



Roj: **STS 4159/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4159**

Id Cendoj: **28079110012017100610**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2017**

Nº de Recurso: **587/2017**

Nº de Resolución: **617/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 617/2017**

Fecha de sentencia: 20/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 587/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/10/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN 6.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 587/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 617/2017**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup>. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de noviembre de 2017.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Gonzalo , representado por el procurador D. Vicente Muriedas Ruigómez bajo la dirección letrada de D. Manuel Ruigómez Muriedas, contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2016 por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 497/2016 dimanante de autos de modificación de medidas n.º 1270/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Marbella. Ha sido parte recurrida D.ª Estibaliz , representada por la procuradora D.ª Esperanza Azpeitia Calvín y bajo la dirección letrada de D.ª Susana Fernández de Miguel.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M. Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Gonzalo , interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Estibaliz en la que solicitaba se dictara sentencia disponiendo:

«Que se declare resuelto el contrato de alimentos gratuito e indefinido contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador suscrito por las partes el 17 de febrero de 2003 con efectos del 17 de enero de 2012.

»Con carácter subsidiario a la petición anterior, que se resuelva el contrato de alimentos gratuito e indefinido contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador suscrito por las partes el 17 de febrero de 2003 con efectos de la fecha de interposición de esta demanda, o en su defecto con fecha de la sentencia que declare resuelto el contrato de alimentos.

»En ambos casos, con expresa condena en costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 10 de octubre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Marbella y fue registrada con el n.º 1042/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.ª Estibaliz , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta de contrario con expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Marbella dictó sentencia n.º 21/16 de fecha 9 de febrero , con el siguiente fallo:

«Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D. Gonzalo contra doña Estibaliz , absuelvo a ésta de todas las pretensiones contra ella deducidas por el actor; condenando a éste al pago de las costas procesales causadas».

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Gonzalo .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 497/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 2016 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación formulado por D. Gonzalo , representado por el procurador de los tribunales don José María López Oleaga frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella, en los autos de Juicio Ordinario n.º 1270/2014, a que este rollo se refiere, y en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada».

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- D. Gonzalo , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Infracción del artículo 153 en relación con los artículos 1.255 y 1.583, todos ellos del Código Civil , por oposición a la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala 1.ª de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1997, n.º 870/1997, rec. 2494/1993 , reiterada en la de 17 de mayo de 1999, n.º 428/1999, rec. 2792/1994 ; y seguida por las de 10 de marzo de 2010, n.º 104/2010, rec. 2143/2005 ; y de 16 de noviembre de 2016, n.º 672/2016, rec. 1371/2014 , considerando necesario que se fije dicha jurisprudencia conforme a la cual, en un contrato voluntario y gratuito de alimentos, en el que las partes no establecieron duración determinada, cabe la denuncia unilateral del contrato por cualquiera de las partes,



sin que la concurrencia o no de buena fe tenga efectos sobre la validez y eficacia de la resolución, como determinan las SSTs de 15 de marzo de 2011, n.º 130/2011, rec. 1463/20007 y de 21 de noviembre de 2005, n.º 886/2005, rec. 1186/1999 ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«La sala Acuerda:

»Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Gonzalo contra la sentencia dictada con fecha de 11 de noviembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Málaga (sección 6.ª), dimanante del juicio ordinario n.º 1270/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Marbella».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 31 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El presente recurso tiene por objeto la cuestión de si cabe extinguir por desistimiento un contrato de alimentos pactado de manera voluntaria en casos en los que no existe una obligación legal de alimentos.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del recurso son los siguientes:

1. - En un litigio anterior entre las mismas partes, esta sala dictó la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre. Esta sentencia, que puso fin al proceso de su divorcio, confirmó las medidas adoptadas en el previo proceso de separación matrimonial que había aprobado el convenio regulador que las partes habían suscrito el 17 de febrero de 2003.

En ese convenio había una cláusula del siguiente tenor:

«Cuarta. De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Gonzalo, en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente a SEIS MIL EUROS (6.000 €) de salario o contraprestación neta, en el establecimiento denominado [...]. Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora- asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuere la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de SEIS MIL EUROS (6.000€) en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero».

