

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE OCTUBRE DE 2018 (569/2018)**

**Validez del convenio regulador
no aprobado judicialmente en el que
se incluyen medidas relativas a hijos menores**

Comentario a cargo de:
JORGE ORTEGA DOMÉNECH
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE OCTUBRE DE 2018

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

ID CENDOJ: 28079119912018100031

PONENTE: EXCMO. SR. DON EDUARDO BAENA RUIZ

Asunto: 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, es decir, 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. El convenio regulador no puede tacharse de ineficaz por carecer del requisito de ser aprobado judicialmente.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Naturaleza jurídica, validez y eficacia del convenio regulador no sometido a la aprobación judicial. 5.2. Aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido a los pactos recogidos en un convenio regulador. 5.3. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Un cónyuge interpone demanda de juicio verbal contra el otro en reclamación de alimentos debidos a la hija menor, basándose en la existencia de un acuerdo privado, negocio jurídico suscrito entre ambos, de fecha 22 de agosto de 2013, en cuya cláusula cuarta se establecía que el padre contribuiría con la cantidad de 150 euros mensuales, así como a los gastos extraordinarios educativos y sanitarios en la mitad de su importe. Apoya su argumentación en la STS 325/1997, de 22 de abril.

El padre no niega la existencia del acuerdo privado, pero sí que no llegara a ser aprobado judicialmente al no haber iniciado ninguno de los dos el correspondiente procedimiento judicial de divorcio. En el citado documento se incluían también medidas personales, como el régimen de visitas, reconociendo el propio demandado el incumplimiento reiterado y constante de las medidas personales y patrimoniales por ambos progenitores. Partiendo de tales premisas, el demandado plantea una excepción principal y otras subsidiarias:

1. Excepción principal: debe diferenciarse entre las cuestiones patrimoniales, que no afectan a hijos menores de edad y tendrán valor privado de acuerdo privado o contrato, válidas con independencia de su homologación y reclamables judicialmente; y las cuestiones que afectan a hijos menores de edad, que requieren un pronunciamiento judicial, como el régimen de alimentos aquí discutido. Y dicha falta de ratificación les hace perder su fuerza vinculante hasta su establecimiento en sentencia. Basa su argumentación en la misma sentencia que la actora.
2. Excepciones subsidiarias: se opone la excepción *non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), dado que su incumplimiento viene precedido por el previo incumplimiento del régimen de visitas y comunicación la menor con su padre por parte de la actora, tal y como se había establecido en el acuerdo privado. Asimismo, opone que no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales para la reclamación por la actora de los gastos extraordinarios la menor.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón, de fecha 18 de enero de 2017, otorga validez al convenio regulador no homologado judicialmente, por cuanto no resulta de aplicación la aplicación la sentencia 325/1997, de 22 de abril, dado que la misma se refiere a un supuesto donde el convenio excede la regulación del artículo 90 CC y, en el presente caso, el convenio que pretende hacer valer la actora se refiere a uno de los aspectos

recogidos en dicho precepto legal, es decir, la contribución a los alimentos de la hija común. Niega asimismo las excepciones subsidiarias opuestas por el demandado, pero sí excluye los gastos deportivos por no encontrarse contemplados en el convenio pactado entre ambos.

3. Soluciones dadas en apelación

La Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Gijón, en sentencia de fecha 10 de julio de 2017, citando la reiterada sentencia de 22 de abril de 1997 y la de 15 de febrero de 2002, desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado. Considera la plena validez del convenio regulador privado no homologado judicialmente como “negocio jurídico de Derecho de Familia adoptado en el ámbito de su autonomía privada”, no siendo de aplicación la limitación establecida en el artículo 1814 CC acerca del pacto de alimentos.

Por otro lado, también desestima las excepciones opuestas como subsidiarias: la de contrato incumplido, porque tal incumplimiento de la obligación alimenticia del padre no se puede justificar, dada su especial naturaleza, con el incumplimiento del régimen de visitas y comunicación; y la de los gastos extraordinarios, por la interpretación conjunta que hace del convenio privado suscrito por ambos progenitores.

