposibilitar o limitar la comunicación y visitas de éste con él.

Segundo, por infracción del art. 156 CC, referido al ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos **progenitores** en caso de desacuerdo de los mismos, por considerar que los gastos extraordinarios de un hijo menor deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos **progenitores** y a falta de acuerdo, autorizados judicialmente, salvo necesarios y urgentes, requisitos que no se cumplirían en los gastos por sesiones de logopeda o por clases extraordinarias de refuerzo escolar, reclamados de contrario.

2.- La sala dictó auto el 31 de enero de 2018 con la siguiente parte dispositiva:



«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por don Patricio contra la sentencia dictada con fecha de 10 de julio de 2017 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 335/2017, dimanante del juicio verbal n.º 18/2017 del Juzgado de Primera instancia n.º 1 de Gijón.

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

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe impugnó el recurso interpuesto en base a las alegaciones que estimó oportunas.

4.- La representación procesal de la parte recurrida manifestó su oposición al recurso formulado de contrario, sobre las bases que estimó oportunas.

5.- Por providencia de fecha 20 de junio de 2018, se acordó someter el presente recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para el día 19 de septiembre en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Carla interpuso demanda contra don Patricio en reclamación de alimentos debidos, y solicitó que fuese condenado a abonarle, en tal concepto, la cantidad de 3.994, 50 euros.

Funda su pretensión en que ambas partes, cónyuges en esa fecha, se separaron de hecho, a medio de un acuerdo **privado** entre ellos, el 22 de agosto de 2013, y por el que acordaron en la cláusula cuarta que, en concepto de pensión de alimentos para el hijo común, don Patricio contribuiría a los alimentos de éste con 150 euros mensuales, así como que contribuiría a los gastos extraordinarios educativos y sanitarios aportando la mitad de su importe.

Don Patricio ha incumplido la anterior obligación en los términos que recoge la demanda y doña Carla reclama el pago de lo adeudado, basando jurídicamente su petición en el negocio jurídico cual es el **convenio** regulador suscrito privadamente entre las partes, y cita en apoyo de su pretensión la sentencia 325/1997, de 22 de abril.

2.- Don Patricio reconoce en su contestación a la demanda que ambos cónyuges suscribieron el documento **privado** de fecha 22 de agosto de 2013, pero que no llegó a ser aprobado judicialmente pues los cónyuges no iniciaron o promovieron a la sazón el oportuno procedimiento judicial de divorcio y, por tanto, no llegaron a someterlo a la aprobación judicial.

En el documento **privado** no solo se incluían medidas en relación con los alimentos del hijo común a cargo del padre, sino también sobre el régimen de visitas.

El demandado reconoce que las medidas personales y patrimoniales contenidas en el documento **privado** no se han venido cumpliendo de manera plena y satisfactoria por ambos **progenitores**, habiendo existido reiterados y constantes incumplimientos por uno y otro **progenitor**.

3.- A partir de tales hechos el demandado articula, para oponerse a la pretensión deducida en su contra, una excepción principal y otras subsidiarias.

En la principal considera, en relación con el documento **privado** de fecha 22 de agosto de 2013, causa petendi de la demanda, que hay que diferenciar entre las medidas que contiene:

(i) Las relativas a cuestiones patrimoniales y que no afectan a hijos menores de edad tendrán valor de acuerdo **privado** (contrato) y serán válidas al margen de que no se hayan homologado y podrán ser reclamados judicialmente.

(ii) Las relativas a cuestiones que afectan a hijos menores de edad, como es el caso del régimen de guarda y custodia y alimentos, deben contar con el correspondiente pronunciamiento judicial. Precisamente por ello la falta de ratificación del **convenio** ante el juez hace que éste pierda toda su fuerza vinculante y no puedan reclamarse las medidas que contiene hasta que queden establecidas en sentencia.

Cita, en apoyo de su excepción, la misma sentencia 325/1997, de 22 de abril, en que funda su pretensión la parte actora.