Con ocasión de esta cláusula, la citada sentencia 758/2011, de 4 de noviembre, sentó la siguiente doctrina:

«El convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los excónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos».

De esta forma, la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre desestimó la pretensión sostenida por el esposo en el proceso de divorcio de excluir del convenio regulador la cláusula transcrita, relativa a los alimentos a la esposa. Entendía el esposo que, producido el divorcio quedaba extinguida la obligación de alimentos, porque desaparecido el vínculo conyugal la prestación a favor de la esposa en todo caso debía cobijarse como pensión compensatoria, que en el convenio se excluyó expresamente por la razón de que no había desequilibrio, dada la adjudicación de bienes que se hacía a la esposa.



**2.** - En el mes siguiente a la notificación de la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre , el 17 de enero de 2012, D. Gonzalo remite a D.<sup>a</sup> Estibaliz por conducto notarial la revocación formal del contrato de alimentos contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador que habían suscrito en 2003. Invoca como fundamento el criterio jurisprudencial que permite a cualquiera de las partes dar por terminados los contratos indefinidos mediante su denuncia o revocación unilateral.

El 10 de octubre de 2014, D. Gonzalo interpone demanda contra D.<sup>a</sup> Estibaliz en la que solicita que se declare resuelto el contrato de alimentos gratuito e indefinido contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador suscrito por las partes el 17 de febrero de 2003 con efectos del 17 de enero de 2012 o, subsidiariamente, con efectos desde la fecha de interposición de la demanda o, subsidiariamente, desde la fecha de la sentencia que declare resuelto el contrato.

Argumenta, en síntesis, que procede estimar su pretensión por tratarse de un contrato de alimentos indefinido y gratuito del art. 153 CC , al no existir contraprestación por parte de la alimentista, derivar de la mera liberalidad del alimentante y carecer de fecha fija de finalización; que están ya completamente liquidadas las relaciones económicas entre las partes y no media la causa de liberalidad del actor alimentante; subsidiariamente, argumenta que concurren los supuestos contemplados por el art. 152, 2 ° y 3 ° CC , al haberse reducido la fortuna del actor hasta el punto de no poder atender sus propias necesidades y las de su familia, al hacer frente a una pensión de alimentos a favor del hijo común de 3.888 euros mensuales más los gastos de colegio privado del mismo, que ascendieron a unos 15.000 euros en 2014, mientras los hijos de su segundo matrimonio no pueden acceder a una educación similar, puesto que sus ingresos se han reducido a 5.890 euros mensuales, tras la liquidación de la sociedad de gananciales y la liquidación de la mayor parte de las sociedades comunes; concluye que la demandada puede ejercer una profesión, oficio o industria y que ha mejorado su fortuna de forma significativa con las sumas resultantes de las citadas liquidaciones.

D.<sup>a</sup> Estibaliz se opuso alegando cosa juzgada ( art. 222 LEC ), por estar la cuestión decidida por la sentencia de divorcio, y preclusión ( art. 400 LEC ), por basarse el demandante en otros argumentos para solicitar lo que ya pretendió en el proceso de divorcio. Sostiene que la pensión se pactó con carácter indefinido, sin límite temporal, por lo que solo procederá su extinción por fallecimiento y que carecen de relevancia las nuevas circunstancias del actor derivadas de su segundo matrimonio y de tener nueva descendencia.

**3.-** El Juzgado desestima las dos excepciones procesales opuestas por la demandada y, entrando en el fondo del asunto, desestima la demanda por considerar, en síntesis, que las partes suscribieron un contrato de alimentos del art. 153 CC producto de la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC que, interpretado conforme a los arts. 1281 ss. CC , reconocía un derecho personalísimo, permanente, indefinido y vitalicio al que no le resultan de aplicación las causas de extinción del art. 152 CC .