4. Los motivos de casación alegados

El recurso del padre se funda en dos motivos:

a) El primero, infracción de los artículos 90, 1814 y 1255 CC, por cuanto la reclamación de cantidad en concepto de alimentos ordinarios y extraordinarios de la hija menor se basa en un convenio regulador no homologado judicialmente y, además, dicho eventual incumplimiento venía precedido y simultaneado por el incumplimiento por la actora del régimen de visitas y comunicaciones establecido a favor del padre, mediante acciones y omisiones tendentes a imposibilitarlo (funda el interés casacional en las SSTS de 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002).

b) El segundo, infracción del artículo 156 CC, sobre ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores en caso de desacuerdo de los mismos, por cuanto 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, lo que no se cumple en relación con los gastos de sesiones de logopeda o clases extraordinarias de refuerzo escolar, reclamados ambos por la actora (funda el interés casacional en diversas sentencias de Audiencias Provinciales).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Naturaleza jurídica, validez y eficacia del convenio regulador no sometido a la aprobación judicial.*

5.1.a. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y AUTORREGULACIÓN EN LAS RELACIONES FAMILIARES. EL NEGOCIO JURÍDICO DE FAMILIA

Que la autonomía de la voluntad es un principio instalado en nuestro Derecho de Familia no ofrece duda en nuestra doctrina. Así, Díez Picazo (1962, pg. 171 y ss.) ya defendía a mediados del siglo pasado la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en tal ámbito, lo que denomina un “acto de poder familiar” (como el matrimonio o la adopción), acto esencialmente jurídico privado, en el que por razones de orden técnico político se adiciona la intervención estatal, la cual no traspasa la naturaleza de una solemnidad constitutiva. Pero, sin embargo, como sigue diciendo, ello no significa que se pueda reducir a actos de ejercicio del poder familiar los dirigidos a extinguir, modificar o constituir relaciones familiares o estados civiles, lo que supondría una equivocación.

El artículo 90 CC, en su párrafo 2º, referido al contenido del convenio regulador, establece que “los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. Si bien nuestro Código Civil no establece un concepto de lo que debe entenderse por “convenio regulador”. Parece que se trata, en todo caso, de un “negocio jurídico de Derecho de Familia” en el que los cónyuges prevén y regulan las consecuencias, tanto personales como patrimoniales, derivadas de la separación o el divorcio (López Burniol, 1989, pg. 45). Tales consecuencias jurídicas no pueden plantearse con la misma autonomía por parte de los cónyuges: las de naturaleza personal, directamente conectadas con las relaciones paterno-filiales, son de *ius cogens*, necesitan de la intervención judicial cuando estamos hablando del bienestar de los hijos menores, como en el caso planteado. No sucede así con las cuestiones puramente patrimoniales, donde el ámbito de actuación de los cónyuges aumenta, si bien siempre y cuando no afecten a los hijos menores (como, por ejemplo, la pensión compensatoria o el reparto de bienes).

5.1.b. VALIDEZ Y EFICACIA DE UN CONVENIO REGULADOR PRIVADO: LA CONTINUA E INEVITABLE PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

La cuestión principal planteada en el litigio estriba en conocer si un convenio regulador acordado por los cónyuges, todavía no homologado judicial-

mente, tiene la validez suficiente como para poder requerir el cumplimiento de sus términos. Precisamente, la sentencia que comentamos se apoya en la jurisprudencia citada por el demandado, no aplicable por tratarse de supuestos distintos al aquí planteado, pero que recoge los principios a tener en cuenta para dar respuesta al interrogante:

- la Ley de 7 de julio de 1981 supuso un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio;
- lo dispuesto en un convenio tiene un marcado carácter contractualista;
- y la aprobación judicial se torna requisito de su eficacia pero no de su validez, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC (consentimiento, objeto y causa) y no concurra ninguna de las limitaciones del 1255 CC.