Con carácter subsidiario, y para el caso de que se confiriera eficacia y validez inter partes a la cláusula cuarta del **convenio**, opone la excepción non adimpleti contractus (excepción del contrato incumplido), pues el incumplimiento por él del pago de alimentos viene precedido por el incumplimiento por la actora del régimen de visitas y comunicación del menor con su padre, que habían pactado.

También opone, con el mismo carácter subsidiario, que no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales para la reclamación que lleva a cabo la actora, concepto de gastos extraordinarios del menor.

4.- El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda, otorgó validez al **convenio** regulador no homologado judicialmente, por no serle de aplicación la sentencia 325/1997, de 22 de abril, ya que ésta analiza un supuesto en el que el **convenio** excede de la regulación del art. 90 CC, mientras que en el presente el **convenio** que hace valer la actora es sobre uno de los aspectos del art. 90 CC, es decir, la contribución a los alimentos del hijo común.

Negó las excepciones subsidiarias opuestas por el demandado, pero excluyó los gastos deportivos por no estar contemplados en el **convenio** suscrito.

5.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y conoció de él la sección nº 7 de Gijón, que dictó sentencia el 10 de julio de 2017 por la que desestimó el recurso.

La sala de apelación, con cita de la reiterada sentencia de 22 de abril de 1997 y la de 15 de febrero de 2002, considera la plena validez del **convenio** regulador suscrito entre las partes, pero no homologado judicialmente, como negocio jurídico de Derecho de familia adoptado en el ámbito de su autonomía privada, y sin que sea de aplicación la limitación del art. 1814 CC sobre el pacto de alimentos.

Niega, además, las excepciones opuestas como subsidiarias.

La de contrato incumplido, porque el incumplimiento de la obligación alimenticia del padre no se puede justificar, dada su especial naturaleza, con el incumplimiento del régimen de visitas y comunicación.

La de los gastos extraordinarios por la interpretación conjunta que hace la sala del **convenio** suscrito por las partes.

6.- Frente a la citada resolución el demandado interpuso recurso de casación por razón de interés casacional fundado en dos motivos:

(i) El primero, por infracción del art. 90 CC referido al **convenio** regulador y el art. 1814 y 1255 CC, por considerar que la reclamación de cantidad efectuada en concepto de alimentos ordinario y extraordinarios de la hija menor que sería devengados por el recurrente se fundarían en un **convenio** regulador que no habría sido homologado judicialmente y que, en todo caso, el eventual incumplimiento de pago del recurrente se hallaría precedido y simultaneado por el incumplimiento de la otra parte contratante del régimen de visitas y comunicaciones establecido en favor del padre, con acciones y omisiones tendentes a imposibilitar o limitar la comunicación y visitas de éste con el menor.

Cita como fundamento del interés casacional las sentencias de 21 de diciembre de 1998, (rec. 2197/1997) y 15 de febrero de 2002 (rec. 4428/1997).

(ii) El segundo, por infracción del art. 156 CC, referido al ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos **progenitores** en caso de desacuerdo de los mismos, por considerar que los gastos extraordinarios de un hijo menor deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos **progenitores** y a falta de acuerdo, autorizados judicialmente, salvo necesarios y urgentes, requisitos que no se cumplirían en los gastos por sesiones de logopedia o por clases extraordinarias de refuerzo escolar, reclamados de contrario.

Cita como fundamento de interés casacional una serie de sentencias de Audiencias Provinciales.

7.- La sala dictó auto el 31 de enero de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al mismo.

8.- El Ministerio Fiscal al informar solicita la desestimación del recurso, y hace las siguientes consideraciones:

(i) Partiendo de los hechos declarados probados, nos hallamos en presencia de un **convenio** que no ha sido homologado judicialmente y que, por tanto, su eficacia es la que corresponde a todo negocio jurídico.

Se trata de analizar si la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega sobre la regulación de situaciones de ruptura conyugal en materias referentes a aspectos atinentes al contenido del art. 90 CC, es decir, los relativos a los alimentos, guarda y custodia y régimen de visitas del hijo común menor de edad.