**4.-** D. Gonzalo interpone recurso de apelación. D.<sup>a</sup> Estibaliz se opone al recurso, pero no impugna la sentencia de primera instancia en lo que le sea desfavorable ( art. 461.1 LEC ), por lo que la Audiencia Provincial, sin entrar a analizar la cosa juzgada que la recurrida alegaba en su escrito de oposición, circunscribe su análisis a los estrictos términos objeto del recurso de apelación, conforme al art. 465.5 LEC , según el cual la resolución «no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado».

La Audiencia desestima el recurso de apelación del demandado con apoyo en la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre , que puso fin al divorcio de los litigantes. En síntesis, la Audiencia argumenta en su sentencia:

i) En primer lugar, que no se trata de la obligación legal e imperativa de alimentos entre parientes, sino de unos alimentos voluntarios y asumidos contractualmente por el obligado a prestarlos, por lo que si hubiera querido establecerse un límite temporal a la prestación alimenticia así se hubiera hecho constar y, no haciéndolo así, es de suponer que la obligación pactada tenía una firme voluntad de permanencia en el tiempo.

ii) Añade que la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre , confirmó las medidas adoptadas en los autos de separación de mutuo acuerdo de las partes, que podrán ser modificadas cuando se alteren las circunstancias, pero que no concurren en el caso los presupuestos para la aplicación de la cláusula «rebus» porque las posibles alteraciones que hayan podido experimentar las partes desde el divorcio obedecen al devenir de los negocios cuya titularidad ostentaban y al entramado de complejas relaciones económicas y diferentes interpretaciones que sobre las mismas mantienen, que han dado lugar a varios procedimientos judiciales entre ellos, fundamentalmente los dirigidos a la extinción de la copropiedad de las acciones y participaciones de diferentes sociedades.

iii) Que no puede equipararse el contrato celebrado por las partes al arrendamiento, en el que el elemento temporal está ínsito en la ley ( art. 1543 CC ). Tampoco a los contratos de duración indefinida como el contrato de obra, la sociedad, el mandato, el comodato o el depósito, en los que se admite la resolución unilateral como



excepción al art. 1256 CC siempre que sea de buena fe y se ejercite de forma no abusiva, porque en el caso el marido quedó vinculado a pagar la pensión en caso de incumplimiento de la obligación preestablecida de contratación, o en caso de resolución de la contratación laboral y aun para el caso de que la esposa incumpliere sus obligaciones laborales.

iv) Que los alimentos contractuales se rigen por lo pactado y solo subsidiariamente por las normas de alimentos entre parientes. En el caso no concurren las circunstancias del art. 152.2.º CC de venir el alimentante a peor fortuna porque, además de la nómina que admite percibir, se ha adjudicado 1.348.791,16 euros de la liquidación de gananciales y aún quedan dos sociedades vigentes. Tampoco concurre la circunstancia del art. 152.3.º CC porque ya convinieron ambos cónyuges que en la liquidación se adjudicarían mayores liquidaciones a la esposa para compensar el desequilibrio que le suponía el divorcio, además de que la prestación alimenticia es una consecuencia del incumplimiento de la obligación de contratación de la esposa en el negocio que el esposo ostentaba en ese momento o del que pudiera ser titular con posterioridad.

**SEGUNDO.-** D. Gonzalo interpone recurso en el que solicita la casación de la sentencia y que se dicte otra en su lugar en el sentido solicitado en su demanda.

1.- El recurso se interpone por la vía del art. 477.2.3.º LEC . Se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del art. 152 CC en relación con los arts. 1255 y 1583 CC .

Para justificar el interés casacional aporta las sentencias de esta sala de 9 de octubre de 1997, n.º 870/1997, rec. 2494/1993 , reiterada en la de 17 de mayo de 1999, n.º 428/1999, rec. 2792/1994 ; y seguida por las de 10 de marzo de 2010, n.º 104/2010, rec. 2143/2005 ; de 16 de noviembre de 2016, n.º 672/2016, rec. 1371/2014 , de las que resultaría que en los contratos con un plazo de duración no determinado, se admite la resolución unilateral «ad nutum», es decir sin necesidad de causa justificada y sin exigencia de buena fe (que tendría, en su caso otras consecuencias), sobre lo que cita las sentencias de 15 de marzo de 2011, n.º 130/2011, rec. 1463/2007 y de 21 de noviembre de 2005, n.º 886/2005, rec. 1186/1999 .