En definitiva, como establece la STS de 15 de febrero de 2002, se trata de una manifestación del “libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia”.

La continua y decidida privatización en el seno del Derecho de Familia se vislumbra claramente con la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, al establecer la posibilidad de que los cónyuges, concurriendo determinadas circunstancias, puedan instar la separación o la disolución del matrimonio ante funcionarios distintos de aquellos que tienen atribuida la potestad jurisdiccional (en este caso, el Secretario Judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, o el Notario). La nueva redacción de los artículos 82 y 87 CC se refiere ahora a la “formulación” del convenio, a diferencia de la anterior redacción que utilizaba el término “propuesta”. Aunque pueda parecer una simple alteración terminológica, no lo es: el nuevo artículo 90.2 CC, párrafo tercero, contempla el caso en el que, advertidos los otorgantes por el Secretario judicial o el Notario, del carácter dañoso o gravemente perjudicial de alguna de las cláusulas del convenio, la aprobación de una nueva propuesta de convenio corresponderá en exclusiva al juez. En consecuencia, los acuerdos de los cónyuges que no les perjudiquen a ellos mismos o a los hijos menores de edad, se presentan como plenamente válidos y no requerirán de la aprobación judicial.

Podemos discutir que, si bien no se requerirá aprobación judicial en un divorcio de mutuo acuerdo del convenio regulador acordado por los cónyuges, con cláusulas no perjudiciales, sin embargo, se requiere la intervención del Secretario Judicial o del Notario, como fedatarios públicos del acuerdo, pero observamos cómo la legislación se va alejando de tal necesaria aprobación judicial.

Faltaría el último y definitivo paso, ya iniciado desde hace años por la doctrina y la jurisprudencia: la posibilidad de creación de un convenio regulador

válido, a pesar de no haber sido homologado ni por el juez, ni por el secretario judicial, ni por el notario, pero que los cónyuges han suscrito y cumplen convencidos de lo que han suscrito, hasta que uno de ellos incumple alguna de sus cláusulas, respondiendo el otro con el incumplimiento de otro deber establecido en el mismo, como sucede en el caso que ahora estudiamos.

La sentencia comentada resulta tajante al respecto: “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”.

La afirmación requiere su estudio por partes:

1. El “interés superior del menor”.

No puede afirmarse que la autonomía privada quede en este ámbito excluida por completo, ni tampoco señalarse que la facultad de pacto resulte ajena a la concreción del deber de prestar alimentos dado que se trata de una materia indisponible por los cónyuges: el acuerdo entre ellos se convierte en requisito determinante de una resolución judicial. Por ejemplo, en la STS 08.11.2012 el tribunal dio validez al convenio regulador homologado judicialmente en cuya virtud cada uno de los progenitores se comprometía a hacerse cargo de la manutención del hijo mientras estuviera en su compañía. Es decir, homologa dicho acuerdo porque ambos progenitores lo llevan ante el juez. ¿Y si no lo llevan y, sin embargo, lo cumplen?

El “*interés superior del menor*” es un concepto procedente del derecho anglosajón introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ratificación de diversa normativa internacional: en la Inglaterra del siglo XVIII la relación jurídica del padre con sus hijos se regulaba como un derecho de propiedad más y el padre conservaba legalmente la titularidad de los derechos de custodia en caso de crisis matrimonial, pudiendo recuperar la posesión de sus hijos en poder de las madres ejercitando judicialmente el *habeas corpus*. Tan sólo en algún caso el tribunal denegó el *habeas corpus* basándose en que ello parecía “lo mejor para el menor”. La doctrina fue evolucionando a través de los tiempos hasta lo que hoy conocemos como el “el interés superior del menor” (*best interests of the child*).

Nuestra Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su artículo 2º, establece expresamente que “su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el in-

terés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Sin perjuicio de otras circunstancias que puedan aparecer en cada caso, así como lo establecido en otras leyes específicas, entre los criterios generales para su aplicación introducidos por el citado precepto, nos encontramos con “la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”.

