

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de Abril de 2012.

Visto por la Sala Iª del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, **los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación** interpuestos ante la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 24, por D.ª Carolina, representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 29 de septiembre de 2010, en el rollo de apelación nº 362/2010, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid, en el procedimiento sobre modificación de medidas nº 1149/2008. Ante esta Sala comparecen D.ª Carolina representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de parte recurrente; asimismo comparece D. José Daniel, representada por la Procuradora D.ª María Esperanza Álvaro Mateo en calidad de parte recurrida

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid, interpuso demanda de modificación de medidas establecidas en la Sentencia de Separación, D. José Daniel contra D.ª Carolina. El suplico de la demanda es del tenor literal siguiente:

".... se dicte sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

1.- La modificación con carácter provisional de la sentencia dictada por ese Juzgado el día 22 de enero de 2002, que aprobó el convenio regulador suscrito por los litigantes el día 1 de julio de 2001, y en consecuencia se acuerde la extinción de la pensión compensatoria a favor de la esposa desde la fecha de la declaración de nulidad del matrimonio y subsidiariamente desde la fecha de la presentación de esta demanda.

2.- La reducción de la pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad, José Daniel, a la suma de 700 euros mensuales, cantidad que será abonada en 12 mensualidades, manteniendo el resto de la cláusula en cuanto a la actualización de la misma y gastos extraordinarios del hijo.

3.- Se condene en COSTAS procesales a la parte demandada, si con temeridad y mala fe se opusiera a la presente demanda".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, presentado escrito contestando a la demanda y formulando reconvenición la representación de D.ª Carolina alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando:

"... *se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte actora y estimando la reconvenición formulada acuerde, mantener las medidas acordadas en la separación, modificando sólo los siguientes pronunciamientos:*
. Fijar pensión de alimentos del hijo en a 2.500,00€, mensuales, más 2 pagas una en julio y otra en diciembre de 1.250,00€ cada una, que se actualizarán cada año de acuerdo con la variación que experimente el IPC, publicado por el INE, igual que la actual;
. y subsidiariamente, para el improbable caso de que no fuere admitido lo anterior, mantenga la pensión actual, con sus actualizaciones, e imponga además al padre la obligación de abonar la totalidad de los gastos estudios del menor desde este momento;
y en ambos casos, con expresa imposición de costas al demandante, habida cuenta notoria su mala fe".

El Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "tenga por contestada la demanda y continuando el Juicio por sus trámites, se dicte Sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó señalar día y hora para la celebración de la oportuna Vista, la que tuvo lugar en el día y hora señalado, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 10 de diciembre de 2009 y con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar en parte la demanda interpuesta por D. José Daniel, representado por la Procuradora D^a M^a Esperanza Álvaro Mateo, contra D^a Carolina, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

Modificar la sentencia dictada el 22 de enero de 2.002 en el procedimiento de separación consensual nº 1.547/01 y acordar la extinción de la pensión compensatoria pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado por dicha sentencia con efectos desde la presente resolución.

Cada parte deberá abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Desestimar la reconvencción formulada por D^a Carolina, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, y absolver a D. José Daniel, representado por la Procuradora D^a M^a Esperanza Álvaro Mateo, de las pretensiones deducidas.

Imponer a la demandada reconviniente las costas procesales de la reconvencción."

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. José Daniel y D^a Carolina. Sustanciada la apelación, la Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 29 de septiembre de 2010, con el siguiente fallo:

"...Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. José Daniel, representado por la Procuradora D^a M^a ESPERANZA ALVARO MATEO; y desestimando, igualmente, el interpuesto por D^a Carolina, representada por el Procurador D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN; contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2009; del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid; dictada en el proceso sobre modificación de medidas nº 1149/08; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes".

TERCERO. Anunciados **recursos Extraordinario por Infracción Procesal y de Casación** por D^a Carolina, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén formalizó el recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: **Vulneración del principio de autonomía de la voluntad, del derecho dispositivo de las partes al que está sometido la pensión compensatoria y a la eficacia de los contratos celebrados entre las partes.** Vulneración de los art. 1255, 1258, 1091, 1.291 y 1.323, y concordantes del Código Civil y art. 24 de la Constitución Española.