Sostiene, en esencia, que la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre , consideró que el contenido de la cláusula 4.1 del convenio regulador suscrito por las partes y ratificado por la sentencia de separación debía definirse como un contrato de alimentos voluntario, gratuito, con las características del art. 153 CC , en el que las partes no establecieron la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido por lo que su duración es indeterminada. Entiende que procede admitir la denuncia unilateral de una de las partes ejercida de buena fe, de acuerdo con la doctrina de esta sala que así lo admite para los contratos de duración indeterminada, más si se trata de contratos gratuitos, lo que según la propia doctrina jurisprudencial no contraviene el art. 1256 CC . Alega que no se trata de un contrato de vitalicio, dado que ese contrato sí tiene determinada su duración, la fecha de fallecimiento del alimentista, aunque sea incierta. Que la sentencia recurrida no reprocha mala fe a la parte actora ahora recurrente pero que, no obstante, aun de existir mala fe, la doctrina de esta sala no excluye la extinción del vínculo, aunque deje abierta la posibilidad a una indemnización de daños, que en el caso no han sido alegados.

2. - D.ª Estibaliz presenta escrito de oposición al recurso en el que sostiene: que la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre , calificó el pacto como un contrato de alimentos oneroso, regulado en los arts. 1791 y ss. CC ; que se mantiene en la actualidad la situación de falta de contratación de los servicios de D.ª Estibaliz , por lo que subsiste la causa que dio origen al pacto de alimentos de la cláusula 4.1 del convenio y vigente la contraprestación pactada a su favor, lo que permite la exigibilidad de dicha obligación; que, nacida la obligación, la resolución del contrato solo le correspondería a ella, conforme a los arts. 1795 y 1796 CC ; que la extensión de los alimentos es la que resulte del contrato, conforme al art. 1793 CC y son inoperantes las causas de extinción referidas a las causas sobrevenidas del recurrente, por no tratarse de una modificación de las medidas definitivas del divorcio. Insiste, finalmente, en que la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre , cerró al recurrente la posibilidad de volver a reproducir la misma pretensión que dedujo en el procedimiento de divorcio, no pagar la prestación alimenticia pactada en el convenio regulador, la misma que se enjuicia ahora, aunque lo sea por otra causa de impugnación, primero por el divorcio y ahora por pretender su resolución unilateralmente.

**TERCERO.-** Antes de entrar en la resolución del recurso de casación, y a efectos de delimitar la cuestión jurídica planteada, resulta oportuno exponer de manera previa algunas precisiones.

1.- Conviene advertir, en primer lugar, que D.ª Estibaliz reitera en su escrito de oposición la excepción que opuso en la contestación de la demanda de cosa juzgada, al entender que la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre impedía volver a pronunciarse sobre la extinción de los alimentos. Sucede que la sentencia de la Audiencia fue favorable a D.ª Estibaliz , al confirmar la desestimación de la demanda, de ahí que, al no causarle gravamen dicha resolución, no estuviera legitimada para recurrirla, ni impugnarla en casación, al no estar previsto el trámite de impugnación en el recurso de casación. Pero lo cierto es que tampoco impugnó



la sentencia de primera instancia en lo que le fuera desfavorable, por lo que la Audiencia no se pronunció, ni tampoco puede hacerlo ahora esta sala, sobre la excepción de cosa juzgada y preclusión que, por lo demás, de manera razonable, el juzgado desestimó con el argumento de que en el primer proceso se trataba de la extinción de alimentos pactados en convenio regulador como consecuencia del divorcio y el demandante ahora recurrente inicia el presente proceso alegando la extinción de la obligación por haber cesado la causa de liberalidad, por lo que debe admitirse el desistimiento, así como por la concurrencia de las causas de extinción del art. 152 CC .