Y, precisamente, el Tribunal Supremo tiene en cuenta tal criterio general a la hora de considerar adecuado al interés del menor el pacto establecido por sus progenitores en el acuerdo privado de agosto de 2013, dado que se dirige a la satisfacción de sus necesidades básicas, en este caso, las materiales y educativas, pues no de otra manera se entiende la finalidad del establecimiento de una pensión de alimentos para los hijos menores de edad.

Otra cosa sería discutir acerca de la procedencia de la cuantía acordada por los progenitores, que no se entra a valorar por el tribunal al considerarla idónea: el problema radica en el incumplimiento del padre, que no lleva a cabo dicha prestación de alimentos, lo que estudiamos en el siguiente apartado.

Resulta evidente que ambos progenitores se encuentran en un plano de igualdad frente al hijo, lo que no significa que la aportación de cada uno deba ser exactamente igual a la del otro. En los convenios pactados, se entiende que la cuantía establecida responde a la capacidad económica real que tenga el progenitor que deba hacer frente a la prestación de una pensión de alimentos a sus hijos menores de edad. Si no existe dicho acuerdo, el juez se encontrará ante la tesitura de determinar dicha cuantía, la cual pasará irremediamente por encontrar un punto de proporcionalidad entre los ingresos y gastos de cada uno, en definitiva, en virtud de su propia capacidad económica. Será el juez, a la vista de las circunstancias personales de cada uno en cada caso, quien establezca la mencionada proporcionalidad, no siempre exenta de dificultades en su determinación (SSTS 27.1.2014, 28.3.2014, 21.10.2015, 06.10.2016 y 25.10.2016).

2. “No cabe renuncia ni disposición del derecho a la pensión de alimentos”.

El mantenimiento de los hijos menores de edad y discapacitados deviene sin duda una obligación de *ius cogens* que radica en uno de los deberes fundamentales derivados de la patria potestad: no sólo nos encontramos ante un deber jurídico, sino que se trata de un deber moral y el mismo se configura de este modo en todo el ordenamiento jurídico sin fisuras. El TS ha señalado que se está ante un deber insoslayable inherente a la filiación que resulta incondicional con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención (SSTS 02.03.2015) y destaca por su carácter imperativo y, por ello mismo, resulta indisponible (art. 151 CC).

Aunque los cónyuges pueden pactar la manera específica en que se llevará a cabo su cumplimiento, no resulta válido el acuerdo en el que se exima de ma-

nera absoluta a uno de ellos de la obligación de prestar alimentos, trasladando dicha responsabilidad exclusivamente al otro progenitor. La doctrina lo tiene claro en este punto (por todos, Rivero Hernández, 1982, pg. 669; Roca Trías, 1991, pg. 392 y García de Blas, 2001, pg. 179). Señala Parra Lucán al respecto (2012, pg. 379) que “en ningún caso podrá oponerse al menor un acuerdo que permita a uno de los progenitores negarse a satisfacer alimentos con independencia de las consecuencias patrimoniales que el pacto pudiera tener entre los padres”.

Por tanto, resulta evidente que el acuerdo por el cual uno de los padres queda liberado de este deber no es lícito ni legal y se considera nulo de pleno derecho y da lugar a la intervención judicial en base a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 93 CC (el juez asegurará “la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”). Ni tan siquiera la aprobación judicial podría sanar o convalidar este defecto: se trataría en cualquier caso de un convenio siempre nulo e ineficaz y, por tanto, no vinculante para las partes. El perjuicio para los hijos menores no puede ser más evidente.

3. La “no compensación con una deuda entre los progenitores”. Aspecto sobre el que trata el motivo segundo del recurso de casación y que estudiamos en profundidad en el siguiente apartado.