La doctrina jurisprudencial más reciente de la sala, contenida en la sentencia de 19 de octubre de 2015, rec. 1984/2013, otorga un gran valor a la autonomía de la voluntad de los cónyuges a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal.

Conforme a la doctrina expuesta, es dable que los cónyuges regulen convencionalmente su relaciones tras la ruptura matrimonial, incluidas las relativas a las medidas respecto a los hijos comunes, siempre que tales acuerdos no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art 1814 del CC, que supone, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los **progenitores**, ya que en otro caso no podrían ser objeto de ejecución, por afectar a dicho interés, cuestión de orden público, cuyo control corresponde al Juzgador de Instancia.

Por tanto, que es válido el pacto suscrito por las partes en el **convenio** regulador **privado** de 22 de agosto de 2013, aun cuando no haya tenido acceso al órgano judicial para su aprobación, tras la adecuada valoración del interés del menor, realizada por el juzgador «a quo».

La ratio decidendi del tribunal de instancia, no es contraria a la doctrina de la Sala anteriormente expuesta, en la medida que el juzgador «a quo», en la interpretación acogida en el fundamento jurídico segundo de la resolución recurrida, respeta el contenido del pacto suscrito por ambos cónyuges en sus justos y precisos términos, manteniendo la voluntad de los cónyuges plasmada en el **convenio** regulador respecto del pago de la pensión de alimentos a favor del hijo, así como su decisión, respecto al pago de los gastos extraordinarios, guarda y custodia y régimen de visitas, al ser favorable al interés del menor.

(ii) Teniendo en cuenta el tratamiento jurídico que merecen los alimentos debidos a los hijos menores de edad, sancionado constitucionalmente en el art. 39.3 CE, así como el interés superior del menor, el pago de prestación de alimentos del menor no puede hacerse depender del cumplimiento o no por la madre de éste de otras estipulaciones del **convenio**.

En ambas cuestiones la sentencia recurrida ha valorado acertadamente el interés superior del menor y, de ahí, que solicite la desestimación del primer motivo del recurso.

(iii) El segundo motivo, sigue exponiendo el Ministerio Fiscal, debe desestimarse por causa de inadmisibilidad. La sala en la STS de 19 de febrero de 2016, rec. n.º 457/2014, establece:

«No obstante, también adolece el recurso de un defecto en su planteamiento ya que, acogiéndose a la diferencia de tratamiento en las distintas Audiencias Provinciales sobre una misma cuestión jurídica, se limita a aportar varias sentencias que proceden de distintas Audiencias, y secciones de las mismas, sin cumplir el requisito de que al menos sean dos coincidentes de la misma Audiencia y sección.»

Pero, y es lo decisivo, porque los criterios jurisprudenciales deben aplicarse solo en defecto de pacto entre los **progenitores**, criterio seguido por el juzgador «a quo», que resuelve la cuestión suscitada, en atención al interés del menor, y conforme a lo pactado por las partes. Acuerdo que previamente consideró válido a los efectos de regular los efectos de la separación de los cónyuges, respecto al hijo menor de edad, afirmando en el fundamento jurídico tercero que, con independencia de la consideración de tales gastos como extraordinarios imprescindibles, se pactó expresamente que los mismos se sufragarían como extraordinarios por mitades, por lo que no es dable en este momento, cuestionar la naturaleza de tales gastos.

La interpretación de la sentencia recurrida es favorable al interés del menor.

SEGUNDO.- Decisión de la sala sobre el primer motivo.

La cuestión jurídica que se plantea es la naturaleza jurídica, validez y eficacia del **convenio** regulador, en situaciones de crisis matrimonial, que no ha sido sometido a la aprobación judicial.

1.- La sentencia 325/1997, de 22 de abril, parte de su consideración como negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal **convenio** regulador, requiere aprobación judicial, como conditio iuris, determinante de su eficacia jurídica.

Añade que:

«Deben, por ello, distinguirse tres supuestos: 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 artículo 90 del Código Civil. La sentencia de 25 de junio de 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; la de 26 de enero de 1993 añade que la aprobación judicial del **convenio** regulador no despoja a éste del carácter



de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autoregulación de sus intereses querido por las partes.»