2.- En atención a la seguridad jurídica, para resolver el presente recurso, debemos partir de la interpretación que de la cláusula 4.1 del convenio regulador suscrito por las partes hizo la sentencia de esta sala 758/2011, de 4 de noviembre . En la misma se dijo:

«SEGUNDO. El recurso de casación. Motivo primero (que aparece como sexto en el escrito). El recurso presenta interés casacional, por resolver cuestiones sobre las que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en la aplicación de lo dispuesto en los arts. 155 y 1255 y 90 y 91 CC sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de los pactos que establecen alimentos entre los firmantes del convenio regulador en un procedimiento de separación previo. Dice que la interpretación de la sentencia recurrida es "totalmente equivocada" y que no hay doctrina unánime de las Audiencias Provinciales, que se pronuncian de manera contradictoria. A favor de la validez del pacto de reconocimiento de una prestación de alimentos en un convenio regulador en el caso de divorcio se pronuncian las siguientes sentencias: 442/2004, de 13 julio de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12); de la misma Audiencia, sección y fecha, en el rollo de apelación 425/2004 ; sentencia de 21 diciembre 2005, de la misma Audiencia y la 6/1999, de 15 febrero de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 7ª, Melilla). En contra se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4ª, 54/2007, de 31 enero ; 221/2002, de 11 junio , de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 5ª); 27 marzo 2000, de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 5ª). En todas ellas se dice que el divorcio extingue la pensión alimenticia del cónyuge al cesar en su condición de tal.

»En consecuencia de estos argumentos, el recurso pide que se pronuncie la sala en unificación de doctrina.

»El motivo se estima.

»TERCERO. El contrato de alimentos. El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997 , que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "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 art. 90 C.c. ". Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales ( STS 1053/2007, de 17 octubre ), ya sea en documentos complementarios ( STS 217/2011, de 31 marzo ).

»De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del art. 153 CC , es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el art. 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges.

»Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

»CUARTO. *La aplicación de la anterior doctrina.* La sentencia recurrida califica correctamente el acuerdo entre los cónyuges como un pacto que contenía "una verdadera prestación alimenticia", lo que aparece confirmado por la conducta posterior de las partes. Sin embargo, no tiene en cuenta que dicha prestación debe mantenerse en el procedimiento de divorcio, dada su naturaleza de contrato.

»En efecto, el divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del contrato sobre los alimentos, porque: a) hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges; b) de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados "alimentos", que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que



mantenían los cónyuges, y c) en el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido».

**3.-** La razón por la que la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre, declaró que procedía mantener la obligación de satisfacer el derecho de alimentos establecido en el convenio regulador de separación, a pesar del divorcio, era que no se trataba del derecho legal de alimentos, sino de una obligación de origen voluntario, nacida de un contrato, válido al amparo de la autonomía de la voluntad.

La cuestión jurídica que se plantea ahora es la de si procede admitir como causa de extinción del derecho de alimentos pactado voluntariamente el desistimiento unilateral del obligado.

Pretende el exesposo que se declare extinguida su obligación de pagar a su exesposa la renta mensual pactada en su día porque considera que no se trata de un vitalicio, que se prolongaría hasta el fallecimiento de la alimentista, sino de un contrato de alimentos indefinido, regulado por el art. 153 CC. Argumenta que es un contrato gratuito, basado en la pura liberalidad, que ya ha cesado, y que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial que permite poner fin a los contratos de duración indefinida mediante declaración unilateral por lo que, al no entenderlo así, la sentencia recurrida habría infringido el art. 152 CC en relación con los arts. 1255 y 1583 CC.

Por las razones que exponemos a continuación, el recurso se desestima.

**CUARTO.-** La sentencia recurrida no infringe el art. 152 CC sobre extinción de los alimentos entre parientes.

Salvo pacto en contrario, al derecho de alimentos que nace de un contrato no le son de aplicación las causas de extinción del art. 152 CC, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así, contra lo que sostiene el recurrente, no infringe el precepto.