4. No puede estar “sometido a condición en beneficio de los menores”. Lo acabamos de explicar: las obligaciones para con los hijos menores de edad resultan inexcusables para los progenitores, pero dicha inexcusabilidad afecta a cada obligación en su conjunto, sin que pueda condicionarse su contenido. Siempre se buscará el beneficio del menor, aunque no resulte coincidente con el de los progenitores (lo que muchas veces se olvida al encontrarnos sumidos en una situación de crisis matrimonial) y dicho beneficio no conoce de ambigüedades o limitaciones interesadas.

Por tanto, a la vista de las argumentaciones aquí recogidas y lo dispuesto por la sentencia comentada, ¿resulta válido un convenio regulador privado sin la aprobación del juez?

“No se ve la razón –en palabras de Parra Lucán (2012, pg. 158)– por la que la crisis que afecta a la relación de los padres deba judicializar todo el Derecho de menores cuando los padres son capaces de alcanzar un acuerdo ni tampoco la razón para desconfiar de que el acuerdo adoptado no será beneficioso para sus hijos”. En este sentido, resulta razonable que los propios progenitores lleguen a acuerdos: son quienes han convivido con el hijo los que realmente conocen sus necesidades y se encuentran en mejores condiciones de interpretar el verdadero interés del menor (Rivero Hernández, 2000, pg. 924).

Y aquí se encuentra el denominado por la doctrina “negocio jurídico de familia”, como cualquier otro negocio jurídico sujeto al artículo 1261 CC, puesto que existe consentimiento (de ambos progenitores), objeto (los debe-

res para con los hijos menores de edad) y causa (el beneficio o interés superior de los menores). Como en tantas otras materias civiles, existe una línea roja que no se puede traspasar, el *ius cogens* establecido por el Estado para preservar el orden público y la supervivencia en condiciones satisfactorias de los hijos, pero no por ello se pierde por completo la autonomía de la voluntad: no entender esto significa no entender el concepto de negocio jurídico y su evolución en un mundo completamente cambiante y cada vez más regulado (fijémonos, acaso, en las limitaciones del derecho de propiedad por la profusa legislación administrativa, por poner un ejemplo: ¿deja por ello de tener sentido por completo el artículo 348 CC?).

Es entonces cuando las palabras de Parra Lucán toman sentido. La sentencia explica que el convenio originariamente tenía la finalidad instrumental de formar parte de una demanda de divorcio (se entiende que a ello se haría referencia en dicho convenio o, por lo menos, es lo que deja entrever la redacción de la resolución estudiada). Pero, por razones que se desconocen, la demanda no se presentó, pero se cumplieron sus términos, por lo menos hasta que la madre interpone demanda reclamando alimentos al padre. Ese momento resulta crucial para la determinación de la figura del convenio pactado: las partes le confieren la naturaleza de negocio jurídico privado precisamente porque lo están cumpliendo sin necesidad de la aprobación del juez, manifestación perfecta de un concepto jurídico que cada vez predomina más en nuestro entorno jurídico: la corresponsabilidad de los padres, perfectamente maduros y capaces de tomar decisiones por sí mismos en relación con sus hijos menores de edad, sin necesidad de que un juez decida por ellos (salvo que lo pactado resulte perjudicial para los mismos, lo que impondrá la participación de su señoría en el acuerdo final).

La jurisprudencia concede en estos supuestos una gran importancia al consentimiento, de acuerdo con el artículo 1255 CC (requisito primigenio del 1261 CC, sin él no existen los demás): si las condiciones que van a regir la vida familiar a partir de la ruptura del matrimonio han sido aceptadas por ambos, libre y conscientemente (fórmula empleada en la ratificación de los convenios en el juzgado), siempre y cuando no lesionen sus propios intereses y, sobre todo, los de los hijos menores, primando siempre el interés del menor, el legislador no tiene por qué restarle eficacia (ni tampoco se pone a legislar sobre el particular, dicho sea de paso). Por ello, se entiende que, a tenor de los artículos 1254 y 1258 CC y de uno de los principios generales básicos en materia de obligaciones contractuales (*pacta sunt servanda*), un convenio suscrito por los cónyuges y no ratificado judicialmente dispone de una eficacia plena.