Segundo: **Vulneración del principio de buena fe contractual y seguridad jurídica,** vulnerándose igualmente la doctrina de los actos propios, al no darse validez a la pensión compensatoria libremente pactada por las partes.

Vulneración del art. 7.1 y concordantes del CC y del art. 24 de la CE.

Tercero: Cosa Juzgada formal y material.

Vulneración de art. 24 y 120.3 de la CE y los art. 207, 222 y concordantes de la LEC.

Cuarto: Infracción del derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la Constitución Española. Inadmisión de los medios de prueba. Vulneración de los art. 460 y 293 de la LEC.

Quinto: Infracción del derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la Constitución Española. Error en la valoración de la prueba.

El recurso de casación se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: La pensión compensatoria está sujeta al derecho dispositivo de las partes.

Infracción y vulneración de los art. 91, 97, 100, 101, 1255, 1258, 1091, 1291 y 1323 del Código Civil.

Vulneración de los principios de libre autonomía de las partes y de la eficacia de los contratos.

Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE.

Segundo: **El procedimiento de modificación de medidas no es el momento para apreciar el desequilibrio económico que debe ser apreciado al tiempo de la ruptura.**

Infracción y vulneración de los art. 91, 97, 100 y 101 del Código Civil.

Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE.

Tercero: **Para el establecimiento de la pensión compensatoria es irrelevante que el cónyuge más desfavorecido tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo, no debiendo acreditarse necesidad.**

Infracción y vulneración de los art. 91, 97, 100 y 101 del Código Civil.

Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE.

Por resolución de fecha 29 de noviembre de 2010, la Audiencia Provincial de Madrid, acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de parte recurrente; asimismo comparece D. José Daniel, representada por la Procuradora D^a María Esperanza Álvaro Mateo en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 31 de mayo de 2001 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a. Esperanza Álvaro Mateo, en nombre y representación de Don José Daniel, impugnó los mismos, solicitando se acuerde desestimar íntegramente el recurso Extraordinario por Infracción Procesal y el Recurso de Casación, confirmando la sentencia e imponiendo las costas a la recurrente.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito en el que se impugnan íntegramente los recursos interpuestos, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 22 de marzo de 2012, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnación Roca Trias,

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. José Daniel y D^a Carolina contrajeron matrimonio en 1986.

En 2002 se pronuncia una sentencia de separación, con convenio regulador, que contenía la cláusula que se transcribe, relativa a la pensión compensatoria:

" Cláusula Séptima.- "Por el notorio desequilibrio económico que esta separación produce a la Sra. Carolina, en relación con el nivel de vida que venía disfrutando constante el matrimonio, el Sr. José Daniel se compromete a abonarle por el concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas (250. 000 pts) mensuales.[...].

Teniendo en cuenta que la Sra. Carolina percibirá una remuneración mensual de aproximadamente doscientas mil pesetas (200.000 ptas.) por su participación (33, 33%) en la comisión del seguro de

accidentes laborales contratado por MAPFRE con la Compañía Mercantil ALTADIS SA esta situación no altera en absoluto la cuantía que por Pensión compensatoria se ha fijado en su favor.

Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo".

2º D. José Daniel demandó a Dª Carolina, pidiendo la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de separación y en concreto, la extinción de la pensión compensatoria, entre otros extremos que han quedado firmes por no haber sido recurridos.

Dª Carolina contestó diciendo que la previsión de la cláusula IXª no afectaba a la pensión compensatoria, dado que se le reconocía plena libertad laboral y negocial.

3º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 23 de Madrid, de 10 diciembre 2009, estimó en parte la demanda y acordó la extinción de la pensión compensatoria, con los argumentos que se reproducen a continuación:

(a) la causa que dio origen a la pensión no fue el desequilibrio, sino que se trataba de "una suerte de pensión vitalicia que confiere a la demandada un derecho a percibir unas indemnizaciones de carácter personal por razón de los frutos obtenidos por una actividad mercantil durante la vigencia de la sociedad de gananciales", porque en realidad "tiene como causa el repartir los rendimientos fijos que se generan periódicamente como consecuencia del seguro aludido, extremo este que confirma la propia demandada[...]", lo que difiere de la finalidad de la pensión compensatoria del art. 97 CC ;

(b) debe estimarse la petición de extinción "[...] al no existir causa que motivara su nacimiento, por cuanto que el fin perseguido no era paliar el desequilibrio económico";

(c) además, considera probado que la esposa ha venido a mejor fortuna;

(d) "[...] todo ello teniendo en cuenta que la renta vitalicia que se determina en el convenio regulador de separación puede establecerse en otro negocio jurídico más idóneo o solventarse en la liquidación del régimen económico de gananciales, ya mediante la acción de adición o complemento, ya por rescisión por lesión o por la vía que la parte estime adecuada dada la naturaleza ganancial del derecho discutido".