Aunque el art. 153 CC establece que las disposiciones que se ocupan de los alimentos entre parientes en el Código civil son aplicables a los casos en que por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo cierto es, sin embargo, que el alcance de esa remisión legal es muy limitado. En efecto, las obligaciones de alimentos que nacen de un contrato no se fundamentan necesariamente en la situación de necesidad del beneficiario ni dependen de la situación económica de los contratantes. Por eso, en el contrato de alimentos que regula el Código civil, la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerán de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe ( art. 1793 CC ). Por eso también la obligación contractual de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el art. 152, salvo por muerte del alimentista ( art. 1794 CC ), pero en cambio el alimentista puede optar por resolver el contrato si se incumple la obligación de alimentos ( art. 1795 CC ) y son de aplicación las causas generales de extinción de las obligaciones.

**QUINTO.-** Aparte de que la cita del art. 1255 CC por sí misma es demasiado genérica para fundar el recurso de casación, la sentencia recurrida no infringe la autonomía privada, porque respeta al acuerdo alcanzado por las partes en el año 2003.

Al amparo del principio de autonomía de la voluntad ( art. 1255 CC ), cabe que las partes pacten una variedad heterogénea de tipos de contratos en función de sus intereses: contratos de naturaleza personal o real, con causa onerosa o gratuita, a cambio de contraprestación o sin ella y durante cualquier espacio de tiempo.

Así, es válido el contrato por el que una parte se obliga a proporcionar a la otra vivienda, manutención y asistencia de todo tipo ( art. 1791 CC ), pero también al pago de una renta o pensión ( arts. 1792 y 1802 CC ); tales obligaciones pueden asumirse durante tiempo determinado, fijado de manera expresa o por relación a un acontecimiento, y también durante toda la vida del alimentista (cfr. art. 1803 CC ); es posible pactar que, quien tenga derecho a exigir la prestación alimenticia o la pensión, a su vez, deba realizar una contraprestación y que la misma consista en «la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos» (que es el contrato a que se refiere el art. 1791 CC ), pero también será válido al amparo del art. 1255 CC el contrato por el que se pacte la obligación de prestar alimentos o la de pagar una pensión a cambio de una contraprestación diferente, de cualquier naturaleza, incluida una de carácter continuado que comporte a su vez la realización de prestaciones sucesivas, o una obligación negativa de no hacer algo; igualmente será válido un contrato de alimentos o de renta vitalicia a título gratuito (cfr. art. 1807 CC ).

En el caso litigioso, dentro de la amplia libertad de acuerdos que permite nuestro ordenamiento, las partes incluyeron en el convenio regulador una obligación de pago de una renta mensual a cargo del marido y a favor de la mujer que era consecuencia de las relaciones económicas que mediaban entre ellos. La causa del contrato no era por tanto la mera liberalidad, la generosidad del esposo, ni respondía a un acto desinteresado. En consecuencia, no es un contrato gratuito ni procede una interpretación a favor de la menor transmisión de derechos, contra lo que sostiene el recurrente con invocación de los arts. 1274 y 1289 CC.



**SEXTO.-** La sentencia recurrida, al considerar que la obligación del exmarido no se ha extinguido por su declaración unilateral de revocación y que tampoco procede la declaración judicial de extinción por ese motivo, no contradice la doctrina jurisprudencial que reconoce una facultad de desistimiento en los contratos en los que no se ha acordado una duración predeterminada, porque tal doctrina no resulta de aplicación en este caso.

La doctrina científica y la jurisprudencia han reconocido la facultad de desistir («desistimiento» o, en terminología usada indistintamente, «receso» o, con más frecuencia, «denuncia», aunque este término también es empleado en algunos textos legales vigentes para hacer referencia a la oposición a la prórroga en contratos de duración determinada) como remedio por el que poner fin a una relación obligatoria de tracto sucesivo, muchas veces basada en la confianza, pero sobre todo que carece de un plazo de duración temporal, de manera que su duración sea indefinida, por no resultar su duración tampoco de la «naturaleza del negocio» (cfr. art. 1705 CC ). Las actuales propuestas de modernización y reforma del Código civil, que reflejan las líneas jurisprudenciales consolidadas y las opiniones mayoritarias de la doctrina formulan normas en este sentido (así, el art. 1121 de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación en 2009 y el art. 526-3 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el año 2017).