En relación con ello, suele citarse la STS 04.11.2011, la cual defiende y argumenta la eficacia del acuerdo entre partes del abono de una pensión de alimentos mientras se encontraban en situación de separación de hecho y que, posteriormente, deciden ratificar judicialmente, por lo que el Tribunal obliga a mantener la cuantía.

De hecho, la posterior STS 07.11.2018, en un caso de convenio regulador no ratificado y aportado al procedimiento contencioso, siguiendo lógicamente la doctrina marcada por la Sentencia de Pleno, indica que el mismo no podrá ser tratado como un simple elemento de negociación, sino como un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el artículo 1091 CC. Además, como explica esta sentencia, algún tribunal ha criticado que se predique con automatismo idéntica eficacia vinculante cuando el convenio se vincula desde su inicio a una petición consensual de separación o divorcio, que resulta finalmente frustrada por no ser ratificado el convenio, que cuando este se ratifica. Si así fuese, se dice, sería intrascendente, salvo en sus consecuencias procesales, la ratificación o no del convenio, pues el mismo vincularía la decisión judicial en el ulterior procedimiento contencioso. Pero aclara que ello no es así, pues debe estudiarse que el contenido del convenio sea conforme a derecho y no perjudicial ni para los cónyuges ni para los hijos menores de edad.

En algunos supuestos resulta usual la existencia de casos en los que, sin existir previamente un acuerdo firmado entre los progenitores, ambos, de mutuo acuerdo, comiencen a establecer medidas sobre régimen de visitas o prestación de alimentos en una situación de separación de hecho y que, llegado el momento de querer someterlo a la aprobación judicial por tramitar definitivamente el divorcio, la sentencia dé por buenas las medidas que ambos venían cumpliendo antes de haber tomado la decisión de divorciarse. Es decir, sin necesidad de la existencia de un convenio físico firmado por ambos cónyuges de su puño y letra, siempre y cuando haya transcurrido un tiempo prudencial durante el cual se haya venido percibiendo la cuantía acordada, encontrándonos entonces ante la existencia de un consentimiento tácito de ambos cónyuges en cuanto a las condiciones que deben regir desde ese momento la convivencia entre ellos y sus hijos menores.

Es más, en estos casos se está dando validez a los acuerdos privados verbales ya existentes entre los progenitores: entonces, ¿por qué no se va a otorgar la misma validez en el supuesto en que dichos acuerdos consten por escrito con sus propias firmas?

La ratificación de las medidas recogidas en un convenio regulador en el Juzgado es la aceptación de su contenido en todos sus extremos, teniendo como finalidad comprobar que el convenio refleja la libre voluntad de cada uno de los cónyuges. Sin embargo, tal y como establece nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 26 de enero de 1993, “la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes”. En definitiva, el convenio pactado privadamente por los cónyuges tiene plena validez negocial entre ellos.

Es más, como indica la propia sentencia de pleno, el 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 en orden a la adopción de medidas relacionadas con el menor”.

Y, conectando con todo lo que llevamos dicho, finaliza la desestimación del motivo primero del recurso de casación afirmando que “en 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”. Es decir, sin necesidad de entrar a discutir la cuantía pactada, la cual se da por válida por resultar adecuada a las necesidades del menor y haber venido siendo pagada en el tiempo por el padre recurrente. Lo mismo opina el tribunal con respecto a los gastos extraordinarios, motivados de forma lógica y no arbitraria por parte de la sentencia recurrida en casación, sin que resulte necesario entrar a examinar “los requisitos jurisprudenciales respecto a tales gastos”.