Sin embargo, el supuesto que enjuicia la sentencia no se compadece con el aquí contemplado, pues hace referencia a un acuerdo patrimonial inter partes, y no sobre alimentos relativos a hijos comunes menores de edad.

Es más, los cónyuges habían celebrado un **convenio** de separación matrimonial, al que llamaron «contrato de separación conyugal», en el que se preveía la separación y una serie de medidas como en lo ahora relevante, la guarda y custodia de las hijas menores de edad, el régimen de visitas y la contribución a los gastos familiares. Sin embargo, dicho **convenio** no fue presentado como tal **convenio** regulador en el proceso de separación que se siguió, y el juzgado dictó sentencia en la que hacía referencia al mencionado **convenio**, pero expresaba literalmente que «estando conformes ambos cónyuges en solicitar la separación, se estará a lo dispuesto en dicho número 1 del artículo 81 del Código Civil sustituyendo el **convenio** por los acuerdos que establezca el Juzgado».

Esto es, el juzgado y la audiencia negaron validez y eficacia al **convenio**, y el único extremo de él que conoció la sala en casación y casó fue el relativo, según se ha dicho, a un acuerdo de naturaleza patrimonial inter partes sobre petición de bienes.

2.- La sentencia 1183/1998, de 21 de diciembre, afirma que

«Como tiene reconocido esta Sala (sentencias de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993, 24 de abril y 19 de diciembre de 1997), 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 Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código 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. 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, pero con referencia al **convenio**, a la suscripción de éste 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 1255 del Código Civil, 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".».

Tampoco el supuesto que enjuiciaba esta sentencia se compadece con el que se enjuicia en este recurso, pues el documento suscrito en aquella por las partes tenía como objeto una matización sobre la liquidación de gananciales, y no sobre las obligaciones alimenticias respecto a hijos menores de edad.

3.- La sentencia 116/2002, de 15 de febrero, afirma que:

«Esta sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la Sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de **convenio** regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), 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 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 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.»

Pero también, al igual que en las precedentes, el supuesto contemplado es diferente al de autos.

4.- Las sentencias 572/2015, de 19 de octubre, y de 24 de junio de 2015, rec. 2392/2013, citadas por el Ministerio Fiscal, tampoco se compadecen fácticamente con el supuesto aquí enjuiciado, sin bien se alinean con la doctrina de la sala, recogida en todas las precedentes, sobre la relevancia que se confiere a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal.

Se afirma que:

«En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana.»

5.- La interrogante, y núcleo del debate de este motivo del recurso, es si son válidos, por ser materia disponible para los cónyuges, los acuerdos, como es el caso de autos, en los que aquellos pactan, para regular convencionalmente sus relaciones tras la ruptura matrimonial, medidas relativas a los hijos comunes, como es la contribución de ambos cónyuges a los alimentos de los menores, sin que haya recaído aprobación judicial.

El recurrente lo niega por ser de orden público y de ius cogens al afectar directamente a un menor de edad y no haber tenido acceso al órgano judicial para su aprobación u homologación.

6.- La sala, sin embargo, discrepa de tal argumentación.

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 art. 1814 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 consecuencia, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de la sala, pues respeta el interés del menor al valorar el acuerdo en cuestión, tanto de alimentos ordinarios como de gastos extraordinarios por tal concepto.

Los cónyuges redactaron de mutuo acuerdo un **convenio** regulador con la finalidad instrumental de presentarlo con la demanda de divorcio, **convenio** que fue suscrito por ambos.

Por razones que se ignoran la demanda no se presentó (se formuló demanda de divorcio a instancia de la esposa tres años más tarde), pero, según se colige de la contestación a la demanda del recurrente, confirieron al citado documento naturaleza de **convenio privado**, no aprobado judicialmente, para regir las relaciones de la separación de hecho. Según reconoce el recurrente, lo cumplieron ambas partes, aunque con irregularidades, dando razones de por qué dejó de cumplirlo, que lo anuda al incumplimiento por su esposa del régimen de visitas con su hijo menor de edad.