4º La demandada/reconviniente, Dª Carolina, apeló esta parte de la sentencia.

La SAP de Madrid, sección 24, de 29 septiembre 2010, confirmó la sentencia apelada. Comparte los argumentos de la sentencia de 1ª instancia porque la pensión por desequilibrio:

(a) "[...] ha quedado completamente desvirtuada por su naturaleza tal y como se ha planteado, tal y como se pretende";

b) "[...] tal prestación no fue concebida a favor de persona de alta calificación profesional, que es Letrada en ejercicio", percibiendo unos importantes ingresos "que deben ser suficientes para atender ella misma a sus propias necesidades en fase de patología matrimonial pues este instituto jurídico no es un mecanismo jurídico equiparador de economías dispares";

(c) "[...] en esta esfera de Familia no existe el desequilibrio, aunque lo haya aritméticamente, si ambas partes trabajan y perciben ingresos conforme a su calificación profesional y actitud para generarlos", de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, y

(d) "[...] es de aplicación el art. 101 del C.C . Pues concurre la causa de extinción al concurrir el cese de la causa que lo motivó al encontrar trabajo, idóneo a su preparación, en el Despacho de Abogados citado y desde el 1 de marzo de 2004; **y ello si es modificación sustancial de las circunstancias**".

5º Presenta Dª Carolina recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos por ATS de 31 mayo 2011.

Figura la oposición de la parte recurrida.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1012/2008, de 29 octubre ; 813/2009, de 18 diciembre y 859/2010, de 31 diciembre), deben desestimarse los motivos 1º, 2º

y 3º de este recurso, porque contienen alegaciones de infracciones referidas a aspectos sustantivos y no procesales, no ajustándose a lo establecido en el Art. 469 LEC.

La STS 859/2010, de 31 diciembre dice que la infracción de norma sustantiva y alegación de criterios jurisprudenciales relativos a la aplicación de estas normas es una materia ajena al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y tiene su marco de alegación en el recurso de casación, cuyo objeto es la estricta función revisora del juicio jurídico.

TERCERO. Motivo 4º. Dice la recurrente que pidió que se admitiera en IIª instancia la celebración de prueba referida a los ingresos del Sr. José Daniel; dicha prueba se acordó, pero no se celebró en la 1ª instancia. Se pidió de nuevo su celebración en la 2ª instancia, en aplicación del art. 460 LEC, siendo denegada. Denuncia que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

Los 2 medios de prueba que pretende que se admitan son una certificación del importe de lo que percibe el Sr. José Daniel como comisiones por el seguro suscrito con el Ejército, y que se certifiquen los ingresos que percibe el Sr. José Daniel a través de la correduría de seguros y de los ingresos que se adelantan de la propia correduría.

El motivo se desestima.

Dice la STS 91/2012, de 22 febrero que "El derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba debe entenderse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24-1 de la CE, pero este derecho no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar su pertinencia y sus consecuencias para la solución de la cuestión planteada (STS 30 de julio 1999 ; 4 de mayo 2010 ; 13 de diciembre 2011).

Corolario de ello es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente, como sucede en este caso, en aplicación estricta de normas legales, cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda".

En este caso, la denegación de la prueba en la 2ª instancia debe considerarse correcta porque las pruebas pedidas en 1ª instancia y no practicadas por causa no imputable a quien las solicitó (Art. 460, 2, 2 LEC) no son definitivas para determinar la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el Art. 101 CC, porque la prueba debía referirse a la fijación de la causa que motivó la pensión y no la constituye la prueba de los ingresos del marido deudor. En definitiva, no se trataba de discutir si había o no participación en los ingresos, sino si había desequilibrio.