En consecuencia, cuando la ratificación del convenio regulador no se llevara a cabo por uno de los cónyuges, la vía del procedimiento de mutuo acuerdo finaliza y la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge una clara consecuencia: el archivo de las actuaciones. Sin embargo, desde ese preciso instante, las medidas de carácter dispositivo que el convenio recoge, si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, sí que resultan vinculantes y plenamente eficaces para las partes (la “fuerza de ley” del art. 1091 CC), al haber sido adoptado dicho convenio por los cónyuges en el libre ejercicio de su voluntad, sin que haya concurrido limitación alguna, siempre que sus estipulaciones no resulten contrarias a las leyes, la moral o el orden público (entrando en juego el art. 1255 CC).

Fruto de ese libre ejercicio de su voluntad, antes de su ratificación judicial, el convenio podría revocarse de mutuo acuerdo por los cónyuges.

Por su parte, y en lo que a las medidas de *ius cogens* se refiere, aunque el convenio no ratificado por uno de ellos nunca vincula la decisión final del juzgado en el procedimiento contencioso correspondiente, sí que podrá ser utilizado como prueba por la parte conforme con su contenido, con el objetivo de poder acreditar cuál era la voluntad de los progenitores en los meses anteriores, aunque quedará a la libre apreciación y valoración del juez junto con el resto de prueba practicada.

5.2. *Aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido a los pactos recogidos en un convenio regulador*

La sentencia comentada establece los principios generales sobre los que se basa cualquier obligación relacionada con los hijos menores, y en especial en relación con el deber de prestación de alimentos a los mismos (algunos ya recogidos por la STS 12.02.2015):

- “la obligación legal que pesa sobre los progenitores” 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”;
- “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”;
- la posible inobservancia de la obligación alimenticia podría obedecer, en todo caso, a “causas justificadas”;
- la inobservancia de dicha obligación “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”.

Destacando, sobre todo, una idea primordial: al tratarse de 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 (reproche que expresamente le hace la sentencia comentada, como ya hemos analizado) en su falta de atención”. En consecuencia, no puede “hacerse depender su pago del cumplimiento o incumplimiento del progenitor custodio de otras estipulaciones del convenio”, lo que conduce lógicamente a la desestimación del segundo motivo del recurso de casación.

El deber es para con el menor y no con el progenitor custodio; el hecho de que el no custodio incumpla no autoriza al otro –como si de una obligación sinalagmática se tratase– a incumplir también ni a impedirle el derecho de visita o la comunicación con el hijo. Tal conducta, en caso de negativa contumaz, podría enfrentarle a la pérdida de la propia guarda y custodia una vez se hubiera procedido a la consignación de la pensión (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009, pg. 216).

Una cosa es que consideremos la validez del convenio privado entre las partes que lo suscriben y que tiene validez y surte todos sus efectos entre ellas y no con relación a terceros, por no encontrarse homologado o aprobado judicialmente, y otra muy distinta que dejemos entrar por la puerta de atrás consecuencias de la materia de obligaciones y contratos nada deseables y contrarias al espíritu que sobrevuela el Derecho de Familia.

Me explico. Aceptar el motivo segundo del recurrente supondría la creación de una suerte de artículo 1124 CC. Como bien sabemos, el mencionado precepto, en sede de obligaciones recíprocas, permite a una de las partes contratantes la facultad de resolver dichas obligaciones para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, tal y como menciona la sentencia

comentada, no puede estar condicionada al cumplimiento de otra obligación. Los alimentos se configuran como un “mínimo vital” como predica, entre otras, la antes citada STS 12.02.2015, por lo que debe fijarse “un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante”. Razón más que suficiente para no poder utilizar el 1124, que es lo que hace el recurrente, de manera “reprobable”, expresión acertadamente utilizada por el Pleno del Tribunal Supremo.

De hecho, entiendo, la reprobación viene, sobre todo, del hecho de que el convenio privado suscrito produce efectos para un tercero, el hijo menor de edad, por lo que, ni uno ni otro pueden jugar con los derechos de sus hijos, ni eliminándose el régimen de visitas arbitrariamente (deben mantener la misma relación con ambos progenitores) ni con la prestación de alimentos (no tienen capacidad para valerse por sí mismos). No se están oponiendo deudas recíprocas, sino el propio bienestar de los hijos, lo que resulta inconcebible.