La actora, y en base al acuerdo o **convenio** de fecha 22 de agosto de 2013, no aprobado judicialmente por no haberse sometido a su homologación, únicamente reclama los alimentos y prestaciones del menor.

Por tanto, el **convenio** regulador no puede tacharse de ineficaz por carecer del requisito de ser aprobado judicialmente.

El demandado, aquí recurrente, obra con tal pretensión de forma reprobable, yendo en contra de sus propios actos, pues convino con la actora las prestaciones alimenticias del hijo, reconoce que el **convenio** se ha ido cumpliendo, aunque irregularmente, y, ante la reclamación de lo adeudado, articula como defensa que el **convenio** carece de efectos al no haber sido objeto de aprobación judicial, sin que en todo el tiempo de vigencia del **convenio** haya llevado a cabo ninguna gestión judicial en orden a la adopción de medidas relacionadas con el menor.

En el caso de la sentencia de 31 de enero de 1985, el **convenio** se refirió a la situación económica del matrimonio sin afectar a la sustancia del vínculo, sin embargo se tomaron acuerdos sobre la situación de los hijos.

Finalmente, cabe traer a colación de lo que venimos manteniendo, el art. 235.5.3 del Código Civil de Cataluña, que hace depender la eficacia de los pactos fuera de **convenio** regulador y relacionados con los hijos menores del interés de éstos. Dispone que:



«Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de éstos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda su cumplimiento».

Es el caso de autos en el que la sentencia recurrida no aprecia que la medida alimenticia acordada por los cónyuges a favor del hijo menor, y cuyo cumplimiento se exige, sea contraria a su interés.

Procede, pues desestimar este primer motivo del recurso y con él, el segundo por idéntico razonamiento.

La sentencia recurrida ha interpretado el pacto sobre gastos extraordinarios, y lo motiva, de forma lógica y no arbitraria; por lo que, en sintonía con el Ministerio Fiscal, se ha de estar a lo convenido y no al examen de los requisitos jurisprudenciales respecto a tales gastos.

TERCERO.- Una vez que se ha conferido validez y eficacia interpartes a la cláusula cuarta del **convenio**, corresponde examinar y enjuiciar la excepción que articula el recurrente con carácter subsidiario.

Opone la exceptio non adimpleti contractus (excepción del contrato incumplido) por alegar que el incumplimiento que ha llevado a cabo de la obligación alimenticia pactada en el **convenio** viene precedido del incumplimiento por la actora del régimen de visitas y comunicación entre él y su hijo menor, que también fue pactado.

1.- La sentencia 1285/2002, de 26 de diciembre, declaró 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, en la 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, pues la posible inobservancia de ésta podría obedecer en ocasiones a causas justificadas, siendo susceptible - en otros supuestos- de ser corregida a través de las amplias facultades que al Juez se confieren en el artículo 158 del Código Civil, sin que deba olvidarse que puede llegar a determinar la privación parcial o total de la patria potestad (artículo 170) y a entenderse constitutiva de los delitos tipificados en los artículos 226 y 227 del Código Penal.

Lo mismo puede predicarse a la inversa, como es el caso de autos, e incluso con mayor justificación, pues la doctrina de la sala, que trae a colación la sentencia 484/2017, de 20 de julio, por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015, afirma que:

«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 en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTs de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). 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 darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.»

2.- Corolario de la especial naturaleza de la obligación alimenticia de los **progenitores** para con sus hijos menores de edad, es que no pueda hacerse depender su pago del cumplimiento o incumplimiento del **progenitor** custodio de otras estipulaciones del **convenio**.

3.- De ahí que la sentencia recurrida decide de forma adecuada al interés del menor y a la doctrina de la sala.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, se interpone a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Patricio , contra la sentencia dictada con fecha de 10 de julio de 2017 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 335/2017, dimanante del juicio verbal n.º 18/2017 del Juzgado de Primera instancia n.º 1 de Gijón.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3.º- Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.