En el ámbito del contrato de alimentos, la admisibilidad del desistimiento unilateral, es polémica en la doctrina.

**1.-** Con anterioridad a la regulación del contrato de alimentos introducida en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, esta sala admitió, en el ámbito del denominado «vitalicio», el desistimiento unilateral del alimentista (acreedor de alimentos), aunque no mediara incumplimiento imputable al alimentante (obligado a prestar los alimentos):

i) Así, la sentencia 415/1965, de 28 de mayo , confirmó la interpretación del contrato realizada por la Audiencia, por considerar que valoraba con criterio lógico lo convenido por las partes, sin que hubiera infracción del art. 1256 CC , al considerar incluida en el contrato concertado la facultad del alimentista de recuperar la finca abonando los gastos de manutención y medicinas generados hasta entonces. Se consideró que sería absurdo un compromiso que obligara al alimentista a convivir hasta su fallecimiento con los alimentantes, por lo que era lógico que pudiera dejar sin efecto en cualquier momento el contrato concertado, exonerando a la otra parte de sus deberes de cuidado. Esta conclusión se alcanzó a la vista de las condiciones de un contrato en el que las partes simulaban una venta de la finca por parte de la alimentista a los alimentantes y en el que la primera se reservaba la facultad de recuperar la finca sin pagar precio pero abonando los gastos, incluidos los de alimentos y medicinas que hubiera originado su cuidado hasta entonces.

ii) Esta doctrina fue aceptada por la sentencia 302/1972, de 29 de mayo : la sentencia rechazó que constituyera infracción del art. 1256 CC la atribución en el contrato de la facultad del acreedor de alimentos de prescindir voluntariamente de ellos, porque no podía ser obligado a la convivencia ni a recibir asistencia y cuidado. En el caso fue la propia acreedora de alimentos quien planteó la cuestión por primera vez en casación, en un pleito en el que en su demanda había solicitado la declaración de la nulidad por simulación por falta de precio de una escritura de venta una finca. La sala descartó que se tratara de una compraventa porque la causa de la transmisión de la finca fue el compromiso de la adquirente de habitar con la otorgante, prestarle alimentos y cuidarle. Tras señalar que la planteada era una cuestión nueva excluida de la casación, citó la doctrina conforme a la cual que quede a la voluntad de una de las partes desistir de la relación jurídica creada sin perjuicio del contrario no significa dejar la validez ni el cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes.

iii) Con posterioridad, la sentencia de 2 de julio de 1992 (Rc. 645/1990 ) da por buena esta doctrina. En el caso se había ejercido con éxito la resolución del contrato a instancias del alimentista, que solicitaba la restitución de las fincas transmitidas por incumplimiento de la alimentante de sus obligaciones de cuidado y asistencia; la alimentante alegó en casación que era de aplicación, por analogía, la regulación que para la renta vitalicia contienen los arts. 1802 y 1805 CC , que permiten al perceptor de los alimentos reclamar su cumplimiento, pero no resolver el contrato. La sala, para rechazar esta tesis, con cita de la sentencia 415/1965, de 28 de mayo , afirma que el vitalicio es un contrato autónomo, diferente de la renta vitalicia, en el que también se puede pactar el apartamiento unilateral cuando los alimentos hayan de prestarse en régimen de convivencia.

En definitiva, la doctrina de estas sentencias no es ajena a la consideración de los problemas de convivencia que pueden surgir en el ámbito de una relación de cuidado en la que el alimentante (deudor de los alimentos) se obliga a tener al alimentista (acreedor de alimentos) en su compañía. Contemplan además casos en los que la facultad de desistimiento se atribuye al acreedor de alimentos en virtud del contrato, lo que se considera lógico cuando se trata de «vitalicio» y no de renta vitalicia. Junto a ello, se tienen en cuenta los efectos del ejercicio de tal facultad, de modo que el alimentista podría recuperar «el capital» que cedió a cambio de los alimentos, sin perjudicar al alimentante, que tendría derecho al abono de los gastos (incluidos los de manutención en que hubiera incurrido antes de que se pusiera fin a la relación).