5.3. *Conclusión*

La Sentencia de Pleno de 15 de octubre de 2018 viene a zanjar dos cuestiones que el propio Tribunal Supremo, así como la mayor parte de la doctrina, viene defendiendo en sentencias anteriores y, ante el planteamiento de un nuevo supuesto, aprovecha para sentar jurisprudencia: el convenio regulador no aprobado judicialmente tiene validez como negocio jurídico entre los cónyuges que lo suscribieron; y, por otra parte, no puede alegarse la falta de cumplimiento de una obligación suscrita para con los hijos en el convenio por el otro cónyuge para justificar la falta de cumplimiento de otra de las obligaciones acordadas.

En cuanto a la primera cuestión, podemos plantearnos qué sentido tiene iniciar un procedimiento judicial de separación o divorcio si los acuerdos recogidos en un convenio privado (habría que plantearse el cambio de concepto, pues sólo será “convenio” cuando se apruebe judicialmente) son perfectamente válidos y, aunque no con efectos frente a terceros, sí que obligan a los cónyuges para con sus hijos menores de edad. Hasta parece que el papel del Ministerio Fiscal se desvanece, dado que no puede emitir su opinión, como lo hace en la sentencia comentada, defendiendo los planteamientos esgrimidos por el Tribunal Supremo.

Salvo que uno de los cónyuges denuncie el incumplimiento del otro en sus obligaciones para con los menores o denuncie algún perjuicio para sí mismo o sus hijos, lo cierto es que si no es por medio de otros parientes,

como pueden ser los abuelos, un convenio perjudicial para los menores puede que no salte a la palestra. De hecho, podemos encontrarnos con el supuesto en que dicho acuerdo no se haya transcrito al papel y resulte cambiante en virtud de los deseos de los progenitores, lo que a veces puede resultar peligroso.

En todo caso, la tan defendida desjudicialización del Derecho de Familia resulta plausible siempre y cuando los padres sean lo suficientemente maduros como para poder regir sus vidas y las de sus hijos desde el momento en que se produce la ruptura como pareja y la misma debe afectar lo menos posible a su entorno familiar. Y un reflejo de ello sería la creación de un negocio jurídico familiar privado responsable y atendiendo siempre al propio interés y bienestar del menor y no a meras rencillas personales entre los progenitores.

Tal inmadurez aparece claramente reflejada en la segunda cuestión resuelta en la sentencia: la excepción alegada por el padre al justificar su incumplimiento de la prestación de alimentos en el previo incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre (inmadurez de la que ella, por tanto, tampoco se libra), al utilizar los legítimos derechos de sus hijos a continuar una relación lo más normal posible y disfrutar de un sustento adecuado a sus necesidades, como una forma de atacar al otro en una disputa sin fin. No debería olvidarse nunca que es cada progenitor el que se separa o divorcia del otro y no los progenitores quienes se separan o divorcian de sus hijos. Casos como el planteado y resuelto en esta sentencia demuestran que, por desgracia, parece lo segundo. Y no son pocos.

6. Bibliografía

- Bercovitz Rodríguez-Cano, «De las relaciones paterno-filiales. Disposiciones Generales», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2009, pgs. 1043-1076.
- Díez Picazo, «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XLIV, 1962, pgs.171 y ss.
- García de BLas, «El matrimonio, realidad social e institución jurídica», *Instituciones de Derecho privado*, tomo IV, vol. 1º. Familia, Civitas, Madrid, 2001, pgs. 19-197.
- López Burniol, «Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales», en P.J. Viladrich Battaller (coord.), *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1989, pgs. 45-66.
- Parra Lucán, «Autonomía de la voluntad y Derecho de familia», en L. Prats Albentosa (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, vol. 1 (Derecho de la persona, familia y sucesiones), Wolters Kluwer España, 2012, pgs. 97-454.