Tal como se argumentará en el examen del recurso de casación, la pensión que aquí se discute no era en puridad una pensión compensatoria, porque tiene que ver con la liquidación de los bienes gananciales, por lo que la prueba pedida no hubiera añadido ningún elemento nuevo que permitiera la alteración del resultado probatorio, en cuyo caso sí hubiera producido indefensión.

Estos argumentos determinan también la desestimación del motivo 5º, que denuncia la infracción del art. 24 CE .

CUARTO. La desestimación de todos los motivos de recurso extraordinario por infracción procesal, formulado por la representación procesal de Dª Carolina contra la SAP de Madrid, sección 24, de 29 septiembre 2010, determina la de su recurso.

Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, de acuerdo con lo establecido en el art. 398.1 LEC, en relación con el art. 394.1 LEC.

De acuerdo con lo dispuesto en la DF 16, regla 6ª LEC, debe procederse a examinar el recurso de casación.

II. RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO. Motivo 1º. Se formula al amparo del art. 477, 1, 3 y 477.3 LEC, es decir, por interés casacional. Dice la recurrente que la pensión compensatoria está sujeta al derecho dispositivo de las partes. Se infringen los arts. 91, 97, 100, 101, 1255, 1258, 1091, 1291 y 1323 CC, así como de los principios de autonomía de las partes y de la eficacia de los contratos y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Argumenta que siendo posible pactar libremente la pensión compensatoria, y teniendo el convenio eficacia como contrato, no puede después decretarse su extinción.

Funda el interés casacional en la oposición a las SSTs de 17 julio 2009, 10 marzo 2009, 14 octubre 2008, 2 diciembre 1987. En el convenio, ambas partes reconocieron la existencia de desequilibrio.

El motivo se estima.

Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador, cuya cláusula 9ª es ahora objeto de discusión, debe partirse en la presente argumentación de 2 elementos que concurren en este derecho, reiterados en sentencias de esta Sala:

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 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, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes.

SEXTO. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que el pacto entre Dª Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que "Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo".

Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de Dª Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa.

SÉPTIMO. La estimación del 1º de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Carolina contra la SAP de Madrid, sección 24, de 29 septiembre 2010, determina la de su recurso y la anulación en parte de la sentencia recurrida, que confirmó la de 1ª instancia.

Esta Sala debe asumir la instancia al anularse en esta parte la sentencia recurrida y en consecuencia dicta sentencia, y desestima la demanda interpuesta por D. José Daniel contra D^a Carolina, manteniendo la pensión compensatoria pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado en la sentencia de 22 enero de 2002 en el procedimiento de separación consensual 1547/01.

Se mantiene en lo demás la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 29 septiembre 2010, en autos 362/10.

OCTAVO. No se imponen a la recurrente las costas del recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el Art. 398.2 LEC.

Se imponen al demandante D. José Daniel las costas procesales causadas en la 1^a instancia, de acuerdo con lo establecido en el Art. 394.1 LEC.

No se imponen las costas de la apelación a ninguna de las partes.

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

1º **Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal**, formulado por la representación procesal de D^a Carolina contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24^a, de 29 septiembre 2010, dictada en el rollo de apelación 1149/08.

2º **Se estima el recurso de casación**, formulado por la representación procesal de D^a Carolina contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24^a, de 29 septiembre 2010, dictada en el rollo de apelación nº 1149/08.

3º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida.

4º Se dicta nueva sentencia desestimando la demanda interpuesta por D. José Daniel contra D^a Carolina y se mantiene la pensión compensatoria pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado en la sentencia de 22 enero de 2002 en el procedimiento de separación consensual 1547/01 .

5º Se mantienen los otros pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 29 septiembre 2010, en autos 362/10 que no vengán afectados por esta sentencia.

6º Se imponen a la parte recurrente D^a Carolina las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

7º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación

8º Se imponen al demandante las costas generadas por la demanda.

9º No se imponen a ninguna de las partes las costas generadas por la apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

-José Ramón Ferrándiz Gabriel.

-Antonio Salas Carceller.

- Encarnación Roca Trias.

- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Léida y publicada fue la anterior sentencia por **el EXCMA. SRA. D^a. Encarnación Roca Trias**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala I^a del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.