**2.-** La regulación del contrato de alimentos introducida en el Código civil en el año 2003 permite a cualquiera de las partes exigir la transformación de la prestación de alimentos en una pensión cuando se haya pactado la convivencia y concurren circunstancias graves que impidan la pacífica convivencia ( art. 1792 CC ).

El Código civil no contempla la posibilidad de desistimiento. Sí lo hace, en cambio, para el vitalicio, la Ley gallega 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil, que permite a quien se ha comprometido a prestar alimentos hasta el fallecimiento del alimentista a desistir del contrato, pero restituyendo los bienes que haya recibido en virtud del contrato mientras que, a quien recibe los alimentos, solo le reconoce la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la prestación alimenticia (arts. 152 y 153).

El Código civil tampoco contempla que se pueda pactar un desistimiento unilateral. Sin embargo, no lo excluye y es evidente que un pacto con este contenido quedaría amparado por el principio de autonomía privada ( art. 1255 CC ). Este pacto no sería contrario al art. 1256 CC , dado que «no significa ni representa entregar la validez y cumplimiento de un contrato a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida» ( sentencias 746/1999, de 22 de septiembre y 314/2004, de 13 de abril ). Desde esta perspectiva, la regulación proyectada para el contrato de alimentos en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil recoge expresamente la extinción del contrato de alimentos por el desistimiento unilateral del contratante a quien se reconozca expresamente esta facultad en el contrato (arts. 5152-4 y 5152-6 ).

**3.-** En ausencia de previsión legal y de pacto que la otorgue, debe negarse la facultad unilateral de extinguir la obligación de pago de una renta pactada voluntariamente.

De una parte, porque en la obligación de pagar periódicamente una renta no juega la especialidad de la prestación de alimentos en régimen de convivencia, que permitiría, en las condiciones apuntadas anteriormente, aun sin pacto expreso, reconocer la facultad de desistimiento.

De otra parte porque, tanto si se establece por tiempo determinado fijado expresamente como si se hace por referencia a un acontecimiento, la obligación no carece de plazo de duración. Incluso si ese acontecimiento es la muerte de una persona determinada ( arts. 1791 y 1802 CC ) porque, por mucho que sea incierto, es seguro que ha de llegar. Otra cosa es que la obligación pudiera modificarse o incluso quedar extinguida si su cumplimiento resultara imposible o extraordinariamente oneroso como consecuencia de un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del nacimiento de la obligación, lo que en el presente caso fue descartado por la sentencia recurrida y el recurrente ya no plantea en casación.

En el presente caso litigioso, como ha quedado expuesto, la razón de la obligación de pago de la renta se conectaba a los negocios de los ahora exesposos y el pago de la cantidad pactada era subsidiaria del salario que correspondería a la esposa por su contratación como colaboradora-asociada en los negocios que el marido desarrollara, incluso si cambiaba de explotación o negocio. Subsidiaria del salario porque la obligación de satisfacer la prestación mensual pactada como «alimentos» nacía en el caso de que el esposo incumpliera la obligación de contratarla o resolviera o cancelara el contrato por cualquier causa, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Dado precisamente ese carácter subsidiario del salario, aunque se pudiera entender que la obligación se pactaba hasta la edad de jubilación de la esposa y no hasta su fallecimiento, es evidente que antes de ese momento la sola voluntad del obligado no permitiría extinguir la relación. No solo por tener plazo de duración sino porque en caso contrario quedaría en sus manos la subsistencia del pago de la cantidad mensual pactada, algo que el convenio quiso evitar al declarar que se «garantizaba» a la esposa la prestación mensual tanto si la contrataba, como si no lo hacía como si, después de contratarla ponía fin al contrato por cualquier causa.

**SÉPTIMO.-** Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

Conforme al apartado 9 de la disp. adicional 15.º LOPJ, la parte recurrente perderá el depósito constituido para recurrir.

## 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 D. Gonzalo contra la sentencia de la Audiencia Provincial, sección 6.ª, de 11 de noviembre de 2016, dictada en rollo de apelación 497/2016 , dimanante de autos de modificación de medidas n.º 1270/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Marbella.

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida.



**3.º-** Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